Revista
Brasileira de
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 83 • mar.-abr. / 2010

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais
Ano 18 • n. 83 • mar.-abr. / 2010

Presidência **Sérgio Mazina Martins**
Coordenação **Ana Elisa Liberatore S. Bechara**

Diretoria da Revista

COORDENAÇÃO – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Flávia Rahal, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior e Sérgio Salomão Shecaira.

Colaboradores Permanentes

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, 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, 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 Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, 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, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, 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, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Perez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia 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, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista
Brasileira de
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 83 • mar.-abr. / 2010

Coordenação
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais
Ano 18 • n. 83 • mar.-abr. / 2010

Presidência
SÉRGIO MAZINA MARTINS

Coordenação
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
ANTONIO BELINELO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNJP 60.501.293/0001-12
Impressão e acabamento: Gráfica e Editora Ripress Ltda., CNPJ 00.480.416/0001-54

Impresso no Brasil: [07-2010]
Profissional
Fechamento desta edição: [28.06.2010]

EDITORA AFILIADA

Sumário

I. Direito Penal

1. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima
   Ariella Toyama Shiraki 7
2. Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino
   Eugenio C. Sarrabayrouse 53
3. As origens ideológicas do direito penal do inimigo
   Francisco Muñoz Conde 93
4. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental
   José Danilo Tavares Lobato 120

II. Processo Penal

1. Estudo sobre a verdade no processo penal
   Denise Provasi Vaz 163

III. Crime e Sociedade

1. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência
   André Ribeiro Giamberardino 185

IV. Sistema Prisional

1. Algo más que el tiempo como duración: la entidad cualitativa del espacio de prisión al tiempo de pena
   Pablo Andrés Vacani 237

V. HISTÓRIA

1. Delegados de polícia e a gestão cotidiana da violência em São Paulo, final do século XIX
LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA 271

VI. SEÇÃO ESPECIAL: DIREITOS HUMANOS

1. O genocídio e o crime de genocídio
GERALDO MINIUCI 299

2. Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso)
SALO DE CARVALHO 322

VII. O DIREITO EM AÇÃO

1. Sentença penal condenatória do ex-ditador uruguaio Juan María Bordaberry 351

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 423

TEMAS 424

IBCCRIM – DIRETORIA DA GESTÃO 2009-2010 427

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 429



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da gestão 2009/2010

Diretoria executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1.º Secretária
Juliana Garcia Belloque

2.º Secretário
Cristiano Avila Maronna

1.º Tesoureiro
Édson Luís Baldan

2.º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

Carina Quito
Carlos Alberto Pires Mendes
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Sérgio Salomão Shecaira
Theodomiro Dias Neto

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

História
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

16.º Seminário Internacional
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores-chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
André Pires de Andrade Kehdi

Cursos
André Adriano Nascimento Silva

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Luciano Anderson de Souza

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Telles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tybiriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadores Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

1.ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Telma de Verçosa Roessing

3.ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

6.ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – Marcio Barandier

7.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8.ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9.ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10.ª Região (São Paulo) – João Daniel Rassi

11.ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

I Direito Penal

1

A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima

Ariella Toyama Shiraki

Aluna do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCrim (2008). Bacharel em Direito pela USP (2009).

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: No contexto da sociedade de risco contemporânea, parte-se da constatação de que a ordem econômica constitui um bem jurídico difuso, dotado de relevância constitucional e tutelado por um direito penal precipuamente construído por crimes de perigo abstrato. Questionável é, contudo, a constitucionalidade desta estrutura de delito, tendo em vista que, ao menos em uma concepção clássica, importa na antecipação da tutela penal e na presunção absoluta de perigo, facilitando, sobremaneira, a imputação. Rechaçando-se posicionamentos extremos, busca-se uma via intermediária, que, sem negar a legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo, propicie a limitação de sua incidência, à luz

Abstract: In the context of the contemporary risk society, the economic order can be considered a diffuse interest, provided for in the Constitution and notably protected by crimes of abstract danger. However, the constitutionality of these structures is questionable, considering that, at least under a classic conception, they result in the anticipation of criminal protection and absolute presumption of risk. By rejecting extreme positions, an intermediate solution is sought, limiting its impact in the light of constitutional principles without denying the legitimacy of economic criminal law as criminal law of danger.

dos princípios da lesividade e da intervenção mínima.

Palavras-chave: Direito penal econômico – Crimes de perigo abstrato – Princípio da lesividade – Princípio da intervenção mínima – Sociedade de risco.

Keywords: Economic criminal law – Abstract danger crimes – Harm principle – Principle of minimum intervention – Risk society.

Sumário: 1. Introdução: a sociedade de risco contemporânea – 2. Delimitação do tema – 3. A ordem econômica como bem jurídico-penal difuso: 3.1 Conceito político-criminal de bem jurídico; 3.2 Fundamento constitucional do bem jurídico; 3.3 Concepção dualista e monista de bem jurídico – 4. Os crimes de perigo abstrato e a tutela penal antecipada da ordem econômica: 4.1 A clássica definição de crime de perigo abstrato; 4.2 Princípios constitucionais: 4.2.1 Princípio da lesividade; 4.2.2 Princípio da intervenção mínima; 4.3 Tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato – 5. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo: 5.1 Funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin: 5.1.1 Teoria da imputação objetiva – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. Introdução: a sociedade de risco contemporânea

As profundas transformações sociais verificadas principalmente a partir da segunda metade do século XX impactaram de forma significativa os próprios horizontes do direito penal, confrontando-o com novos contextos de risco, bem como com a necessidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais.[1]

Com efeito, o fenômeno da globalização contemporânea,[2] caracterizado pela ampla capacidade de integração mundial, pelo dinamismo das relações econômicas e por significativos avanços tecnológicos do sistema produtivo e das comunicações, em muito contribuiu para o advento da denominada sociedade de risco,[3] objeto de estudo do sociólogo alemão Ulrich Beck.[4]

É certo que a existência de riscos sociais não configura um fenômeno exclusivo dos tempos hodiernos. Entretanto, não menos verdadeira é a afirmação de que, na atualidade, estes se diferenciam, volatilizando-se no espaço e no tempo e submetendo o ser humano a perigos antes inimagináveis.

Situações paradigmáticas como o acidente radioativo de Chernobyl, a má-formação fetal decorrente do uso de Contergan, cujo princípio ativo era a talidomida, a intoxicação disseminada na Espanha em virtude da ingestão de azeite de colza, importado da França, bem como o catastrófico emprego de Lederspray, tão somente ilustram esta nova realidade.

1. No presente artigo, serão adotadas indistintamente as expressões "supraindividuais", "difusos", "metaindividuais" e "coletivos" para qualificar os bens jurídicos ora tratados, os quais, independentemente da nomenclatura empregada, aproximam-se, na medida em que não se referem a um sujeito individual que deles pode livremente dispor, mas a uma coletividade. Cf. Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 203-204: "Todos los bienes jurídico-penales supraindividuales tienen en común que no son derechos o intereses que recaigan en una persona sino que son derechos o intereses de una colectividad. La titularidad de estos derechos no es personal sino compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva a cada uno de los ciudadanos para lograr su pleno desarrollo como personas individuales. La consecuencia de esta titularidad compartida del interés o derecho protegido conlleva que nadie, individualmente, tenga capacidad de disponer de estos bienes jurídicos, ni tan siquiera los poderes e instituciones públicas".
2. Cf. Silva Franco, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. *RBCCrim* 31/103-119. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2000.
3. Também designada muitas vezes como sociedade complexa, da comunicação, da informação, globalizada, pós-moderna ou pós-industrial.
4. Cf. Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 28 e Souza, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 27: "Tomando por base a evolução histórica da humanidade, Ulrich Beck, concluiu que a sociedade pós-industrial, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual, chegando-se a uma dimensão de novos riscos coletivos. Daí porque se utiliza da expressão sociedade do risco (*Risikogesellschaft*)".

No bojo desse processo de aumento da complexidade social, tem relevo a própria atuação dos meios de comunicação de massa,[5] que exploram a insegurança e o medo disseminados entre os cidadãos, contribuindo, ainda, para a banalização da violência e, por conseguinte, para um sentimento crescente de vitimização social.

Nesse contexto, conforma-se um terreno fértil para a atuação dos gestores atípicos da moral, representados por organizações não governamentais, sindicatos, feministas, ecologistas, pacifistas, grupos de moradores de bairros e de defesa dos consumidores, entre outros, os quais atuam politicamente em favor da proteção de seus interesses, exigindo prontas soluções do Estado.

Visando ao imediato e supostamente eficaz atendimento destes anseios da coletividade, vêm à tona respostas estatais, não raro, concretizadas por meio da expansão e hipertrofia da intervenção jurídico-penal. Por expansão, há de se entender a elaboração desmedida de novos tipos incriminadores, sob a alegada justificativa de combate à criminalidade difusa da atualidade, principalmente por meio da técnica do perigo abstrato, de tipos abertos e de normas penais em branco, expedientes de questionável constitucionalidade, diante dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. Acompanhando este fenômeno, no mais das vezes, tem-se a aludida hipertrofia da intervenção jurídico-penal, caracterizada pelo agravamento das penas dos delitos já existentes e pela supressão de direitos e garantias penais e processuais penais.

Portanto, orientado pelo escopo de transmitir à população a tranquilizadora impressão de efetividade na repressão institucional aos delitos, o Estado se utiliza do caráter simbólico do direito penal, o que, por si só, não é condenável, na medida em que possibilita, ao menos

5. Jesús-María Silva Sánchez acertadamente pontua que os meios de comunicação contribuem para a difusão da sensação social de insegurança, ao noticiarem reiteradamente ilícitos e catástrofes, tornando a vivência subjetiva dos riscos superior à sua própria existência objetiva. Com isso, entretanto, não pretende afirmar que o medo da criminalidade origina-se da atuação dos meios de comunicação, sendo mais razoável conceber que estes, na verdade, reforçam ou estabilizam medos já existentes. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 37-40.

em um primeiro momento, o restabelecimento da confiança da população no ordenamento jurídico, com a estigmatização da conduta perniciosa e a demonstração da relevância do bem jurídico pretensamente tutelado. O que se revela prejudicial é transformar o simbolismo penal em função exclusiva da norma, que assim surge sem condições mínimas de cumprir as finalidades protetivas a que se propôs.[6]

Incapaz de responder satisfatoriamente aos novos problemas advindos da sociedade pós-moderna, a legislação penal emergente revela-se destituída de qualquer eficácia social duradoura, não logrando êxito na redução dos índices de criminalidade nem tampouco na proteção dos novéis bens jurídicos de caráter difuso. Ou seja, "o direito penal, que parece a tudo tutelar, de fato muito pouco consegue defender".[7] Diante deste cenário, delineia-se o processo de deslegitimação da intervenção jurídico-penal, com o consequente aumento da sensação coletiva de insegurança, que, por sua vez, dá ensejo a novas demandas sociais em favor de sua expansão e hipertrofia, em um verdadeiro círculo vicioso. Caracteriza-se assim a atual crise do direito penal.

Agravando este quadro, há de se mencionar o descompasso existente entre a dogmática jurídico-penal clássica ou tradicional, insistentemente empregada sem maiores reflexões, cuja origem remonta ao

6. Cf. Silva Sánchez, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 2002, p. 305-306: "Ciertamente, aspectos simbólicos o retóricos se dan en prácticamente todas las manifestaciones de la legislación penal. Lo problemático no es, pues, el elemento simbólico, sino su absolutización en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto que, por ello, resulta elevado a la categoría de *función exclusiva*. Al respecto, hay quien entiende que un Derecho penal que en amplios sectores opera de modo básicamente simbólico pierde *a la larga* fiabilidad, no pudiendo cumplir sus funciones de protección; es decir, en otras palabras, que la función meramente simbólica de algunos preceptos obstaculizaría la función instrumental general del derecho penal. Por mi parte, estimo que eso es así ciertamente *a la larga*. De modo inmediato, sin embargo, la legislación simbólica, con su estigmatización de la conducta correspondiente y la cualificación del bien de que se trate, constituye además una manifestación especialmente clara de un derecho penal de connotación *educativa* o *ético-social* ".
7. Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 23.

século XVIII, e os novos problemas sociais oriundos da sociedade de risco contemporânea.

Deveras, estruturado para a tutela de bens jurídicos de titularidade determinada ou determinável, bem como para o enfrentamento de uma criminalidade individual, com vítimas e autores bem definidos, o direito penal clássico ou tradicional mostra-se insuficiente para lidar com os novos contextos de risco e a criminalidade difusa da atualidade, que atinge bens jurídicos de caráter supraindividual, de titularidade indeterminada, até então inexistentes ou não percebidos como tais,[8] cuja violação afeta vítimas não identificáveis, razão pela qual tais delitos são muitas vezes denominados de "crimes sem vítima".[9]

Em suma, vinculados a instrumentos dogmáticos verdadeiramente inadequados, atrelados a velhos paradigmas, "(...) o legislador e os operadores do direito não encontram soluções eficazes para a criminalidade atual, simplesmente expedindo-se simbolicamente normas incriminadoras, o que, por sua vez, na prática, acarreta uma deslegitimidade do direito penal (...)".[10]

A partir desse panorama, inegável a necessidade de reformulações teóricas da dogmática jurídico-penal, de sorte a acomodar os novos objetos de tutela, propiciando sua efetiva proteção e resgatando a legitimidade desse gravoso meio de controle social que é o direito penal.

2. Delimitação do tema

Sob a perspectiva dessa problemática mais ampla acerca da vigorosa expansão do direito penal e do seu consequente processo de deslegitimação, delineia-se o objeto do presente artigo, que, em linhas

8. Consoante Jesús-María Silva Sánchez, uma das causas da expansão do direito penal na atualidade corresponde ao advento de novos objetos de tutela penal, fenômeno que decorreria tanto da efetiva aparição de novos bens jurídicos, em virtude da conformação de novas realidades, como do aumento de valor experimentado por alguns interesses anteriormente existentes. Cf. Silva Sánchez, Jesús-María. *A expansão do direito penal*... cit., p. 27-28.
9. Para críticas a esta denominação, cf. Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*... cit., p. 176-177.
10. Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 21.

gerais, se debruça sobre os limites de um direito penal econômico construído precipuamente por crimes de perigo abstrato.[11]

Se, por um lado, a pós-modernidade cunhou novos bens jurídicos dotados de dignidade penal[12] a reclamar uma tutela diferenciada, por outro, não menos verdadeira é a afirmação de que uma nova forma de criminalização há de observar princípios constitucionais imanentes a um Estado Democrático de Direito, sob pena de ilegitimidade das imputações.

Nesse contexto, há relevância penal na conduta de um indivíduo que vende dólares nas calçadas do centro da cidade de São Paulo, em ínfimo montante, devendo-se lhe imputar a prática do crime de operar instituição financeira por equiparação, sem a devida autorização, previsto no art. 16 da Lei 7.492/1986, o que pode ensejar a imposição de uma pena privativa de liberdade? Não haveria exagero no exercício do poder punitivo por parte do Estado?

O presente estudo parte da premissa de que não se pode acolher a tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato de forma absoluta e *a priori*, com base em uma suposta incompatibilidade desta forma de criminalização com o modelo de Estado Democrático de Direito, que fundamenta o exercício de seu poder punitivo no princípio da lesividade, segundo o qual não haveria crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico-penal.

Não obstante se tome como premissa tal impossibilidade de se rechaçar, de pronto, a legitimidade desta estrutura delitiva, também não há que se admitir uma incriminação desmedida de condutas.

Na verdade, o que se mostra necessário é determinar em quais circunstâncias esta forma de antecipação da tutela penal mostra-se compatível com parâmetros constitucionais, o que indica a própria

11. Apesar do largo emprego da técnica do perigo, faz-se a ressalva de que, no Brasil, a tutela da ordem econômica também se verifica a partir de alguns crimes de dano, como o estampado no art. 1.º da Lei 8.137/1990.
12. De fato, ao lado de bens jurídicos de cunho clássico, tanto individuais como supraindividuais (fé pública, administração da Justiça ou mesmo saúde pública), formatam-se, no momento da criação da sociedade pós-industrial, novos bens jurídicos, de caráter difuso, como a ordem econômica e o meio ambiente. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*... cit., p. 56-57.

exigência de configuração de limites precisos para esta nova modalidade de criminalização, estabelecendo as fronteiras entre o legítimo e o ilegítimo. Vale dizer, soluções globais, pautadas em uma completa aceitação ou em uma recusa obstinada dos crimes de perigo abstrato, devem ser repelidas em favor de uma detalhada análise desta estrutura de delito e do desenvolvimento de critérios específicos de legitimidade.[13]

Dessa forma, o presente artigo circunscreve-se à seguinte problemática: se, por um lado, os crimes de perigo abstrato despontam como estruturas destinadas à tutela de bens jurídicos difusos, como a ordem econômica, dotada de relevância constitucional, por outro, questionável é sua compatibilidade com princípios fundamentais que, em última análise, visam à limitação do poder estatal, mormente quando se tem em perspectiva que tal técnica de construção legislativa, ao menos em uma concepção clássica, importa na antecipação da tutela penal e na presunção absoluta de perigo, facilitando, sobremaneira, a imputação. Rechaçando-se posicionamentos extremos, pretende-se traçar uma via intermediária, na qual se torna imprescindível o desenvolvimento de critérios de legitimidade à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima.

É certo que o conceito de legitimidade não está imune a divergências,[14] o que, entretanto, não obsta a determinação de alguns parâmetros aptos a balizar a análise pretendida nesta pesquisa. Dessa forma, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, há de se reputar legítima a intervenção jurídico-penal que observe princípios constitucionais e que se oriente para a tutela de bens jurídicos fundamentais, constitucionalmente consagrados,[15] razão pela qual teceremos breves considerações acerca do objeto supostamente protegido pelo direito penal econômico.

13. Cf. Greco, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/126-134. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.
14. Em que pese as diversas acepções que o termo comporta, prescindiremos da análise da polêmica que o envolve, tendo em vista o seu caráter instrumental nos limites deste trabalho.
15. Cf. Silva, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 23-28.

Mas se a legitimidade do direito penal repousa na tutela de bens jurídicos dotados de dignidade constitucional e na observância de princípios também constitucionais, há de se concluir que a questão da legitimidade está atrelada à própria constitucionalidade da criminalização.

Ou seja, "o princípio aqui indicado, de que o bem jurídico deva emergir da Constituição, assim como os demais princípios aqui mencionados, e desta extraídos, como o da lesividade, o da proporcionalidade, o da intervenção mínima e o da culpabilidade, por serem princípios constitucionais, nos levam a concluir que o problema da legitimidade dos crimes de perigo abstrato somente pode ser analisado em face da Constituição. Assim, a Carta Política será o referencial constante, de modo que considerar as infrações penais ilegítimas significará considerá-las inconstitucionais, ao passo que, se a consideração for pela legitimidade, o contrário se dará".[16]

Embora o problema da legitimidade dos crimes de perigo abstrato se verifique em diversas outras searas, como na tutela da saúde pública, relevante atentar para as peculiaridades do direito penal econômico, objeto desta análise, o qual se reporta a um domínio que, pela sua própria natureza, comporta certo grau de riscos, exigindo considerável cautela na criminalização de condutas.[17]

Por fim, faz-se a ressalva de que se poderia questionar a própria intervenção jurídico-penal para a proteção da ordem econômica, indagação esta que antecede a discussão pretendida neste estudo, sob o argumento de que outras formas menos gravosas de controle social estariam aptas a proteger este âmbito de forma mais efetiva.

16. Idem, p. 27-28.
17. De fato, trata-se de um "(...) domínio em que muitas das actividades, para não dizermos todas, comportam um certo risco. Não queremos com isto, obviamente, afirmar que o campo económico, ou melhor, das relações económicas, seja o reino da incerteza absoluta mas unicamente lembrar que há um pouco de *alea*, que em áreas específicas está limitada até pela própria lei." Cf. COSTA, José Francisco de Faria. O direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 151.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, cabe apenas pontuar que não se ignora o debate existente entre expansionistas e minimalistas diante da necessidade de se cunhar novos instrumentos dogmáticos consentâneos com os riscos advindos de uma sociedade pós-industrial. Enquanto aqueles defendem o controle da nova criminalidade por meio de uma atuação firme, rígida e multifacetada do direito penal, que, por vezes, esbarra no princípio da intervenção mínima, estes propõem uma atuação o menos incisiva possível.

No primeiro grupo, ainda que sem a irracionalidade que caracteriza correntes mais radicais, pode-se incluir Jesús-María Silva Sánchez, na medida em que defende a proteção dos novos bens jurídicos surgidos da complexidade social, por meio do direito penal.[18] Em linhas gerais, sua proposta parte da identificação de uma relação direta existente entre a gravidade das sanções cominadas e as garantias contempladas em um dado sistema de imputação, bem como da constatação de que "(...) certamente, o problema não é tanto a expansão do direito penal em geral, senão especificamente a expansão do direito penal da pena privativa de liberdade".[19]

Estabelecidas tais premissas, concebe um direito penal de duas velocidades[20] para se referir à estruturação de dois subsistemas que se diferenciam no que tange às respectivas sanções, regras de imputação e sistemas de garantias. De acordo com essa teoria, remanesceria uma esfera pautada na imposição de penas privativas de liberdade, com a previsão de amplas garantias aos acusados e a aplicação das regras de imputação com máximo rigor técnico, tendo em vista o próprio caráter gravoso das sanções cominadas. Paralelamente, ter-se-ia um

18. É importante frisar que Jesús-María Silva Sánchez apresenta uma postura crítica quanto à desenfreada expansão do direito penal na atualidade, de sorte que sua proposta teórica visa a equacionar os problemas decorrentes de tal fenômeno. No presente trabalho, entretanto, justifica-se a inserção do pensamento do autor em uma vertente expansionista, na exata medida em que defende a tutela dos novos bens jurídicos supraindividuais por meio da intervenção jurídico-penal, enquanto minimalistas propugnam pelo estabelecimento de outras formas de controle social. Para semelhante enquadramento do posicionamento do autor, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 65-66.
19. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal...* cit., p. 139.
20. Cf. idem, p. 136-147.

subsistema destinado ao enfrentamento da nova criminalidade, caracterizado pela imposição de sanções diversas, como as restritivas de direitos ou de cunho meramente pecuniário, bem como pela relativização de garantias clássicas e a flexibilização controlada das regras de imputação, em virtude do caráter mais brando da pena prevista.

Por outro lado, entre os minimalistas, pode-se inserir Winfried Hassemer, que propõe a criação de um direito de intervenção,[21] enquanto um novo sistema de controle social, situado entre o direito administrativo, o direito civil e o direito penal, destinado a regular questões ligadas à nova criminalidade e à proteção dos bens jurídicos de caráter difuso, em que a redução das garantias e formalidades processuais seria acompanhada pelo menor rigor das sanções.

Em que pese os aspectos positivos e inovadores das mencionadas teorias, estas não serão objeto de maior aprofundamento no presente estudo, tão somente porque tal expediente transcende os limites deste artigo, cujo principal escopo é a determinação de uma *solução dogmática que prescinda de alterações legislativas*. Ou seja, parte-se da constatação de que a intervenção jurídico-penal no domínio econômico, concretizada, no mais das vezes, por meio de crimes de perigo abstrato, constitui uma realidade amplamente contemplada na legislação nacional e largamente reconhecida pelos tribunais brasileiros. Por conseguinte, a questão que ora se apresenta é a determinação de critérios de legitimidade, capazes de limitar a incidência desmedia destas normas incriminadoras em um Estado Democrático de Direito.

Tal recorte metodológico facilmente se justifica quando se tem em perspectiva as dificuldades, muitas vezes insuperáveis, de se promover reformas legislativas racionais, tendentes a frear a hipertrofia e a expansão do direito penal na atualidade. Não sem razão, assevera Pierpaolo Cruz Bottini que "o legislador é sensível ao discurso da repressão, e qualquer propositura que objetive limitar a incidência das normas penais aos novos âmbitos de risco não encontraria respaldo

21. Cf. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde; María del Mar Díaz Pita. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 67-72 e HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Trad. Cezar Roberto Bitencourt. *RBCCrim* 8/49-51. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994.

nem apoio ostensivo, e estaria fadada ao fracasso. Desta forma, diante da dificuldade prática em fazer tramitar qualquer processo legislativo que restrinja a aplicação do direito penal, outra alternativa extraparlamentar deve ser buscada para atrelar a atividade punitiva aos preceitos oriundos de um Estado Democrático de Direito".[22]

Trabalha-se, assim, com a ideia de que a tarefa de restringir a criminalização exacerbada de condutas, impedindo uma injustificada flexibilização das regras de imputação, também incumbe aos operadores do direito, no momento de interpretação e aplicação da vasta legislação sobre a matéria.

Ao se prescindir de reformas legislativas, buscando-se uma solução eminentemente dogmática, não se pretende afirmar que o direito penal consiste na forma mais eficaz e legítima de tutela de bens jurídicos supraindividuais, como a ordem econômica, dispensando qualquer outro meio de controle social. Na verdade, tais considerações cumprem um escopo bem mais modesto, qual seja, o de fixar o entendimento de que a opção pela intervenção jurídico-penal nesta seara não se mostra absolutamente inconstitucional e incompatível com o modelo de Estado vigente.

3. A ORDEM ECONÔMICA COMO BEM JURÍDICO-PENAL DIFUSO

Partindo da noção anteriormente apresentada de que a legitimidade da intervenção jurídico-penal, em uma de suas vertentes, está atrelada à tutela de bens jurídicos fundamentais à convivência social, constitucionalmente previstos, cumpre tecer algumas linhas sobre a ordem econômica enquanto bem jurídico-penal difuso, consagrado na Lei Maior.

3.1 Conceito político-criminal de bem jurídico

Tomando-se esta categoria como apta a desenhar as fronteiras de um direito penal legítimo, adota-se, em verdade, um conceito político-criminal de bem jurídico. Com efeito, enquanto o conceito dogmático está à completa disposição do legislador, consistindo no interesse protegido por determinada norma, o conceito político-criminal, dotado de

22. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *RBCCrim* 61/109. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2006.

caráter crítico, mostra-se apto a restringir o poder de incriminar do Estado, atuando como diretriz para o legislador.[23]

Não obstante, há quem afirme que, longe de limitar a intervenção jurídico-penal, a noção de bem jurídico serve de base para legitimar a sua expansão, fundamentando novas incriminações do direito penal econômico e ambiental.[24]

Outros debates perpassam a noção do bem jurídico. A despeito da relevância destas novéis discussões, não cabe aprofundá-las nos limites deste estudo. Faz-se apenas alusão a recentes teses que, excepcionando ou rechaçando o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, propugnam pela possibilidade de criminalização de condutas sem tal objeto de tutela, havendo até mesmo quem afirme que tal conceito se encontraria moribundo, em seu leito de morte.

Luís Greco, ao enfrentar a problemática acerca do art. 32 da Lei 9.605/1998, que erige a crime a conduta de "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos", não vislumbra qualquer bem jurídico tutelado pelo dispositivo, negando a meros sentimentos de revolta essa condição. Diante disso, considera três posturas possíveis. A primeira delas seria declarar que, de fato, o bem-estar animal não corresponde a um bem jurídico e por isso não pode ser tutelado penalmente, o que, entretanto, esbarra na crescente preocupação com o meio ambiente e a biodiversidade. A segunda solução seria dilatar o conceito de bem jurídico para acomodar o objeto de tutela da norma em questão, o que salvaria a ideia de bem jurídico como necessário para qualquer incriminação, mas retiraria qualquer conteúdo crítico desta categoria. A terceira proposta, acolhida pelo autor, implicaria o reconhecimento de exceções à tese de que a intervenção jurídico-penal somente se justifica para a tutela de bens jurídicos. Esse posicionamento teria a vantagem de impedir a diluição de tal conceito, permitindo uma precisa demarcação das exceções e impondo àquele que pretendesse uma incriminação sem bem jurídico um forte ônus argumentativo.[25]

23. Acerca desta distinção quanto ao conceito de bem jurídico, cf. GRECO, Luís. Op. cit., p. 92-93.
24. Extrai-se tal constatação de GRECO, Luís. Op. cit., p. 96-97.
25. Cf. idem, p. 107-111.

A despeito dessas críticas à imprescindibilidade do conceito de bem jurídico para uma criminalização legítima, é certo que tal categoria também encontra veementes defensores, que rechaçam qualquer exceção na matéria. Com efeito, ao se indagar sobre a possibilidade de se conceberem delitos que não afetem um bem jurídico-penal, Winfried Hassemer afirma que a reprovação penal de uma conduta sem que esteja lastreada na necessidade de proteção de um bem jurídico seria terror de Estado. Tal intromissão na liberdade humana de atuação careceria de legitimidade, visto que não se poderia identificar nenhuma concreta finalidade apta a lhe atribuir sentido.[26]

3.2 Fundamento constitucional do bem jurídico

Poder-se-ia questionar qual o fundamento deste conceito político-criminal de bem jurídico, apto a limitar a incidência do direito penal. Neste ponto, parece desfrutar de considerável aceitação a tese segundo a qual o bem jurídico encontra arrimo na Constituição.[27]

Tal consideração se aplica tanto aos bens jurídicos individuais como aos coletivos, tendo em vista que as Constituições contemporâneas, dentre as quais se encontra a Lei Maior brasileira de 1988, incorporam princípios do Estado Liberal, bem como do Estado Social, o que se reflete na própria conformação do direito penal hodierno. Com efeito, ao lado de princípios liberais que resguardam interesses individuais e fixam limites ao poder punitivo estatal, há de se notar preceitos que ampliam a intervenção jurídico-penal, ao alargarem o campo dos bens objeto de sua proteção, nele incluindo os de natureza supraindividual.[28]

Com isso não se pretende afirmar que a Constituição consagra expressamente um catálogo exaustivo de objetos de tutela. Em

26. Cf. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 103.
27. Cf. BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 58; CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal.* Porto Alegre: Safe, 1992, p. 33-40; GRECO, Luís. Op. cit., p. 98 e SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 83.

verdade, compartilha-se do entendimento consoante o qual estes bens jurídicos devem estar nela pressupostos, de forma expressa ou implícita, hipótese em que hão de ser dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica. Em outras palavras, é possível conceber bens jurídicos dignos de tutela penal, ainda que não desfrutem de previsão constitucional expressa, desde que se coadunem com valores primordiais nela consagrados, observem vedações a certas incriminações extraídas de seu texto e apresentem um caráter instrumental, figurando como meio necessário à tutela de bens fundamentais manifestos.[29]

É certo que tal exame acerca do caráter implícito de certos bens jurídicos se revela prescindível nos limites deste trabalho, visto que a ordem econômica encontra-se expressamente consagrada no Título VII, denominado "Da Ordem Econômica e Financeira", da Constituição Federal de 1988, do qual se extrai a necessidade de certo grau de proteção a tal interesse difuso.[30]

Se a constatação da previsão constitucional da ordem econômica constitui tarefa simples, o mesmo não se pode dizer da delimitação do conteúdo de tal bem jurídico. Enfrentando esta problemática, Renato de Mello Jorge Silveira entende que a proteção da ordem econômica abarca a tutela do sistema financeiro nacional, da ordem tributária, do adequado funcionamento das empresas e do mercado, podendo ainda englobar, por determinação constitucional, as relações de consumo e o meio ambiente, mencionados, respectivamente, no art. 170, V e VI, da CF/1988.[31] Luciano Anderson de Souza, por sua vez, identifica que,

28. Cf. Luisi, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 9-12: "As Constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do *Rechtsstaats* e, ao mesmo tempo do *Sozialstaats*. (...) Ou seja: de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado".
29. Cf. Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 86-91.
30. Cf. Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*... cit., p. 123.

sob a rubrica do direito penal econômico, comumente se encontram as infrações penais contra a ordem econômica, tributária, financeira, previdenciária e relações de consumo.[32]

Há ainda quem analise o conteúdo deste bem jurídico a partir de uma dupla perspectiva, a conformar duas concepções distintas de direito penal econômico, uma estrita e outra ampla. Em sentido estrito, tratar-se-ia do conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da intervenção estatal na economia. De outra parte, em sentido amplo, corresponderia ao conjunto de normas jurídico-penais destinadas à tutela da ordem econômica enquanto regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.[33]

Seja como for, a amplitude destas noções acaba por fornecer ao legislador vasta matéria-prima para a edição de normas incriminadoras. No que tange ao sistema brasileiro, verifica-se, de fato, uma profusão legislativa nesta seara, podendo-se mencionar, sem a pretensão de ser exaustiva, a Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; a Lei 8.078/1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor, prevendo infrações penais em título específico; a Lei 8.137/1990 que estabelece crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei 8.176/1991, que delineia crimes contra a ordem econômica, além de criar o sistema de estoques de combustíveis; bem como a Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" de ativos ilícitos ou ocultação de bens, direitos e valores.

É certo que não se pode extrair da Constituição um mandamento de criminalização expresso para a tutela da ordem econômica. Não obstante, entende-se que, do reconhecimento constitucional de sua importância, decorre a necessidade de certo grau de tutela, a qual pode ser concretizada, ainda que não exclusivamente, pelo direito penal. Adota-se, nesse sentido, o entendimento de que a Constituição representa não apenas um limite para a intervenção jurídico-penal, mas também seu fundamento. Ou seja, além de impedir certas

31. Cf. Idem. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 26-27.
32. Cf. Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 140.
33. Cf. Bacigalupo, Silvina; Bajo, Miguel. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 13-17.

incriminações porquanto violadoras dos valores consagrados em seu texto (limite negativo)[34] e de restringir a intervenção jurídico-penal aos interesses por ela reconhecidos como caros à sociedade (limite positivo),[35] a Constituição também indica a necessidade de tutela dos bens jurídicos fundamentais nela consagrados, respaldando a própria intervenção penal para o cumprimento de tal desiderato.[36] Frise-se que tal orientação não prescinde da observância dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal, não bastando para a incriminação o mero fundamento constitucional de certo bem jurídico.

No que tange especificamente à ordem econômica, há quem reconheça que a Lei Maior atue como força motriz propulsora de irradiações vinculantes decorrentes de seus valores fundamentais, também neste âmbito. Nesse sentido, no influxo das exigências do Estado Social, Luiz Luisi constata a existência de "(...) preceitos concernentes a bens da mais alta relevância social, como os relativos ao meio ambiente, ao trabalho individual e coletivo, a atividade econômica pública e privada, a pesquisa científica etc., para cuja tutela concreta se faz necessária a resposta penal".[37]

3.3 Concepção dualista e monista de bem jurídico

Diante das considerações anteriormente explicitadas, pode-se concluir que o Direito Penal Econômico encontra-se legitimado, ao menos na perspectiva do objeto de tutela, visto que se destina à proteção de um bem jurídico fundamental, constitucionalmente assegurado, qual seja, a ordem econômica.

34. Cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 55-59.
35. Cf. idem, p. 59-67.
36. Adotando uma postura crítica quanto a este entendimento, afirma Janaina Conceição Paschoal, para quem, nem mesmo nas hipóteses de determinações expressas de criminalização, há vinculação do legislador ordinário quanto à edição da norma penal: "(...) se se pretende ser fiel ao objetivo de realizar o ideal de um direito penal mínimo, somente se pode vislumbrar na Constituição Federal um limite positivo ao poder punitivo estatal, afastando a tese de que a Carta Magna constituiria um seu fundamento e que, por isso, obrigaria, perante a primeira necessidade, a criminalização". Cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. Op. cit., p. 76.

Não obstante, há quem delineie novas exigências para aferir a legitimidade da incidência do Direito Penal na esfera dos bens jurídicos supra-individuais. Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini, partindo do entendimento de que a legitimidade do Direito Penal decorre da sua necessidade para a manutenção do Estado Democrático de Direito, que elege como princípio fundante a dignidade humana, afirma que o Direito Penal supra-individual somente se afigurará legítimo se destinado a garantir, em última análise, condições necessárias para o livre exercício de interesses individuais, indispensáveis para a materialização do aludido valor. Dessa forma, defende que a referência última dos bens jurídicos difusos reside na preservação de interesses individuais, do que se depreende a adoção de uma concepção monista-pessoal de bem jurídico.[38]

Ao lado desta corrente, há de se mencionar uma concepção monista-estatal ou monista-coletivista, segundo a qual todos os bens jurídicos refletem interesses do Estado ou da coletividade. Nesta perspectiva, o indivíduo somente seria protegido na medida em que isso interessasse ao Estado ou à coletividade. Em virtude de seu caráter autoritário, praticamente não é mais defendida.

A despeito das coerentes ponderações que respaldam principalmente o posicionamento monista-pessoal, acolhe-se, no presente artigo, uma concepção dualista, a qual concebe tanto bens jurídicos individuais quanto coletivos, ambos legítimos e admissíveis,

37. Luisi, Luiz. Op. cit., p. 12. Compartilhando deste entendimento, Márcia Dometila Lima de Carvalho, diante da necessidade de ajustar a legislação penal aos ditames da Constituição Federal de 1988, mediante não apenas um processo de despenalização, mas também de penalização, defende a tutela penal da ordem econômico-social: "(...) obedecendo-se ao necessário processo de penalização, tipifica-se todo fato grave, fomentador da injustiça social, que a Constituição pretende eliminar. Em sequência, no balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, ganham mais força os pertinentes à defesa da ordem econômico-social, cultural e ambiental, hierarquicamente superiores, pela Constituição, aos clássicos crimes contra o patrimônio, por exemplo. Sob essa nova óptica, os bens jurídicos, além da sua natureza individual ou coletiva, passam a ter uma natureza constitucional que os fazem merecedores da proteção penal. É a dignificação constitucional do bem jurídico". Cf. Carvalho, Márcia Dometila Lima de. Op. cit., p. 47-48.

38. Cf. Bottini, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p.70-79.

rechaçando-se a redução dos bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo, bem como a redução dos bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual. E isso porque nem sempre é possível referir um bem jurídico difuso a interesses individuais concretos. Aliás, um bem jurídico supraindividual não corresponde à mera soma de diversos bens jurídicos individuais, hipótese em que se teria tão somente um pseudobem jurídico coletivo. Caracteriza-se, em verdade, pela não distributividade, ou seja, é usufruído por todos em sua totalidade.[39]

Dessa forma, ainda que, em uma situação concreta, reste ausente a referência a interesses individuais determinados, há de se admitir a ordem econômica como bem jurídico difuso, apto a legitimar a incidência do direito penal nesta seara.

4. Os crimes de perigo abstrato e a tutela penal antecipada da ordem econômica

Tecidas breves considerações acerca do bem jurídico resguardado pelo direito penal econômico, com a identificação de seu fundamento constitucional, passa-se a analisar a estrutura de delito empregada para tal tutela. Se em um primeiro momento o problema enfrentado consistia no *que proteger*, a questão que ora se apresenta é *como proteger?*

É certo que, neste âmbito de tutela de bens jurídicos supraindividuais, a atividade legislativa revela-se pródiga na utilização da técnica do perigo abstrato, cuja legitimidade há de ser analisada à luz de princípios constitucionais como a lesividade e a intervenção mínima, problemática que, como anteriormente assentado, constitui o cerne deste estudo.

39. Cf. Greco, Luís. Op. cit., p. 115: "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. 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".

4.1 A clássica definição de crime de perigo abstrato

Primeiramente, cumpre assinalar o que se entende por perigo. Este pode ser definido como "(...) a aptidão, a idoneidade, ou a potencialidade de um fenômeno de ser causa de dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse".[40] Deve-se, ainda, ressaltar que a mera possibilidade de dano não é suficiente para a configuração do perigo, que requer a probabilidade, sem que tal exigência redunde na necessidade de comprovação matemática ou estatística.

A partir destas considerações, podemos nos aproximar do que comumente se denomina de crime de perigo, o qual se contrapõe ao crime de dano em uma classificação que toma como critério a relevância da afetação do bem jurídico protegido. Com efeito, enquanto o crime de dano somente se consuma com a efetiva lesão ao objeto tutelado, o crime de perigo aperfeiçoa-se com a simples probabilidade de dano.[41]

No que tange especificamente à esfera dos crimes de perigo, tradicionalmente distinguem-se as estruturas delitivas de perigo concreto das de perigo abstrato ou presumido. É certo que a classificação dos crimes de perigo[42] revela-se bem mais complexa, podendo-se mencionar, em acréscimo, os crimes de perigo abstrato com presunção *juris tantum*, nos quais se admite prova em contrário quanto à ausência de vulneração do bem jurídico no caso concreto, e os crimes de perigo

40. Reale Júnior, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 56.
41. Neste ponto, há de se proceder a uma precisão terminológica. Afinal, não se deve confundir crime material com crime de dano, nem crime formal e de mera conduta com crime de perigo, visto que tais categorias se reportam a classificações baseadas em critérios distintos. Deveras, enquanto a oposição entre crime de dano e de perigo pauta-se, como já mencionado, no critério da relevância da afetação do bem jurídico tutelado, a diferenciação entre crime material, formal e de mera conduta obedece a critério vinculado ao resultado naturalístico. Ou seja, enquanto o crime material necessita de um resultado naturalístico para a sua consumação, o crime formal o descreve no tipo, mas dele prescinde para o seu aperfeiçoamento. Por fim, o crime de mera conduta não prevê nem exige tal resultado para a sua consumação.
42. Cf. Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 68-82.

abstrato-concreto,[43] cuja tipicidade objetiva somente se configura diante da realização da conduta proibida e da produção de um ambiente de periculosidade geral, ou seja, é necessário que o comportamento vedado crie ao menos condições para a afetação do objeto de tutela. Trata-se de uma situação intermediária entre a mera realização da conduta e a exposição do bem jurídico a uma ameaça concreta. Embora se reconheça a existência de diversas modalidades de delitos de perigo, esta análise limitar-se-á às duas categorias anteriormente mencionadas, o que se afigura suficiente diante do caráter instrumental de tais noções nos limites deste trabalho.

Dessa forma, albergam-se sob a rubrica de crimes de perigo concreto aqueles delitos em que o perigo constitui elemento do tipo, de tal forma que somente se aperfeiçoam com a verificação efetiva da situação perigosa, em um evidente juízo *ex post*. Ilustrando esta modalidade, tem-se o crime de incêndio, previsto no art. 250 do CP, que descreve a conduta de "causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem".

De outra parte, os crimes de perigo abstrato ou presumido, em uma clássica definição, caracterizam-se pela presunção absoluta de perigo para o bem jurídico tutelado. Nesse caso, o perigo não corresponde a elemento do tipo penal, mas tão somente a sua motivação. Vale dizer, a partir de regras de experiência, o legislador identifica condutas às quais, em seu entendimento, o perigo é inerente, tornando-as puníveis. Como exemplo, pode-se mencionar o crime contra a ordem econômica delineado no inc. I do art. 1.º da Lei 8.176/1991, o qual se refere à conduta de "adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da Lei". A partir da análise desta norma incriminadora, pode-se verificar que o juízo de desvalor reporta-se unicamente à ação, não abarcando o resultado.

Diversas são as justificativas usualmente apresentadas para a adoção, no âmbito do direito penal supraindividual, desta técnica do perigo abstrato, que acaba por configurar uma criminalização em âmbito prévio ou antecipação da tutela penal.

43. Cf. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 115-117.

Primeiramente, cumpre salientar os resultados catastróficos decorrentes de um dano efetivo ao bem jurídico tutelado, bem como a sua irreversibilidade ao estado anterior, de tal sorte que, nesses contextos, o mais importante é evitar ou controlar as condutas, antecipando-se à própria ocorrência da lesão, e não reprimir os resultados. Ademais, deve-se ter em mente que, em muitos delitos contra a ordem econômica, se lida com atos perigosos por acumulação. Ou seja, tem-se "(...) ações que, isoladamente, não representam uma ameaça, em potencial para bens jurídicos tutelados, mas sua reiteração ou multiplicação acaba por consolidar um ambiente de riscos efetivos para estes interesses protegidos".[44] Ressalte-se, ainda, a inviabilidade de se estabelecer um nexo causal entre múltiplas ações e um determinado dano à ordem econômica, nos moldes rigorosos do processo penal, bem como a dificuldade de constituição da prova, diante da impossibilidade de se mensurar o *quantum* de turbação foi imposto ao bem jurídico, a partir de condutas individualmente consideradas.

Em suma, enquanto os bens jurídicos individuais se satisfazem com uma proteção mediante crimes essencialmente de dano, tendo o perigo como recurso excepcional do legislador, os bens difusos guardam peculiaridades, "quer pelo fato de não se identificar uma vítima definida, quer por não se ter, em uma dada e concreta conduta, um perigo concreto à inteireza do bem protegido (...)".[45]

Nesse sentido, subtrair do direito penal um caráter preventivo, repelindo as construções abstratas sem maiores reflexões, significa afastar-se da realidade e desatender as necessidades de nosso tempo. Não sem razão, Bernd Schünemann qualifica de reacionário o posicionamento da Escola de Frankfurt favorável à recondução do direito penal aos delitos de dano. Em seu entendimento, essa postura de pronta repulsa aos crimes de perigo abstrato advoga contra a modernização do direito penal, comprometendo sua função de proteção de bens jurídicos fundamentais.[46]

Portanto, compartilhamos do entendimento segundo o qual os crimes de perigo presumido constituem uma estrutura de delito

44. Idem, p. 124.
45. Silveira, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. *Bol. IBCCrim* 122/14-15. São Paulo: IBCCrim, jan. 2003.

adequada para atender as exigências da própria sociedade de risco contemporânea, no que tange à tutela eficaz de determinados bens jurídicos difusos ou supraindividuais, como a ordem econômica,[47] razão pela qual se adotou como premissa deste estudo a impossibilidade de se rechaçar de pronto a constitucionalidade desta construção legislativa.

Isso, entretanto, não implica a defesa da legitimidade de todo e qualquer delito de perigo abstrato destinado à proteção da ordem econômica, tão somente em virtude da natureza difusa do bem jurídico tutelado. Afinal, as particularidades destes bens supraindividuais não podem servir de salvaguarda para criminalizações desmedidas. Há de se atentar não somente para a natureza do bem jurídico, mas também para a conduta descrita na norma incriminadora, verificando se traz ínsito o perigo ao objeto que se pretende resguardar.

Nessa ordem de ideias, a definição de limites para esta modalidade de criminalização afigura-se de fundamental importância, principalmente ao se considerar que tipos abstratos, em uma concepção clássica, importam na antecipação da tutela penal e na presunção absoluta de perigo, prescindindo de qualquer análise pelo aplicador da lei acerca do contexto fático para a configuração do delito, para a qual basta a formal subsunção da conduta ao modelo descrito. Daí se afirmar que, nesses casos, parece ocorrer uma transição da decisão do perigo do juiz ao legislador, o que facilita, sobremaneira, a imputação e, por conseguinte, a ampliação do âmbito de incidência do direito penal.[48]

46. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Revista Peruana de Ciencias Penales* 5/251-256. Lima: Idemsa, jan.-jun. 1995.
47. Contemplando semelhante posicionamento cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 101: "(...) os crimes econômicos apresentam bens sujeitos a ataques e que merecem ser preservados, e os crimes de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se como o único recurso possível para empreender-se uma séria e real tutela" e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual...* cit., p. 66: "(...) pelas próprias características vislumbradas nos delitos a bens supraindividuais, é de se ver que, fundamentalmente, haverão eles de ser tipificados como delitos de perigo abstrato".

4.2 Princípios constitucionais

Considerando que o presente artigo se propõe a analisar a legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo, tomando como parâmetro a Constituição, revela-se imprescindível a abordagem de princípios que dela emanam, os quais exercem evidente influência na definição dos contornos do sistema penal.

Embora muitos preceitos fundamentais com reflexos na esfera criminal possam ser extraídos da Lei Maior,[49] o exame ora empreendido não se ocupará do tema em toda a sua extensão. Em verdade, tratar-se-á apenas do princípio da lesividade, haja vista sua suposta incompatibilidade com os crimes de perigo abstrato, bem como do princípio da intervenção mínima, aparentemente maculado pelo fenômeno contemporâneo de expansão do direito penal, decorrente não apenas da edição de novas normas incriminadoras, mas também da flexibilização das regras de imputação.

4.2.1 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade ou ofensividade, muitas vezes designado como *nullum crimen sine iniuria*, estabelece que a intervenção jurídico-penal somente se justifica para proteger bens jurídicos fundamentais de lesões ou exposições a perigo concreto, do que decorre a necessidade de que toda conduta criminalizada mostre-se apta a vulnerá-los.[50] Se assim não fosse, o ilícito penal passaria a corresponder à mera violação de dever legal, algo incompatível com o Estado

48. Cf. Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo* cit., p. 116-119 e *Direito penal supraindividual...* cit., p. 97.

49. No que concerne à presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas, Luiz Luisi diferencia os princípios constitucionais especificamente penais e os princípios constitucionais apenas pertinentes ao direito penal. Os primeiros são exclusiva e tipicamente penais, refletindo, em geral, as características do Estado Liberal. Como exemplo, pode-se mencionar a legalidade dos delitos e das penas, a pessoalidade da pena, bem como a individualização da sanção penal, entre outros. Os segundos não são propriamente criminais, espraiando-se pelos diversos ramos do ordenamento jurídico. Relacionam-se à necessidade de tutela de bens de relevância social, em consonância com as exigências do Estado Social. Cf. Luisi, Luiz. Op, cit., p. 10-12.

Democrático de Direito brasileiro, de caráter pluralista e laico, que elege como valores fundamentais a tolerância, a dignidade humana e a liberdade do cidadão.

Considerando que os contornos principais deste modelo de Estado defluem da nossa Lei Maior, pode-se dizer que o princípio da lesividade encontra consagração constitucional, ainda que implícita. De fato, "(...) num Estado com essas características, pluralista, que tem na justiça o valor-meta, é evidente que o direito penal não pode perseguir finalidades transcendentes ou éticas, não pode contemplar o homem como mero 'objeto' de tratamento em razão de uma presumida inclinação antissocial, nem tampouco reprimir a mera desobediência. O único modelo de direito penal e de delito compatível com nossa Constituição, em consequência, é o de um direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão".[51]

As discussões relativas ao referido princípio adquirem especial relevância na seara dos bens jurídicos supraindividuais, os quais, pela sua própria natureza, estão sujeitos a graves e irreversíveis turbações, sem que se possa atribuí-las a condutas individualmente consideradas. Em outras palavras, se lida com comportamentos que, isoladamente, revelam-se inidôneos para lesionar ou expor a perigo concreto o objeto da tutela. Porém, uma vez somados, acarretam-lhe significativos danos. Daí a seguinte indagação: como proteger eficazmente bens jurídicos difusos, prevenindo as referidas condutas mediante a antecipação da tutela penal, sem atentar contra o princípio da lesividade?

50. Cf. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* cit., p. 202-203; Palazzo, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989, p. 79; Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op, cit., p. 92-93 e Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual...* ,cit., p. 54-55.
51. Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 59. Há ainda quem extraia o princípio da lesividade do art. 98, I, da CF/1988, que disciplina as infrações penais de menor potencial *ofensivo*. Nesse sentido, cf. Jesus, Damásio de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 30.

Diante desse questionamento, Ângelo Roberto Ilha da Silva entende que os crimes de perigo abstrato não afrontam o referido princípio, desde que o perigo ao bem jurídico seja inerente à conduta vedada, segundo as regras da experiência e do bom-senso. Segundo o autor, mister ainda que o objeto tutelado, pela sua própria natureza, só possa ser eficazmente protegido mediante tal criminalização em âmbito prévio, adotando-se uma precisa e taxativa descrição típica.[52]

Reforçando os argumentos em favor da compatibilidade entre esta estrutura de delito e o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, há de se mencionar que, no XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, no Cairo, concluiu-se que a rigorosa descrição do modelo incriminador e a precisa determinação do bem jurídico protegido configuram critérios legitimadores dos crimes de perigo abstrato destinados ao resguardo da ordem econômica. Em outras palavras, entendeu-se que o emprego de "tipos delitivos de perigo abstrato é meio válido na luta contra a delinquência econômica e empresarial, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha precisamente especificada, e a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados".[53]

Faria Costa, por sua vez, diante da pergunta de quando se pode considerar, em termos jurídico-penais, que um bem é ofendido, aponta para a percepção de três níveis de lesividade. O primeiro corresponderia ao dano, com total aniquilamento do bem jurídico, enquanto o segundo grau consistiria na colocação deste bem em perigo concreto. Os delitos de perigo abstrato refletiriam um terceiro nível de ofensividade,

52. Cf. Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 99 e 101, respectivamente: "Assim, quando for próprio da conduta a vulneração do bem, atendendo-se à experiência, ao bom-senso e a uma adequada técnica de tipificação, delimitando-se taxativamente o âmbito do proibido, não se poderá falar em inobservância ao princípio da lesividade" e "Em suma, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência, e, para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador".
53. Cf. Carvalho, Márcia Dometila Lima de. Op. cit., p. 113 e Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 100.

o qual exigiria uma descrição minuciosa da conduta vedada, relacionada a um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional.[54]

De acordo com o autor, "dir-se-ia que o 'aparente' défice de legitimidade é contrabalançado pela extraordinária minúcia que o legislador põe, deve pôr, na descrição das condutas proibidas. Assim, se o tipo legal de crime de perigo abstracto é composto por tais elementos, não vemos em que é que a sua legitimidade possa ser tocada".[55]

Portanto, orientados pelo escopo de superar a tensão verificada entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da ofensividade, os posicionamentos até então enunciados parecem convergir precisamente no ponto em que propõem uma revisão dos contornos do conceito de lesividade, o qual não compreenderia apenas a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, mas também as situações de perigo abstrato, as quais restariam legitimadas diante da descrição precisa do âmbito do proibido e da clara identificação de um bem jurídico dotado de dignidade penal.

A despeito da coerência das teses aventadas, pode-se dizer que não solucionam integralmente o problema proposto neste trabalho, visto que se limitam a traçar diretrizes para o legislador, a quem seria franqueada a possibilidade de empregar a técnica do perigo abstrato, desde que observadas as balizas mencionadas. Nada referem, entretanto, quanto à atuação do aplicador da norma penal, o qual também se submete ao princípio da lesividade.[56] Ademais, de se ressaltar que, pelos motivos já expostos, o objetivo do presente estudo é traçar uma solução eminentemente dogmática que prescinda de alterações legislativas, de modo que propostas circunscritas ao momento de edição das normas incriminadoras não lhe bastam.

Outra proposta tendente a superar a aparente incompatibilidade entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da lesividade defende a sua transformação em crimes de dano, reconhecendo-se uma efetiva lesão a bens jurídicos coletivos. Entre os adeptos deste entendimento, pode-se mencionar Urs Kindhäuser, para quem a missão do direito

54. Cf. Costa, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, p. 620-651.

55. Idem, p. 645-646.

penal é a exclusiva proteção de bens jurídicos. Amplia, entretanto, esta categoria ao nela inserir a própria segurança sobre a disposição destes bens e instrumentos de participação social. Dessa forma, os crimes de perigo abstrato não representariam mera contrariedade ao direito positivo, mas efetiva lesão a estes padrões mínimos de segurança, erigidos à condição de bens jurídicos dignos de tutela penal, razão pela qual se tornariam verdadeiros delitos de dano.[57]

José Manuel Paredes Castañon, por sua vez, admite o emprego do perigo abstrato, por exemplo, diante de condutas que produzem perturbações sistêmicas, seja porque estatisticamente revelam-se causadoras de danos, seja porque ocasionam grande insegurança no sistema social. Nesta hipótese, entende que se configuraria uma efetiva lesão ao normal funcionamento do sistema social, o que permitiria caracterizar o delito de perigo abstrato como crime de dano.[58]

Esse posicionamento, entretanto, não se encontra imune a críticas. De fato, ao se pretender equacionar o problema da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, diante do princípio da lesividade, por meio da construção de bens jurídicos coletivos destituídos de qualquer conteúdo crítico, acaba-se por esvaziar o próprio sentido limitador do referido princípio. De fato, alçar à categoria de bem jurídico-penal a segurança sobre a disposição de bens ou o regular funcionamento do

56. Debruçando-se sobre a questão, Francesco Palazzo afirma que o princípio da lesividade responde a uma exigência de delimitação do direito penal em dois níveis, a saber, o legislativo e o jurisdicional-aplicativo. Com efeito, "a nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos *indiferentes* e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como *inofensivos*. A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do *princípio da lesividade* deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma". Cf. PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 80.
57. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* cit., p. 139-141.
58. Cf. idem, p. 141-142.

sistema social em nada contribui para solucionar a problemática apresentada.

Tal formulação artificial de bens jurídicos coletivos acaba por legitimar, de igual modo, a antecipação do direito penal. "Só que no caso dos crimes de perigo abstrato, antecipa-se a proibição; no bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria lesão. E mais: como agora haveria verdadeira lesão, e não mais mero perigo abstrato, (...) 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".[59]

4.2.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima constitui um verdadeiro limite ao poder incriminador estatal, abarcando duas características fundamentais do sistema penal em um Estado Democrático de Direito, as quais se encontram densamente relacionadas, a saber, a fragmentariedade e a subsidiariedade.[60]

Por fragmentariedade, há de se entender que a intervenção penal somente se justifica para a tutela de bens jurídicos efetivamente essenciais à coexistência humana pacífica, em face de agressões e ataques socialmente intoleráveis. Vale dizer, nem todo bem jurídico existente há de se albergar sob a proteção do direito penal, e nem toda conduta, ainda que lesiva a um bem relevante, revela-se suficientemente grave a ponto de autorizar a referida intervenção.

Nesses termos, reconhece-se um duplo aspecto à fragmentariedade: "fragmenta-se, assim, não só os bens jurídicos em dois grupos –

59. GRECO, Luís. Op. cit., p. 112-113.

60. Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57-58; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*... cit., p. 55-56 e SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 54-55.

um que mereça e outro que careça da proteção do direito penal – como também as condutas lesivas aos bens dignos de tutela penal em dois novos grupos – o de condutas que ofendem o bem jurídico de forma típica e o de condutas que ofendem o bem jurídico de forma atípica (atipicidade esta que passa pelo reconhecimento da desnecessidade do direito penal para estas condutas menos ofensivas)".[61]

A subsidiariedade, por sua vez, nos indica que a intervenção jurídico-penal não constitui *sola ratio* ou *prima ratio*, mas *ultima ratio*. Ou seja, deve observar os estritos limites da necessidade, tendo lugar somente quando outras formas de controle social forem insuficientes para a tutela de bens jurídicos valorados como essenciais, diante de graves agressões.[62] Ilustrando a assertiva, caso a sanção administrativa se afigure suficiente para a inibição de certa conduta lesiva, quedará prescindível a edição de norma incriminadora com tal objeto. Entretanto, o que se tem verificado na atualidade é uma imensa dificuldade dos meios menos gravosos de controle social em lidar com os novos riscos, o que acaba por transferir a tarefa de sua gestão ao direito penal, que assim parece atuar subsidiariamente, quando, em verdade, enseja expansão desmesurada.[63]

A despeito da ausência de previsão expressa do princípio da intervenção mínima na Lei Maior, não se pode negar a sua consagração constitucional implícita, na medida em que emana de outros postulados explícitos, bem como dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, pode-se dizer que decorre do direito fundamental à liberdade (*caput* do art. 5.º da CF/1988), bem como da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), valores que somente restarão observados diante de um direito penal que atue nos exatos limites da necessidade.[64]

Pode-se dizer que o direito penal mínimo corresponde a uma via intermediária, situada entre o abolicionismo, que pretende a supressão do direito penal, com a sua substituição por outras formas de controle

61. Idem, p. 55.
62. Cf. Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 117.
63. Cf. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* cit., p. 207-208.
64. Cf. Luisi, Luiz. Op. cit., p. 26 e Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 119.

social, e o movimento da "lei e ordem", segundo o qual a solução do problema da criminalidade reside no recrudescimento da intervenção penal. Dessa forma, apresenta-se como uma via de mão dupla. Vale dizer, se por um lado impõe a descriminalização de condutas que não apresentem nocividade social, bem como a previsão de penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo diante de condutas de menor gravidade, por outro, autoriza uma maior reação penal para a tutela de novos bens jurídicos reputados relevantes, recorrendo-se até mesmo à construção de tipos de perigo abstrato.

Essa visão acerca do direito penal mínimo mostra-se em consonância com o pensamento adotado recentemente pelo Código Penal espanhol de 1995, o qual assinala em sua exposição de motivos que "se enfrentou a antinomia existente entre o princípio de intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa, dando prudente acolhida a novas formas de delinquência, porém eliminando, por sua vez, figuras delitivas que tenham perdido sua razão de ser".[65]

Com isso não se pretende defender uma desenfreada inflação da legislação penal para a tutela da ordem econômica, mas tão somente afirmar que o reforço penal para o confronto da criminalidade nesta seara não se revela de todo incompatível com o princípio da intervenção mínima.

Reconhece-se, em verdade, a plena aplicabilidade do princípio, nos moldes e com as ressalvas mencionadas, ao direito penal econômico,[66] impondo a necessidade de cautela no emprego da técnica do perigo abstrato,[67] ou, em uma perspectiva mais geral, exigindo o controle

65. Cf. Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 122.
66. Contrapondo-se a este posicionamento, Márcia Dometila Lima de Carvalho rechaça a aplicação da intervenção mínima à criminalidade econômica, propugnado que tal princípio há de se manter adstrito ao direito penal clássico. Cf. Carvalho, Márcia Dometila Lima de. Op. cit., p. 103.
67. Cf. Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*... cit., p. 67: "Quanto à própria criação de crimes de perigo abstrato, básicos e substanciais nesta rama de avaliação jurídica, é de se ter todo o cuidado. Conforme se verá, eles devem ser estritos a um mínimo indispensável, sob pena de, além de uma notada expansão penal, ter-se presente, também, uma quebra dos princípios fragmentários e de *ultima ratio*, tão duramente alcançados pelo direito penal".

do fenômeno hodierno de expansão da intervenção jurídico-penal, elementos que justificam a sua revisitação no presente estudo.

4.3 Tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato

A partir do cotejo entre tal estrutura de delito e os princípios constitucionais anteriormente enunciados, os quais hão de ser observados em um Estado Democrático de Direito, não é difícil vislumbrar as críticas comumente formuladas a esta técnica de criminalização.

Sob esse enfoque, cada vez mais difundida é a tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, com base em uma suposta violação ao princípio da lesividade, haja vista que tais delitos caracterizar-se-iam pela antecipação da tutela penal e pela presunção absoluta de perigo, configurando-se independentemente da demonstração de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. Dessa forma, suficiente seria o desvalor da conduta, com a sua formal subsunção à descrição típica, o que facilitaria demasiadamente a imputação, em afronta a um direito penal mínimo e garantista, contemplado nas Constituições contemporâneas.

Os defensores desse posicionamento asseveram que, a se admitir o perigo abstrato, a repressão criminal passaria a decorrer tão somente da desobediência a preceito legal, desvirtuando a função primordial do direito penal consistente na proteção de bens jurídicos fundamentais, que deixariam de exercer completamente sua função crítica e limitadora.

Ademais, sendo absoluta a presunção de perigo, argumenta-se que restaria maculado o direito de defesa por não se admitir prova em contrário da ausência de lesividade, de modo a ensejar uma condenação criminal, com a imposição de pena, mesmo na hipótese de a conduta se revelar inócua em termos de afetação ao bem jurídico.

Pugnando pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, Luiz Flávio Gomes sustenta que, para a configuração de um ilícito penal, imprescindível o desvalor da conduta e do resultado, este último consistente, ao menos, em um perigo concreto de dano, por força do princípio da ofensividade. "O perigo, em outras palavras, para caracterizar a infração penal, precisa ser demonstrado no processo; não pode ser presumido pelo legislador. Sendo presumido pelo legislador desobriga o acusador de comprovar ao menos a potencialidade

lesiva da conduta (a *iniuria*). Mas isso significa sancionar só o desvalor do ato, sem consideração nenhuma com o desvalor do resultado, o que é lesivo à Constituição (...)".[68]

Alice Bianchini encampa semelhante entendimento, ao defender a inconstitucionalidade desta modalidade de criminalização, diante da inobservância do princípio da lesividade. Afinal, nos delitos de perigo abstrato, "(...) exige-se a mera conduta do agente, não se levando em conta (o que diferencia este tipo de perigo do concreto) a probabilidade de ocorrência do dano, fazendo com que, conforme já se disse, em diversas situações, seja punida conduta que esteve longe de pôr em perigo o bem que está sendo protegido, o que, de forma alguma, deveria ser objeto do direito penal, sob pena de inequívoca afronta aos fins justificadores da intervenção penal".[69]

Com a finalidade de respaldar essa tese de inconstitucionalidade, é certo que outros argumentos são frequentemente apresentados. Estes, entretanto, não serão objeto de análise minuciosa no presente artigo, na medida em que refogem ao seu escopo. Nestes termos, cumpre tão somente proceder a uma breve menção à alegada violação do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5.°, LVII, da CF/1988. Isso porque a referida presunção absoluta de perigo representaria uma presunção de culpabilidade, desobrigando o acusador de demonstrar a ocorrência de um fato lesivo ou concretamente perigoso ao bem jurídico, atribuível ao seu suposto autor. Daí porque também se alega uma suposta violação ao princípio da culpabilidade. Em acréscimo, pode-se aludir à possível afronta à dignidade do agente que eventualmente viesse a sofrer a imposição de uma sanção penal pela prática de uma conduta, nem ao menos concretamente perigosa ao bem jurídico tutelado.[70]

Em grande parte, a motivação dos defensores desta tese de inconstitucionalidade reside em um justificado descontentamento com a desenfreada expansão do direito penal, concretizada por meio da edição de normas confusas caracterizadas pela má técnica legislativa.

68. Gomes, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto? – a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. *RBCCrim* 8/78. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994.
69. Bianchini, Alice. Op. cit., p. 72.

Porém, rechaçar *in totum* a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato corresponde a uma postura tão descuidada e apressada quanto a do legislador afoito que a motivou.

5. A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO DIREITO PENAL DE PERIGO

A exposição declinada nos capítulos antecedentes procurou fixar os pontos essenciais do problema da legitimidade do direito penal econômico, com especial relevo às dificuldades de compatibilização entre a estrutura de delito do perigo abstrato, largamente empregada nesta seara, e os princípios constitucionais da lesividade e intervenção mínima, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Sob esse enfoque, o presente tópico apresentará uma possível via intermediária para o equacionamento da questão, de sorte a permitir a acomodação desta modalidade de antecipação da tutela penal no regime constitucional vigente, sem, contudo, perder de vista a imprescindibilidade da definição de limites precisos à incidência desta forma de criminalização de condutas.

O que se propõe, em verdade, é a reestruturação dos crimes de perigo abstrato, mediante a conjugação de novas exigências para a configuração de uma conduta penalmente relevante, o que se afigura absolutamente inviável dentro de um paradigma jurídico-penal clássico, cuja origem remonta ao século XVIII. Nesse sentido, torna-se imprescindível a adoção de novos instrumentos, aptos a dispensar um tratamento mais adequado aos contextos de risco oriundos da sociedade contemporânea e a propiciar uma aplicação mais racional do direito penal decorrente desta nova realidade.

Entretanto, não é apenas a inadequação dos mecanismos de uma dogmática jurídico-penal de outrora que impulsiona a reformulação

70. Com efeito, além da alegação de afronta ao princípio da lesividade, Luiz Flávio Gomes busca fundamentar a tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato na suposta violação do princípio da presunção de inocência. Cf. GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto?... cit., p. 80-83. Alice Bianchini, por sua vez, invoca não apenas a inobservância do princípio da lesividade, mas também a afetação do princípio da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade. Cf. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 67-68.

teórica aqui pretendida. Sua relevância em grande parte reside na insuficiência das soluções doutrinárias[71] anteriormente abordadas neste estudo. Com efeito, ora defendendo o alargamento do conceito de lesividade e supostamente compensando o déficit de legitimidade dos crimes de perigo abstrato mediante uma descrição minuciosa do modelo legal e a determinação do bem jurídico protegido, ora transformando esta estrutura delitiva em crimes de dano, por meio da construção de bens jurídicos coletivos artificiais destituídos de qualquer capacidade crítica, tais teses não lograram êxito na compatibilização da técnica do perigo abstrato com o princípio da lesividade, nem na tarefa de contenção da intervenção jurídico-penal dentro de parâmetros aceitáveis em um sistema constitucional orientado pelo princípio da intervenção mínima.

Ademais, revelam-se igualmente insuficientes as soluções até então cunhadas pela jurisprudência pátria. Com efeito, em resposta à desenfreada expansão da intervenção jurídico-penal, mediante o crescente emprego de crimes de perigo abstrato para a tutela da ordem econômica, os tribunais brasileiros têm comumente recorrido ao argumento da ausência de dolo do agente, rechaçando, por conseguinte, a tipicidade subjetiva de sua conduta.[72] Entretanto, procedendo desta forma, mantêm-se adstritos ao emprego de instrumentos dogmáticos clássicos ou tradicionais, nem sempre adequados para o tratamento da criminalidade difusa da atualidade, perpetrada, muitas vezes, por uma pluralidade de agentes e em detrimento de bens jurídicos de titularidade coletiva.

Em suma, tais deficiências presentes nas construções doutrinárias e jurisprudenciais então cunhadas para o equacionamento do problema da legitimidade do direito penal econômico, concebido como direito penal de perigo, nos impelem a uma nova formulação teórica, que

71. V. p. 22-25.

72. Considerando que a realização de pesquisa empírica ultrapassa os limites deste estudo, há de se esclarecer que tal informação foi colhida de tese de doutoramento sobre a questão ora analisada. Cf. Brito, Alexis Augusto Couto de. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 340-345.

possibilite o detalhamento da estrutura do perigo abstrato e o desenvolvimento de específicos critérios de legitimidade.

Conforme exposto anteriormente, o escopo do presente artigo limita-se à determinação de uma *solução dogmática que prescinda de alterações legislativas*, haja vista as dificuldades de se conter a expansão do direito penal de perigo na esfera dos interesses difusos por meio de reformas legislativas racionais, impondo-se a necessidade de se operar a redução de suas fronteiras no próprio plano judicial. Para tanto, torna-se imprescindível prover os intérpretes e aplicadores das normas penais de novos instrumentos, mais adequados ao tratamento dos crimes de perigo abstrato e de seus objetos de tutela. A construção deste ferramental somente se torna possível a partir de uma nova dogmática que, sendo mais permeável à realidade social, admita que suas categorias sejam orientadas e determinadas por valorações político-criminais.

Por tais razões, pretende-se delinear uma proposta que tome como base o funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin, que atrela a legitimidade da intervenção jurídico-penal aos postulados de um Estado Democrático de Direito. Sob essa perspectiva, atribui-se ao Direito Penal a missão de proteção de bens jurídicos fundamentais, sem prescindir da observância de princípios inerentes ao referido modelo de organização social, como a lesividade e a intervenção mínima.[73] E, tomando como base tais fundamentos, defende o autor uma posição intermediária quanto ao papel do direito penal na sociedade de risco contemporânea. Ou seja, afirma que não se pode renunciar completamente à intervenção jurídico-penal nas novas searas, mas tal luta deve se pautar na referência a bens jurídicos relevantes e na observância dos princípios próprios de um Estado de Direito.[74]

5.1 Funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin

Tal orientação funcionalista sustenta a necessidade de inserção de elementos de política criminal na dogmática jurídico-penal, de sorte a

73. Cf. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* cit., p. 107-108.
74. Cf. Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Javier de Vicente Remesal; Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Civitas, 1997, p. 61.

aproximá-la da realidade sobre a qual se projeta. A proposta não consiste propriamente em adotar postulados político-criminais no momento de aplicação da norma penal, a fim de corrigir, no caso concreto, soluções insatisfatórias proporcionadas pelo sistema. Trata-se, em verdade, de compatibilizar a política criminal com o próprio pensamento sistemático, fazendo depender a estruturação das categorias dogmáticas de decisões valorativas político-criminais, sem renunciar à segurança jurídica.[75]

Segundo Claus Roxin, a referida unidade sistemática entre dogmática e política criminal também haveria de alcançar a teoria do delito. Com base em tais considerações, propõe a observação, desenvolvimento e sistematização de cada categoria do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade[76] – a partir de suas funções político-criminais.[77]

No que tange especificamente à tipicidade, confere-lhe o significado político-criminal de expressão do princípio do *nullum crimen sine lege*, não admitindo, por conseguinte, a interpretação extensiva dos tipos penais orientada a uma proteção abrangente e sem lacunas dos bens jurídicos. O que se afigura correto, em verdade, é precisamente o contrário: uma interpretação restritiva, de sorte a respaldar somente a intervenção jurídico-penal indispensável à tutela dos referidos bens jurídicos. Como instrumentos auxiliares desta interpretação restritiva,

75. Cf. Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20: "(...) fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (...) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese (...)".
76. Considerando que o presente estudo se destina à análise da alegada ilegitimidade dos tipos de perigo abstrato em face dos princípios constitucionais da lesividade e da intervenção mínima, na medida em que aparentemente prescindem de qualquer afetação ao bem jurídico tutelado, far-se-á alusão apenas à tipicidade. Quanto ao substrato político-criminal sobre o qual residem as demais categorias do delito, a saber, a antijuridicidade e a culpabilidade, cf. idem, p. 48-81.
77. Cf. Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal* cit., p. 29.

Claus Roxin menciona a adequação social, introduzida por Welzel, bem como o princípio da insignificância, devido ao próprio autor.[78] Nesta seara, também se pode inserir a teoria da imputação objetiva que tornou a imputação de um resultado ao tipo objetivo dependente da realização de um risco não permitido dentro do âmbito de proteção da norma.[79]

O emprego de tais ferramentas de interpretação restritiva do tipo penal justifica-se diante da imperfeição do processo legislativo de tipificação, que acaba alcançando "casos anormais". Considerando o caráter abstrato do tipo penal, ainda que o legislador, quando da sua redação, tenha em mente a incriminação de certo comportamento de significativa lesividade, não se pode evitar que a previsão legal tenha um alcance maior do que o desejado.[80]

Procedamos, então, a uma breve abordagem da teoria da imputação objetiva, que parece consistir em uma solução possível e adequada para o problema apresentado no presente estudo.

5.1.1 Teoria da imputação objetiva

Ao desenvolver o conceito de imputação objetiva, inicialmente para os delitos de dano, Claus Roxin incorporou o risco ao tipo penal objetivo, como elemento de ligação entre uma conduta e um resultado, sem pretender, contudo, a substituição das teorias da causalidade aplicáveis, mas sua complementação.[81] Consoante esta proposta, a configuração da tipicidade passou a exigir um elemento adicional, qual seja, a criação ou incremento de um risco juridicamente relevante e não permitido para bens jurídicos.

Paulatinamente, constatou-se que o risco poderia constituir um critério material básico para se aferir a tipicidade objetiva de qualquer espécie delitiva, não somente dos delitos de dano. Por essa razão, pode-se afirmar que o risco se tornou "(...) o substrato mínimo sobre o qual se constroem todos os delitos, de forma que não existe diferença qualitativa entre os crimes de perigo abstrato, os crimes de perigo concreto e os crimes de lesão, pois os três estão atrelados ao mesmo

78. Cf. idem, p. 46-48.
79. Cf. Roxin, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 204.
80. Cf. Mañas, Carlos Vico. Op. cit., p. 55-56.

fundamento valorativo, que é a periculosidade do comportamento humano. A distinção entre estas espécies típicas não está no aspecto material, mas na atualidade ou na intensidade do risco que apresentam".[82]

É certo que a descrição típica dos crimes de perigo abstrato, contida no texto legal, nenhuma alusão faz ao risco que, portanto, deve ser considerado elemento implícito da tipicidade objetiva da conduta.

Com o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, enquanto "(...) método de interpretação do direito, consubstanciada na análise axiológica de fatos de interesse jurídico-penal",[83] foram cunhados diversos critérios hermenêuticos destinados a propiciar uma adequada atribuição de um resultado típico à conduta realizada por certo agente,[84] contribuindo para a redução da própria incidência penal. Alguns desses critérios podem ser aplicados à problemática dos crimes de perigo abstrato, razão pela qual devem ser objeto de breves considerações.

81. Cf. Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 167-168: "Frise-se que a imputação objetiva não pretende substituir as teorias da causalidade, mas complementá-las. Assim, no caso brasileiro, toma-se a teoria da *conditio sine qua non*, ou teoria da equivalência dos antecedentes causais, como critério anterior válido e necessário, eis que adotado no art. 13 do CP, a partir do qual se delimita a análise a ser efetivada a seguir, utilizando-se dos critérios de imputação objetiva. Demonstrada a causalidade, aplicam-se os critérios de valoração objetivos para se determinar se o nexo entre a conduta e o resultado é relevante para o tipo penal. Por conseguinte, veja-se que a aplicação da teoria dá-se dentro da análise do fato típico. (...) Os critérios de imputação objetiva são então aplicados em cotejo com os elementos do fato típico, após a apuração da relação de causalidade. Neste sentido, reitere-se, tal postura não prescinde desta, mas a complementa. O direito penal, então, identifica e repele os acontecimentos fortuitos e os irrelevantes sociais".
82. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* cit., p. 220.
83. Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 29.
84. De fato, afirma Antonio Luís Chaves Camargo que "assentados, após os anos 70, os princípios e regras sistemáticas da imputação objetiva, vários critérios surgiram, determinantes da atribuição do resultado típico a uma ação exterior praticada pelo agente e com relevância jurídico-penal". Cf. Camargo, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 72.

Primeiramente, há de se mencionar o próprio critério de criação de um risco juridicamente relevante,[85] o qual exige, na seara dos tipos de perigo abstrato, que a conduta apresente alguma capacidade para expor a perigo concreto ou lesionar o interesse protegido pela norma penal. Ou seja, somente haverá periculosidade caso tais consequências não sejam absolutamente improváveis. Dessa forma, condutas completamente inidôneas para afetar os bens jurídicos tutelados carecem de tipicidade material, devendo ser excluídas do âmbito de incidência da norma penal.

Outro critério de imputação objetiva refere-se à diminuição do risco,[86] aplicável quando o agente, não tendo criado a situação perigosa, modifica um dado curso causal, de forma a produzir uma consequência mais favorável ao bem jurídico protegido. Embora tal conduta também importe em riscos a este mesmo bem jurídico, configura situação menos gravosa do que aquela anteriormente existente, devendo ser considerada atípica, na medida em que minimiza o grau de afetação do objeto de tutela. Sob essa perspectiva, uma conduta somente será materialmente típica quando importar em criação ou aumento do risco juridicamente relevante, restando excluída da esfera de reprovação penal quando redundar em diminuição deste perigo ao bem jurídico protegido.

Impende ainda abordar outro critério de imputação objetiva consistente no risco permitido.[87] Trabalha-se aqui com um comportamento que cria um risco juridicamente relevante, o qual, entretanto, considera-se permitido, o que acaba por excluir a tipicidade objetiva da conduta, pela ausência de seu componente material. Muitas são as dificuldades existentes para se determinar o que se entende por risco permitido. Não obstante, pode-se incluir neste conceito os riscos tolerados pela comunidade em que se inserem, porquanto inerentes à própria dinâmica social moderna ou decorrentes de atividades de

85. Cf. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* cit., p. 225-232; Camargo, Antonio Luís Chaves. Op. cit., p. 75-77 e Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 133.
86. Cf. idem, p. 233-234; idem p. 73-75 e idem, p. 132-133.
87. Cf. idem, p. 234-239; idem, p. 78-79 e idem, p. 134.

significativa utilidade social, necessárias ao próprio desenvolvimento econômico.[88]

A partir da conjugação dos referidos critérios de imputação objetiva, pode-se dizer que a tipicidade material dos crimes de perigo abstrato requer não somente a criação ou incremento de um risco juridicamente relevante – excluindo-se as hipóteses de sua diminuição –, mas também sua intolerabilidade social.

É a inserção da periculosidade com seus atributos como elemento caracterizador da tipicidade material do injusto penal que permite agregar ao desvalor da conduta considerações sobre o desvalor do resultado, nos crimes de perigo abstrato, cuja configuração passa a depender da identificação de uma mínima aptidão do comportamento para afetação do bem jurídico tutelado, conjugada à intolerabilidade social quanto aos riscos dele decorrentes. Considerações deste jaez permitem a compatibilização desta estrutura delitiva com o princípio da lesividade. Delineia-se, assim, a diferença entre os crimes de perigo abstrato e a mera desobediência de preceito legal, que não merece acolhida no sistema jurídico-penal, na medida em que se baseia na mera subsunção formal do fato à descrição contida na norma.

Dessa forma, restam superadas as críticas comumente formuladas à estrutura do perigo abstrato, então tomada em uma concepção clássica, ao menos quanto à alegada violação do princípio constitucional da ofensividade. De ver-se que a mesma conclusão se impõe no que concerne ao princípio da intervenção mínima. Com efeito, a partir da aplicação dos mencionados critérios de imputação objetiva, torna-se possível excluir da esfera de reprovação penal comportamentos absolutamente inidôneos para a afetação dos bens jurídicos protegidos, bem como as condutas que importam em diminuição do risco ou que criam riscos permitidos pela comunidade em que se inserem. Engendra-se, assim, um novo método para orientar a interpretação e a aplicação das normas incriminadoras, o qual contribui para o controle da desenfreada expansão da intervenção jurídico-penal na atualidade, decorrente não apenas da criminalização de condutas a partir da edição de novos preceitos legais, mas também da flexibilização de suas regras de imputação, sendo precisamente este último o aspecto mais relevante para o estudo ora empreendido, circunscrito à problemática dos

88. Cf. Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 134.

crimes de perigo abstrato já amplamente contemplados na legislação pátria.

Em suma, entende-se que a atribuição de uma estrutura material aos delitos de perigo abstrato, a partir de uma análise funcional lastreada na teoria da imputação objetiva, se não responde completamente às inquietações anteriormente apresentadas neste artigo, ao menos fornece balizas mais seguras para a definição de critérios de legitimidade para um direito penal econômico construído precipuamente por tal espécie delitiva, limitando a sua incidência e compatibilizando-o com princípios constitucionais reitores do Estado Democrático de Direito, como a lesividade e a intervenção mínima.[89]

Diante destas considerações, não se pode ignorar a significativa contribuição da teoria da imputação objetiva para o adequado tratamento dos crimes de perigo abstrato, assegurando uma efetiva tutela aos bens jurídicos difusos, seara em que não se pode condicionar a intervenção a uma concreta lesão, sem, contudo, macular garantias penais tão arduamente conquistadas.

Entretanto, mais do que atribuir um tratamento mais adequado aos tipos penais de perigo abstrato, a teoria da imputação objetiva permite superar a incompatibilidade existente entre a realidade pós-moderna e os instrumentos então cunhados pela dogmática jurídico-penal tradicional, ao fornecer soluções mais consentâneas com os problemas advindos da sociedade de risco contemporânea, inserindo este direito penal destinado à tutela dos novos bens jurídicos supraindividuais nos limites constitucionais de um Estado Democrático de Direito.[90]

6. Conclusão

O advento da sociedade de risco contemporânea impactou de forma significativa as fronteiras do direito penal. Se, por um lado, a pós-modernidade cunhou novos bens jurídicos difusos, como a ordem econômica, a reclamar uma tutela diferenciada, por outro, não menos

89. Para semelhante entendimento, cf. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* cit., p. 213-239 e Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo* cit., p. 157-158.

90. Nesse sentido, cf. Camargo, Antonio Luís Chaves. Op. cit., p. 191 e Souza, Luciano Anderson de. Op. cit., p. 135.

verdadeira é a assertiva de que a intervenção jurídico-penal nesta seara há de observar as exigências de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, embora se adote como premissa a impossibilidade de se rechaçar de forma absoluta e sem maiores reflexões a legitimidade da estrutura delitiva do perigo abstrato, tendo em vista a própria natureza do bem jurídico de que se cuida, cuja lesão acarretaria consequências catastróficas, entende-se que também não há de se admitir uma incriminação desmedida de condutas, do que decorre a necessidade de se definir mecanismos aptos a limitar o exercício do poder punitivo estatal.

Delineia-se, assim, o objeto do presente estudo, concernente à legitimidade do direito penal econômico, construído precipuamente por crimes de perigo abstrato, em face de princípios constitucionais imanentes ao modelo de Estado vigente, como a lesividade e a intervenção mínima.

Diante da insuficiência das construções doutrinárias e jurisprudenciais então cunhadas para a superação desta aparente incompatibilidade entre a técnica do perigo abstrato e os referidos princípios constitucionais, objetivou-se delinear uma possível via intermediária para o equacionamento da questão, de sorte a permitir a acomodação desta modalidade de antecipação da tutela penal no regime constitucional vigente, sem perder de vista a imprescindibilidade da definição de limites precisos à sua incidência.

Em ordem a cumprir tal desiderato, tornou-se imperativo o recurso a novas concepções, mais adequadas ao tratamento dos hodiernos contextos de risco e do direito penal decorrente desta realidade, superando-se antigos paradigmas fortemente vinculados à tutela de bens jurídicos individuais.

Nesse influxo, em que pese a coerência e relevância de inovadoras propostas destinadas ao enfrentamento do problema em tela, dentre as quais despontam o direito penal de duas velocidades e o direito de intervenção, tal acolhida exigiria profundas alterações legislativas de difícil consecução. Adotando-se uma postura mais realista, que parte da constatação de que a tutela penal da ordem econômica por meio de crimes de perigo abstrato constitui uma realidade amplamente contemplada na legislação nacional e largamente reconhecida pelos tribunais pátrios, pretendeu-se esboçar uma solução eminentemente

dogmática que prescindisse de alterações legislativas, a ser concretizada no momento de interpretação e aplicação das normas penais.

Diante de tais considerações, o equacionamento da problemática apresentada parece residir na atribuição de uma estrutura material aos tipos de perigo abstrato, a partir de uma análise funcional lastreada na teoria da imputação objetiva, modernamente tratada por Claus Roxin dentro de seu sistema teleológico-racional. Vale dizer, a proposta consiste em estabelecer exigências materiais para a configuração de uma conduta típica, tornando insuficiente a formal subsunção do fato à norma penal incriminadora. Nesse sentido, a tipicidade material desta estrutura delitiva passaria a exigir elementos adicionais, a saber, a criação ou o incremento de um risco juridicamente relevante, socialmente intolerável.

É precisamente a construção desta estrutura material dos crimes de perigo abstrato que permite a compatibilização desta modalidade delitiva com os princípios da lesividade e da intervenção mínima, reitores de um Estado Democrático de Direito.

Por óbvio não se pretende atribuir à solução aqui construída um caráter definitivo, diante do problema apresentado, o qual requer, indubitavelmente, reflexões mais profundas em ordem a prover a dogmática jurídico-penal de instrumentos mais consentâneos com as necessidades advindas da sociedade de risco contemporânea.

A partir destas linhas, intentou-se tão somente contribuir para o enriquecimento deste debate, o qual se debruça sobre questão de assaz complexidade e relevância. Trata-se de um dos pontos sensíveis do direito penal na atualidade, cujos reflexos teóricos e práticos não podem mais ser ignorados, sob pena de perpetuação de posicionamentos extremos, ora defendendo uma criminalização exacerbada eivada de inconstitucionalidades, ora relegando os bens jurídicos supraindividuais à completa ausência de proteção efetiva.

7. Bibliografia

Bacigalupo, Silvina; Bajo, Miguel. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

Bianchini, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *RBCCrim* 61/44-121. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2006.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2008.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Safe, 1992.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA, José Francisco de Faria. O direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 136-157.

_____. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? – A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. *RBCCrim* 8/69-84. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/89-147. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde; María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. Trad. Cezar Roberto Bitencourt. *RBCCrim* 8/41-51. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994.

_____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Safe, 1991.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Javier de Vicente Remesal; Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Revista Peruana de Ciencias Penales* 5/237-277. Lima: Idemsa, jan.-jun. 1995.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. *RBCCrim* 31/102-136. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. *Bol. IBCCrim* 122/14-15. São Paulo: IBCCrim, jan. 2003.

_____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

2

Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

Becario de la Fundación Alexander von Humboldt. Profesor de Derecho Penal (Parte General), Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho en la Universidad de Ciencias Empresariales (en convenio con la Universidad Tecnológica Nacional, Río Grande, Tierra del Fuego). Juez del Tribunal de Juicio en lo Criminal, Distrito Judicial Norte, Tierra del Fuego.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: La responsabilidad por el producto se transformó en un objeto de particular interés de la ciencia jurídica en la segunda mitad del siglo XX a partir de ciertos casos resonantes (Contergan o de la Thalidomida). Su análisis se vincula con la sociedad del riesgo y qué debe hacer el derecho penal frente a las nuevas tecnologías. El trabajo analiza parte de los problemas procesales y dogmáticos más importantes que este tema plantea: la prueba de la relación de causalidad, el *in dubio pro reo*, la imprudencia, la posición de garante asignada a los directivos de las empresas fabricantes y los delitos de peligro. También examina cómo se regula la responsabilidad civil y administrativa por el producto para, finalmente, proponer algunas reformas al Código Penal argentino y la incorporación de las acciones de retirada en nuestro sistema jurídico.

ABSTRACT: During the second half of the twentieth century, the impact of certain cases (Contergan and Thalidomide) led legal sciences to take a particular interest in the area of product liability. Their analysis of accountability for a product is tied into the concept of risk society and how Criminal Law should respond to new technologies. The work looks at some of the most significant procedural and dogmatic problems brought about by this Argentina Penal Code topic: proof of a causal relationship, *in dubio pro reo*, imprudence, the position of guarantor appointed to manufacturing company executives and crimes of endangerment. It also examines how civil and administrative liability for a product is regulated, ultimately proposing reforms to the Argentine Penal Code and the inclusion of recall measures in our legal system.

Palabras clave: Sociedad del riesgo – Causalidad – Posición de garante – Delitos de peligro – Acciones de retirada.

Keywords: Risk society – Causality – Position of guarantor – Crimes of endangerment – Recall measures.

Sumario: 1. Introducción: interrogantes y problemas que plantea la RPP – 2. Derecho y ciencia: una relación compleja – 3. El concepto de riesgo – 4. Los problemas específicos de la RPP. La causalidad y el *in dubio pro reo* (idpr) – 5. La regulación de la responsabilidad por el producto en otras ramas del derecho. La protección del consumidor en el derecho comparado – 6. Problemas dogmáticos de la RPP. Imprudencia, posición de garante y delitos de peligro – 7. Ubicación de la RPP en nuestro CP. Reformas necesarias y propuesta legislativa – 8. Principales abreviaturas utilizadas.

1. Introducción: interrogantes y problemas que plantea la RPP[1]

La responsabilidad por el producto se transformó en un objeto de particular interés de la ciencia jurídica a partir de la década de 1960, situación a la que no pudo escapar el derecho penal.

El primer caso que conmovió a la opinión pública mundial fue el denominado *Contergan* o de la *Thalidomida*. Sin lugar a dudas, en Alemania fue donde alcanzó mayor repercusión aunque las consecuencias generadas por este medicamento provocaron alrededor de 250 procesos judiciales en 33 países diferentes. Durante 1960 y 1961, en aquel país se desató una verdadera epidemia de niños malformados. En diciembre de 1961 comenzó el proceso penal ante la sospecha nacida de diversos informes médicos que cuestionaron las consecuencias del consumo de la *Thalidomida*. Tras una extensa investigación preliminar e intensas discusiones sobre la causalidad entre el consumo del producto y los daños aparecidos, el proceso finalizó con el sobreseimiento

1. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt. El trabajo, con algunas modificaciones, se corresponde con el texto de la defensa de la tesis doctoral "La responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino", realizada en la Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires) el 05.06.2006. El mismo fue publicado en Julio B. J. Maier e Gabriela Córdoba (compiladores), *¿Tiene un futuro el derecho penal?*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 249-287. La tesis doctoral fue distinguida con el premio Facultad y ha sido publicada por la Editorial Ad-Hoc bajo el título *Responsabilidad penal por el producto*, Buenos Aires, 2007.

de los directivos imputados luego de que la firma *Grünenthal*, productora del medicamento, asumió el compromiso de pagar 114 millones de marcos a las víctimas, a cambio de la renuncia a continuar con los reclamos civiles por los daños sufridos. Además, el gobierno federal alemán aportó otros 100 millones para el mismo objetivo que hasta el presente son administrados por una fundación especialmente creada con esa finalidad.[2]

Influenciada por el surgimiento de una corriente jurídico-política que convirtió la protección del consumidor en una preocupación estatal dirigida a "nivelar" las desigualdades en la llamada "relación de consumo",[3] diversas razones justifican, todavía, su estudio.

Por un lado, los perjuicios ocasionados por los productos defectuosos ya no se limitan a una persona o a un grupo sino que inciden sobre centenares o miles de ellas. No nos hallamos ante daños individuales, con una víctima particular; ahora, tal como lo demuestran diversos casos resonantes, el número de afectados es proporcional al riesgo propio de la actividad o a la distribución de los productos entre la población: el consumo masivo genera también daños masivos.[4]

Por otro lado, el derecho reaccionó perplejo ante la responsabilidad penal por el producto (en adelante, RPP) y otras conductas

2. Sobre el desarrollo del proceso puede consultarse el resumen que acompaña el trabajo de Armin Kaufmann, Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan: consecuencias para el derecho en vigor y para la legislación. Trad. Conrado A. Finzi. *Nuevo Pensamiento Penal*, 1972, p. 7-35; Hans-Jürgen Bruns, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesse. In: Hans Lüttger (compilador). *Festschrift für Ernst Heinitz zum* 70. Geburtstag am 01.01.1972, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972, p. 317-340; del mismo, Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses. In: Friedrich Christian Schroeder e Heinz Zipf (compiladores). *Festschrift für Reinhart Maurach zum* 70. Geburtstag, C.F. Müller, Karslruhe, 1972, p. 469-486.
3. La primera regulación de los derechos del consumidor se dictó en Inglaterra en 1961; también es relevante el famoso mensaje al Congreso del presidente norteamericano John F. Kennedy quien el 15.03.1962 proclamó: "Todos somos consumidores". En la Argentina, cfr. los debates de la reforma de 1994 relacionados con el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional, en particular el discurso del convencional Roberto Osvaldo Irigoyen (véase Convención Nacional Constituyente, 31.ª sesión ordinaria, 16.08.1994, versión taquigráfica, p. 6-7).

relativamente nuevas, relacionadas todas ellas con el progreso tecnológico. Durante largo tiempo los juristas acompañaron el progreso de la técnica, aceptaron sus reglas y los sacrificios que el desarrollo traía consigo. Sin embargo, ahora están en el "banquillo de los acusados" actividades realizadas por empresas "legales" que hasta hace poco eran el "motor del progreso": la fabricación de un medicamento, la explotación de una fábrica contaminante, el empleo de sustancias para curar caries o para pintar una vivienda. Los tribunales salieron al paso de esta "perplejidad" algunas veces con soluciones novedosas y creativas (caso del DES en Estados Unidos),[5] y, en otras, mediante la aplicación de figuras ya existentes (la posición de garante en el caso del *Lederspray* alemán),[6] lo que desató arduas polémicas aún no saldadas. Los tribunales enfrentaron, además, dificultades probatorias desconocidas: la ciencia, que hasta ahora siempre o casi siempre tuvo una respuesta para todos los casos, muchas veces no ha podido brindarla o – al menos – no ha brindado una solución única. En consecuencia, los jueces decidieron en soledad, por ejemplo, la existencia de una relación de causalidad.

Frente a este panorama, cabe preguntarnos si resulta necesario que nuestro ordenamiento jurídico cuente con una regulación penal específica de la RPP.

Para responder este interrogante, el primer tema que analizaremos será la "perplejidad" del derecho frente a la RPP, lo que nos permitirá comprender gran parte de las dificultades aparecidas en los casos judiciales, pues las complicaciones probatorias, la crisis de las figuras dogmáticas tradicionales, etc., pueden reconducirse a una cuestión más vasta: la relación, algunas veces armoniosa y otras conflictiva,

4. En el caso del *Contergan*, la fiscalía calculó que habían nacido entre 5.000 y 7.000 niños con malformaciones y que 5.000 adultos habían sufrido daños neurológicos por el consumo del producto. Según otras estimaciones, el medicamento se comercializó en 51 países y sólo en Alemania lo consumieron entre 500.000 y 700.000 personas (cfr. Christian Beyer, *Grenzen der Arzneimittelhaftung dargestellt am Beispiel des Contergan-Falles*, Verlag V. Florentz, München, 1989, p. 2). En España, donde se registró el caso del aceite de colza, su consumo provocó 330 muertes y afectó a otras 15.000 personas (cfr. Dos sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* 12. Madrid, sin fecha).

entre el derecho y la ciencia. La RPP, como "hija" del proceso de industrialización, muestra con claridad los límites del derecho frente al avance vertiginoso de la ciencia y de la técnica. Por ello, analizaremos

5. Si bien en el caso del DES se trató de varios procesos civiles orientados a obtener una indemnización compensatoria, la solución encontrada por los tribunales norteamericanos resulta un buen ejemplo de la perplejidad del Derecho ante el avance tecnológico y sus consecuencias. La sigla DES corresponde a la denominación química de una forma sintética del estrógeno, hormona secretada por los ovarios (que incide en el ciclo menstrual y reproductivo de la mujer). Desarrollada en la década de 1930, comenzó a comercializarse en 1947 para prevenir complicaciones del embarazo. No fue patentada y posteriormente la fabricaron alrededor de 300 firmas norteamericanas. Los productores no designaron el medicamento con ningún nombre específico, sino que lo comercializaron con el genérico de DES. Los médicos también lo recetaron con ese nombre, sin especificación alguna. Hacia 1971, cuando lo habían consumido aproximadamente 3 millones de mujeres embarazadas, la opinión pública recibió la información– –desconocida durante décadas por los fabricantes– de que la droga podía producir cáncer en las hijas cuyas madres la habían ingerido durante el embarazo. Se trataba de una variedad poco habitual de carcinoma (tumor maligno originado en las células epiteliales) que afectaba la vagina y el útero. Su período de latencia oscilaba entre 10 y 12 años, y a menudo ocasionaba la muerte.Varios miles de mujeres afectadas de cáncer por el consumo del DES iniciaron demandas civiles contra los productores. Sin embargo, no lograron individualizar a los que concretamente habían producido el medicamento consumido por sus madres; debido al largo periodo de latencia de la enfermedad, los recuerdos eran vagos y muchas indicaciones médicas escritas se habían perdido o destruído. Otro factor que entorpecía la tarea de individualizar a cada fabricante era la comercialización del remedio con un nombre genérico. Gran cantidad de estas demandas fueron rechazadas, hasta que un tribunal encontró una manera novedosa de ayudar a las víctimas. En la sentencia dictada en el caso Sindell *vs.* Abott Laboratories, la Corte Suprema de California introdujo por primera vez el instituto denominado *market-share liability*. Según este novedoso instituto, cuando varias empresas han producido un medicamento con idéntica fórmula y el fabricante concreto del remedio que produjo el daño no puede ser identificado (sin culpa del demandante), todas las empresas son responsables de aquel daño, en la proporción de su participación en el mercado; cfr. Florian Kästle, *Die Haftung für toxische Massenschäden im US-amerikanischen Produk t. – und Umwelthaftungsrecht*, WF: München, 1993, p. 19-20.

brevemente cómo se llegó a esa situación y qué respuestas se han ensayado frente a ella, particularmente desde el derecho penal.

2. Derecho y ciencia: una relación compleja

La aparición de la ciencia moderna en el Renacimiento, con su nueva forma de pensar y ver el mundo, provocó una fractura en la historia de la humanidad. La razón suplantó lentamente a la fe religiosa, que había desempeñado un papel fundamental en el medioevo. La capacidad de pensamiento abstracto y la deductividad fueron entronizadas como las autoridades supremas.[7]

6. Winfried Hassemer considera el caso del *Lederspray* (o del pulverizador para cueros) un verdadero *leading case* pues allí fue donde por primera vez el Tribunal Supremo Federal alemán decidió sobre la RPP. Esta sentencia provocó una honda repercusión doctrinaria, plasmada en un sinnúmero de artículos y comentarios (cfr. autor citado, *Strafrechtliche Produkthaftung. Anmerkung.* BGH Urt. v. 6.7.1990 2 StR 549/89, JuS 1991, p. 253-255). Entre los trabajos que analizan esta sentencia pueden citarse: Joerg Brammsen, *Kausalitäts-und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern.* BGH –Urt. v. 6.7.1990-2 StR 549/89, Jura 1991, p. 533-538; del mismo, *Strafrechtliche Rückrufpflicht bei fehlerhaften Produkten?*, GA 93, p. 97-120; Bernd-Dieter Meier, *Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der ' Lederspray '.* Entscheidung des BGH, NJW 1992, p. 3193-3199: Erich Samson, *Probleme strafrechtlicher Produkthaftung*, StV 1991, p. 182-186; Werner Beulke e Gregor Bachman, *Die Lederspray Entscheidung* BGHSt 37, 106, JuS 1992, p. 737-744; Lothar Kuhlen, *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte.* Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89, NStZ 1990, p. 566; Ingeborg Puppe, *Anmerkung*, JR 1992, p. 30-34; Joachim Schmidt-Salzer, *Strafrechtliche Produkverantwortung.* Das Ledersrpay-Urteil des BGH, NJW 1990, p. 2966-2972. Un completo estudio de la decisión y de la posición de garante asignada a los fabricantes puede verse en Enrique Gimbernat Ordeig, *Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos de spray para el cuero y la colza,* Icade, septiembre-diciembre 1997, n. 42, p. 63-84; del mismo autor, La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición. *Revista Peruana de Ciencias Penales* 9, p. 311-425.
7. Cfr. Juan Ramón Capellla, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado.* 2. ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 103.

Los nuevos métodos científicos aplicados a los procesos productivos alteraron vertiginosamente las relaciones económicas y sociales. Con la revolución industrial y el capitalismo surgió una visión optimista del futuro: el bienestar de la sociedad, se proclamaba, dependería de permitirles a las fuerzas productivas expandirse libremente, sin cortapisas, para que los beneficios de la producción llegaran a todos. El progreso económico, resultado de las reglas del capitalismo, conduciría inexorablemente a un mundo mejor.

Por necesidades expositivas recurrimos a varias simplificaciones pues la palabra *ciencia,* ante todo, se caracteriza por su ambigüedad y vaguedad extremas. Aquí la empleamos para designar el conjunto de actividades que poseen, en mayor o menor grado, diferentes propiedades como el uso de la observación, la generalización, el empleo hipotético deductivo de aserciones, la mensura, la utilización de instrumentos, que concentran su atención en un sólo aspecto de la realidad y tratan de elaborar conceptos generales o abstractos. Históricamente existieron distintas formas de hacer ciencia: nosotros nos referimos a la forma de conocimiento que aparece en el Renacimiento y asume un papel fundamental a partir de la época moderna. Por otro lado, cuando nombramos la relación "derecho-ciencia" aludimos a la forma en que se vinculan los juristas con otras disciplinas empíricas, lo que implica dejar de lado las discusiones acerca de si el derecho, a su vez, puede recibir el nombre de ciencia.[8]

Con la palabra *perplejidad* pretendemos designar dos fenómenos: la imposibilidad del derecho de acompañar el progreso y la incapacidad de la propia ciencia para reconstruir el pasado y predecir acabadamente el futuro.[9]

Con esta idea quedan resumidas dos cuestiones fundamentales: qué debe hacer el derecho frente al desarrollo tecnológico y cómo la

8. Sobre estos temas puede consultarse: Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del derecho.* 2. ed. ampliada y revisada. 11.ª reimpr., Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 315-320; Juan Ramón Capella. *Elementos de análisis jurídico.*Madrid: Trotta, 1999, p. 11-18; del mismo autor, *Fruta prohibida*, op. cit., p. 100-106.
9. Este último aspecto constituye el llamado "problema de la inducción". Durante el siglo XIX, diversos planteos filosóficos trataron de solucionarlo sin éxito. Esta cuestión la tratamos en profunidad en el § 3, A, 3 de nuestra tesis doctoral.

ciencia colabora con él cuando pretende reconstruir un hecho del pasado. En estos dos puntos se compendian gran parte de las discusiones actuales sobre la RPP.

Este proceso, toscamente bosquejado, demandó siglos de gestación y crecimiento con aspectos históricos, políticos, sociales y económicos complejos, intrincados y entremezclados entre sí. Aquí analizaremos brevemente cómo evolucionó la relación del derecho con esta nueva forma de conocer, hasta llegar al momento actual que hemos caracterizado de *perplejidad*.

Durante mucho tiempo, la comunicación entre las ciencias empíricas y el derecho no pudo ser más estrecha. La explicación es sencilla: esos saberes concurrían en las mismas personas debido a que los juristas más influyentes eran, al mismo tiempo, importantes geómetras, matemáticos o estudiosos de las ciencias naturales.

Carl Schmitt grafica elocuentemente este estado de cosas: "(...) todos los conocimientos matemáticos, astronómicos y científicos que hicieron de este siglo (el XVII) para siempre célebre, no eran más que piezas sueltas de un vasto sistema metafísico o 'natural' que los englobaba; todo pensador era un gran matemático y hasta la superstición tomaba entonces la apariencia del racionalismo cósmico y se llamaba astrología (...)". Esta época del saber científico abarca por igual a personajes de la talla de *Suárez, Bacon, Galileo, Kepler, Descartes, Grocio, Hobbes, Spinoza, Pascal, Leibniz y Newton.*[10]

De esta manera, y por citar algunos ejemplos, *Pufendorf* sobresalió primero en la aplicación del método matemático y de la geometría, y de allí saltó al Derecho natural, mientras que *Christian Wolff* estudió primero las matemáticas y luego descolló en el derecho.

Con el transcurso del tiempo la creciente especialización de las ciencias empíricas, sumada a la aparición de una multitud de nuevas disciplinas, condujo a una separación gradual: ya no fue posible para una persona abarcar la totalidad del conocimiento de su época. Lentamente, el derecho tomó distancia de la ciencia, que se transformó en

10. Cfr. autor cit., *Estudios políticos: la época de la neutralidad.* Madrid, 1941, p. 13; esta cita ha sido tomada de José Esteve Pardo. *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 14 y nota 3.

un saber ajeno y refractario a los juristas. Pero esta separación no significó todavía un enfrentamiento: el derecho acompañó el progreso y legitimó sus logros. En el siglo XIX, cuando el maquinismo alcanzó su máximo esplendor, una antigua palabra adquirió el carácter de *marca distintiva* del desarrollo tecnológico. Se trataba del *riesgo* que cambió su significado original, sumó una autorización y se convirtió en el "riesgo permitido". De esta manera, encontramos el certificado de legitimidad del avance científico: la aplicación de la técnica involucra necesariamente algunos sacrificios que el derecho acepta con resignación, como un tributo que debemos pagar para obtener los beneficios del progreso.

En aquel momento era impensable que el derecho "enfrentara" a la ciencia; los juristas también pugnaban por ser "científicos": querían atraer para su labor el halo de prestigio y aprobación que rodea toda actividad que puede designarse con la palabra "ciencia".[11] Por ello, era imposible una mirada crítica sobre las consecuencias del progreso. Esta pretensión de "cientificismo" acarreó también consecuencias en la dogmática penal: las teorías jurídicas sobre la causa, aún hoy dominantes, hunden sus raíces en la segunda mitad del siglo XIX y responden a la visión mecanicista propia de las sociedades europeo-occidentales; la concepción clásica del delito imprudente nace como consecuencia de que la sociedad industrial tecnificada no podía evitar por completo ciertos accidentes debidos a la complejidad de los procesos técnicos; otros "rastros" de esta influencia se descubren en temas tan diferentes como las teorías que explicaban la autoría y las desarrolladas en el proceso penal con referencia a las pruebas legales.[12]

Este avance ilimitado de la técnica generó en el siglo pasado fenómenos hasta entonces desconocidos: la RPP, los daños al medio ambiente, el uso de nuevas formas de energía con sus inmensos peligros, las grandes industrias químicas, la manipulación genética. Surgieron nuevos problemas e intereses jurídicos que o no existían o no eran considerados valiosos. Actualmente, el hombre ya no está dispuesto a aceptar la fatalidad del progreso: alguien debe ser responsable por los daños aunque las actividades productoras sean beneficiosas y legítimas. El derecho, que acompañaba y legalizaba las consecuencias indeseadas del progreso, ahora las enfrenta e intenta castigarlas.

11. Cfr. Carlos Santiago Nino, op. cit., p. 320.

La crisis alcanzó a la misma ciencia moderna, nacida de una diferente comprensión del mundo y con una teoría del conocimiento propia, distinta de la aristotélica-tomista que rigió durante siglos. Al comienzo del siglo XX, los descubrimientos de la física cuántica y de la teoría de la relatividad derribaron sus pilares y fue objeto de múltiples críticas en cuanto a sus métodos, formas de trabajo y, en fin, sobre su concepción del conocimiento.

Este desarrollo ulterior de la ciencia y de las percepciones sociales ofrece también un correlato en el derecho penal: así, por ejemplo, el delito imprudente se "recorta" y proliferan los llamados delitos de peligro abstracto.

Para entender este proceso el estudio de la concepción del *riesgo* puede ser una de las claves, pues ha adquirido un significado crucial dentro del desarrollo tecnológico y se ha convertido en el centro de la discusión jurídico-penal actual.

3. El concepto de riesgo

Con cierta seguridad puede situarse históricamente el nacimiento del "riesgo" en la tardía Edad Media,[13] pues si bien en las grandes culturas antiguas se desarrollaron técnicas diversas para enfrentar problemas análogos, no existió "(...) la necesidad de acuñar una palabra para

12. Todo ello sin mencionar el positivismo de Franz Von Liszt. En relación con la autoría, señala Claus Roxin: "(...) Los primeros decenios de vigencia del Código penal alemán coincidieron con el positivismo naturalista, que sometía las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales y pretendía reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas teorías (...)" (cfr. autor cit. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la 6. ed. alemana por Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 23); el resto de las cuestiones que mencionamos las desarrollamos con mayor amplitud en los §§ 3 y 6 de nuestra tesis. También el tratamiento de los delitos contra la salud pública está íntimamente vinculado con el progreso de las ciencias médicas y farmacológicas como al desarrollo de la industria alimenticia; cfr. Fernando Pérez Álvarez. *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*.Barcelona: Praxis SA, 1991, p. 79-81; Daniel F. Benvenuto. *Código Alimentario Argentino*, Buenos Aires: La Rocca, 2000, t. I, p. 15-16.

lo que en la actualidad entendemos por riesgo (...)".[14] Paralela al desarrollo del comercio marítimo, tomó carta de ciudadanía en los estados europeos del oeste la palabra italiana *risco*, cuya etimología remite al antiguo griego y al árabe y que puede traducirse como "circunnavegación de un escollo".[15] Como no todos los escollos podían salvarse, al mismo tiempo que el *riesgo* nació el *seguro* y desde entonces ambos permanecieron unidos como gemelos.

En el lenguaje corriente, el riesgo tiene un significado doble: se trata de un suceso posible pero a la vez desconocido, que puede conducir tanto hacia daños (pérdidas) como a oportunidades (ganancias). Durante siglos se trató profesionalmente con el riesgo a través de su aseguración económica.[16]

Más allá de estas especulaciones acerca de su origen histórico, lo cierto es que a partir de su nacimiento y por largo tiempo, el riesgo permaneció conceptuado así dentro del lenguaje usual, es decir, vinculado con el cálculo de ventajas y probabilidades de perjuicios. Sin embargo, esta noción cambió dramáticamente en el siglo XX, especialmente en los últimos años de esa centuria.[17]

Paralelamente, la noción del "riesgo" tuvo un rápido desarrollo en diversos ámbitos científicos hasta convertirse en un concepto central. Así ocurrió en la sociología, disciplina donde se han formulado

13. Cfr. Cornelius Prittwitz. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, p. 33, y la bibliografía que indica en la nota 40.
14. Cfr. Niklas Luhmann. *Sociología del riesgo.* México: Triana, 1998, p. 51.
15. Cfr. PRITTWITZ, op. cit., p. 33, quien utiliza la expresión *Umschiffen einer Klippe*, que traducida literalmente sería "circunnavegación de una roca o escollo". Por su parte, Luhmann considera que las raíces de la palabra son desconocidas; para algunos autores sería de origen árabe. En cuanto a su empleo, se expandió con la aparición de la imprenta, primero en España e Italia. Además, este autor coincide en que los contextos en que se aplica la noción de riesgo son los de la navegación marítima y los comerciales.
16. Cfr. Wolfang Köck. *Die rechtliche Bewältigung technischer risiken. Bestandsaufnahme und Ausblick vor dem Hintegrund der Risiko-Debatte,* Kristische Justiz, 1993, p. 126.
17. Cfr. PRITTWITZ, op. cit., p. 34.

diversos modelos de la denominada "sociedad del riesgo", con el curioso resultado de que algunos de ellos han generado una profunda discusión en el derecho penal. Hasta tal punto ha llegado esta influencia, que la "sociedad del riesgo" se ha transformado en un tópico ineludible para los autores que analizan los nuevos ámbitos o áreas que enfrenta la dogmática penal.

A título informativo y sin ánimo de exhaustividad, Mendoza Buergo informa que pueden distinguirse los siguientes modelos de sociedad del riesgo: a) institucional de *Ulrich Beck* (con sus tres obras, *Risikogesellschaft*, 1986; *Gegengifte*, 1988; *Politik in der Risikogesellschaft*, 1991); b) fenomenológico, de *Anthony Giddens* (*Modernity and Self-Identity*, 1991); c) sistémico, de *Niklas Luhmann* (*Die Moral des Risikos*, 1988; *Soziologie des Risikos*, 1991), y d) semiótico, de *M. Miranda* (*La société incertaine*, 1986) y *G. Lipovetsky* (*L' ere du vide*, 1983).[18]

La teoría que mayor influencia ejerció es la de Ulrich Beck,[19] para quien la expresión "sociedad del riesgo" denota una época en la cual los lados oscuros del progreso determinan más y más los enfrentamientos sociales. Los peligros atómicos, químicos, ecológicos y los de la tecnología genética no son limitables, ni mensurables ni pueden ser asegurados. La principal responsable de este estado de cosas es la ciencia, verdadera estafadora que encubre sus engaños con cifras, números y datos.[20]

Mientras tanto, luego de acompañar el proceso de industrialización, el derecho penal comenzó también a distanciarse de las consecuencias del progreso científico. El grado de complejidad de ciertas actividades le impide al derecho regularlas. Nacen las reglas de la técnica, importantes dentro de la dogmática del delito imprudente, cuya determinación queda en manos de entidades o asociaciones privadas, con las consiguientes dificultades para el principio de legalidad. Desde otra perspectiva, particularmente en las sociedades avanzadas, el conjunto social dejó de aceptar las consecuencias indeseables del progreso: dentro del delito imprudente se "recorta" el resultado para prevenir e intervenir antes de que aparezcan consecuencias catastróficas.

18. Cfr. Blanca Mendoza Buergo. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 24, nota 24, donde cita a NOYA. *Revista de Occidente* 150, 1993, p. 111 quien es el que efectúa esta distinción entre diversos modelos sociológicos del riesgo.

Frente a los nuevos campos, las reacciones dentro de la doctrina penal pueden clasificarse en cuatro grandes constelaciones: a) en primer término, las críticas o abolicionistas; b) una postura intermedia que, si bien describe críticamente el estado actual del derecho penal, admite la legitimidad del reclamo social de seguridad frente a los nuevos riesgos; c) una tercera postura, integrada por quienes proclaman la idoneidad del derecho penal en los nuevos ámbitos y reclaman un perfeccionamiento de los medios técnicos con que cuenta; y, por último, d) una posición optimista, que ve en los nuevos ámbitos una ocasión para transformar el derecho penal y convertirlo en un instrumento que permita superar las desigualdades sociales.

19. Cfr. Eric Hilgendorf. *Strafrechtliche produzentenhaftung in der risikogesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, quien comienza con el análisis del concepto de "sociedad del riesgo" de Beck; del mismo *Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?– Ein überblick*, NStZ, 1993, p. 10-16, que es un resumen del libro citado en primer término; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2003, p. 20, donde menciona la discusión sobre el "derecho penal del riesgo" estimulada por la aparición del libro de Beck sobre la "sociedad del riesgo" y que fue tratada monográficamente por primera vez por PRITTWITZ, op. cit.; también el comentario y crítica a las obras de Prittwitz y Hilgendorf realizada por Lothar Kuhlen, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, GA, 1994, p. 347 y ss.; también Wolfgang Wohlers, *Deliktstypen des Präventionstrafrechts – zur Dogmatik " moderner " Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 22 y ss.; también son cita obligada en las obras sobre la "sociedad del riesgo" los trabajos de habilitación docente presentados ante la Universidad de Frankfurt am Main de Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft* cit.; y de Felix Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur vorverlegung des Strafrechtsschtuzes in den Gefährdungsbereich*. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, 1991; en la literatura argentina puede citarse Maximiliano Rusconi, *Ilícito negligente contra la vida y tránsito automotor*. In: Julio B. J. Maier (compilador), *Cuestiones particulares de imprudencia en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, donde en la introducción (p. 15) afirma que "(...) la comunidad actual se ha constituído en una sociedad de riesgos (...)";

La posición crítica o abolicionista considera que el derecho penal es una herramienta inidónea para responder a los desafíos que plantea el desarrollo tecnológico de las sociedades actuales.

Aquí es ineludible la cita de la *Escuela penal de Frankfurt*,[21] integrada por los profesores y autores radicados en esa ciudad, cuyas concepciones pueden considerarse uno de los polos de la más reciente evolución de la ciencia penal alemana.[22]

Uno de sus temas preferidos ha sido la relación entre la ciencia y la política del derecho penal, al punto de que es una de sus marcas

ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR quienes señalan que "(...) la legislación contemporánea tiende también a minimizar el bien jurídico, mediante la proliferación de tipos del llamado peligro abstracto y, además, en la sociedad del riesgo de la revolución tecnológica, mediante la tipificación de actos de tentativa e incluso de actos preparatorios (...)", cfr. *derecho penal: parte general*, 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 129; DONNA menciona el concepto de sociedad del riesgo de Ulrich Beck y lo vincula con el tratamiento de los delitos de peligro abstracto; cfr. MOSSET ITURRASPE; HUTCHINSON; DONNA. *Daño ambiental*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1999, t. II, p. 338-340; Diego Zysman Quirós en el editorial *Sociedad del riesgo y derecho penal: a 20 años de Chernobyl* correspondiente al suplemento penal de la revista electrónica "elDial.com" del 08.05.2006 analiza el impacto de esta catástrofe nuclear que "(...) permite una reflexión más amplia sobre recientes desarrollos en teoría social y las consecuencias de aquélla en los estudios relativos al sistema de justicia penal (...)".

20. Ulrich Beck, *Politik in der Risikogeselschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 10; del mismo, *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortkichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, p. 9-10. También se refiere en términos similares a los peligros que enfrentan las sociedades modernas Wolfgang Wohlers, op. cit., p. 21.
21. Consideramos más correcto hablar de *Escuela Penal de Frankfurt* para diferenciarla de la escuela filosófica integrada, entre otros, por Theodor W. Adorno, Max Horkheimer y Walter Benjamin. Si bien existe entre ambas corrientes una identidad "geográfica", y en muchos aspectos ideológica, para evitar confusiones en lo sucesivo denominaremos de esta manera a los autores de derecho penal afincados en esa ciudad. Entre los representantes más caracterizados de este Escuela podemos citar a Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke, Klaus Lüderssen, Peter-Alexis Albrecht, Cornelius Prittwitz, Felix Herzog, Walter Kargl, Olaf Ohmann, entre otros.
22. Cfr. Bernd Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, CDJP, n. 1-2, p. 19.

distintivas.[23] En la década de 1990, fijó el principal contenido de sus críticas: el derecho penal vinculado con los nuevos y grandes riesgos industriales, entre ellos, el derecho penal del medio ambiente, la RPP y el derecho penal económico propio de amplias estructuras criminales. Los integrantes de esta *Escuela* fijaron como objeto de estudio la posibilidad de que esos nuevos ámbitos fueran captados por los "viejos" principios tradicionales europeos del derecho penal (tales como la lesión del bien jurídico, la acción, la causalidad y la culpabilidad individual). En su mayoría, concluyeron negativamente, pues rechazaron en forma expresa los modernos métodos legislativos para el tratamiento de tales "novedades" (concretamente, la anticipación exagerada en la protección del bien jurídico a través de delitos de peligro abstracto y la creación difusa y poco inteligible de bienes jurídicos colectivos).

En lugar de este tipo de soluciones legislativas, la *Escuela penal de Frankfurt* reclama el retiro del derecho penal de esos nuevos campos y su limitación a una protección predominante de la vida, la salud y la libertad del individuo a través de un "derecho penal nuclear" o "mínimo".[24]

Una posición intermedia, pero muy cercana a la "frankfurtiana", es la de *Urs Kindhäuser*: si bien le reconoce al hombre el derecho a la seguridad, critica los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa para llevarlo a la práctica.[25]

En oposición a la *Escuela penal de Frankfurt*, otros autores (*Roxin, Stratenwerth, Schünemann, Hirsch*) postulan la idoneidad del derecho

23. Cfr. Claus Roxin, *Schlu(bericht*, p. 1, presentado en el "Congreso sobre la Escuela de Frankfurt" realizado en Toledo, España, entre el 9 y el 12 de abril del 2000. El texto que se cita corresponde al ejemplar mecanografiado entregado por el Prof. Roxin.
24. Cfr. Roxin, op. cit., p. 2; también véase Winfried Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, C.F. Müller, 2. ed., Heidelberg, 1996; también la obra escrita con Francisco Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; también Wolfgang Naucke, *Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung*, GA 1984, p. 199-217; del mismo *Die Legitimation strafrechtlicher Normen – durch Verfassungen oder durch überpositive Quellen?* In: Klaus Lüderssen (compilador), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Legitimation*, Baden-Baden, 1998, t. I, p. 156-174.

penal en la sociedad del riesgo, fundamentándola en las necesidades de actualizar el derecho penal con más y mejores estudios, y evitar que se aplique sólo a las clases social y económicamente más desfavorecidas.[26]

Por último, *Gracia Martin* considera que la sociedad actual debe estructurar un nuevo derecho penal, alejado del discurso ultraliberal, que penalice y castigue a las clases altas.[27]

El análisis hasta aquí efectuado torna evidente que lo que denominamos "perplejidad" del derecho penal en su relación con la ciencia encubre un conflicto aún más profundo: por un lado, su concepción como instrumento de poder estatal, y, por el otro, su idoneidad para operar en los nuevos ámbitos en que se reclama su intervención.

A esta altura de nuestra exposición, cabe preguntarnos si lo expresado resulta suficiente para responder aquella pregunta que nos formulamos casi al inicio, es decir, si nuestro ordenamiento jurídico debe contar con una figura penal que castigue las conductas relacionadas con la RPP.

La respuesta es negativa porque cualquier decisión sobre la punición de una conducta debe ser fruto de un profundo estudio. La idoneidad del derecho penal en un determinado ámbito no puede

25. Cfr. Urs Kindhäuser, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, Universitas, 1992, p. 227-235; del mismo, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main, 1999; *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico*, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 441-452, traducción de Fernando Molina Fernández.
26. Cfr. Roxin, op. cit., en la nota 22 p. 18; del mismo, *Schlußbericht*, en Hans-Heiner Kühne; Koichi Miyazawa, *Alte Strafrechtstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, 2000, p. 182; Günther Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den mitteln des Strafrechts?*, ZStW 105, p. 687-688; SCHÜNEMANN, op. cit., p. 17-49.
27. Cfr. Luis Gracia Martin, *¿Qué es modernización del derecho penal? A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, ejemplar mimeografiado.

establecerse en forma genérica, razón por la cual los argumentos político-criminales (propios de una fase prelegislativa) no resuelven por sí solos el dilema. Es preciso analizar cada uno de los problemas concretos que enfrenta la RPP y las posibles soluciones dogmáticas y procesales que puede brindar el ordenamiento jurídico con los elementos que dispone, lo que luego nos permitirá establecer si en ese ámbito existe una verdadera "crisis", "peligro" o "demanda social" que exija la intervención del derecho penal.

Por lo tanto, analizaremos a continuación algunas de las dificultades que enfrenta la RPP para proponer posibles soluciones. Tal análisis determinará los argumentos técnicos específicos que, sumados a los político-criminales, permitirán tomar una decisión definitiva sobre la punición de la RPP en el derecho penal argentino.

4. Los problemas específicos de la RPP. La causalidad y el *in dubio pro reo* (IDPR)

Establecer la relación de causalidad entre el consumo de un producto defectuoso o mal elaborado y la aparición de daños en la salud ha sido una de las dificultades más graves que han enfrentado los tribunales llamados a resolver los casos de RPP.

El debate sobre la causalidad no es nuevo. Antes bien, ha ocupado más de veinte siglos del pensamiento filosófico y ha sido objeto de múltiples planteos. Si bien la discusión no es tan antigua en el campo jurídico, ingentes ríos de tinta han corrido para intentar explicarla y alcanzar una "solución" definitiva del problema. Como cualquier intento de originalidad está condenado al fracaso, nuestro objetivo es más modesto: establecer qué pasos debe seguir el juez de mérito para comprobarla.

La discusión sobre la causalidad en los casos de RPP puede dividirse en dos aspectos: por un lado, la existencia de una relación causal, esto es, una vinculación entre el consumo o la utilización del producto defectuoso y los daños aparecidos (problema que puede presentarse a través del desconocimiento o duda científica sobre la existencia de la ley respectiva o de su aplicación en el caso concreto); y por el otro, la causalidad entre las decisiones empresariales y las consecuencias perjudiciales.[28] Aquí analizaremos únicamente a lo que podemos denominar "vinculación natural": la relación entre el carácter nocivo de un

producto y los perjuicios sufridos por los usuarios o sus consumidores.

El estudio de la evolución del concepto filosófico de la causalidad, los límites del conocimiento científico y el denominado "problema de la inducción" nos permiten afirmar:

(1) no hallamos en la filosofía un concepto único de causalidad, ni tampoco uno que pueda calificarse de dominante;

(2) su estudio es inseparable de la experiencia y del problema de la inducción, el que, pese a todos los intentos, no ha dejado de ser difícil e intrincado para su justificación.

El conocimiento de la causalidad depende fundamentalmente de nuestra experiencia, es decir, de la observación. El ideal del conocimiento racional ha consistido siempre en alcanzar certezas absolutas e incuestionables; hasta ahora sólo el razonamiento deductivo se ha mostrado como el único capaz de arribar a esa meta. Por eso, el gran

28. Este aspecto de la causalidad lo plantean Christoph Knauer, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, tesis doctoral, München: Ludwig Maximilians-Universität, 2000; Teresa Rodríguez Montañés, *Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados*, CDJP n. 15, p. 159-184; Günther Jakobs, *Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*. In: Santiago Mir Puig;– –Diego Luzón Peña (compiladores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996, p. 75-98; sobre la base de una variación del caso *Contergan*, Sancinetti separa la relación causal de la plena consciencia por parte de los responsables del laboratorio acerca de la *posibilidad del riesgo* en razón del aumento estadístico de lesiones desde la aparición de la droga respectiva. Se pregunta si una vez acreditado el dolo, tendría sentido supeditar la punición a la demostración de la relación causal real entre el empleo de la droga y las lesiones (cfr. *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 1.ª reimpr., Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 479 y ss.). También separa el problema de los daños masivos a la salud de las decisiones colegiadas que afectan bienes jurídicos Gabriel Pérez Barberá, *Causalidad y determinabilidad*, en Carlos J. Lascano (h) (compilador), *Homenaje a Claus Roxin. Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Córdoba: Marcos Lerner, 2001, p. 89.

reto para las epistemologías empiristas, y para la ciencia en general, ha sido el de fundar un conocimiento racional, seguro, basado en la observación y, principalmente, superar el *problema de la inducción*, esto es, el problema de cómo conocer los hechos que no pueden ser observados, ya sea porque pertenecen al pasado o al futuro.[29]

(3) sin embargo, el conocimiento científico inductivo, pese a sus limitaciones y la imposibilidad de alcanzar conclusiones absolutas, realiza a diario un sinnúmero de empresas con una precisión asombrosa: cura múltiples enfermedades, predice con certeza el paso de un cometa, fija con exactitud las órbitas que describen los planetas y coloca en el espacio sideral cohetes y naves tripuladas;

(4) las nociones inductivas sólo pueden alcanzar una probabilidad, lo que implica la búsqueda de un equilibrio: como resulta imposible eliminar la confianza en nuestras experiencias, debemos reconocer la posibilidad de un conocimiento objetivo, pero relativo;

(5) el conocimiento judicial de los hechos – del que forma parte la causalidad – presenta a simple vista las mismas características que el científico. Si bien limitado por su propia naturaleza y función, es una especie de éste y por lo tanto no debe – ni puede – alcanzar verdades categóricas. De esta manera, *nunca puede arribar a una certeza absoluta.* Simultáneamente, ambas formas de conocimiento se proponen objetivos diferentes, porque el judicial persigue resolver casos concretos (con medios legalmente establecidos y en un lapso determinado), mientras que la ciencia procura obtener mayores y mejores nociones sobre un aspecto de la realidad.

El juez carece de facultades para resolver sólo con sus conocimientos la existencia de una ley causal; antes bien, se limita a establecer si está *probada* la causalidad en el asunto sometido a su decisión. Ella siempre será un problema de la prueba y de la formación del convencimiento del juez, con total independencia incluso de su concepto dogmático. Por supuesto, una conceptualización diferente exigirá tareas procesales distintas; pero, en definitiva, será el juez quien deberá establecer la existencia de un nexo causal en un caso concreto y justificar su afirmación. Como su tarea no consiste en realizar

29. Cfr. Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.* Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 13.

predicciones, sino en establecer qué ocurrió en el pasado, no le conciernen las disputas científicas sobre la existencia o inexistencia de una ley causal, sobre las cuales goza de cierto margen de discrecionalidad. Esto no significa *arbitrariedad*, sino todo lo contrario: implica la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia, con una explicación racional de los elementos que ha valorado y que le permiten afirmar la existencia de la causalidad.

Así, pues, la prueba de la causalidad se vincula con la experiencia y la fundamentación de la cuestión fáctica en la sentencia, uno de los temas menos tratados por la doctrina procesal e, incluso, casi totalmente abandonado por las teorías de la argumentación jurídica.

Nuestra posición con respecto a la motivación de los hechos en la sentencia parte de una premisa: suponemos que quien decide es un juez profesional, letrado, obligado a fundamentar su decisión y que lo hace de acuerdo con la denominada "sana crítica racional". Dejamos de lado todo lo referente a las decisiones tomadas por jurados populares, en cuyo caso, nos enfrentaríamos a otro tipo de problemas, principalmente, el de las mayorías necesarias para alcanzar una decisión, habida cuenta de que en ese sistema de enjuiciamiento no es necesaria la fundamentación, tal como la conocemos en nuestro mundo jurídico.

Surge aquí un interrogante al que sólo daremos una respuesta parcial: ¿la fundamentación de la sentencia es un requisito para su legitimidad? Sin lugar a dudas, no lo fue para la Revolución Francesa y el movimiento del Iluminismo: el jurado no debía fundar sus decisiones. La necesidad racional de la fundamentación surgió bastante después y como una manera de evitar la arbitrariedad. La solución del punto quizá pase por definir si el sistema procesal instaurado por aquel movimiento jurídico-político es un modelo acabado o precisa de ajustes, especialmente tras la aparición de nuevas garantías, como el derecho del condenado al recurso.[30] Si nos inclinamos por la primera variante, la fundamentación no será un requisito de validez. Si optamos por la segunda y analizamos la evolución histórica del proceso penal, al menos en Europa continental, surgirá claramente que la

30. Si una sentencia condenatoria no requiere fundamentación resulta casi imposible su crítica, y por ende, la posibilidad de impugnarla, impracticable.

fundamentación de la sentencia junto con la libre valoración de la prueba y la abolición del sistema tarifado de apreciación son un requisito de su legitimidad; se trata de un vallado frente a la posible arbitrariedad de los jueces. Como en tantas otras discusiones, nos parece que la solución puede hallarse en un punto intermedio: unir los jurados con la fundamentación de la sentencia, lo que implica aceptar un sistema de escabinos, esto es, un tribunal compuesto por jueces profesionales y legos.[31]

Considerar la fundamentación de la sentencia un requisito de su legitimidad implica el riesgo de transformarla en una exigencia impracticable, por las limitaciones cognoscitivas y temporales que enfrenta la decisión judicial. Sin embargo, siempre resulta preferible contar con una garantía más frente a la arbitrariedad.

En definitiva, para resolver el problema de la causalidad en la RPP debemos tratarlo dentro de otro más amplio: el de la fundamentación de los hechos en la sentencia, que debe constituir un proceso intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir y revisar críticamente los pasos individuales realizados por el juez en el momento de valorar la prueba.

En este ámbito, la RPP también actualiza crudamente un antiguo problema: cómo reaccionar ante la vacilación sobre la existencia de un hecho punible y qué hacer frente al empleo de pruebas basadas en la estadística o en las presunciones. Este estado de incertidumbre existió

31. Lo que a su vez implica otra constelación de problemas: forma de elección de los escabinos, duración, influencia de los jueces profesionales, mayorías necesarias, en qué casos intervienen y, quizás el más importante: qué ocurre cuando los jueces profesionales deben fundar una decisión que no comparten. Una opinión similar pero con otro fundamento en Marcelo Sancinetti, *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación. Diálogos de seminario, a propósito del caso " Cabezas "*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 20, nota 11. El desarrollo de este tema puede verse en Julio B.J. Maier, *Derecho procesal penal*, Fundamentos, 2. ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, t. I, p. 483; sobre el sistema de escabinos en Alemania, puede verse Albin Eser, *La participación de legos en la administración de justicia alemana en perspectiva comparada*, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 303-315.

siempre en las diversas formas históricas que asumió el proceso penal: lo que ha variado es la consecuencia a la cual queda unida la duda.

Quizás el idpr sea uno de los preceptos jurídicos más populares dentro de la administración de justicia. Los legos lo entienden como el aforismo "(...) en la duda a favor del acusado (...)" y, a diferencia de otros principios, tradicionalmente se lo ha ligado a una consecuencia jurídica concreta: el imputado debe ser absuelto cuando no puede probarse el hecho que se le atribuye. Sin embargo, el reconocimiento de su relevancia no conlleva un acuerdo paralelo en cuanto a su fundamento jurídico, sus límites, sus efectos y su campo de aplicación, por lo cual se ha afirmado que "(...) sobre el sentido de este sencillo principio domina una falta de claridad asombrosa (...)".[32]

Consideramos que su aplicación en la cuestión fáctica no debe limitarse *sólo* al momento de dictar sentencia. Ante todo, la interpretación gramatical de la regla avala esta postura, pues no está redactado de tal forma que implique "en la duda, absolución" sino que ordena resolver *a favor del imputado*, lo que significa algo bien distinto y permite sostener que su ámbito de aplicación supera el dictado de la sentencia: sin importar en qué momento, cuando hay que decidir "algo", la duda favorece al acusado.

Por lo tanto, la regla indica que frente a una duda, debe resolverse a favor del imputado; pero como lo más beneficioso para él sólo es definible a partir del status que goza en el proceso, cada vez que deba adoptarse una decisión más gravosa y que "empeore" su situación, la duda lo favorecerá e impedirá la adopción de medidas perjudiciales. Y

32. Cfr. Werner Sarstedt, *Die Revision in Strafsachen*, 4. ed., Essen, 1962, citado por Jan Zopfs, *Der Grundsatz* in dubio pro reo. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992 p. 14, nota 12. En el mismo sentido, Klaus Volk destaca la poca claridad existente en relación con su origen histórico, la discusión irresuelta de si pertenece al derecho material o al procesal y de los límites de su ámbito de aplicación (cfr. *In dubio pro reo und Alibibeweis. BGHSt 25, 285*, JuS 1975, p. 25-29). En la doctrina argentina llega a una conclusión similar Maximiliano Rusconi, quien destaca que el acuerdo sobre el principio sólo llega a sus aspectos básicos, pero existen escasas reflexiones respecto de su influencia en cada caso concreto (autor citado, *In dubio pro reo: mitos y realidades entre duda e imputación*, p. 133-134, en *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997).

como estas decisiones pueden tomarse en diferentes etapas del proceso, en cada una de ellas regirá también el idpr.[33]

Con respecto a las pruebas basadas en presunciones o en la estadística cuando se las utiliza para para acreditar la relación de causalidad, ella se introduce en el silogismo judicial como una conclusión o una hipótesis; si en el ámbito científico la existencia de la causalidad es indiscutible, funciona como una regla de validez universal; de lo contrario, actúa sólo como una regla general, y resultan aplicables las exigencias propias de la motivación de las hipótesis (el resultado conjetural de una inferencia inductiva: no refutación, confirmación y mayor confirmación que cualquier otra hipótesis), según las cuales en la justificación de una hipótesis causal las pruebas disponibles no deben estar en contradicción con ella (requisito de la no refutación), es decir, que no se hayan producido contrapruebas o hayan sido dejadas de lado. Además debe estar confirmada, para lo cual su grado de confirmación dependerá no sólo de la cantidad sino de la variedad de los datos que la apoyen. Por último, debe cumplir con el requisito de la mayor confirmación que cualquier otra hipótesis. En todo este proceso, las reglas estadísticas y la epidemiología cumplen un papel fundamental.

5. La regulación de la responsabilidad por el producto en otras ramas del derecho. La protección del consumidor en el derecho comparado

Esbozadas algunas posibles soluciones a los problemas procesales que plantea la RPP, para decidir qué hacer con ella en nuestro derecho penal, tal como lo anticipamos, debemos dirigir nuestra mirada a otras ramas del ordenamiento jurídico y al derecho comparado para observar cómo funciona allí la protección del consumidor.

Desde hace bastante tiempo –mucho antes que en el ámbito penal, el Derecho civil se ha ocupado de la responsabilidad del fabricante y, mediante un desarrollo constante y progresivo, ha elaborado una serie de reglas y pautas para enjuiciarla. Además, nuestro país cuenta con un gran número de leyes que no sólo establecen deberes para los fabricantes de diferentes productos sino que, simultáneamente, crean organismos administrativos con múltiples facultades de control. Al

33. Cfr. Ian Zopfs, op. cit., en la nota 31, p. 261.

menos en la teoría, todas estas leyes y órganos de control deberían configurar un sistema integrado dentro de una amplia política de seguridad y prevención estatal sobre los daños derivados de los productos. El estudio de estos tópicos resulta provechoso, pues su conocimiento – única forma de aplicar el principio de *ultima ratio* – permite valorar cabalmente la necesidad de una respuesta punitiva.

De manera general, el examen del derecho civil muestra que actualmente la responsabilidad por el producto no constituye un sistema autónomo sino que queda incluida dentro del marco más amplio de la defensa del consumidor. Además se advierte una evolución desde un régimen subjetivo – basado en la culpa – hacia otro objetivo que abarca no sólo al fabricante sino a todos aquellos que intervienen en la cadena de producción y comercialización, razón por la cual se ha propuesto vincularla con "los daños causados por el hecho de los productos defectuosos".[34] De allí la importancia adquirida por esta última noción.

De acuerdo con las disposiciones europeas en la materia, la doctrina civilista argentina propone incluir en el concepto de "producto defectuoso" las cosas muebles elaboradas industrialmente, caracterizados por su fabricación en serie para uso o consumo masivo. Por esta razón quedan excluidos los inmuebles y en general las construcciones que no se ejecutan en serie, y los productos artesanales.[35]

Los daños son los efectos perjudiciales que los productos pueden causar a las personas o bienes de los usuarios o consumidores por vicios o carencias de fabricación, circulación o conservación. Se dejan de lado los perjuicios que pueda experimentar la cosa misma que es

34. Jorge Bustamante Alsina en *Responsabilidad civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, t. III, p. 60, adopta esta denominación en consonancia con la doctrina francesa y la Directiva de la entonces CEE del 25.07.1985.

35. Cfr. Bustamante Alsina, op. cit., t. III, p. 60-61. En el mismo sentido Casiello señala que por producto elaborado debe entenderse un sinfín de cosas de la más variada índole o naturaleza, con la única característica de que son el resultado de un proceso fabril realizado por lo general bajo la forma de empresa (cfr. autor citado, *Responsabilidad civil por los productos elaborados*, La Ley 1981-D-1192; la cita ha sido tomada de Federico Carlos Tallone, *El concepto de producto defectuoso en la responsabilidad por productos elaborados*, La Ley del 16.03.2000, p. 1, nota 1.

objeto de la prestación, por estar comprendidos en la responsabilidad contractual por el vicio de la cosa vendida.

El primer tipo de defecto es el de fabricación: el producto responde a un diseño carente de fallas pero se produce un error al elaborarlo.

Aquí adquieren relevancia los denominados "escapes o fugas", es decir, los defectos inevitables aunque se cumplan todas la medidas de seguridad y control. Su tratamiento varía según sea el régimen de responsabilidad, por culpa u objetiva: en el primer caso, el fabricante se exime si acredita su diligencia; en el segundo, responde aun cuando haya cumplido con todas las normas aplicables.[36]

Los defectos de diseño aparecen en productos fabricados de conformidad con las líneas, criterios y especificaciones establecidos por el mismo fabricante. En esta hipótesis no hay ningún defecto de fabricación sino que las deficiencias o fallas pertenecen al mismo diseño, en cualquiera de sus tres fases: la concepción, la elaboración del prototipo o la revisión. Todos los productos de la serie padecerán la misma falencia, lo que autorizará acciones para retirarlos del mercado.

La tercera y última clase de defecto es el de información y está íntimamente vinculado con el incumplimiento de un deber. En este caso, la deficiencia proviene de un hecho externo al producto, consistente en la falta de indicaciones, advertencias o instrucciones que deberían acompañarlo. Puede presentarse tanto por ausencia (falta la etiqueta o el prospecto) como por insuficiencia (la información es inadecuada o indica incorrectamente la entidad del peligro).

No obstante, el deber de informar no se agota con la puesta en circulación; el fabricante debe seguir y observar el producto por si aparecieran nuevos riesgos luego de su lanzamiento al mercado.

Dentro del análisis de la responsabilidad extrapenal por el producto adquiere singular relevancia el estudio de las denominadas acciones de retirada o, genéricamente, "deber de retirada". En otros ordenamientos jurídicos este instituto, casi totalmente desconocido en el nuestro, ha adquirido un carácter preeminente en la política de

36. En Alemania la doctrina y jurisprudencia civiles también tratan el tema de los "escapes o fugas" bajo el nombre de *Ausreißer*; TALLONE, en el trabajo citado, nombra este término equivocadamente como *Aursribern*; Cfr. op. cit., p. 2.

protección del consumidor. Puede ser regulado tanto por el derecho administrativo como por el civil; en el primer caso consistirá en la facultad otorgada a un determinado funcionario u organismo para que disponga su realización y eventualmente, según los diferentes sistemas, la practique; en el segundo podrá constituirse en un deber propio del fabriecante (como parte de la obligación genérica del fabricante de vigilar el producto comercializado), cuya lesión acarrea consecuencias fundamentales para su responsabilidad.

La experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica en la protección del consumidor y en lo que se refiere a las acciones de retirada muestra que las diferentes dependencias competentes en las cuestiones de seguridad de los productos pueden realizar, cada año y exitosamente, múltiples acciones de este tipo.

El sistema estadounidense de seguridad de los productos se caracteriza por una estrecha red de leyes y de funcionarios cuya misión es impedir que aquellos que entrañen peligros accedan a la circulación comercial, y por suprimir tales peligros si pese a todo la alcanzan. Este sistema abarca casi todas las categorías de productos potencialmente peligrosos (autos, aviones, comestibles, medicamentos, aparatos de uso médico, buques, tanques de agua, por citar algunos). Un arsenal de medidas preventivas se complementa con un estricto sistema de responsabilidad civil, caracterizado por la responsabilidad objetiva, cuyo propósito principal es la compensación de daños.

Las leyes sobre seguridad pretenden evitar que productos defectuosos alcancen el mercado. Este objetivo se logra a través de una serie de reglas que implican el respeto a los baremos de seguridad y a los procedimientos de admisión, a los que se suman las medidas de control una vez que el producto se ha incorporado al mercado. A esta actividad contribuyen funcionarios competentes para ordenar las acciones de retirada cuando se hayan establecido el peligro o la falla del producto. El apartamiento notorio del fabricante del estándar de seguridad supone automáticamente la existencia de esas anomalías.

En el campo civil, este apartamiento constituye *ipso facto* imprudencia, pero, inversamente, la observancia de los reglamentos de seguridad no excluye automáticamente la existencia de una falla. Se plantea otro problema: si la orden de retirada dispuesta por un funcionario administrativo puede valer como prueba de la falla del producto

en un proceso particular por responsabilidad civil. En este punto la jurisprudencia permanece dividida.[37]

Numerosos órganos administrativos tienen a su cargo la vigilancia de los productos. Entre los más importantes se cuentan la *National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA)*, la *Consumer Products Safety Comission (CPSC)* y la *Food and Drug Administration (FDA)*.

Junto con ellas toda una serie de oficinas se encarga de controlar determinados productos: la *Environmental Protection Agency*, competente para la ejecución de la *Toxic Substances Control Act*; la *U.S. Cost Guard*, responsable del control de buques; la *Federal Aviation Administration (FAA)*, para el control de aviones, y la *Federal Trade Commission*, dedicada al comercio.

El sistema estadounidense no exhibe ninguna laguna importante que deba complementarse a través de disposiciones civiles. Los funcionarios establecen baremos de seguridad y controlan su aplicación, recolectan información sobre los peligros que puedan presentar los productos, prueban su seguridad, otorgan permisos de comercialización, explican a los usuarios sobre los peligros existentes y la forma de evitarlos, y les indican a las empresas cuándo deben realizar las acciones de aviso y retirada.

La actividad preventiva de los funcionarios norteamericanos se aplica, fundamentalmente, antes de que los productos ingresen en el mercado, por lo cual puede afirmarse que en este aspecto las acciones de retirada funcionan como una verdadera *ultima ratio*. Por el contrario, las acciones de retirada fundadas en el derecho civil son esporádicas y puntuales y las motivan hechos individuales sin vinculación alguna con la política general de seguridad de los productos.

En razón de su amplia competencia, los funcionarios pueden ordenar y ejecutar medidas flexibles, algo imposible en un reclamo civil orientado a obtener la ejecución de una acción de retirada, ya que generalmente este tipo de procesos termina en acuerdos entre el demandante y la empresa. Por otro lado, los funcionarios competentes

37. Cfr. Theo Bodewig, *Der Rückruf fehlerhafter Produkte. Eine Untersuchung der Rückrufpflichten und Rückrufansprüche nach dem Recht Deutschlands, der Europäischen Union und der USA*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 18-19; sobre este último punto ver la nota 17.

reúnen una vasta experiencia en el tema, debido a la gran cantidad de acciones de retirada que llevaron a la práctica.

Tras este repaso del funcionamiento de la responsabilidad por el producto en otras áreas, dirigiremos nuestra atención al derecho penal.

6. Problemas dogmáticos de la RPP. Imprudencia, posición de garante y delitos de peligro

Del sinnúmero de problemas dogmáticos que plantea la RPP hemos elegido tratar, brevemente, sólo tres: la imprudencia y la posición de garante del fabricante, y los delitos de peligro.

En el ámbito de la imprudencia, si bien reconocemos la importancia de los deberes civiles del fabricante para enjuiciar su conducta – incluso la dolosa–, pues sirven para delimitar el concepto de producto defectuoso, rechazamos su transmisión automática para juzgar la imprudencia y la responsabilidad penal del elaborador. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia civiles pueden prestar una ayuda importante al derecho penal pero no es posible asumir sus desarrollos y planteos *in totum*.

Para que un deber del fabricante tenga relevancia penal debe ser fijado con un criterio *ex ante*, porque de lo contrario siempre habrá una tendencia a formularlo en términos más estrictos a la luz de los resultados ocurridos, pues, en general, los casos de RPP se caracterizan por la gravedad de las lesiones y la cantidad de personas afectadas.[38] Adoptar una perspectiva *ex post* implica alejarse de la compleja situación en la que, a menudo, decide el productor.

Además de una interpretación estricta de los deberes del fabricante conforme con los principios penales, una solución sería

38. Cfr. Lothar Kuhlen, *Necesidad y límites de la responsabilidad por el producto*, conferencia pronunciada en el seminario sobre responsabilidad por el producto celebrado en la Universidad Complutense de Madrid, noviembre de 2002, p. 8-9, quien señala de acuerdo con los conocimientos de la psicología social, los casos graves hacen suponer que la atribución de responsabilidad será excesivamente estricta (en el mismo sentido cfr. Prittwitz , op. cit., p. 103 y Gunnar Duttge, *Zur Bestimmheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 8 y ss.).

establecer *legalmente alguno o algunos de ellos con vigencia en el derecho penal* para respetar el principio de legalidad, a través de un tipo específico.

La sola falla o defecto del producto es insuficiente para realizar una imputación penal, tal como puede ocurrir en el ámbito civil. Los principios de la acción personal y de culpabilidad constituyen en este aspecto una valla infranqueable.

Un punto clave para apreciar la responsabilidad penal del fabricante es el momento en que se pone en circulación el producto. Allí juegan un papel preponderante los deberes de construcción y fabricación. Si el defecto se debe a una falla de fabricación, la responsabilidad penal no podrá alcanzar los denominados "escapes" o "fugas" (*Außreiser*), puesto que se trataría de fatalidades, de desgracias, que no son punibles de acuerdo con la prohibición del *versari in re illicita*; aquí, aunque nos encontremos ante un producto defectuoso, el derecho penal no podrá intervenir.

Luego de que el producto entra en circulación, el siguiente momento decisivo es aquel en que el fabricante conoce la existencia de peligros nuevos derivados del uso normal del producto. Como lo muestra el caso del *Lederspray*, existe la posibilidad de imputar un delito doloso si se establece la obligación del elaborador de evitar un daño: se trata de los delitos impropios de omisión y de la posición de garante asignada a los fabricantes sobre sus productos. En este aspecto debemos señalar.

La falta de contornos definidos de la posición de garante aconseja ser cautelosos en su aplicación en nuestro derecho.

Todos los problemas que presenta la fundamentación de la posición de garante aparecieron con total claridad en uno de los casos paradigmáticos de RPP. En la sentencia del *Lederspray*,[39] el Tribunal Supremo Federal alemán enfrentó serias dificultades para justificar una posición de garante del fabricante, pues la peligrosidad del producto no se conocía ni durante su elaboración ni antes de su puesta en

39. Cfr.BGHSt 37, 108 y ss.; sobre los comentarios a esta sentencia, véase la bibliografía indicada en la nota 5.

circulación sino que apareció posteriormente. Por lo tanto, faltó el hacer precedente contrario al deber que pudiera fundamentar un delito impropio de omisión por no haber retirado el producto del mercado.

Según *Gimbernat Ordeig* este caso revela escandalosamente la inexistencia de un aparato dogmático previo, mínimamente seguro, que permita solucionar de modo uniforme e inequívoco los supuestos de omisión, surgidos en la realidad.[40]

En el sistema jurídico argentino debe sumarse la carencia de una cláusula general de conversión como contienen los códigos penales de Alemania y España; nuestro CP, sólo contiene una regla básica en los arts. 106 a 108, que protegen la vida o la salud y otros casos donde está expresamente tipificada (por ejemplo, art. 144 cuarto, inc. 1.°, CP).

Dentro de nuestra doctrina, Zaffaroni; Alagia; Slokar se oponen decididamente a los tipos omisivos impropios, al extremo que el punto III del § 39 de su obra *Derecho penal* se titula "La inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos". Señalan que la legislación penal autoritaria nunca consagró la analogía libremente sino conforme con pautas que marcaba el propio legislador, por lo cual las normas que introducen la posición de garante violan la exigencia de la estricta legalidad y constituyen, junto con el *crimen culpae*, la aspiración de una legislación penal sin lagunas en la que nada escape al poder punitivo. En la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la prohibición general de la analogía *in malam partem*. Además, existen en la parte especial del código penal numerosas disposiciones que contemplan tipos impropios de delitos de omisión, paralelos a los tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado en posición de garante (ej. art. 227, 235, § 2.°, 249, 239, 259, 144 cuarto, y 106), por lo que no cabe ampliarlos.[41]

Sancinetti señala que, desde el punto de vista axiológico, nadie discute que al menos para ciertos omitentes (garantes) el hecho de no

40. Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, op. cit. en nota 5, p. 373; sobre los delitos de omisión impropia en nuestro derecho puede consultarse Enrique Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

evitar el resultado debe ser punible del mismo modo que su causación o, en todo caso, con una pena menor. Tras analizar la larga tradición cultural de interpretar todo tipo comisivo como omisivo, dice: "(...) creo que el estado actual de la dogmática sobre el delito de omisión permite generar tantas dudas sobre la legitimidad de penar una omisión bajo la descripción de un verbo de causación que, al menos desde la puridad de los principios, es preferible establecer legalmente la cláusula de conversión. Lo contrario lleva o bien a una interpretación analógica de los tipos penales o bien a la admisión de una causalidad en la omisión que no se puede defender (...)" . De todos modos, este autor no emite una opinión terminante a favor de que exista una fórmula de punición, pues la ausencia de una cláusula de conversión no genera una laguna de punibilidad intolerable – como lo sería la derogación de delitos del derecho penal nuclear en la parte especial –, sino el hecho de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, aunque por vías objetables desde el punto de vista constitucional.[42]

Los tribunales argentinos han aplicado y aplican los delitos impropios de omisión, pese a la falta de una cláusula general de conversión. Sin embargo, debe aclararse que lo hacen en un grado infinitesimal en relación con los tribunales alemanes. Es cierto que no los relacionan con fórmula legal alguna, desconocida legislativamente, pero también es cierto que el art. 106, CP, les brinda cobertura para la salud o la vida, bienes jurídicos para los cuales nuestros tribunales han aceptado, básicamente, la comisión por omisión.

En cualquier caso, para aplicar la posición de garante del fabricante en nuestro derecho sería preciso contar con la cláusula de conversión antedicha o con un tipo penal específico, estructurado como un delito propio de omisión.

41. Cfr. autores y obra citados en la nota 18, p. 552-554, nm. 12-15. Los autores mencionados rechazan también el ejemplo clásico de la madre que deja morir a su hijo, pues dejar morir tiene un contenido injusto menor que matar; según Marco Antonio Terragni en la primera hipótesis no existe diferencia entre matar al hijo por asfixia o por hambre; cfr. *Omisión impropia y posición de garante*, La Ley 1997-F-1120, nota 29.
42. Cfr. Marcelo Sancinetti, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, edición bilingüe, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 105-111.

Una de las alternativas que se han planteado para resolver los problemas probatorios y dogmáticos que plantea la RPP ha sido establecer legislativamente un delito de peligro que específicamente la castigue,[43] con respecto a los cuales el estudio de la doctrina extranjera y la nacional muestra un estado de insatisfacción. La clasificación tradicional en delitos de peligro concreto y abstracto es insuficiente para captar su verdadera estructura, ya que cuando se los analiza con mayor detenimiento muchos tipos considerados "abstractos" muestran particularidades que impiden ubicarlos dentro de las divisiones preexistentes.

Hirsch califica de arcaico el binomio conceptual "peligro concreto y peligro abstracto".[44]

43. A modo de ejemplo pueden citarse en Alemania las propuestas de Klaus Landry, *Inverkehrbringen und Herstellen gesundheitschädlicher Gegenstände (§§ 324, 326 StGB, 3 und 11 LMG)*, Kiel, 1966, p. 161-162; Martin Gretenkordt, *Herstellen und Inverkehrbringen stofflich gesundheitsgefährlicher Verbrauchs – und Gebrauchsgüter. Eine Analyse der §§ 319, 320 StGB im System der strafrechtlichen Produkthaftung mit Vorschlägen zu deren Reform*, Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1993, p. 153-154; Friedrich Geerds, *Herstellen und Abasatz gesundheitsgefährlicher Ver – und Gebrauchsgüter. Zur strafrechtlichen und kriminologischen Problemen eines bedeutsamen, jedoch mißglücken Typs eines Sozialdeliktes (§§ 319, 320 StGB)* en Hans-Heinrich Jeschek; Theo Vogler (compiladores), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburstag am 24. August 1989*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1989, p. 263; Georg Freund, *Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts. Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechslehrern*, ZStW 109, p. 478-480.

44. Cfr. autor cit., *Peligro y peligrosidad*, en *derecho penal. Obras completas*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1999, t. I, p. 88. La cuestión se vincula con la falta de tratamiento exhaustivo del tema en la dogmática penal; en este mismo sentido, Jakobs señala que el estudio de estos delitos es "(...) de un despreocupado positivismo (...)" (cfr. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de derecho penal*, UAM Ediciones-Editorial Civitas SA, 1997, p. 293); gráficamente Herzog, con cita de Schünemann, considera que el hijo preferido del legislador (scil. el delito de peligro) es el hijastro de la dogmática (cfr. op. cit. en nota 18, p. 45).

Diversos trabajos han delineado nuevas clasificaciones de los delitos de peligro, para intentar otorgarle a cada nueva categoría su propia legitimación.[45]

Siempre se han visto los delitos de peligro como necesitados de una especial legitimación. Este problema no puede separarse del anterior, pues los distintos intentos de legitimarlos han conducido al mismo tiempo a elaborar nuevas categorías.

En general, no han existido grandes problemas de legitimación ni de interpretación en relación con los delitos de peligro concreto (aquellos que revelan la existencia de un peligro actual para un objeto caracterizado como bien jurídico). Sin embargo, la doctrina los ha considerado inapropiados para los casos comprendidos dentro del "moderno" derecho penal.[46]

Por lo contrario, los delitos de peligro abstracto presentan diversos problemas. El principal foco de tensión se halla en la necesidad a menudo reconocida de establecer tal tipo de delitos y simultáneamente en el mantenimiento del paradigma del ataque a los bienes jurídicos como fundamento de legitimación de las normas penales; así, su legitimidad está seriamente comprometida.

Si bien coincidimos con la posición que le asigna a la lesión del bien jurídico un papel preponderante en la dogmática penal, creemos

45. Un primer intento en este sentido puede verse en BINDING, seguido por JIMÉNEZ DE ASÚA , *Tratado de derecho penal*, 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1970, t. III, p. 467 y ss. En la doctrina nacional puede citarse a Marcelo Sancinetti, *Tipos de peligro, en las figuras penales. (Homenaje al profesor Carlos Creus)*, CDJP n. 12, p. 147-170; Aguirre Obarrio propone revisar la legislación y sacar conclusiones y no al revés, pues "(...) no es bueno subir al Olimpo y proclamar, que hay dos formas de peligro, concreto y abstracto, para decir de inmediato: 'Ahí tenéis los tipos penales. ¡Clasificadlos!' ". No señala esto como crítica sino como una corrección necesaria, pues tanto la introducción de la noción de peligro como la posterior clasificación en delitos de peligro concreto y abstracto significaron importantes avances (cfr. autor citado, *Segundo paseo con el peligro,* CDJP n. 4-5, p. 58 y nota 4). En Alemania pueden citarse los trabajos de Frank Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998 y el de WOHLERS, citado en la nota 18.

46. Cfr. Wolfgang Wohlers, op. cit., en nota 18 p. 284-286.

que este criterio aislado no es suficiente para solucionar el problema de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto.

Tampoco es una solución afirmar que existen determinados bienes jurídicos que son presupuesto indispensable de otros y desde allí justificar su protección a través del adelantamiento de la punibilidad.

Hasta el momento ninguna posición responde satisfactoriamente al problema de la legitimación de los delitos de peligro abstracto y en general a las anticipaciones de la punibilidad. La solución más adecuada es recrear en forma global nuestro sistema penal y establecer algunas pautas: así, las conductas que en abstracto pueden afectar un bien jurídico deberían pertenecer al ámbito contravencional. En nuestro país la cuestión reviste verdadera importancia, dado el carácter particularmente estigmatizante del sistema de penas. Por ello, cabría pensar que si se decidiera proteger penalmente determinados bienes deberían existir mecanismos alternativos que morigeraran sus consecuencias: ampliación de la suspensión del juicio a prueba, introducción del principio de oportunidad, nuevas formas de composición, ampliación de la pena de multa etc.

7. Ubicación de la RPP en nuestro CP. Reformas necesarias y propuesta legislativa

El análisis dogmático de nuestro CP, nos permite señalar que la RPP es una especie dentro de los delitos contra la salud pública y los casos que ella plantea pueden resolverse mediante la aplicación de los tipos penales que la tutelan, contemplados en los arts. 200, 201 y 203 del CP,[47] con algunas pequeñas modificaciones: la inclusión del término *mercaderías* en el art. 200 y la eliminación de la frase *disimulando su carácter nocivo* en el art. 201.

En general, nuestra jurisprudencia recurre, correctamente, a estos tipos penales para resolver casos de adulteración de medicamentos o sustancias alimenticias.[48]

Los principales problemas se plantean en relación a la exclusión del término "mercaderías" en la fórmula contemplada por el art. 200 pues los objetos sobre los cuales recaen las acciones previstas por este delito son limitados: el agua potable, las sustancias alimenticias o las medicinas.[49] Las sustancias alimenticias comprenden toda clase de materias destinadas a ser ingeridas (comidas, bebidas e incluso el hielo).

Según Soler, aquí se puede apreciar una diferencia con el art. 201, que emplea el término genérico "mercaderías", pero como éste hace aplicables las penas del art. 200 su resultado práctico es extender el alcance de este último.[50]

47. Establece el art. 200, CP: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión"; por su parte, el art. 201 dispone: "(...) Las penas del artículo precedente, serán aplicadas al que vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo (...)", mientras que por último el art. 203 señala que: "Cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores, fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa...si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a dos años, si resultare enfermedad o muerte (...)".
48. Cfr., por ejemplo, los siguientes casos relacionados con leche adulterada: "Pascarelli de Chango, Nélida y otros" (Cámara Primera en lo Penal de San Isidro, 26.11.1970, La Ley, t. 142, p. 323 y sigs; "Fermani, Alfredo" (Tribunal Superior de Santa Fe, 02.11.1948, La Ley, t. 54, p. 44); adulteración de medicamentos: "Solís Colucci, Juan Ernesto y Morales Valencia, Horacio Alberto s/ recursso de casación", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 12.11.2003, elDial.com del 20.02.2004.
49. En relación con las sustancias medicinales NÚÑEZ propone un criterio interpretativo estricto pues considera que ante una ley específica sobre el tema hay que remitirse a ella. De esta manera y de acuerdo con los arts. 1 y 22 de la ley 16.463 las sustancias medicinales mentadas por el art. 200 del CP son las drogas, los productos químicos, los reactivos, las formas farmacéuticas, los medicamentos, los elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana; de otra opinión Juan P. Ramos, *Curso de derecho penal*, 3. ed., Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1942, t. VI, nm. 259; cfr. NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, 2. ed., Córdoba: Marcos Lerner, 1987, t. V, vol. 1, p. 116, nota 239.
50. Cfr. Sebastián Soler, *derecho penal argentino*, 4. ed., t. IV, de la parte especial, actualizada por Manuel Bayala Basombrio, Buenos Aires: TEA, 1988, p. 652-654.

No coincidimos con la solución propuesta por la doctrina. Si el art. 201 agrega mercaderías significa que este elemento rige únicamente para este artículo, con lo cual el ámbito del art. 200 queda severamente restringido: sólo integran el tipo objetivo las aguas potables, las sustancias alimenticias y las medicinales, destinadas a un uso público o una colectividad de personas. La figura del art. 201, CP, se caracteriza por *la disimulación del carácter nocivo* del objeto. Bien pudo el legislador regular de una manera distinta la cuestión, con lo cual la interpretación propuesta por la doctrina es analógica, ya que amplía el alcance del tipo penal por comparación con el contenido de otra figura; no debe olvidarse, además, que nos encontramos ante acciones claramente distintas: no es lo mismo envenenar o adulterar que ocultar estas circunstancias.

En consecuencia, la adulteración o el envenenamiento de mercaderías no caerán dentro del ámbito penal hasta que el autor realice alguna de las acciones típicas del art. 201, CP, y disimule el carácter peligroso de las mismas.

La frase "disimulando su carácter nocivo" se vincula más con una estafa que con un delito contra la salud pública. Además, por la remisión que efectúa el art. 203, parece forzado hablar de "disimulo imprudente".[51] Soler considera que el artículo comprende tanto el acto "(...) por el cual el expendedor por imprudencia o negligencia no se haya percatado de la calidad de lo que entrega, como el de quien, sabiéndolo, haya omitido alguna advertencia necesaria, sin que esa omisión constituya el acto deliberado de disimulación que la ley reclama para la forma dolosa (...)".[52] Núñez le imputa este comportamiento imprudente a quien no advierte el "disimulo exterior de la calidad peligrosa del objeto del tráfico", es decir, que alguna otra persona adulteró la calidad de la mercadería y quien luego la vende no lo advirtió debido a su imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos u ordenanzas sobre el asunto.[53] Pese a estas inteligentes interpretaciones, creemos que no existe un tipo imprudente del art. 201,

51. El Diccionario de la Real Academia Española contiene diversas acepciones de *disimular*; entre ellas, la que guarda relación con el tipo penal en estudio es la quinta: "disfrazar u ocultar una cosa, para que parezca distinta"
52. Cfr. Sebastián Soler, op. cit., t. IV, p. 664.
53. Cfr. Núñez, *Tratado*... cit., t. V, vol. 1, p. 125-126.

porque resulta imposible disimular imprudentemente; bien vistos, tanto el planteo de Soler como el de Núñez remiten a un comportamiento negligente genérico que ninguna relación tiene con *disimular;* por ejemplo, quien vende un producto enlatado vencido pero cuya fecha de vencimiento está burdamente alterada y no ha advertido esta circunstancia, no disimula imprudentemente nada: sólo vende un producto peligroso en forma negligente.[54] En el mismo sentido que apuntamos, señala Gómez: "(...) La ley exige, como condición esencial de delito, que el agente haya disimulado el carácter nocivo de las mercaderías. Esta cláusula pone de manifiesto la imposibilidad de que el delito se cometa por culpa. Sin embargo, a estar a lo que dispone el art. 203, la hipótesis de la culpa sería admisible. Hay aquí un error evidente. La disposición concordante del código italiano de 1899, establecía, como condición del delito, que el peligro no fuera conocido por el comprador. Y la razón es clara. Pero la exigencia de nuestro código, la de que medie disimulación de la nocividad, es distinta, como se advierte sin esfuerzo. Por otra parte, esa exigencia disminuye la protección que el precepto ha querido instituir (...)"; más adelante agrega que "(...) como la simulación no puede ser sino intencional, es evidente que el hecho estudiado es insusceptible de cometerse por culpa, no obstante la disposición del art. 203, que prevé la posibilidad de la misma (...)".[55] De allí que proponemos la eliminación de la frase.

A los tipos penales existentes, debe agregarse una figura omisiva, que castigue el incumplimiento del deber de información del fabricante cuando conozca que el producto inicialmente inocuo se ha tornado peligroso para la salud de los consumidores.

Con este tipo penal encontrarían solución los problemas que acarrea la posición de garante atribuida a los fabricantes y se respetaría el principio de legalidad.

54. Fontán Balestra considera que la interpretación del art. 203 consiste en construir las figuras de los tipos objetivos de los arts. 200, 201 y 202, sumado al "(...) elemento subjetivo característico de los delitos culposos (...)"; cfr. *Tratado de derecho penal*, 2. ed. corr. y actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, t. VI, p. 349.
55. Cfr. Eusebio Gómez, *Tratado de derecho penal,* Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. V, p. 113 y 114; *Fontán Balestra* rechaza expresamente esta interpretación; cfr. op. cit., t. VI, p. 341.

La RPP debe integrarse dentro de una política global de seguridad o protección del consumidor, donde las normas administrativas y civiles cumplan el papel principal; a ellas les corresponden en primer término las tareas de prevención y compensación. Si a pesar de ello las fallas de un producto afectan la salud de los consumidores, recién entonces le cabe intervenir al derecho penal.

Para una mejor protección del consumidor, proponemos establecer la facultad administrativa de ordenar la retirada de productos del mercado, entendida en un sentido amplio, de tal forma que abarque desde los meros avisos hasta la reparación del objeto, la compensación al usuario afectado, e incluso su retiro del mercado. La decisión estatal debe establecerse legislativamente para todos los productos, y debe resultar el fruto de un procedimiento administrativo iniciado de oficio o por denuncia de los usuarios.

Las acciones de retirada no se encuentran legisladas como una facultad administrativa explícita que le permita a un órgano de control ejecutarlas, pese a que algún ente estatal como la ANMAT realiza esporádicamente este tipo de acciones pero como consecuencia de una facultad implícita.[56]

Ante ello, la primera opción sería la realización de tales medidas en el marco de procesos judiciales ordinarios pero creemos que esta

56. El decreto del PEN 1490/92, creador de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), dotó al nuevo órgano de una amplia gama de facultades de control y fiscalización sobre la sanidad y calidad de las medicinas, alimentos y productos de higiene, tocador y cosmética humana. El art. 8 del citado decreto establece una larga lista de obligaciones y atribuciones del organismo; el inc. ñ) establece la facultad de "(...) adoptar, ante la detección de cualquier factor de riesgo relacionado con la calidad y sanidad de los productos, substancias, elementos o materiales comprendidos en el art. 3 del presente decreto, las medidas más oportunas y adecuadas para la proteger la salud de la población, conforme a la normativa vigente (...)". En algún caso, y como consecuencia de informaciones recibidas de otras agencias extranjeras de control, ha ordenado el retiro de medicamentos del mercado (cfr. la Resolución 05997/2004 de la ANMAT, fechada el 30.09.2004, que en su art. 2.° ordena el retiro inmediato del mercado de las especialidades medicinales que contengan como principio activo Rofecoxib como monodroga o asociada).

posibilidad carece de todo efecto preventivo por el tiempo que insume cualquier clase de proceso judicial.

Otra alternativa posible a partir de la legislación vigente (en particular la ley 24.420) la constituye una acción *judicial* de retirada con fundamento en la amplia legitimación activa que otorga la ley de defensa del consumidor, por las vías procesales correspondientes – juicio sumarísimo o recurso de amparo de acuerdo con el art. 43, CN, es decir, solicitar el retiro de un producto del mercado fuera de un proceso común de daños y perjuicios. En efecto, los arts. 52 y 55 de la ley 24.420 reconocen la posibilidad de iniciar acciones judiciales cuando los intereses del consumidor resulten *afectados o amenazados*. Si se considera que la ley también acuerda legitimación activa a las asociaciones de consumidores con personería jurídica, el camino estaría expedito para un planteo con alcance general: verificada una falla en un producto que amenace la salud de los consumidores, éstos podrán pedir su retiro del mercado de acuerdo con el procedimiento establecido por la propia ley 24.420.[57]

Empero, la cuestión planteada depende en definitiva de cómo se interpreten las acciones de retirada, pues una distinta conceptualización –sea sólo como un deber del fabricante, sea también como una facultad de la administración pública – acarrea consecuencias diversas: en el primer caso, implica dejarlas al criterio o la buena voluntad de las empresas (que las realizarán por el temor o el cálculo de los eventuales perjuicios económicos) y se las juzgará en un proceso judicial, según las pautas del régimen de responsabilidad civil que se adopte; en el segundo, puede exigirse su ejecución, independientemente de la opinión empresaria y de acuerdo con baremos establecidos con carácter general.

57. Sobre este tema puede consultarse a Gabriel Stiglitz y Jorge Bru, El amparo y los derechos de los consumidores, *Revista de Derecho Procesal* 5, II, Rubinzal-Culzoni, p. 87-100; por otro lado, la normativa procesal de algunas provincias permite ya en esta materia plantear acciones de incidencia colectiva; véase como ejemplo el art. 28 del "Código de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios" (ley 13.133) de la provincia de Buenos Aires; un comentario sobre el mismo puede verse en Horacio L. Bersten, *El nuevo código de la provincia de Buenos Aires*, Suplemento de derecho del consumidor, elDial.com, edición de febrero de 2004, elDial DC36E.

Por estas razones pensamos que la mejor opción es consagrar expresamente la facultad administrativa para imponer este tipo de acciones, pues le permite al Estado desarrollar una política preventiva seria de daños derivados del consumo, a la vez que aleja la cuestión de las decisiones empresarias variables y de interpretaciones forzadas de los textos legales vigentes.

Es evidente que otorgar tal tipo de facultades y asumir una política preventiva implica afrontar nuevos costos y dotar al Estado de las herramientas necesarias para llevarlas a cabo. Significa, por lo tanto, revalorizar el papel del Estado, redimensionarlo y hacerlo eficaz.

Además, debería preverse la creación de un órgano federal que concentrara su aplicación y permitiera superar la dispersión legislativa y de controles administrativos en la materia, consecuencias de nuestra organización federal. De lo contrario, las provincias podrían sancionar leyes locales que establecieran el mecanismo de retirada con sus órganos de control respectivos.

8. Principales abreviaturas utilizadas

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán).

BGHSt: Entscheindungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en material penal).

CDJP: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (revista jurídica).

CEE: Comisión Económica Europea.

cfr.: confróntese.

GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista jurídica).

idpr: *in dubio pro reo*.

JuS: Juristische Schulung (revista jurídica).

nm.: número marginal.

NJW: Neue Juristische Wochenschrift (revista jurídica).

NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista jurídica).

StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista jurídica).

3

As origens ideológicas do direito penal do inimigo

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Direito Penal da Universidade Pablo de Olavide/ Espanha.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A partir da exposição de seus antecedentes teóricos, trata-se do direito penal do inimigo, proposto na atualidade por Günther Jakobs, evidenciando-se as semelhanças ideológicas e jurídicas de referida concepção com os modelos de intervenção estatal adotados em regimes autoritários, tais como o nacional-socialismo alemão, com o fim de advertir, por meio de análise crítica, acerca da incompatibilidade da coexistência de um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo no âmbito de um Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo – Política criminal – Estado de Direito – Nacional-socialismo.

ABSTRACT: Based on the exhibition of its theoretical antecedent, this article addresses criminal law of the enemy currently proposed by Günther Jakobs, showing the ideological and legal similarities of such conception and the models of state intervention adopted by authoritarian regimes, such as the German national socialism, with the objective of showing, by means of a critical analysis, the incompatibility of coexistence for criminal law of the citizen and criminal law of the enemy in the scope of the rule of law.

KEYWORDS: Criminal law of the enemy – Criminal policy – Rule of law – National-socialism.

SUMÁRIO: 1. Albin Eser *vs.* Günther Jakobs – 2. A tese de Jakobs – 3. Alguns antecedentes do direito penal do inimigo – 4. A tese "amigo-inimigo" em Carl Schmitt – 5. O direito penal do inimigo no momento presente.

1. Albin Eser *vs.* Günther Jakobs[1] · [2] · [3] · [4]

Desde que em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, o prof. Günther Jakobs, então catedrático de direito penal na Universidade de Bonn, anunciou ao mundo, *urbi et orbi*, a "má notícia" de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um direito penal do cidadão, um "direito penal do inimigo" (*Feindstrafrecht*), em cujo âmbito, a fim de manter a "segurança cognitiva", dever-se-iam limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do direito penal de um Estado de Direito,[5] muito se escreveu e muitos foram os autores que tanto fora como dentro da Alemanha se pronunciaram sobre o tema.[6]

1. A meu amigo Gerardo Landrove Diaz.
2. Resumo e palavras-chave elaborados pela tradutora.
3. Tradução do texto original *Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo* por Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Prof. Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenadora-chefe da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.
4. O presente trabalho corresponde à versão escrita de duas conferências proferidas durante o primeiro trimestre de 2010 nos *Cursos de Derecho Penal*, da Universidade de Salamanca, e no *Dottorato di Ricerca in Teoria del Diritto e Ordine Giuridico Europeo*, da Faculdade de Direito da Universidade de Catanzaro. Agradeço as observações dos participantes de referidos cursos e especialmente aos convites formulados por seus coordenadores, prof. Dra. Ana Pérez Cepeda (Salamanca) e prof. Dr. Massimo La Torre (Catanzaro).
5. Vide Jakobs, Günther. La ciencia penal ante los retos del futuro. In: Munòz Conde, Francisco (coord.). Eser; Hassemer; Burkhardt. *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*. Trad. Teresa Manso. Valencia, 2004, p. 59 e ss. (referido trabalho pode ser encontrado em versão alemã original na obra coletiva que reúne as palestras e intervenções realizadas durante o Congresso de Berlim, no início de outubro de 1999. Vide Eser; Hassemer; Burkhardt. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessinung und Ausblick*. München, 2000, p. 53 e ss.). A expressão alemã *Feindstrafrecht* fora já utilizada pelo mencionado autor em sua conferência durante as Jornadas de Penalistas Alemães de Frankfurt, em 1985, ainda que em sentido mais crítico (vide Jakobs, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, 1985, p. 751 e ss. Há tradução espanhola de Enrique Peñaranda Ramos em Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid, 1997).

Em geral, a maioria desses autores mostrou-se contrária à tese de Jakobs, refutando a ideia de que nas atuais sociedades democráticas seja necessário um "direito penal do inimigo" e, em todo caso, que referido direito penal seja compatível com o Estado de Direito e o respeito aos direitos humanos. Pioneiro nessa crítica foi o então diretor do *Max Planck Institut für ausländishes und internacionales Strafrecht* de Freiburg im Breisgau, o também catedrático de direito penal, Albin Eser, o qual, em seu discurso de encerramento do mencionado congresso de Berlim, respondeu a Jakobs que sua tese era muito similar às do Estado de Não Direito nacional-socialista, recordando-lhe as consequências da adoção desse último para a Alemanha.

Dizia exatamente Eser:

"Essa 'frieza' que se deduz da concepção reduzida à lesão normativa assusta ainda mais quando contraposta à coexistência proposta por Jakobs de um 'direito penal do cidadão', respeitoso ao Estado de Direito e um 'direito penal do inimigo' emanado do poder estatal. Inimigo como 'não pessoa' é uma consideração que já conduziu à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios utilizados para determinar quem é 'cidadão' e quem é 'inimigo'. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles possam derivar – e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica." [7]

6. A bibliografia já existente a respeito é quase inabarcável, podendo-se encontrar uma boa parte dela em diversos livros coletivos, entre os quais cabe mencionar, na Espanha, coordenado por Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. *El derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, Madrid, 2006; na Italia, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cargo de Alessandro Gamberini e Renzo Orlandi, Bologna, 2007; na Alemania, *Kritik des Feindstrafrechts*, editado por Thomas Vormbaum com a colaboração de Martin Asholt, Berlin, 2009.
7. ESER. Consideración final. In: ESER; HASSEMER; BURKHARDT. Lug. cit. Trad. Carmen Gómez Rivero, p. 472.

A resposta de Eser, um tanto amarga e extemporânea em um discurso de encerramento quando Jakobs já não tinha possibilidade de responder, produziu entre muitos participantes daquele congresso um sentimento contraditório de desconforto, por um lado, porém também de aprovação, por outro, ao se ver como um dos principais representantes do direito penal alemão (nada menos que o Diretor do *Max Planck Institut* de direito penal) colocava o dedo na ferida mais lacerante do passado recente na Alemanha, no regime nacional-socialista e na participação que em algumas de suas construções jurídicas mais aberrantes teve um dos penalistas alemães mais destacados, o catedrático de direito penal da Universidade de Munique, Edmund Mezger, "em cujo Tratado – afirma Eser –, aprendi de boa-fé direito penal em meados dos anos cinquenta, ignorando então sua capacidade de adaptação dogmática".[8]

Confesso que aquelas palavras de Albin Eser produziram em mim um forte impacto, ao ouvir pela primeira vez na Alemanha em um foro público algo que naquele momento estava buscando averiguar: os vínculos que o famoso penalista Edmund Mezger havia tido com o regime nazista e as relações que podiam ter algumas concepções teóricas recentes, como a que acabava de fazer Jakobs, com construções teóricas similares estabelecidas anteriormente por alguns juristas para legitimar o regime nazista e as aberrações jurídicas cometidas nesse âmbito. Também eu havia estudado em meus primeiros anos de formação como penalista o Tratado de direito penal de Mezger e também de boa-fé acreditava, então, que alguém de tão alto nível dogmático somente podia ser um jurista respeitoso às regras e princípios básicos do direito penal do Estado de Direito.[9] Por isso, assim como ocorreu com Eser, não pude deixar de manifestar minha surpresa e também – por que não dizê-lo? – minha indignação quando pouco tempo depois pude comprovar documentalmente que Mezger não apenas, como dizia Eser,[10] "após haver erigido o principio da legalidade ao mais alto nível, pouco depois o degradou e logo voltou a colocá-lo nas alturas, em consonância às transformações políticas da época", como também

8. Idem.
9. Vide Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la reedición argentina del tratado de derecho penal de Edmund Mezger*. Buenos Aires, 2010.
10. Eser, lug. cit.

colaborou diretamente na elaboração de um dos engendros jurídicos mais repugnantes do regime nacional-socialista, no âmbito de um projeto de lei de tratamento dos "estranhos à comunidade" (*Gemeinschaftsfremde*), para os quais propunha a internação em campos de concentração por tempo indefinido, sua esterilização para evitar uma herança indesejável, a castração dos delinquentes sexuais, incluindo entre eles os homossexuais, e, se a defesa da sociedade assim o requeresse, sua condenação a morte; e tudo isso sem limites nem garantias para além da simples decisão da polícia do regime nacional-socialista.[11] E a fim de fundamentar suas propostas e de não entrar em contradição com as construções dogmáticas que havia demonstrado em seu Tratado e em outros trabalhos de tipo dogmático, propunha a existência de dois (ou mais) direitos penais: um para o cidadão normal, com todas as garantias e sutilezas da dogmática jurídico-penal tradicional, e outro distinto dirigido aos que denominava "estranhos ou inimigos da comunidade", para os quais simplesmente propunha a eliminação ou extermínio, sem maiores exigências nem controles jurídicos além da pura e simples vontade da polícia do regime nazista.[12]

Por tudo isso, parece-me necessário também agora que, como dizia Eser naquela ocasião, "na medida em que o futuro deva configurar-se de forma coincidente com o passado e a partir de seus ensinamentos, leve-se a cabo uma investigação básica sobre até que ponto as aberrações nacional-socialistas de nossos antepassados estavam já implícitas em suas teorias ou apenas se explicam por debilidade pessoal".[13] Porém a isso acrescentaria a necessidade de investigar e analisar também até que ponto algumas construções jurídicas do presente, como a que propõe Jakobs com seu direito penal do inimigo, não implicam volta ao passado e encerram o perigo de legitimar de

11. O texto desse Projeto de Lei e os respectivos informes escritos por Mezger podem ser vistos em Francisco Munõz Conde. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. 4. ed. Valencia, 2004, p. 193 e ss. (Há uma versão dessa edição em português, traduzida por Paulo Busato, sob o título *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, 2005, e outra em alemão, trad. por Moritz Vormbaum, intitulada *Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlin, 2007).
12. Vide os informes desse autor para o referido Projeto de Lei em Muñoz Conde, idem.
13. Eser, lug. cit.

algum modo um retorno ao modelo de Estado autoritário que teve tão graves consequências não apenas para a Alemanha, como também para o mundo em geral. Ocupar-me-ei dessas questões nas epígrafes seguintes.

2. A TESE DE JAKOBS

Certamente, Jakobs não chega tão longe como chegou Mezger em suas concepções e propostas. Na conferência antes aludida e em outros trabalhos posteriores,[14] o autor simplesmente limita-se a descrever e assumir como uma realidade inevitável, por mais que, segundo ele próprio, possa resultar desagradável e até repugnante (*anstössig*), as características do que define como um "direito penal do inimigo" e que são, em sua opinião, as seguintes:[15]

1. Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive "penas draconianas";

2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica etc;

3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do direito penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.

Tudo isso é agrupado em uma espécie de programa ou declaração de guerra contra "inimigos", os quais Jakobs não define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes. A tais inimigos o autor declara "não pessoas" (*Unpersonen*), que se situam de um modo claro e permanente fora do ordenamento jurídico, devendo-se, portanto, privá-los dos direitos que referido ordenamento concede apenas às "pessoas".[16]

14. Cf., por exemplo, JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (Trad. para o espanhol por Manuel Cancio Meliá e constante do livro conjunto Günther Jakobs; Manual Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003 (publicado também em Buenos Aires, 2005).
15. As afirmações que seguem foram tomadas, de forma resumida, do artigo de Jakobs citado na nota 5.
16. Cf. JAKOBS, op. cit., na nota 5.

A atitude de Jakobs frente a esse "direito penal de inimigo" é, em princípio, meramente descritiva, porém tanto em sua conferência de Berlim, como em trabalhos posteriores, considera que, por mais amarga e desagradável que seja sua existência, é uma realidade e uma necessidade inegável que demonstra também nas sociedades democráticas "a impossibilidade de uma juridicidade total",[17] e o reconhecimento de que frente a determinados sujeitos, os denominados "inimigos", o Estado não pode proceder de outro modo senão com instrumentos contundentes, para além do admissível em um Estado de Direito, ainda que às custas do desrespeito de alguns de seus direitos fundamentais.

Com isso, sem dúvida referido autor abre as portas para um direito penal ilimitado, no qual são perfeitamente admissíveis a criminalização da simples dissidência ou de expressões em favor de ideias extremistas, as penas "draconianas", inclusive da pena de morte, extrapolando a ideia de proporcionalidade, e a restrição de alguns direitos processuais do imputado ou a utilização de meios de prova ilícitos, como a tortura.

Parece óbvio que ao prof. Jakobs não devam agradar as consequências extremas desse direito penal do inimigo, contudo é evidente também que, sendo esse o caso, há de se admiti-las como necessárias e inevitáveis, sem outro recurso senão lamentar que isso ocorra e desejar que a piedade e compaixão humanas reduzam ou limitem seus efeitos a níveis humanamente suportáveis.[18]

Ao menos isso é o que cabe deduzir de suas concepções, sendo a dedução da maioria dos autores que se pronunciaram sobre elas, começando pelo pioneiro dessas críticas, Albin Eser, por mais que alguns tenham buscado justificar a postura de Jakobs aduzindo que sua atitude é meramente descritiva. Ao contrário, da leitura de seus textos não se pode, a meu juízo, deduzir outra coisa senão que Jakobs legitima e defende a necessidade do direito penal do inimigo, sem que o preocupem em absoluto os perigos que sua tese aparentemente descritiva possa representar para a ideia do Estado de Direito.[19]

17. Jakobs, Günther. Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicita. *Delitto político* cit., (versão italiana realizada por Luigi Cornacchia de um artigo publicado por Jakobs na Alemanha e em outros países e do qual há também tradução espanhola).

Poder-se-ia dizer em favor de Jakobs que sua concepção é puramente teórica e que, como tal, não se lhe pode atribuir a responsabilidade pelas consequências negativas que esta possa ter no mundo real, ou, como se diz no preâmbulo de algumas obras de ficção, que "qualquer semelhança de sua tese com a realidade é pura coincidência". Porém a realidade nesse caso vem demonstrar que qualquer tese que

18. A esse respeito afirma Jakobs, idem, p. 128-129: "Certamente pode ser necessário que a força com que se exige o cumprimento das obrigações se converta desde logo em algo que se pode chamar de tortura, um modo de atuar que despersonaliza o sujeito passivo da tortura. Esse seria o âmbito da relação com o inimigo. Um Estado que admite que se deva derrubar um avião com ocupantes inocentes não pode conceder todas as garantias do Estado de Direito aos agentes culpáveis. Em outras palavras, as vítimas potenciais do abate do avião têm uma pretensão legítima frente ao Estado a que este busque evitar com todos os meios que se chegue a essa situação de necessidade. Novamente, em outras palavras, existe em Direito uma proibição absoluta de tortura, que corresponde ao conteúdo conceitual puro e simples do Direito; porém o problema se põe de modo diverso, isto é, nos seguintes termos: se o Estado pode permanecer no Direito sempre e frente a todos". Por diversas razões, entre outras a proibição universal absoluta de tortura como meio de prova e castigo, pronunciei-me expressamente contra essa possibilidade em vários trabalhos. Vide, por todos, Francisco Muñoz Conde. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires, 2008. Igualmente, ocupei-me em outros trabalhos monográficos das teses de Jakobs, alguns dos quais reunidos na segunda edição de meu *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Buenos Aires, 2008. Alguns desses trabalhos encontram-se também nos livros coletivos mencionados na nota 6. Em relação ao exemplo apontado por Jakobs para justificar que em casos extremos se possa admitir a tortura, da possibilidade de disparar e derrubar um avião de passageiros sequestrado por um grupo de terroristas para chocá-lo contra um objetivo militar ou contra um edifício repleto de pessoas, apenas cabe dizer que o Tribunal Constitucional Federal de Alemanha declarou inconstitucional o dispositivo da Lei de Navegação Aérea alemã que admitia tal possibilidade.
19. Essa atitude de rechaço à concepção teórica de Jakobs pode ser vista na maioria dos artigos reunidos nos livros coletivos citados na nota 6. Apenas um grupo absolutamente minoritário insiste no caráter descritivo da tese de Jakobs, sem afirmar aberta e claramente se seu direito penal do inimigo é ou não compatível com os princípios do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos.

favoreça ou legitime um exercício ilimitado do poder punitivo do Estado, por mais que seja apenas em casos muito concretos e extremos, termina por abrir as portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito. E disso temos exemplos claros na história recente da Alemanha com o nacional-socialismo, na da Itália com o fascismo, na da Espanha com a ditadura de Franco, na da antiga União Soviética e em outros países do leste da Europa durante o regime das ditaduras comunistas, como também atualmente em outros muitos países, e especialmente nas atrocidades cometidas nos campos de detenção criados pelo Governo dos Estados Unidos da América após o atentado terrorista de 11.09.2001, após a invasão do Afeganistão e Iraque, em Abu Chraig e Guantánamo, apenas para mencionar os casos mais conhecidos de abusos e violações de direitos humanos cometidos pela Administração e pelo Exército daquele país, sob o amparo da legislação de emergência (*Patriotic Act*) criada na sequência do atentado.

3. Alguns antecedentes do direito penal do inimigo

Seria injusto, contudo, considerar que o direito penal do inimigo seja uma construção ou uma invenção jurídica criada por Jakobs. Como dissemos antes, na mesma Alemanha e não somente durante o regime nacional-socialista, podem ser encontradas teses e construções análogas ou com o mesmo significado político-jurídico, ainda que com nomes ou nuances diversos.

Nesse sentido, compartilho da opinião mantida por diversos historiadores fora e dentro do âmbito jurídico, e neste último campo sobretudo por Thomas Vormbaum,[20] segundo a qual muitas das construções jurídicas do nacional-socialismo não constituíram mais do que a radicalização levada até suas últimas consequências de concepções de diversas procedências ideológicas que estavam já bastante elaboradas e inclusive vinham sendo praticadas em outros países antes do que na Alemanha nazista.

Assim, por exemplo, precedentes da seleção racista levada a cabo pelos nazistas encontram-se nas ideias evolucionistas do darwinismo social, nas teorias lombrosianas do "delinquente nato", nas propostas eugênicas de Galton, nas leis de imigração norte-americanas do início

20. Vide, de Jakobs, *Einführung in die juristische Zeitgeschichte*, Berlin, 2009, p. 271 e ss., e minha resenha a essa obra na *Revista Penal* 24, 2009.

do século XX, nas esterilizações obrigatórias de doentes mentais e de portadores de enfermidades hereditárias nos países escandinavos e em alguns Estados dos Estados Unidos da América etc.

É, porém, nessa mesma ciência penal alemã onde se pode traçar uma "linha vermelha" que, desde o fim do século XIX, conduz a posições teóricas similares às que atualmente defende Jakobs. Nesse sentido, podem-se mencionar os nomes de Franz Von Liszt, Karl Binding e Edmund Mezger, que, embora com diferentes nuances e em épocas e regimes políticos diversos, defemderam ideias que podem ser consideradas como antecedentes imediatos do direito penal do inimigo. Além disso, esses autores, da mesma forma que Jakobs, também eram cultivadores da dogmática jurídico-penal, isto é, de uma concepção do direito penal fundamentalmente teórico-sistemática, em cujo respectivo âmbito, a partir do direito penal positivo, se elabora uma teoria geral da imputação na qual, de modo sequencial, passo a passo, vão-se distribuindo sistematicamente os elementos ou categorias que fundamentam a responsabilidade penal: a tipicidade e a antijuricidade do fato e a culpabilidade de seu autor. Nesse sentido, no cabe dúvida de que a dogmática penal alemã seja a técnica sistematizadora do direito penal melhor elaborada entre as atualmente existentes. Sua perduração durante mais de um século, apesar de suas distintas versões existentes (causalista, finalista, funcionalista), e sua recepção em outros países demonstram a solidez de suas bases metodológicas e sua utilidade para uma correta interpretação do direito penal positivo de qualquer país.[21]

A muitos dos mais qualificados representantes de tal dogmática penal, todavia, não lhes escapou que essa poderia ser um obstáculo para o enfrentamento de determinados problemas sociais e formas de criminalidade consideradas especialmente preocupantes e ameaçadoras da estabilidade da ordem social, estabelecendo-se com isso um conflito que apenas poderia ser resolvido com o sacrifício de uma em benefício da outra.

Um desses autores foi o catedrático de direito penal da Universidade de Berlim entre o final do século XIX e o princípio do XX, o prof.

21. Sobre isso vide, por exemplo, Francisco Muñoz Conde. Universalizing Criminal Law, *In Tulsa Law Review*, 2007, e, do mesmo autor, La universalización del sistema dogmático del derecho penal y su aplicación al derecho penal chino, *Homenaje al Profesor Santiago Mir*, 2010.

Franz Von Liszt, o qual, ainda que de origem austríaca, desenvolveu a maior parte de sua carreira acadêmica nas Universidades alemãs de Giesen, Marburgo e Berlim. Para Von Liszt, estava claro, em princípio, que o direito penal deveria ser "a barreira intransponível da política criminal". Sob seu ponto de vista, o direito penal teria que oferecer um baluarte inexpugnável a qualquer concepção político-criminal que quisesse acabar com a criminalidade a todo custo e a qualquer preço, prescindindo de princípios básicos, tais como, por exemplo, o da legalidade dos delitos e das penas, os quais qualificava como "Magna Carta do delinquente" e "base inexpugnável" para a política criminal.[22]

Porém, imediatamente o autor austríaco se dá conta de que tal concepção poderia representar um obstáculo para combater eficazmente um problema que tanto ele como a maioria dos penalistas e criminólogos de sua época consideravam como um dos piores males sociais: a reincidência no delito. A esse respeito, Von Liszt afirmava que os reincidentes habituais, os quais incluía no grupo dos delinquentes que denominava "incorrigíveis", eram:

"O elo certamente mais importante e perigoso dessa cadeia de patologias sociais, que denominamos sob o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente. Todos esses constituem o exército de inimigos principais da ordem social, entre os quais os delinquentes habituais constituem o Estado maior." [23]

Em relação a esse tipo de "inimigos da ordem social", entre os quais incluía, além dos delinquentes habituais, também os "mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente", Franz Von Liszt não parecia muito disposto a ser consequente com a concepção garantista que poucas páginas antes em sua monografia havia proposto como missão do direito penal frente à política criminal. Em sua opinião, as pessoas que, por sua forma de vida,

22. Von Liszt, Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Gutachten für die Allg. Versammlung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 1893; Mitteilungen, Bd. IV. *Strafrechtliche Vorträge a.a.O.*, Bd. 2, 77.

podiam ser consideradas um perigo para a ordem social, tinham que ser simplesmente "inocuizadas". E, na sequência, descrevia como deveria levar-se a cabo essa "inocuização" (*Unschädlichmachung*), do seguinte modo:

"A prisão perpétua ou, se for o caso, de duração indeterminada, em campos de trabalho, em 'servidão penal', com estrita obrigação de trabalhar e com o máximo aproveitamento possível de sua força de trabalho sem excluir como sanção disciplinar a pena de açoites e com a consequente perda dos direitos civis e políticos, para mostrar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual apenas operaria como sanção disciplinar em cela escura e em estrito jejum." [24]

Pouco antes dessa afirmação, Von Liszt já havia proposto a mesma ideia em uma carta pessoal a outro penalista, Dochow, com o qual havia fundado a atualmente considerada mais importante revista alemã de direito penal, a *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Nessa carta dizia o seguinte:

"O trabalho forçado com disciplina militar, com o menor gasto possível, até que esses bandidos sejam arruinados. Indispensável a pena de açoites. A inocuização deve levar-se a cabo às suas custas e não às nossas. Alimentá-los, dar-lhes ar e movimento conforme princípios racionais é um abuso do dinheiro dos contribuintes." [25]

Naturalmente, com este programa Von Liszt pensava que era possível prescindir da pena de morte, não por razões de humanidade, e sim de mera conveniência ou utilidade:

23. Vide Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, publicado originalmente em *Zeitschrfit für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. III, e logo reunido em seu *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905 (reimpressão de 1975), t. I, p. 163. Há tradução em espanhol de Enrique Aimone Gibson, com prólogo de Manuel de Rivacoba, Valparaíso, Chile, 1984, sob título *La idea de fin en el Derecho penal*, e outra de Carlos Pérez del Valle, com prólogo de José Miguel Zugaldía Espinar, Granada, 1990. Há também uma tradução em italiano de Alessandro Alberto Calvi, sob título *La teoria dello scopo nel Diritto penale*, Milano, 1962. Sobre isso remeto a meus trabalhos Das Erbe Franz von Liszts, *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010; e Franz Von Liszt, als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker. *Festschrift für das 200 jährige Bestehen der Willhelm-Universität Berlin*, 2010.
24. Franz Von Liszt, idem, p. 180.

"Se não queremos decapitá-los, nem podemos deportá-los, não nos resta outra alternativa senão encarcerá-los de forma vitalícia ou por tempo indeterminado." [26]

Conforme se depreende da leitura desses textos, para Von Liszt, em relação aos que denominava "incorrigíveis", o direito penal não representava mais "a barreira intransponível da política criminal", mas sim o veículo por meio do qual se teria que exercer uma política criminal de luta e aniquilamento ou "inocuização" de um determinado grupo de delinquentes ou pessoas marginalizadas socialmente, aos quais desdenhosamente denominava "proletariado" e "principais inimigos da ordem social". No fundo, com sua classificação dos delinquentes em ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis,[27] o que Von Liszt chegou a propor foi a existência de dois ou mais tipos de direito penal, correspondente cada um a duas classes de política criminal diferentes: (a) uma limitada por princípios jurídicos respeitosos aos direitos individuais e (b) outra sem nenhum tipo de limites, de luta e de extermínio daqueles que representavam um perigo à ordem social e eram classificados como incorrigíveis (considerando como tais mais da metade da população carcerária existente nesse momento na Alemanha).[28]

Não é estranho, pois, que sua proposta tenha sido criticada e rejeitada em razão de sua incoerência por outro grande penalista alemão da época, o catedrático de direito penal de Leipzig, Karl Binding, que

25. Carta pessoal de Von Liszt a Dochow, de 21.11.1880, citada por Radbruch Elegantiae Iuris Criminalis, constante em Gustav Radbruch Biographische Schriften, editada por Günter Spendel, Heidelberg, 1988, p. 45).
26. Von Liszt, Der Zweckgedanke cit., p. 169. Veja-se também V. Liszt Bemerkungen zum Entwurfe des Allgemeinen Teiles eines Strafgesetzbuches für Russland, en *Strafrechtliche Aufsätze* cit., t. II, p. 182: "A decisão final deve ser reservada aos fatores políticos competentes (...). Sua manutenção será aprovada por aqueles que concedem mais valor às considerações políticas do que por aqueles que são afetados por considerações idealistas, que frequentemente são patologicamente humanitárias".
27. Von Liszt, lug. cit., p. 126.
28. Von Liszt, lug. cit., p. 168-169: "Essas cifras (as da estatística prussiana) demonstram que ao menos a metade de todas essas pessoas que ano após ano povoam nossos cárceres são delinquentes habituais incorrigíveis".

mantinha uma concepção distinta da pena, baseada na retribuição da culpabilidade, rechaçando em consequência a pena de segurança fundada na pura periculosidade que propunha Von Liszt.

Porém, tampouco a proposta de Binding em relação ao tratamento penal dos reincidentes ficava atrás em relação à de Von Liszt no que se refere à dureza e contundência. Simplesmente, ainda que partindo de pressupostos metodológicos distintos, Binding afirmava o mesmo e inclusive coisas ainda mais graves:

"A pena é outra coisa, algo mais elevado e mais nobre. O que há de ser feito é configurá-la de um modo mais contundente contra a reincidência criminal e utilizá-la como forma de inocuização da 'espécie criminal', inclusive agravando-a se for necessário, no caso de reincidência, até a prisão perpétua ou a pena de morte." [29]

Desde logo, a proposta de Binding não dista muito da de Von Liszt, sobretudo tendo-se em conta que ambas se referem à reincidência, sem especificar se se trata de delitos graves, e sem exigir, portanto, nenhum tipo de limite fundado na ideia de culpabilidade ou ao menos de proporcionalidade. No fundo, tinha, pois, razão Von Liszt quando respondia a Binding afirmando[30] que não importava tanto o nome que se quisesse dar à "criatura", pena ou medida, porque de fato tanto uma

29. Cf. BINDING no prólogo a seu *Grundriss des Strafrechts*, AT, 1906.

30. VON LISZT. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. *Strafrechtliche Vorträge* cit., p. 368: "Nesse ponto, não há que se dar importância ao nome que se confira à criatura. Isso constitui algo precisamente amigável no procedimento de nossos opositores, que restam satisfeitos quando se mantêm os velhos nomes veneráveis. No 'castigo' dos delinquentes habituais não se pode exceder o equilíbrio entre culpabilidade e expiação, porém contra 'medidas de segurança' perpétuas ou de longa duração, aplicadas após o cumprimento da pena, nada têm que objetar nossos opositores. A Justiça 'retributiva' não permite, afirmam, dois anos de prisão a vagabundos incorrigíveis, porém estariam de acordo conosco em aplicar-lhes a muito mais grave internação em uma casa de trabalho por cinco anos. Chamemo-la, pois, medida de segurança ou casa de trabalho; tomemos o que podemos aceitar". Tenha-se em conta que Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*. 2. ed. Leipzig, 1914, p. 464, vol. 1, t. II) não rejeitava a aplicação de medidas de natureza puramente policial contra os não culpáveis, porém perigosos; o único que rechaçava era sua denominação com o "venerável nome de pena", o que de algum modo justifica a resposta de Von Liszt.

como outra, no caso dos reincidentes, tinham a mesma finalidade, isto é, a inocuização daqueles que Binding, ainda de forma mais dura do que Von Liszt, chamava "espécie criminal".

Sob esse ponto de vista, a famosa "Luta de Escolas" (*Schulenstreit*) que dividiu os penalistas alemães do final do século XIX entre os que defendiam uma pena orientada à prevenção (a denominada Escola Moderna, encabeçada por Von Liszt) e os que defendiam a pena como retribuição (a chamada Escola Clássica, encabeçada sobretudo por Binding),[31] não se deu no que se refere ao tratamento que deveria ser dado aos reincidentes, em relação aos quais os dois mais destacados representantes de ambas as Escolas defendiam a mesma solução e com a mesma ênfase: a inocuização, seja por meio da prisão perpétua, seja, inclusive, por meio da pena de morte.[32]

Poder-se-ia indagar até que ponto a atitude de Binding em relação a esse problema era coerente com sua concepção acerca da pena como retribuição da culpabilidade, porque ainda que se entenda que a reincidência é simplesmente produto de uma maior culpabilidade, o que certamente é mais do que discutível, não parece justificado que em delitos de escassa gravidade, como, por exemplo, um furto, a reincidência possa motivar nada menos que a aplicação da prisão perpétua ou da pena de morte. A postura de Binding revela-se, porém, ainda mais surpreendente se analisada sob o ponto de vista exclusivamente retributivo com o qual o autor enfocou sua obra magna *Die Normen und ihre Übertretung*, na qual há passagens claramente contrárias à fundamentação de uma reação punitiva na simples periculosidade do delinquente.[33] Ainda menos coerente com essa concepção majestática da pena como retribuição é a proposta feita por Binding anos mais tarde, já no último ano de sua vida, em uma famosa monografia que escreveu em colaboração com o psiquiatra Hoche, na qual se propunha simplesmente o extermínio dos "seres desprovidos de valor vital", exibindo

31. Sobre esse duplo e aparentemente contraditório modo de entender o sentido da pena, vide recentemente Winfried Hassemer. *Warum Strafe sein muss?* 2. ed., 2009, p. 50 e ss.
32. Tem razão, pois, Naucke, "Schulenstreik"? *Festschirft für Hassemer*, p. 559 e ss., quando questiona que realmente se possa falar de una "Luta de Escolas", já que ambas em muitas questões mantinham critérios parecidos. Também Thomas Vormbaaum. *Einführung* cit., p. 137 e ss., relativiza o contraste entre ambas as Escolas.

um utilitarismo pragmático desprovido do menor sentimento compassivo e humanitário em relação às pessoas que considerava carentes de valor vital (acometidas de enfermidades mentais incuráveis ou em estados de inconsciência permanente).[34]

E se esses programas de inocuização ou até mesmo de extermínio físico dos "incorrigíveis" eram já mantidos por ilustres penalistas em um momento de máximo esplendor econômico, científico e tecnológico da poderosa Alemanha do final do século XIX, podemos imaginar os ventos que corriam nessa mesma nação, após sua derrota na Primeira Guerra Mundial (1914/1918), e as humilhantes condições que lhe

33. Vide, por exemplo, o que Binding afirma no tomo II, vol. 1, p. 462-464 de sua obra capital, *Die Normen und ihre Übertretung* cit., onde defende com toda energia que o enfermo mental no pode ser considerado responsável penalmente por faltar-lhe a culpabilidade, considerando que a tese que estabelece como fundamento da sanção penal a periculosidade, como o fazem Ferri e Von Liszt, desconhece a diferença fundamental que existe entre os seres imputáveis e, portanto, culpáveis, daquilo que fazem, e os que não o são, advertindo que a equiparação de ambos sob a etiqueta da periculosidade despreza direitos fundamentais da personalidade. Todavia, como já se afirmou na nota 30, Binding não tinha inconvenientes em admitir a aplicação de medidas de caráter policial aos não culpáveis, porém perigosos.
34. Vide Karl Binding; Alfred Hoche. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Ihr Mass und Ihre Form*, 1920. Há uma reimpressão de 2006, com uma interessante e ilustrativa introdução de Wolfgang Naucke. Também existem traduções em outros idiomas, dentre as quais destaca-se a realizada por Bautista Serigós. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Buenos Aires, 2009, com um interessante prólogo de Raúl Zaffaroni. Tanto Naucke como Zaffaroni advertem sobre a incoerência dessa proposta eutanásica em relação à sua concepção retributiva da pena, ainda que ambos estejam de acordo que uma interpretação *sui generis* de sua concepção acerca das normas podia levar Binding a inventar normas que permitiram o que, no meu entender, não consistia em outra coisa senão uma concepção puramente pragmática e utilitarista do ser humano, subordinada a interesses estatais e até mesmo econômicos (vide meu comentário ao prólogo de Zaffaroni a esse e a outro livro de Mezger e Grispigni sobre o direito penal nacional-socialista, Muñoz Conde. El penalismo olvidado, *Revista Penal* 26, 2010).

impuseram as potências vencedoras no Tratado de Versalles, que provocaram uma crise econômica e social de grandes dimensões, com mais de sete milhões de desempregados.

Em tais circunstancias, foi um discípulo direto de Von Liszt, o penalista e filósofo do direito Gustav Radbruch, que, a partir de seu cargo de Ministro da Justiça em um governo socialista (1922), durante a República de Weimar, elaborou um Projeto de Código Penal no qual, entre outras novidades, introduziu a denominada "Custodia de Segurança" (*Sicherungsverwahrung*), uma medida de segurança que permitia o prolongamento por tempo indefinido da pena privativa de liberdade para os delinquentes "habituais e profissionais", uma vez que esses haviam cumprido a pena de prisão que se lhes havia imposto.[35] É certamente contraditório que um ilustre penalista e democrata como Radbruch, que a todo custo defendia também em seu Projeto o princípio da culpabilidade como fundamento da pena, assumisse uma ideia de controle adicional e indefinido da pena de prisão pela via de uma medida de segurança. Porém, como afirmou Eberhard Schmidt em sua introdução à publicação de tal Projeto, "frente a esse problema central da política criminal e da dogmática jurídico-penal o Ministro de Justiça Radbruch não podia se sentir tão livre como o intelectual Gustav Radbruch".[36] E, efetivamente, naquela época de pleno desastre econômico e social, como consequência da derrota na Primeira Guerra Mundial e das sanções econômicas impostas à Alemanha no Tratado de Versalles, com um desemprego de sete milhões de pessoas e um aumento da criminalidade e da insegurança social até então desconhecido na Alemanha, era evidente que nessa situação o Ministro de Justiça ou se demitia, se quisesse ser coerente até as últimas consequências com suas ideias da pena como sanção proporcional à gravidade do delito e adequada à culpabilidade do autor, ou se mantinha em seu cargo, buscando um difícil equilíbrio entre seus princípios dogmáticos e uma política criminal contundente contra os delinquentes habituais e

35. Vide a Exposição de Motivos de seu *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* (1922) (publicado posteriormente com um prólogo de Thomas Dehler e uma introdução de Eberhard Schmidt, 1954), p. 57, e o art. 45 de referido Projeto.
36. Schmidt, na introdução ao Projeto de Radbruch, cit., p. XII.

profissionais que naquele momento lhe exigia o Governo ao qual pertencia.

Esse projeto de Radbruch, assim como outros que o sucederam na República de Weimar até 1933, não chegou a se converter em lei, porém pouco depois da chegada dos nacional-socialistas ao poder no início de 1933, rapidamente assumiu-se no respectivo programa político-criminal as propostas mais reacionárias anteriormente feitas por Von Liszt e Radbruch sob postulados ideológicos distintos. E já desde o primeiro momento aprovou-se uma lei sobre a delinquência habitual, na qual pela primeira vez se convertia em Direito vigente a internação em custodia de segurança por tempo indeterminado dos delinquentes habituais, inclusive em delitos menos graves, abrindo-se paralelamente os campos de concentração, nos quais não apenas se internavam os dissidentes e opositores ao regime nacional-socialista, como também os delinquentes habituais, ou simplesmente marginalizados sociais, como prostitutas, mendigos, alcoólatras, tóxicodependentes etc, detidos durante as invasões policiais levadas a cabo nas grandes aglomerações urbanas já desde os primeiros momentos do regime nacional-socialista.[37] Ao mesmo tempo, criou-se uma lei para a prevenção de enfermidades hereditárias, que impunha a esterilização obrigatória aos seus portadores, e iniciaram-se as medidas de depuração racial, com objeto de eliminar da função pública os judeus, as quais culminaram nas Leis de Nuremberg, que, além da exclusão da cidadania e da privação de outros direitos aos alemães de origem judaica, criou o delito de "ultraje à raça" (*Rassenschande*) para castigar as relações sexuais entre judeus e pessoas de raça ariana.[38]

O ápice disso tudo consistiu, já quase no fim do regime nacional-socialista e em plena Segunda Guerra Mundial, na elaboração de um

37. Sobre a aplicação dessa Lei durante o regime nacional-socialista, informa HELLMER. *Das Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1933-1945*. Kiel, 1961.

38. Acerca de tais Leis e programas de depuração higiênico-social e racial há abundante bibliografia daquela época, louvando-os e comentando-los positivamente. Posteriormente, após a queda do regime nacional-socialista, foram derrogados e, em geral, objeto de rechaço pela maioria dos autores que se ocuparam do tema. Para uma exposição resumida do assunto, vide MUÑOZ CONDE. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo* cit., p. 170 e ss., 272 e ss.

projeto de lei para o tratamento dos "Estranhos à Comunidade" (*Entwurf eines Gesetzes für die Behandlung der Gemeinschaftsfremde*), na qual intervieram de forma destacada o penalista Edmund Mezger e o criminólogo Franz Exner, ambos catedráticos na Universidade de Munique. Sob o conceito de "estranhos à comunidade", incluíam-se pessoas tão diferentes como vagabundos, mendigos, delinquentes com inclinação a cometer delitos patrimoniais de escassa gravidade, associais, sujeitos briguentos, delinquentes com tendência a cometer delitos graves, porém também delinquentes sexuais, incluindo-se entre eles os homossexuais. Para esses últimos propunha-se a castração; para os delinquentes por tendência a delitos graves, a pena de morte, "se assim requeresse a defesa da comunidade do povo ou a necessidade de uma expiação justa" e em geral, a reclusão por tempo indeterminado em campos de trabalho e a esterilização "quando se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo".[39]

Tudo isso foi fundado em um dos informes feitos por Mezger para esse projeto, do seguinte modo:

"No futuro haverá dois (ou mais) 'direitos penais':

– *Um* direito penal para a generalidade (no qual seguiriam vigentes, na essência, os princípios regentes até agora), e

– *Um* direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência. O decisivo é em qual grupo se deve incluir a pessoa em questão. Uma vez que se realize a inclusão, o 'direito especial' (isto é, a reclusão por tempo indefinido) deverá ser aplicada sem limites. E desde esse momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas. Essa *separação* entre diversos grupos de pessoas me parece realmente nova (estar na nova Ordem, nisso funda-se um 'novo começo')." [40]

Conforme se pode ver no texto mencionado, a separação entre dois direitos penais, um no qual seguem vigentes, em essência, os princípios regentes até agora, e outro (completamente diferente) "para grupos especiais de determinadas pessoas", não é nenhuma invenção de Jakobs, e sim algo que já tinha muito claro o professor Edmund Mezger quando buscava fundamentar um projeto de lei no qual a esses

39. Vide texto de referida lei em MUÑOZ CONDE. Idem., p. 193 e ss.
40. Idem, p. 236.

grupos especiais de pessoas, que ele denominava "estranhos ou inimigos da comunidade", simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização a castração ou diretamente a morte, entregando-os à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial.

4. A TESE "AMIGO-INIMIGO" EM CARL SCHMITT

Uma especial consideração merece nesse sentido a proposta de Carl Schmitt, embora essa não esteja diretamente relacionada ao direito penal. Paralelamente à construção desse direito penal especial destinado à inocuização (*Unschädlichmachung* na expressão de Von Liszt), ou ao extermínio ou liquidação (*Ausmerzung* na expressão de Mezger) daqueles que por diversas razões eram considerados "inimigos da sociedade", no âmbito da Filosofia do Direito e do Estado, o politólogo Carl Schmitt propunha já nos anos 20 do século passado uma distinção conforme a qual o Direito deveria diferenciar o "amigo" (*Freund*) e o "inimigo", conferindo a cada qual um tratamento jurídico específico.[41]

O primeiro passo nessa construção dos diferentes direitos era a exclusão jurídica dos "inimigos", isto é, dos que não pertenciam, segundo a terminologia empregada depois por Mezger, à "comunidade do povo" (*Volksgemeinschaft*), incluindo-se também nesse grupo os indivíduos pertencentes aos grupos denominados pelos nacional-socialistas de "raças inferiores" ou "sub-humanos" (*Untermenschen*). Tal ideia foi levada a cabo por Schmitt, principalmente em relação aos judeus. Assim, por exemplo, já em plena época nazista referido autor organizou e dirigiu um congresso para eliminar a influência judaica do pensamento jurídico alemão, e em seu discurso de encerramento daquele evento, além de qualificar os juristas judeus como "parasitas culturais", afirmando que haviam se introduzido na ciência jurídica alemã aproveitando-se de suas conquistas em seu próprio benefício, propôs, entre outras coisas, que fossem eles excluídos da comunidade

41. Confira-se, por exemplo, suas obras *Politische Theologie*, 1922, *Die Lehre der Verfassung*, 1927 etc. A bibliografia acerca do pensamento político e jurídico de Carl Schmitt é muito abundante. Para uma visão global de seu pensamento, remete-se a Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del derecho público* II, 2004, p. 215 e ss.

acadêmica e que suas obras não fossem citadas na bibliografia. Porém, se houvesse que se fazê-lo eventualmente, que se pusesse após o nome do autor, entre parênteses, o "J" de judeu, para advertir de quem era a ideia ou citação que se fazia.[42]

Isso se afirmava em um momento no qual, por aplicação já da lei de depuração racial da função pública, desde 1933 muitos funcionários, empregados públicos e professores universitários haviam sido expulsos de seus postos, bem como se preparavam tristemente as famosas leis de Nuremberg de 1935, conforme as quais não apenas se excluía os judeus da cidadania alemã e dos direitos civis, como também se castigava como delito de "ultraje à raça" a relação sexual de um judeu com outra pessoa de raça ariana.

Isso não era, porém, suficiente. O passo seguinte na construção de um direito especial contra os inimigos foi sua "eliminação física", primeiro por meio da internação em campos de concentração, em regime de trabalhos forçado (*Arbeit macht frei*, era o cínico *slogan* que se colocava no frontispício destes), e posteriormente nos campos de extermínio como Auschwittz ou Birkenau, nos quais se procedia diretamente ao extermínio mediante envenenamento por gás, seguido de cremação dos cadáveres dos internos mais fracos, enfermos, crianças e idosos, não aptos para seu aproveitamento como força de trabalho.[43]

5. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO MOMENTO PRESENTE

A partir destes antecedentes, e sobretudo em vista das trágicas consequências que tais concepções ideológicas e construções jurídicas tiveram no extermínio de milhões de seres humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial na Alemanha e nos países do leste da Europa dominados pelas tropas alemãs, não é estranho que qualquer concepção ou tese jurídica que, ainda que remotamente, recorde ou mesmo se

42. Vide o texto desse discurso, "A ciência do direito alemã em sua luta contra o pensamento judeu", (artigo publicado na *Deutsche Juristen Zeitung* 20, 1936, p. 1193 a 1199), Inn Yves-Charles Zarka. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, 2007, p. 95 e ss.
43. Sobre a passagem da exclusão jurídica à eliminação física do inimigo e o campo de concentração como expressão do poder absoluto, vide Giorgio Agambem. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Trad. e notas de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, 2003, p. 147 e ss.

pareça com aquelas, até no que tange ao nome, certamente gráfico, porém pouco feliz de "direito penal do inimigo", produza entre os autores que logo se ocuparam do tema a reação de alarme e desgosto que produziu em Albin Eser durante o encerramento do congresso de Berlim de 1999, onde Jakobs apresentou pela primeira vez sua hoje já conhecida tese.

Desde logo, quaisquer que sejam as relações e as semelhanças mais ou menos estreitas que existam entre a tese de Jakobs e as construções teóricas que se assinalaram nas epígrafes anteriores, não cabe dúvida de que essas gravitem como uma pesada laje, sobretudo tendo-se em conta que o moderno Estado de Direito e as declarações internacionais em prol do reconhecimento dos direitos humanos em nível internacional surgem precisamente como reação frente aos atos de barbárie que, direta ou indiretamente legitimados por tais construções teóricas, foram cometidos sob o domínio dos Estados totalitários, e não somente na Alemanha durante o regime nazista, como também em outros muitos países da Europa e do mundo.

Certamente, Jakobs cita como antecedentes (filosóficos) de sua teoria opiniões, mais ou menos retiradas de seu contexto, de ilustres filósofos como Kant, Fichte e Hobbes.[44] Igualmente, ao longo da História da Filosofia poderiam ser encontradas muitas outras de outros autores não menos importantes que também se pronunciaram em favor da pena de morte, da guerra, da inferioridade da mulher frente ao homem, da escravidão, da consideração como animais dos índios ou dos negros etc. Mais próxima da tese de Jakobs poder-se-ia considerar a ideia maquiavélica de que o fim (nesse caso, a segurança cognitiva) justifica os meios (nesse caso, o emprego do direito penal do inimigo). Referidas opiniões, por mais que seus autores possam ser considerados grandes pensadores e filósofos, não podem ser retiradas de um determinado contexto, e mesmo no contexto no qual se deram podem também ser discutíveis; em todo caso, porém, são opiniões anteriores à construção do Estado de Direito e ao reconhecimento universal dos direitos humanos e emitidas em contextos culturais, sociais e econômicos completamente diferentes dos atuais.

44. Cf., por exemplo, as referências que faz a esses autores em JAKOBS; CANCIO MELIÁ. *Direito penal do inimigo*. Madrid, 2003, p. 26 e ss.

Trata-se, então, de saber se determinadas teorias emitidas na atualidade são ou não compatíveis com os princípios que informam o direito penal do Estado de Direito e com os direitos humanos reconhecidos nas convenções internacionais e nas Constituições dos Estados democráticos. Nesse caso, a primeira pergunta que vem à mente é se o direito penal do inimigo, tal como o descreve Jakobs, é compatível com esse modelo de organização da convivência humana.

Evidentemente, quando são as ditaduras de um ou outro signo ideológico que utilizam o direito penal para criminalizar a oposição, para abolir e restringir direitos fundamentais e para torturar e assassinar seus adversários políticos,[45] ninguém põe em dúvida que esse direito penal ("do inimigo") seja ilegítimo sob o ponto de vista do Estado de Direito e dos direitos humanos.

Então, porque se deveria valorar e julgar de outra maneira o emprego desse tipo de direito penal quando é utilizado por um Estado que, ao menos teoricamente, se configura como um Estado de Direito que coloca no frontispício de seus textos jurídicos fundamentais o respeito aos direitos humanos? Pode o Estado de Direito defender suas instituições fundamentais utilizando um direito penal que não respeita os princípios e bases do próprio Estado de Direito?

A grande novidade da concepção de Jakobs é que admite e inclusive legitima a necessidade de um direito penal do inimigo também nas sociedades democráticas configuradas conforme o modelo do Estado de Direito. Toda sociedade tem, segundo Jakobs, direito a manter sua identidade e um mínimo de segurança que o autor chama "segurança cognitiva", e, para isso, afirma, é inevitável que se utilize outra classe de direito penal, em casos de grave perigo para essa identidade e segurança proveniente de sujeitos que "em seu comportamento, em sua ocupação profissional ou principalmente por meio de uma organização (...). De uma forma presumidamente duradoura abandonou-se o

45. Sobre um direito penal desse tipo durante a ditadura do General Franco na Espanha, ocupei-me em meu artigo Delito político y Derecho penal del enemigo, reunido na segunda edição de minha monografia *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo* cit., p. 109 e ss. (há uma versão em italiano publicada em *Delitto politico e diritto penale del nemico* cit., na nota 6, e outra em alemão publicada em *Kritik des Feindstrafrechts* cit., na nota 6).

direito, não garantindo, portanto, o mínimo de segurança cognitiva por meio de seu comportamento".[46]

É indubitável que, com essa definição dos que Jakobs denomina inimigos, e com os delitos que menciona como comportamentos que expressam essa inimizade (delitos sexuais, delinquência organizada, terrorismo, narcotráfico, além da habitualidade e da reincidência), o autor refere-se a um amplo espectro de delitos e de delinquentes que praticamente abarca inumeráveis formas de criminalidade, e não sempre, necessariamente, as mais graves.

O perigo que implica vagueza desse conceito consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detêm o poder (cuja legitimidade, democrática ou não, certamente Jakobs nem sequer levanta), e que, definitivamente, quase todo o direito penal pode ser considerado como um direito penal do inimigo.

Porém, independentemente da indefinição do conceito, mais bélico do que jurídico, de "inimigo" empregado por Jakobs, passemos agora ao outro problema que implica sua tese e que não parece preocupá-lo: quais são os limites jurídicos do direito penal do inimigo e sob que base e quais parâmetros se deve determinar esses limites?

Há, sem dúvida, muitas formas de reação à criminalidade mais grave que se situam ainda dentro dos limites do admissível em um Estado de Direito. Isso ocorre em legislações relacionadas à luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada e o narcotráfico. Nessa matéria, frequentemente os Tribunais de Justiça de mais alto nível nacional e internacional têm que enfrentar casos nos quais foram aplicados procedimentos e leis dificilmente compatíveis com os princípios do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos, como, por exemplo, sentenças fundadas em leis que criminalizam a mera dissidência ou o exercício da liberdade de expressão, que admitem como provas dados obtidos por meio de procedimentos ilegais, como escutas telefônicas sem os requisitos exigidos para o respeito à intimidade, por tortura e maus tratos etc.[47]

A tarefa fundamental desses Tribunais (e naturalmente da doutrina que se ocupa de interpretar as leis) é comprovar se algumas

46. JAKOBS, como na nota 5, p. 59.

disposições legais ou sentenças dos tribunais inferiores baseadas nas primeiras são ou não compatíveis com os princípios do Estado de Direito, ou se em sua aplicação foi infringido algum direito fundamental. E, afortunadamente, a jurisprudência criada pelos altos Tribunais de Justiça em muitos países configurados como Estados democráticos de Direito está repleta de decisões em que se determinou a anulação de leis, de atos da Administração ou de sentenças de tribunais inferiores que não respeitaram esses princípios ou direitos fundamentais. A casuística vai desde as hipóteses nas quais se anulam provas obtidas mediante tortura ou sem cumprir os requisitos estabelecidos legalmente, até a declaração de leis que limitam a liberdade de expressão ou o direito do preso ao *habeas corpus* à assistência de um advogado, a não fazer declaração contra si mesmo, a ser informado dos termos da acusação, ao juiz natural etc.[48].

Sob esse ponto de vista, pode-se portanto dizer que no estado atual da jurisprudência dos mais altos Tribunais de Justiça dos países democráticos, a despeito de algumas decisões controvertidas, um direito penal que infrinja ou não respeite as bases do Estado de Direito, violando direitos fundamentais, é um direito penal ilegítimo que deve ser rechaçado expressamente e sem nenhum tipo de vacilação ou confusão. E, nesse caso, o labor do teórico ou do intérprete do direito não pode se limitar simplesmente a sua constatação ou a uma mera descrição de sua existência, devendo, ao revés, comprometer-se em sua valoração, que não é simplesmente política, mas também e sobretudo jurídica. O jurista que, nessa hipótese, denuncia esse direito penal ilegítimo não é um mero *Rechtspolitiker* ("Político do Direito"), como me atribuia Jakobs em uma discussão que tive com ele em um evento público, e sim um *Rechtswissenschaftler* ("Cientista do Direito"), que era o papel que se atribuía o referido professor alemão nessa discussão. E

47. Em meu *De nuevo sobre el derecho penal de enemigo* cit., p. 51 e ss., cito alguns desses casos que motivaram decisões jurisprudenciais importantes na Espanha, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, especialmente esse país em relação à situação jurídica dos presos de Guantánamo. Vide também minha monografia *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo* cit., 2008.
48. Cf. as referências a algumas dessas decisões jurisprudenciais em MUÑOZ CONDE. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo* cit., e *De la prohibiciones probatórias...* cit., na nota anterior.

tal papel de cientista do Direito é o que obriga o jurista, com toda legitimidade jurídica e intelectual, a denunciar a incompatibilidade do que Jakobs, deixando-se levar por um "realismo político" puramente pragmático, baseado em paradigmas de eficácia, chama de "direito penal do inimigo" com o Estado de Direito.

Assim, mesmo admitindo o caráter puramente bélico desse direito penal do inimigo, como uma espécie de direito penal da guerra ou em guerra, no qual vale tudo com o fim de ganhá-la, há que assinalar que também aqui vige (ou deveriam viger) uma série de princípios que vão desde a exigência de que a guerra seja justa e não de agressão, até a necessidade de que se respeite a população civil e que os soldados prisioneiros do exército inimigo sejam tratados como pessoas, respeitando-se os direitos consagrados nos Convênios de Genebra de 1949, que constituem a essência do chamado Direito humanitário. Precisamente em razão de não respeitar esses direitos, a jurisprudência, inclusive a originária da Suprema Corte americana, considerou que o tratamento dispensado aos presos na Base norte-americana de Guantánamo em Cuba viola direitos fundamentais reconhecidos tanto na Constituição americana, como nos Tratados e Convênios Internacionais ratificados pelos Estados Unidos de América.[49]

Nessa matéria, existem sem dúvida limites tênues entre o direito penal *ainda* compatível com o Estado de Direito e o Direito que já não o é ou que pode deixar de sê-lo, e a delimitação entre um e outro é a tarefa que corresponde ao jurista teórico exercer em primeiro lugar em suas elucubrações, publicações e em sua participação em atos públicos como aulas universitárias, conferências, congressos etc. De outro lado, essa tarefa também incumbe ao jurista prático, principalmente em sua atuação como juiz ou representante das partes em um Tribunal de Justiça, o que certamente pode ser difícil em muitos casos, diante da possibilidade de exposição a riscos não puramente intelectuais. Isso é, contudo, algo que cada um deve assumir de acordo com suas próprias convicções e circunstâncias. A "luta pelo Estado de Direito" e pelo reconhecimento dos direitos humanos não foi e nunca será uma tarefa cômoda, nem fácil em nenhum país do mundo ou momento histórico.

49. Vide as referências a essa jurisprudência em MUÑOZ CONDE. *De las prohibiciones probatórias* cit., também MUÑOZ CONDE. La situación jurídica de los presos de Guantánamo. *Teoria e derecho*, 2008.

Deve-se reconhecer, todavia, que há épocas e países nos quais essa luta é mais difícil e perigosa. E é evidente, desde logo, que nesses momentos e em muitos países, mesmo naqueles que mais orgulhosamente se atribuem as características do Estado de Direito, essa tarefa pode ser realmente difícil e ir contra a corrente ou contra o que os nazistas chamavam "o saudável sentimento do povo", que não é mais do que uma forma de gerar um "populismo punitivo" absolutamente demagógico e próximo a um processo de fascismo social.

Porém, se algum mérito tem a concepção de Jakobs é o de nos fazer recordar que o direito penal do inimigo, tal como ele o descreve e assume, não é privativo de uma determinada ideologia ou sistema político, mas sim uma amarga realidade. Em minha opinião, essa tendência cada vez mais evidente voltada a um direito penal *sui generis*, fora dos parâmetros do Estado de Direito, é um perigo que brota de forma ameaçadora sobre todos os cidadãos em um mundo no qual os limites entre o direito penal do Estado de Direito e o direito penal do inimigo são cada vez mais difusos, e no qual a mais refinada dogmática jurídica pode caminhar paralela e inclusive servir de legitimação à barbárie revestida com a roupagem e o venerável nome do direito.

4

Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental

JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO

Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito – Ciências Penais pela Ucam. Professor de Direito Penal da Pós-Graduação da Emerj. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Administrativo; Ambiental

RESUMO: O artigo analisa o princípio da legalidade no direito penal ambiental. A concretização do princípio da legalidade na tutela penal do ambiente apresenta diversos desafios. Estes desafios originam-se do fenômeno denominado acessoriedade administrativa do direito penal, que matiza a maior parte dos tipos penais ambientais. A partir desta dependência dos tipos penais ao direito administrativo, o artigo procura traçar as linhas mestras de toda a problemática e das soluções possíveis de serem adotadas na preservação da legalidade no âmbito do direito penal ambiental de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal ambiental – Princípio da legalidade penal – Acessoriedade administrativa do direito penal – Ato administrativo.

ABSTRACT: This article analyzes the rule of law under the scope of environment criminal Law. The concretization of the rule of law on environmental criminal protection poses several challenges. These challenges have been established due to the dependency that criminal law has on administrative law, which is present in the definition of most environmental crimes. This article takes this point into account to show all the problems related to this problem and possible solutions to guard the rule of law and democracy when resorting to environment criminal law.

KEYWORDS: Environmental criminal law – Principle of criminal lawfulness – Administrative accessority of criminal law – Administrative act.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípio da legalidade – 3. Acessoriedade administrativa do direito penal – 4. Ato administrativo válido e ato administrativo inválido: 4.1 Ato administrativo autorizador inválido; 4.2 Ato administrativo proibitivo inválido; 4.3 Atuação do particular não autorizada; 4.4 Tolerância da Administração Pública com a atuação do

particular; 4.5 Normas construídas sem remissão expressa ao direito administrativo – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A realização do princípio da legalidade penal encontra dois obstáculos nos tipos penais ambientais. O primeiro obstáculo refere-se à técnica da acessoriedade administrativa e o segundo à técnica das normas penais em branco. De antemão, há de se reconhecer que o emprego puro e simples da técnica das normas penais em branco para preenchimento dos tipos penais, ainda que criticado doutrinariamente, é correntemente aceito como válido no sistema jurídico penal. No entanto, o fator não observado, que ora se põe em análise, consiste no uso simultâneo, isto é, em um mesmo tipo penal da técnica de redação típica das normas penais em branco e da acessoriedade administrativa. Não há dúvidas de que o princípio da legalidade é uma garantia que o cidadão tem contra o Estado, entretanto, esta garantia deve ser entendida em toda sua extensão para que se possa perceber como e em que grau o direito penal ambiental a tem violado.

2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade penal, cujas fórmulas latinas são conhecidas por *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*, não tem sua origem na Roma Antiga, mas, como expõe Welzel, no Iluminismo.[1] O princípio da legalidade teve seu advento no Iluminismo e seu propósito era de servir como um meio jurídico de contenção das arbitrariedades praticadas pelos detentores do poder. A sua positivação jurídica ocorre, a partir da invocação ideológica à *Magna Charta*,[2] primeiramente, na Constituição dos Estados Unidos da América, em 1776, posteriormente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, no século XIX, foi incorporado à maior parte dos Códigos Penais dos países de cultura ocidental.[3]

O princípio da legalidade subdivide-se em três postulados de garantia do cidadão contra o poder punitivo do Estado:[4] reserva legal,

1. Welzel, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter (Co., 1969, p. 20. Como ressalva Welzel, os brocardos "latinos" provém de Feurbach em seu tratado de 1801.

determinação ou taxatividade, e irretroatividade. Por reserva legal entenda-se que uma pena somente pode ser aplicada se houver previsão em lei criada em conformidade com o processo legislativo. Ou seja, se não houver uma lei estipulando a imposição de uma pena quando da prática de determinada conduta, não será permitida a aplicação de qualquer sanção penal. O postulado da reserva legal recusa o direito consuetudinário, de maneira que o uso dos costumes e da analogia, como fonte de criação de tipos penais, está vedado. Há de se ressalvar

2. Welzel expõe que o princípio *nulla poena, nullum crimen, sine lege* foi desconhecido da época imperial romana e do Direito Justiniano com seus *crimina extraordinaria* e seus conceitos delitivos extensos e quase ilimitados e do antigo direito germânico-alemão, quando podia-se castigar segundo os costumes, e que a *Magna Charta* de 1215 não foi exceção. Idem, ibidem. Em sentido contrário, defendendo uma origem romana, Hungria ao descrever a substituição do tribunal popular pelo processo das *quaestiones*, a transferência da jurisdição penal para o tribunal dos jurados e a instituição das *quaestiones perpetuae* e das *ordo judiciorum publicorum* vedando a analogia. Acrescenta que "mesmo no regime das penas extraordinárias, não eram estas puramente arbitrárias, pois o tribunal, ao aplicá-las estava adstrito a consultar as fontes jurígenas acrescidas ao velho *jus legitimum* ". HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 1, t. I, p. 28 e.30. No que se refere ao art. 39 da *Magna Charta Libertatum*, – "Nullus liber homo capiatur vel imprisionetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exulet aut aliqui modo destruatur nec supere um ibimus nec supere um mittemus nisi *per legalem iudicium parium suorum vel per legem terrae* " – Jescheck e Weigend defendem que ele não expressa uma garantia jurídica material, mas processual. Inclusive, complementam afirmando que a teoria do contrato social do Iluminismo foi a base histórica do princípio da legalidade, uma vez que suas raízes estão cimentadas sobre a ideia de a Lei como a razão comum a todas pessoas e a exclusão da arbitrariedade estatal frente aos direitos e liberdades naturais invioláveis reconhecidos como pertencentes a todas as pessoas. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 140. Em nova divergência, Hungria entende haver natureza material, já que o citado art. 39, ao vedar a analogia, consagrava "o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas". HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 34.
3. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 20.
4. No ordenamento jurídico nacional, o princípio da legalidade encontra-se positivado no art. 5.º, XXXIX, da CF/1988 e no art. 1.º do CP.

que esta vedação não impede o reconhecimento dos costumes e da analogia em favor do cidadão na contenção do poder punitivo estatal, assim, por exemplo, Jescheck e Weigend apontam, respectivamente, a criação de causas supralegais de justificação e a aplicação de causas de exclusão da pena.[5] No entanto, o ponto sensível do postulado da reserva legal reside no que Luiz Luisi denomina por "reserva relativa".[6] Pela "reserva relativa", diferentemente da "reserva absoluta",[7] a lei apenas fixa as diretrizes gerais da norma criminal e delega ao Poder Executivo a competência para complementá-la, deixando, assim, a cargo do Chefe do Poder Executivo o poder para definir o conteúdo da lei penal. Esta é a primeira fenda no princípio da legalidade penal e será analisada nas linhas que se seguirão.

O postulado da taxatividade ou determinação, também conhecido por princípio da determinabilidade,[8] exige que a norma penal seja clara, certa e precisa. Não é deferida ao legislador a possibilidade de criar leis penais com redação dúbia, vaga ou contraditória. Segundo Wessels, a lei deve descrever concretamente os elementos típicos de maneira a ser averiguável, pela interpretação, o seu sentido conteudístico e a sua significação, o que traz, por consequência, a vedação ao emprego das cláusulas gerais e dos conceitos valorativamente vagos, uma vez que, por meio destas técnicas, "o alcance e o âmbito de aplicação dos

5. Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. Op. cit., p. 143 e 145. Apesar de divergente a questão, parte da doutrina brasileira defende ser possível a analogia *in bonam partem* no direito penal. A hipótese sempre ventilada refere-se à aplicação do perdão judicial previsto no art. 121, § 5.º, do CP, ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, art. 302 da Lei 9.503/1997. Neste sentido: Gomes, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 30; Greco, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2006. vol. 2, p. 207; Jesus, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
6. Luisi, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003, p. 22.
7. Pela "reserva absoluta" somente a Lei regula a matéria, não havendo qualquer delegação de competência. Por consequência, são inadmissíveis as normas infralegais mesmo as destinadas a simplesmente regularem aspectos secundários da Lei.
8. Wessels, Johannes. *Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Safe, 1976, p. 12.

tipos penais" não será suficientemente reconhecível.[9] A taxatividade fundamenta-se no axioma da segurança jurídica. A partir da concretização do princípio da determinabilidade, evita-se a arbitrariedade do aplicador da lei, que, ao interpretá-la e aplicá-la, terá que se limitar ao conteúdo e ao sentido da clara e certa redação legal. As eventuais lacunas de punibilidade jamais poderão ser superadas com base em interpretações extensivas,[10] não só em respeito à taxatividade, mas, também, à própria fragmentaridade do direito penal. No mesmo sentido Welzel, para quem a interpretação extensiva, que desenvolve um sentido de determinação normativa para a expressão legal, não é permitida, em razão de ser uma analogia, que amplia a lei e se distancia da hipótese esclarecida pelo sentido legal.[11] Entretanto, ressalva Welzel que o ataque mais perigoso sofrido pelo princípio da legalidade não advém da analogia, mas das leis penais indeterminadas, que violam o postulado da taxatividade ao serem insubsistentes na descrição típica, tanto do fato quanto das características do agente, de forma que o juízo de antijuridicidade elaborado pelo Poder Legislativo não se encontra imediatamente demonstrado.[12] Neste tocante, encontra-se a fenda

9. Idem, ibidem.
10. Por esta razão, não se concorda com o entendimento de que alguém que subtraia uma árvore de uma reserva ambiental federal ou de terras indígenas esteja praticando crime de furto, art. 155 do CP, contra a União, em concurso com o delito do art. 39 da Lei 9.605/1998. Primeiramente, trata-se de um bem de uso comum do povo e não de um patrimônio da União em sentido estrito, como a cadeira e a mesa do Ministério do Meio Ambiente usadas pelo Ministro. Por fim, basta verificar que a própria lei de crimes ambientais puniu, em determinadas hipóteses, o "furto ambiental", vide o art. 44 e art. 50-A em sua nuclear "explorar economicamente", assim, quando a Lei nada criminaliza, significa que não há que se recorrer a interpretações extensivas para aumentar o poder punitivo estatal. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 262.
11. Welzel, todavia, invocando a teoria objetiva da interpretação, em que o decisivo é o sentido objetivo da lei no âmbito de seu texto, consigna ser possível a aplicação da interpretação extensiva, desde que ela traga vigência ao sentido racional do tipo penal, tendo por base uma estreita interpretação literal. Por exemplo, entender o vale e o cartão postais abrangidos pelo conceito de carta. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 23.
12. Outra forte e dolorosa limitação ao princípio da legalidade pode ser encontrada nos tipos penais abertos. Idem, ibidem.

que contém o maior grau de dificuldade e representa o ponto chave da recusa da primariedade de uma tutela penal do ambiente.

Por último, o princípio da legalidade penal traz o postulado da irretroatividade – em sentido amplo –, que, em breves linhas, pode ser definido como a garantia do cidadão de que o Estado não o punirá por fatos anteriores à edição da lei penal tipificadora – anterioridade – ou, então, que não agravará sua condição em razão de lei penal mais gravosa publicada posteriormente à prática do delito – irretroatividade em sentido estrito. Fez-se esta diferenciação quanto à anterioridade e à irretroatividade em sentido estrito apenas porque o Código Penal brasileiro trouxe este termo para intitular o art. 1.°. No entanto, a citada exigência da anterioridade da lei penal pode, sim, ser tratada como uma das espécies de irretroatividade, pois ambas se encontram indissoluvelmente associadas, já que protegem o cidadão, dando-lhe segurança jurídica, quanto às mudanças e alterações das leis penais no curso do tempo. Roxin, por exemplo, defende que há diversas e inimagináveis formas de retroatividade da lei penal, dentre as quais estariam vedadas pelo postulado da irretroatividade: a punição de um fato não punível ao momento de sua prática e a agravação legal da punição de uma conduta punível após sua prática, seja por meio da introdução de uma pena quantitativa – aumento de pena – ou qualitativamente – substituição da pena de multa por prisão – mais gravosa.[13] Assim pode-se usar o postulado da irretroatividade abarcando a anterioridade, mesmo porque os comentários de Roxin estão fundados em uma redação normativa que pouco difere da brasileira.[14] Em verdade, a irretroatividade da lei penal não pode ser destacada do princípio da legalidade, uma vez que ela é uma decorrência lógica. Esta inseparabilidade pode ser constatada nos últimos quase 200 anos de história dos Códigos Penais pátrios. À época do Código Criminal de 1830, a irretroatividade já se conjugava com a legalidade no bojo da redação do art. 1.° do citado texto normativo.[15] Da mesma forma, o Código Penal de 1890 que, em seu art. 1.°, também incorporava expressamente a irretroatividade no seio da legalidade,[16] sem contar que o Código Penal de 1940, mesmo após a reforma de sua parte geral, não fugiu a esta tradição.[17] Desta

13. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 142.

forma, para que o postulado da anterioridade seja atendido, há de se verificar o ordenamento jurídico existente no momento em que o indivíduo praticou a conduta, pois leis penais posteriores não terão influência em sua situação jurídico-penal, salvo se houver edição de lei que lhe seja mais benéfica, uma vez que, em tal hipótese, o Estado renuncia a seu direito de punir. Neste tocante, as normas ou atos administrativos, que complementam o direito penal do ambiente, também se sujeitam ao princípio da irretroatividade quanto à produção de efeitos penais, uma vez que materialmente, isto é, no juízo de tipicidade, são substancialmente equiparadas às leis penais, já que determinam o conteúdo do injusto.[18] A única ressalva legítima refere-se às normas excepcionais ou temporárias, tal como previsto no art. 3.º do CP, no que não há qualquer novidade a ser abordada.

14. Constituição da República Federativa do Brasil – "Art. 5.º (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

    Código Penal brasileiro – "Art. 1.º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

    Lei Fundamental alemã – "Art. 103 (2) Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada em lei antes de seu cometimento"(trad. livre).

    Código Penal alemão – "§ 1. Não há pena sem lei – Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada em lei antes de seu cometimento. § 2. Validade temporal – (1) A pena e suas consequências acessórias regulam-se conforme a lei vigente à época do fato" (trad. livre).
15. Art. 1.º do Código Criminal de 1830 – "Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique".
16. Art. 1.º do Código Penal de 1890 – "Ninguem poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas". Inclusive, é digno de nota que Costa e Silva, em seus comentários ao Código Penal, inicia suas análises justamente pela "máxima da anterioridade da lei penal". Silva, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. vol. 1. Brasília: Senado Federal e Conselho Editorial do STJ, 2004. Coleção História do Direito Brasileiro vol. 7, p. 1 e ss.
17. Luiz Luisi aponta como exceção o art. 67 do Dec.-lei 4.766 de 01.10.1942, que permitiu a retroatividade, à data da ruptura das relações diplomáticas com Alemanha, Itália e Japão, em relação aos crimes contra a segurança externa. Luisi, Luiz. Op. cit., p. 27.

3. Acessoriedade administrativa do direito penal

A dificuldade deste tema decorre da tensão existente entre o direito penal e o direito administrativo no momento em que seus círculos formam uma interseção, já que, neste instante, há um choque entre duas concepções de sistema jurídico. Os diferentes pressupostos destes dois ramos do saber jurídico criam uma espinhosa tarefa ao se buscar a compatibilização de ambos. Há duas categorias de problemas. A primeira refere-se à justificação democrática da política criminal do ambiente adotada e a segunda diz respeito às questões de dogmática penal. Greco aponta dois problemas de caráter político-criminal: oposição de uma legalidade penal mais cerrada com uma legalidade administrativa mais aberta e compatível com a discricionariedade (conveniência e oportunidade) e a reconhecida, em âmbito internacional, ineficiência do direito penal ambiental na proteção do ambiente.[19]

No que toca à problemática envolvendo a dogmática penal, podem ser citados os seguintes: primeiro, possível violação principiológica, isto em relação ao princípio da legalidade penal com seus três postulados materiais e ao princípio da separação de poderes frente à cessão à Administração Pública da competência para definir as condutas definitivamente proibidas; e, segundo, os efeitos produzidos no direito penal ambiental por um ato administrativo ilegal, seja proibitivo ou autorizativo, e os oriundos da tolerância da Administração Pública para com o comportamento do particular não amparado por um ato autorizativo formal.[20] Regis Prado, todavia, adota posição pouco crítica

18. Neste sentido, De Luca que afirma ser criticável e inconstitucional o entendimento, fundado em uma ideologia punitiva, de que as leis penais em branco não se sujeitam ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Inclusive, De Luca consigna que a inclusão das normas complementares à lei penal no cerne do princípio da legalidade penal tem fundamento constitucional e implica na aplicação do postulado da retroatividade da lei penal mais benéfica, que somente se excepciona quando se tratar de normas excepcionais, transitórias ou de emergências, tal como ocorre com as leis penais comuns. Luca, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997, p. 89-90.
19. Greco, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *RBCCrim* 58/155-156. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2006.

e consideravelmente favorável tanto à acessoriedade administrativa de grau relativo, tal como adotada em nossa Lei 9.605/1998, quanto ao emprego das normas penais em branco.[21]

A acessoriedade administrativa de grau relativo significa que a norma administrativa integra o tipo penal, complementando algum de seus elementos,[22] ou seja, para a formação da tipicidade exige-se a violação da norma administrativa. Assim, apesar da negativa de seus defensores, que afirmam que apenas são punidos os danos contra o direito administrativo que sejam lesivos ou potencialmente lesivos ao ambiente e não as puras violações das normas administrativas,[23] não há que se negar a inconsistência dos fundamentos de tal argumentação. A fragilidade do argumento está na inexistência, nestas hipóteses, de obrigatória perícia para constatar a ocorrência de dano ou da potencialidade de dano ambiental. A admissão de uma presunção absoluta de perigo ou de dano, nada mais significa que, para haver a configuração do tipo, o relevante será a violação da prescrição administrativa e não a real constatação da efetiva agressão ambiental. Como exemplo, tem-se o tipo penal do art. 31 da Lei 9.605/1998,[24] em que os autores defendem a consumação do tipo com a mera entrada do animal no território nacional, sem elaborarem quaisquer considerações sobre a necessidade de se provar o perigo concreto de ocorrência de desequilíbrio ambiental frente à introdução do espécime.[25]

O termo acessoriedade administrativa designa a dependência do direito penal ao direito administrativo. Esta dependência se manifesta de três formas distintas. Dentre os doutrinadores alemães que

20. Idem, p.157-158.
21. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 97 e 99.
22. Idem, p. 99.
23. Idem, ibidem.
24. "Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena – detenção, de3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa."
25. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 246; MILARÉ, Édis; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002, p. 84; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei 9.605/1998*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

especialmente se dedicaram ao estudo do direito penal do ambiente, Shall verifica que a primeira forma de aparecimento da acessoriedade administrativa é a denominada acessoriedade conceitual, que, em certa medida, tende a não trazer maiores problematizações, salvo quando o conteúdo destes conceitos administrativos é entendido, no direito penal, de maneira diversa à constante no direito ambiental.[26] · [27] A Lei brasileira de Crimes contra o Meio Ambiente[28] é riquíssima em conceitos administrativo-ambientais, por exemplo, resíduos[29] previsto em seu art. 54, § 2.°, V e as diversas espécies de unidade de conservação previstas em seu art. 40, que só podem ser compreendidas com a leitura conjunta dos arts. 7.° a 13 da Lei 9.985/2000 instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

A segunda forma de aparição da acessoriedade administrativa surge por meio da acessoriedade ao direito administrativo que, em realidade, nada mais é do que a dependência do direito penal às normas legais e infralegais do direito administrativo. Para diferenciar a acessoriedade ao direito administrativo da acessoriedade conceitual, deve-se verificar que, na primeira, a punibilidade está condicionada a que o autor viole uma prescrição normativa – vide a conduta de quem utiliza

26. SHALL, Hero. Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit. *Neue Juristische Wochenschrift* n. 20. München: Verlag C. H. Beck, 1990. p. 1265.
27. Apesar do reconhecimento atual da autonomia do direito ambiental enquanto disciplina jurídica, não se faz tal distinção técnica, utiliza-se indistintamente os termos direito administrativo e direito ambiental, apenas é acentuado determinado aspecto ao leitor no momento da exposição do raciocínio, posto que se defende o direito ambiental enquanto um direito administrativo especializado, de maneira que as regulações penais e civis envolvidas na tutela do ambiente se mantenha reguladas e sistematizadas, respectivamente, no direito penal e no direito civil, ressalvadas eventuais peculiaridades da seara ambiental.
28. Lei 9.605/1998.
29. Seu similar no Código Penal alemão é o termo Abfall do crime de "manejo não autorizado de lixos perigosos" previsto no § 326 do StGB.

vegetação primária contrariamente às normas de proteção[30] – enquanto que, na segunda, a concretização ou o preenchimento do tipo penal vincula-se ao emprego de um conceito formado pelo direito administrativo e assumido pelo direito penal.[31] Ou seja, a ora denominada acessoriedade ao direito administrativo é a velha e empoeirada técnica penal de tipificação das normas penais em branco, mas, agora, vestida com uma nova roupagem no direito penal do ambiente. Recorrendo às lições de Aníbal Bruno, verifica-se que as normas penais em branco nada mais são do que tipos penais incompletos, cuja descrição de certas circunstâncias elementares necessita ser completada por outra disposição legal, seja da mesma fonte legislativa ou de outra, ou por regulamentos,[32] uma vez que na enunciação do tipo foi deliberadamente inserida uma lacuna a ser preenchida por outro dispositivo normativo.[33] Neste sentido, há de se recusar a proposta de Greco em denominar esta acessoriedade ao direito administrativo como "acessoriedade ao ato administrativo geral" a fim de diferenciá-la da "acessoriedade ao ato administrativo individual",[34] uma vez que, como já demonstrado, o presente fenômeno jurídico nada mais é do que uma norma penal em branco, ainda que de cunho exclusivamente administrativo, assim, enquanto tal, deve, segundo os princípios de um direito penal democrático, ser complementada por outra lei.

Em outras palavras, se o tipo penal pode depender de uma lei de cunho administrativo-ambiental, resta claro que não se pode afirmar que a acessoriedade ocorre frente a ato administrativo geral, posto que

30. Art. 38-A da Lei 9.605/1988: "Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção (...)."
31. SHALL, Hero. Op. cit., p. 1265-1266.
32. O termo empregado por Aníbal Bruno significa toda e qualquer norma infralegal e não os regulamentos em sentido estrito. Na técnica dos administrativistas, os regulamentos seriam emanados do Chefe do Poder Executivo, enquanto as resoluções, instruções e portarias, que ocupam escalão inferior na hierarquia normativa, assistiriam, por consequência, às autoridades subalternas. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 322.
33. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I, p. 190-191.
34. GRECO, Luís. Op. cit., p. 161.

a lei não é ato administrativo, dessa forma, o correto está na designação acessoriedade ao direito administrativo, caso se repute conveniente utilizar a nova roupagem para antiquada e inalterada técnica das normas penais em branco. As críticas desferidas contra a acessoriedade ao direito administrativo são exatamente as mesmas sempre levantadas contras as normas penais em branco. Apenas na seara ambiental existe uma agravante, qual seja: a competência de todos os entes da Federação brasileira para legislar em matéria ambiental, fato este que cria um emaranhado de normas, que dificulta o acesso do cidadão ao conteúdo do injusto penal, sendo que, muitas vezes, este injusto é determinado por entidades federativas constitucionalmente incompetentes em matéria penal. E se não bastasse a incompetência material para determinar o conteúdo do injusto penal de um crime contra o ambiente, há, ainda, uma oportunidade para que se viole o princípio constitucional da isonomia, posto que uma determinada conduta poderá, no mesmo contexto fático, ser permita no município ou Estado "A" e proibida no "B" e vice-versa, isto é, duas pessoas, que moram em municípios vizinhos, poderão praticar a mesma conduta em condições fáticas similares, mas uma atuará licitamente enquanto a outra cometerá um injusto penal. Não há dúvidas de que se depara, nesta hipótese, com uma inconstitucionalidade, pois o princípio da isonomia resta desconsiderado, já que os iguais foram tratados de maneira desigual.[35] Não se argumente que há diferença na conduta de ambos em razão de o primeiro Município permitir a ação enquanto que no segundo há uma proibição normativa, posto que não há qualquer diferença, uma vez que a lei penal em questão protege – ou pelo menos deveria proteger – o ambiente, e a eventual agressão de ambas as condutas é de igual valor. Não se pode admitir a expansão do direito penal, sob o mote de proteger o ambiente, para, em realidade, punir desobediências aos preceitos ditados pela Administração Pública.

A terceira modalidade de acessoriedade administrativa é a acessoriedade ao ato administrativo. Nas precisas palavras de Rogall, esta última consiste na direta referência da norma penal ao ato administrativo, ou seja, para a punibilidade faz-se necessário que o

35. Sobre o princípio da isonomia: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 147.

autor tenha atuado, por exemplo, sem a devida autorização.[36] O problema desta forma de acessoriedade administrativa reside no fato da preponderante dependência do direito ambiental a decisões de casos concretos, algumas vezes regidas pela discricionariedade administrativa, por parte dos órgãos da Administração Pública, o que gera *ex ante* incerteza a respeito do conteúdo do injusto e termina gerando a quebra do princípio constitucional da legalidade, além do princípio constitucional da isonomia. Estas decisões particulares vinculam o direito penal no momento em que o legislador condiciona expressamente a punição das lesões ambientais a uma ordenação particular, por meio de um ato administrativo, pela Administração Pública, por vezes, de forma negativa, quando ausente o ato autorizador, e, por vezes, de forma positiva, ao se violar um ato administrativo, seja ele proibitivo ou impositivo.[37] Em outros termos, a dificuldade em se aceitar esta modalidade de acessoriedade administrativa está na transferência do Poder Legislativo a um ou mais órgãos da Administração Pública do poder de determinar – ainda que negativamente, seja pela omissão, vide a interrupção dos serviços por greve, ou por nem ter havido provocação, por exemplo, não haver requerimento de licença ambiental – o conteúdo de uma proibição penal.

A partir dessa transferência já não se sabe qual o fato reprovável em si mesmo, ou seja, se o que se reprova penalmente é lesão ao bem jurídico ambiental ou simplesmente o desatendimento à burocracia do Poder Executivo. Como bom exemplo do exposto, tem-se o crime do art. 30 da Lei 9.605/1988,[38] que incrimina aquele que não busca a autorização da autoridade competente para exportar peles e couros de anfíbios. Inclusive, há uma agravante. A atuação da Administração Pública funda-se na discricionariedade, isto é, conveniência e oportunidade dentro das margens legais, dessa forma, há de se concluir que o princípio constitucional da legalidade resta violado no momento em que a definição final do injusto expresso no tipo penal fica

36. ROGALL, Klaus. Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts. *Festschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät zum 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Köln, 1988, p. 522.
37. SHALL, Hero. Op. cit., p. 1266.
38. "Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

condicionada à discricionariedade de um órgão ambiental, que pode conceder a licença para o particular A e não para o B em função de inúmeras razões de conveniência e oportunidade administrativas, ou seja, conforme a ordem discricionária. Passa-se, por consequência, a analisar as questões dogmáticas advindas da inclusão da acessoriedade ao ato administrativo no direito penal ambiental.

4. Ato administrativo válido e ato administrativo inválido

Antes de se avaliar as consequências da invalidade do ato administrativo na formação do tipo penal, deve-se verificar a essência do que se denomina ato administrativo. O conceito de ato administrativo não é uniforme na doutrina, de forma que cada autor reforça determinados elementos conforme seu julgamento de importância. Para Bandeira de Mello, o ato administrativo é a "declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei" ou da Constituição, em hipóteses excepcionais e totalmente vinculadas, com o fim de cumprir a lei ou a Constituição, mas inquestionavelmente sujeito "a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".[39] Di Pietro, em conceituação próxima, define o ato administrativo como a declaração do Estado ou de seus representantes "que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário".[40] Por outro lado, poder-se-ia realçar neste conceito a finalidade de atendimento do interesse público.[41]

O ato administrativo apresenta atributos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.[42] A presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo é um importantíssimo atributo deste e significa que há uma presunção relativa de

39. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., p. 351.
40. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 181.
41. Ato administrativo é "a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público". Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.
42. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., p. 358-359.

conformidade e observância do ato administrativo à lei e, também, que ele expressa a verdade dos fatos afirmados pela Administração Pública,[43] enquanto que a imperatividade qualifica o ato administrativo de forma a que ele se imponha aos terceiros de maneira independente à sua vontade; a exigibilidade e a executoriedade, respectivamente, conferem ao Estado o poder-dever de impelir o terceiro a obedecer e atender o ato administrativo, de forma a que a Administração Pública possa compelir o administrado materialmente, sem a intervenção do Poder Judiciário, a obedecer ao seu comando.[44] Na Espanha há norma legal conferindo presunção de validade ao ato administrativo e sua obrigação de cumprimento imediato.[45] García de Enterría e Fernández ensinam que tal presunção de validade é relativa, já que ela permite ao ato liberar todos seus possíveis efeitos, mas, na eventualidade deste ato estar viciado, caberá ao particular impugná-lo na via administrativa ou contenciosa para obter sua anulação e frear sua eficácia.[46] Importante a ressalva que estes autores espanhóis fazem ao dizer que, para a presunção legal de validade e a regra geral da eficácia imediata operarem, impende que o ato administrativo reúna condições externas mínimas de legitimidade, assim, nos atos em que haja uma nulidade de pleno direito ou absoluta, vide, por exemplo, os emanados de autoridades manifestamente incompetentes, não existirá qualquer presunção de validade, uma vez que estes atos não estão aptos a produzirem qualquer eficácia jurídica.[47] No entanto, García de Enterría e Fernández reconhecem que esta sistemática pode funcionar bem no plano jurídico, mas não no prático, posto que a Administração Pública pode se

43. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 182.
44. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., p. 359.
45. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – "Art. 57. Efectos – 1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. – 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior".
46. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 13. ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Civitas, 2006, p. 583.
47. Idem, p. 584.

utilizar de sua prerrogativa da "ejecución forzosa o acción de oficio" [48] para tornar materialmente eficaz todo e qualquer ato administrativo, mesmo os maculados por uma nulidade absoluta ou de pleno direito, excetuados os inexistentes, cabendo, nesta situação, ao particular buscar os meios legais de impugnação a fim de pôr termo a este ato administrativo viciado e a seus efeitos materiais.[49]

Nesse diapasão, para o ato administrativo ser válido, há de se observar alguns requisitos: sujeito capaz e competente, objeto lícito e possível,[50] forma exteriorizada em conformidade[51] com a lei, motivo[52]

48. Veja-se o atributo da executoriedade mencionada pelos administrativistas brasileiros. Bandeira de Mello expõe que "a exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses: (a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio; (b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração". (...) ressalvando que "a executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para impedir previamente sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos". Dentre as medidas que o administrado pode vir a se socorrer, Bandeira de Mello cita o mandado de segurança, seja preventivo ou repressivo, o *habeas corpus* e a ação de responsabilidade civil do Estado para compensar o dano resultante da atuação estatal ilegítima ou abusiva. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 362.
49. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 584. No mesmo sentido, "os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não deveriam ser produzidos. Por isso não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. (...) É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, *respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé* ". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 410.
50. Objeto é o conteúdo jurídico do ato administrativo, por exemplo, extinção ou declaração de direito.
51. A conformidade com a lei designa adoção de forma prescrita ou não vedada pela lei.
52. Motivo é a situação fática e/ou jurídica que fundamenta o ato administrativo, não se confundindo com a motivação do ato, que é a exposição, por escrito, dos motivos.

e finalidade.[53] Ainda pode-se mencionar um sexto requisito, denominado por Bandeira de Mello de causa, que pode ser melhor entendido como o requisito da congruência entre o motivo e o objeto do ato administrativo. Por meio da causa verifica-se se os motivos "guardam nexo lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender", neste sentido, este requisito obriga que se analise a validade do ato conforme a sua razoabilidade e a sua proporcionalidade.[54] No que se refere aos primeiros requisitos, passar-se-á a esquematizar os principais vícios que surgem em seu bojo. Inclusive, não se pode olvidar que há previsão legal na legislação pátria sobre o que há de ser entendido como vício de atos administrativos.[55] Contudo, o rol em questão deve ser entendido como meramente enunciativo. A usurpação de função, o excesso de poder e a função de fato são vícios que atingem o requisito da competência e junto com a incapacidade, que pode ter origem, por exemplo, em coação, dolo e fraude, formam o conjunto dos vícios relativos ao sujeito. Os vícios relativos ao objeto podem ter origem em uma proibição normativa, infração à lei, impossibilidade e incerteza em relação a tempo, lugar, destinatários e bens. Já o vício de forma tem origem no não atendimento da forma prescrita em lei ou por meio da escolha de uma forma incapaz de atingir a finalidade pretendida com o ato administrativo.

53. Finalidade é o atendimento do interesse público.
54. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 351.
55. Lei 4.717/1965 – "Art. 2.º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: *a)* incompetência; *b)* vício de forma; *c)* ilegalidade do objeto; *d)* inexistência dos motivos; *e)* desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: *a)* a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; *b)* o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; *c)* a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; *d)* a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; *e)* o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

Quanto aos vícios relativos ao motivo, estes advêm da inexistência do motivo ou de sua falsidade. Por fim, no que se refere ao requisito da finalidade, pode haver o surgimento de vício decorrente do desvio de poder ou desvio de finalidade, seja porque o ato administrativo não atende ao interesse público ou porque o agente público visa a resultado não amparado na lei e diverso do nela previsto.

Após o delineamento dos requisitos do ato administrativo e dos vícios que lhe podem afetar, é possível discorrer sobre suas consequências. Na doutrina brasileira há uma antiga divergência a respeito das categorias decorrentes dos vícios do ato jurídico. Para Meirelles, apenas existe o ato nulo, não havendo anulável, em razão de sua oposição à "exigência de legalidade administrativa", de forma que "o ato considerado anulável" não passa "de um ato originariamente nulo".[56] Por outro lado, Oswaldo Aranha Bandeira, Tito Prates da Fonseca e Seabra Fagundes defendiam a distinção entre atos nulos e anuláveis, sendo que o último destes autores acrescentava a categoria dos atos irregulares, inclusive, vale realçar que estes autores negavam relevância jurídica aos atos inexistentes, já que estes juridicamente equivaleriam aos atos nulos.[57] Estes, para Bandeira de Mello, são "os atos que assistem no campo do impossível jurídico", ou seja, "comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes".[58] Para caracterizar a distinção existente entre os atos nulos e os anuláveis, pode-se recorrer à utilização de dois critérios. O primeiro é a disposição legal declarando a nulidade ou anulabilidade do ato, conforme o vício ocorrido, e o segundo refere-se à possibilidade ou não de convalidação do ato, posto que os atos administrativos nulos não se convalidam, vide os praticados com desvio de poder, com falta de motivo vinculado ou objeto ilícito ou impossível, enquanto que os anuláveis são passíveis de convalidação, por exemplo, os atos administrativos proferidos com defeito de forma ou com vício de vontade.[59]

Como assinalou-se anteriormente, mesmo os atos inválidos, muitas vezes, terminam por materialmente produzir efeitos. Por consequência, há de se verificar a postura que o particular pode tomar frente

56. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 157.
57. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 399.
58. Idem, p. 409.

estes atos administrativos inválidos. Bandeira de Mello esclarece que o administrado não pode opor resistência *manu militari* aos atos administrativos inválidos, seja esta invalidade decorrente de nulidade ou de anulabilidade, já que tal atitude romperia com o mínimo de ordem e paz social necessários para a sociedade, erigindo, assim, o particular a árbitro da legitimidade do ato administrativo.[60] No entanto, seria lícito e aceitável, sem restrições, o direito de resistência *manu militari* frente aos atos inexistentes, uma vez que estes prescrevem a prática de crimes e expõem o particular a uma situação vitimizante.[61]

59. Idem, ibidem. Na Espanha, a já citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispõe: "Artículo 62 – Nulidad de pleno derecho. (Artículo redactado según Ley 4/99, de 13 de enero) 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: *a)* Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. *b)* Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. *c)* Los que tengan un contenido imposible. *d)* Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. *e)* Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. *f)* Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. *g)* Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Artículo 63 – Anulabilidad. 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo".

60. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., p. 412.

61. Idem, ibidem.

Por outro lado, sob o prisma jurídico, a resistência pacífica, frente a um ato administrativo inválido, tem o mesmo caráter da resistência a um ato administrativo válido. Sem dúvidas que esta afirmação refere-se ao momento da realização da resistência, uma vez que o particular estará adiantando um juízo de invalidade do ato administrativo. Como não há garantias de que a Administração Pública vá futuramente reconhecer a invalidade do ato e nem de que o Poder Judiciário realizará tal juízo, o particular estará agindo por sua conta e risco.[62] Desse modo, se posteriormente houver o reconhecimento jurisdicional da invalidade do ato, a resistência do particular será reputada legítima e sua conduta estará justificada e enquadrada no campo da licitude, todavia, se isto não ocorrer, a sua conduta será ilegítima e ilícita e estará o administrado sujeito à aplicação de sanções.[63]

4.1 Ato administrativo autorizador inválido

Após a análise do ato administrativo e de seus vícios, é mister que se passe ao exame dos efeitos do ato administrativo autorizador inválido no preenchimento dos tipos penais sujeitos à acessoriedade administrativa. Em nossa Lei 9.605/1998, verifica-se que a maior parte dos tipos penais está sujeita à acessoriedade administrativa, indubitavelmente, em sua modalidade acessoriedade conceitual, mas também nas modalidades acessoriedade ao direito administrativo e acessoriedade ao ato administrativo. Para os fins deste estudo, é a acessoriedade ao ato administrativo que nos interessa. Neste sentido, citam-se, a título de exemplo, os crimes previstos nos arts. 39 e 44 da Lei 9.605/1998. A vinculação do primeiro tipo penal ao ato administrativo ocorre quando o legislador condiciona a licitude do corte de árvores em floresta de preservação permanente à existência de "permissão da autoridade competente", enquanto que, no segundo, a extração lícita de pedra, areia, cal ou outros minerais de floresta de preservação permanente está condicionada à "prévia autorização". Apesar de no art. 44 não haver menção expressa à competência da autoridade expedidora da "prévia autorização", esta competência é requisito implícito da autorização. O legislador não pode criar no bojo dos tipos penais exceções ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, principalmente porque seria

62. Idem, ibidem.
63. Idem, ibidem..

um completo erro se nessa vinculação ao direito administrativo se se permitisse ao direito penal inovar no preenchimento do conteúdo substancial dos institutos jurídicos do direito administrativo, como, por exemplo, considerar válida no momento da sentença criminal uma autorização emanada de autoridade absolutamente incompetente.

Para se atender ao princípio da legalidade, é necessário que seja respeitado o conteúdo dos institutos tal como previstos no direito administrativo, uma vez que eles são definidos conforme as leis e normas infralegais de cunho administrativo e não com base em criações puramente doutrinárias. Para tanto, necessário se faz que a interpretação sistemática seja adotada.[64] Não seria correto o uso de uma interpretação simplesmente gramatical que retirasse toda e qualquer utilidade da tutela penal do bem jurídico, isto a partir da concessão do poder de autorizar a extração de minerais da floresta de preservação permanente a "qualquer autoridade", por exemplo, o delegado de polícia. Entender que, para fins penais, qualquer "autoridade" pode emitir a tal "prévia autorização", significa quebrar totalmente o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da *ultima ratio* do direito penal na tutela da natureza ambiental representada do citado art. 44.[65] Desta forma, assenta-se a premissa de que, independentemente das diferenças estilísticas nas redações típicas, o tipo penal exigirá sempre ato administrativo autorizador emanado de autoridade competente.

64. Lei 9.784/1999 – "Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos". Autorização é o "ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos". Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 182; Não devemos nos esquecer do já citado art. 2.º da Lei 4.717/1965. Em sentido contrário quanto aos atos não manifestamente ilícitos: Greco, Luís. Op. cit., p. 179.
65. A doutrina pátria é tranquila no sentido de que a "prévia autorização" deve originar de autoridade competente. Prado, Luiz Regis. Op. cit., p. 333; Milaré, Édis; Costa Jr., Paulo José da. Op. cit., p. 123; Sirvinskas, Luís Paulo. Op. cit., p. 174. Na hipótese, as autoridades competentes são: Ibama e Departamento Nacional de Proteção Mineral.

Por outro lado, como já se deixou entrever das linhas anteriores, defende-se que o ato autorizador ilícito não pode, em razão desta produção material de efeitos, produzir a exclusão da tipicidade penal da conduta praticada nela "amparada". Esta excepcional produção do efeito excludente da tipicidade somente poderá ocorrer no ato anulável, quando já convalidado pela Administração Pública ou se decorrido o prazo de anulação do ato, que no âmbito federal é de cinco anos.[66] O ponto de controvérsia da questão consiste na confusão feita no momento em que se percebe que o ato inválido produz materialmente efeitos. No entanto, esta verificação não autoriza a mistura dos planos do ser com do dever ser. Apesar desta produção concreta – mundo do ser – de efeitos do ato administrativo inválido em razão do atributo da executoriedade, no plano jurídico – dever ser – ela não deveria ocorrer, tanto que no mundo real pode e deve ser cessada esta irregular produção de efeitos jurídicos. O juiz criminal pode e deve reconhecer a invalidade do ato administrativo em sua sentença criminal e, por consequência, examinar a eventual tipicidade da conduta sem vincular seu julgamento a uma "falsa-validade" do efetivamente inválido ato administrativo. Faça-se uma ressalva apenas, o reconhecimento no juízo criminal da invalidade do ato administrativo não fará coisa julgada em ulterior processo penal, civil ou administrativo, tal como ocorre no julgamento do incidente de falsidade previsto no art. 148 do CPP. Pode-se objetar esta resolução alegando que ela violaria o princípio da unidade do ordenamento jurídico, todavia, uma objeção desta ordem não procederia. Este princípio deve ser atendido no plano jurídico e, em sua decorrência, no plano material, e não no plano material, apesar do plano jurídico. Seu atendimento no plano concreto deve ser consequência lógica e direta do correto entendimento e prática da unidade do ordenamento no plano jurídico.

É correta a crítica de Frisch, no tocante à necessidade de se preocupar com os fundamentos da importância do ato administrativo no tipo penal dos crimes ambientais e de se atribuir mais atenção às questões fundamentais da estrutura típica do que vem sendo conferida por

66. Lei 9.784/1999 – "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

aqueles que procuram dar relevância aos atos administrativos autorizadores inválidos.[67] Frisch percebe que, na maior parte dos casos em que há um ato administrativo autorizador inválido, é impossível a aplicação de uma punição ao agente, todavia, esta impossibilidade decorre de motivos outros que não a vinculação do juiz criminal à eficácia de um ato administrativo inválido.[68] Para Frisch, a não punição do agente advém da função de orientação do ato administrativo, que traz ao particular a certeza de poder confiar no ato da Administração Pública.[69] Situação diversa ocorrerá se a invalidade do ato administrativo autorizador tiver origem em uma conduta reprovável do particular, como a prestação de informações falsas, a coação de servidores públicos, posto que, nesta hipótese, não haverá qualquer certeza no ato administrativo a ser confiada por este agente.[70] Ou seja, Frisch trabalha com o princípio da confiança,[71] cujo âmbito de atuação é o risco, transformando-o em permitido, de forma a tornar a conduta do agente atípica.

67. WOLFGANG, Frisch. *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*. Heidelberg: Juristischer Verlag, 1993, p. 19.
68. Idem, p. 69.
69. Idem, p. 73.
70. Idem, p. 74.
71. "Ainda que pensado inicialmente para viabilizar as relações de trânsito, tem hoje o princípio da confiança uma aplicação muito mais ampla, podendo reger situações as mais variadas onde concorram condutas direcionadas para um mesmo fim ou que reclamem mútua atenção ou cuidadosa vigilância" ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149. Outrossim, não se pode negar que, no Brasil, é uma atividade de risco realizar individualmente qualquer empreendimento de cunho ambiental, posto que o emaranhado de normas dos mais diferentes entes da Federação e das mais diversas espécies, faz com que somente grandes grupos econômicos tenham acesso aos serviços dos raros e caros especialistas neste setor. Inclusive, deve-se marcar que a ida, pelo particular, ao órgão público não garante, no Brasil, a obtenção das informações completas e corretas para atender todas as exigências de cunho ambiental.

Vale frisar a exceção trazida por Frisch. A conduta do particular será típica e inaplicável o princípio da confiança, havendo, desse modo, a criação de um risco não permitido e, logicamente, uma conduta típica, quando o próprio particular beneficiário provocar o surgimento da invalidade do ato administrativo autorizador por meio de uma conduta criminosa ou do abuso de um direito. Para empregar apenas um único termo, denomina-se "abuso de direito" tanto as hipóteses criminosas quanto as não delituosas, uma vez que todas elas tratam de abuso de direito *lato sensu*, ainda que este abuso seja apenas do direito de liberdade. Como já foi anteriormente tratado, o abuso de direito não é um instituto relegado apenas ao direito civil, mas afeto a todos os ramos do direito, inclusive, ao direito penal.[72] Nesse sentido a lição de Köhler que, ao dissertar acerca dos limites do exercício de um direito, consigna que tais limitações podem estar tanto no direito privado, quanto no direito público.[73] Cunha de Sá desvela o efeito falacioso de uma ação praticada em abuso de direito, ao expor que "os termos concretos do comportamento do sujeito só *aparentemente* constituem exercício do direito",[74] o que significa que, substancialmente, aquele comportamento não representa o exercício de qualquer direito, mas, sim, de um não direito. Roxin admite a adoção do abuso de direito na seara penal em certas situações concretas, dentre elas, quando o particular obtém o ato administrativo autorizador, prestando informações falsas à Administração Pública. Para ele, nesta hipótese, o princípio *nullum crimen* deve viger de modo teleologicamente restrito e sem vincular-se ao teor literal da lei.[75] Dessa forma, refuta-se o posicionamento de Greco que execra a adoção do instituto do abuso de direito no direito penal e condiciona seu emprego nos crimes ambientais a uma mudança legislativa.[76] A primeira razão para se discordar de seu posicionamento é de índole lógico-sistemática e foi brevemente exposta nas linhas pretéritas. O segundo fundamento consiste no fato objetivo

72. Lobato, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.
73. Köhler, Helmut. *BGB - Allgemeiner Teil*. 29. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2005, p. 228.
74. Cunha De Sá, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005, p. 455.
75. Roxin, Claus. Op. cit., p. 815-816.
76. Greco, Luís. Op. cit., p. 180-181.

de que o legislador pátrio previu, como circunstância agravante da pena, o abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental, sendo, que, inclusive, condutas outras inseridas no conceito lato de abuso de direito, também vieram previstas detalhadamente como agravadoras de pena,[77] desta forma, o posicionamento, ora defendido, é, *de lege lata*, correto.

Por outro lado, o erro de tipo é outra questão penal que surgir no momento em que um particular de boa-fé depara-se com um ato administrativo autorizador inválido, vide uma permissão expedida por um servidor de fato. Neste ponto, adota-se a posição de Muñoz Conde, já que o erro do particular sobre a validade do ato administrativo é uma falsa representação da realidade ocorrida na análise, por ele, da tipicidade de sua conduta. Suponha-se que o indivíduo verifique que o tipo penal exige uma permissão válida, por exemplo, para tornar a conduta de extração de madeira atípica[78] e crê fidedignamente que a dispõe. Este particular não desconhecendo a proibição e nem a antijuridicidade da conduta de extrair madeira sem o regular ato administrativo autorizador, pode errar sobre as circunstâncias formadoras do elemento normativo do tipo permissivo. Muñoz Conde expõe que se as características especiais do dever jurídico forem elementos determinantes da tipicidade concreta do delito, "o erro sobre as mesmas" em sua totalidade " deverá ser tratado como erro de tipo, já que o dolo deve referir-se a todos os elementos integrantes do tipo" e estas características configuram e constituem o tipo penal por serem elementos deste.[79] Em outros termos, esta pessoa agiu em erro de tipo, de forma que não teve

77. Lei 9.605/1998 – "Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido a infração: (...) *b)* coagindo outrem para a execução material da infração; (...) *n)* mediante fraude ou abuso de confiança; *o)* mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental."
78. Lei 9.605/1998 – "Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
79. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 72. Corroborando este entendimento: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108-109.

dolo em sua conduta, logo não haverá a formação de qualquer tipicidade dolosa. Neste diapasão, emerge mais outra hipótese jurídico-penal em que o particular possuidor de um ato administrativo autorizador inválido pratica uma conduta prevista na Lei de Crimes Ambientais e, com justiça, não será passível de punição, salvo se agiu com culpa e o crime admitir a modalidade culposa. É importante, no entanto, ressaltar que não se precisa inverter a lógica do sistema jurídico para criar um regramento penal *ad hoc* para os atos administrativos inválidos, inovando de maneira temerária nos conceitos e preceitos do direito administrativo.

4.2 Ato administrativo proibitivo inválido

Ato administrativo proibitivo é aquele que complementa o tipo penal ou agrava a reprovação da conduta. O art. 34 da Lei 9.605/1998, traz a violação do período proibido de pesca como elementar típica. Sabe-se que a determinação dos períodos em que certos espécimes podem ou não serem pescados advém de ato administrativo da autoridade ambiental competente, em razão dela ter mais aptidão para avaliar as vicissitudes de cada espécime animal do que o legislador. Dessa forma, o ato administrativo do Ibama que proíbe a pesca no período de reprodução de certas espécies de peixe, preenche e complementa o tipo penal do art. 34 da Lei 9.605/1998, formando a norma penal proibitiva. Se, porventura, este ato administrativo proibitivo estiver eivado de algum vício e, por esta razão, for inválido, a conduta do particular praticada no decorrer de sua pseudovigência não será reprovável e o agente não poderá ser punido, porque normativamente a norma penal permanece incompleta, já que lhe falta um ato administrativo válido de complementação. Shall é categórico em condicionar a punibilidade à conformidade material do ato administrativo ao Direito, sendo esta vista como um elemento típico implícito de acordo com uma interpretação teleológica restritiva conforme a Constituição.[80]

Ou seja, nada mais se defende do que o respeito ao princípio da legalidade, visto sob seu prisma material. Diogo de Figueiredo Moreira Neto consigna que a lei e o direito são os únicos e os próprios fundamentos da ação do Estado, que tem o seu agir vinculado à lei e ao direito.[81] Em outros termos, trata-se do respeito ao princípio da

80. SCHALL, Hero. Op. cit., p. 1268.

legalidade, que é uma "dádiva" do Estado de Direito e nada mais representa do que a submissão do Estado "à sua própria ordem jurídica".[82] Inclusive, Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta a necessidade de respeito ao princípio da legitimidade, por meio do qual se exige a harmonização do atuar administrativo com o interesse da sociedade, informando, desta forma, "a relação entre a vontade geral do povo e as suas expressões políticas, administrativas e judiciárias", enquanto derivações do princípio democrático.[83] Após estas linhas, vislumbra-se o óbvio, que já não precisa de mais palavras para ser demonstrado. Negar totalmente a punição de qualquer cidadão com base em ato administrativo proibitivo inválido por falta de tipicidade e em respeito à legalidade é uma medida inadiável em um Estado Democrático de Direito.

4.3 Atuação do particular não autorizada

A acessoriedade administrativa traz outros pontos a serem enfrentados no âmbito do direito penal do ambiente. Dentre estes, outro enfrentamento a ser levantado consiste na problemática referente à atuação do administrado, que não teve a seu favor a expedição de um ato administrativo autorizativo para a realização da atividade, mas que faria jus à sua obtenção. O cerne do debate consiste em saber se a ausência do ato administrativo basta para a formação da tipicidade, conforme a redação do tipo penal, ou se será necessária a presença de um elemento a mais à ausência do consentimento expresso da Administração Pública.

Não há dúvidas de que a sustentação da tipicidade nas hipóteses em que o particular carece deste ato administrativo autorizativo representa o pensamento majoritário, seja porque não se analisou a questão, como se o problema não existisse,[84] ou por convicção.[85] Defendendo a formação de tipicidade após uma profunda análise da questão, Rengier, para quem, à função de controle exercida pela Administração Pública pertence a essência do ato administrativo autorizador, tanto para justificar a conduta do particular como para excluir sua tipicidade

81. Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 276.
82. Idem, ibidem.
83. Idem, p. 277.

penal.[86] Rengier eleva a função de controle da Administração Pública, tanto a formal quanto a material, à qualidade de bem jurídico, assim, percebe nela algumas finalidades como: função informativa, proteção da competência administrativa, funções de segurança e ordenação e, dentre outras, servir para legitimar materialmente a atuação do particular.[87]

A partir da análise do crime de contaminação de águas[88] e do Direito de Águas alemães, Rudolphi percebe o espaço de discricionariedade do agente administrativo como o elemento crucial na distinção entre a atuação punível da não punível daquele particular que não possui a seu favor um ato administrativo autorizador expedido.[89] Rudolphi argumenta que se em determinada hipótese normativa a Administração Pública está obrigada a expedir o ato administrativo autorizador da atividade em favor dos particulares que cumprirem as exigências da lei e das normas infralegais de cunho administrativo, a punição de alguém, que não possui a anuência formal, mas que material e juridicamente cumpriu todos os requisitos, representaria uma

84. Nesta linha, na doutrina brasileira, posicionam-se: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Op. cit., p. 35-37; PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 92-97; SIRVINSKAS, Luís Paulo. Op. cit., p. 24-25; FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 2005, p. 429-450. Diversamente, tendo analisado a questão e firmado posição própria: GRECO, Luís. Op. cit., p. 183-187.
85. Rudolphi reconhece a existência deste posicionamento majoritário em favor da tipicidade, mas o constesta. RUDOLPHI, Hans-Joachim. Primat des Strafrechts im Umweltschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Heft 5. 4 Jahrgang. München: Verlag C. H. Beck, 1984, p. 197. Da mesma forma, GRECO, Luís. Op. cit., p. 184.
86. RENGIER, Rudolf. Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* n. 101. Heft 4. Berlin: Walter de Gruyter, 1989, p. 884.
87. Idem, p. 876-877.
88. Código Penal Alemão – "§ 324 Contaminação de Águas – (1) Quem desautorizadamente contaminar águas ou de forma prejudicial modifique suas características, será punido com pena de prisão até cinco anos ou de multa. (2) A tentativa é punível. (3) Atuando o autor culposamente será a pena de prisão até 3 anos ou de multa" (trad. livre).
89. RUDOLPHI, Hans-Joachim. Op. cit., p. 197-198.

pura e simples punição de cunho penal para uma mera desobediência frente à Administração Pública, que age ilicitamente, posto que deveria ter expedido o ato em favor do particular e não o fez.[90] Nessa hipótese, Rudolphi mostra que a Administração Pública alemã está obrigada a autorizar o despejo de esgoto do particular que atendeu a todas as exigências legais e administrativas, de maneira que se houver protelação ou recusa na expedição do ato administrativo autorizador, o Poder Público atuará ilegalmente, violando as prescrições do Direito de Águas e, também, tornando sem efeito a norma do § 324 do Código Penal alemão.[91] Shall, inclusive, recusa que se conceda o valor de indignidade penal a meras desobediências, posto que, para tal concessão, alguns fatores devem ser levados em conta, como o bem jurídico protegido, que no caso é o ambiente, e a legitimidade material da incriminação conforme a correção jurídica da decisão administrativa.[92]

De fato, é correta a distinção entre atos vinculados e discricionários. Não se duvide de que se o ato é discricionário, somente compete à Administração Pública a análise da conveniência e oportunidade de sua prática. Em outros termos, é mérito administrativo a decisão sobre se o ato administrativo deve ou não ser praticado, assim, se o particular *manu militari* realiza este juízo, por exemplo, ao se "autoautorizar" a extrair minerais de floresta de domínio público, restará certo que tal conduta será tanto administrativa quanto penalmente ilegal. Nestas circunstâncias, sob o ponto de vista administrativo, a ilegalidade decorre da violação das normas que estabelecem a competência do Ibama e do Departamento Nacional de Proteção Mineral para autorizar a citada extração mineral, enquanto que, na perspectiva penal, a ilegalidade da conduta se origina da violação da norma penal descrita no art. 44 da Lei 9.605/1998.[93]

Por outro lado, se o ato é vinculado, a Administração Pública não pode se furtar a concedê-lo ao particular. Como ensina Marcelo Caetano, a Administração Pública submete-se à lei em um regime de

90. Idem, p. 198.
91. Idem, ibidem.
92. SCHALL, Hero. Op. cit., p. 1267.
93. "Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

legalidade, de maneira que a sua atividade tem de ser legal, ou seja, nos exatos termos da lei.[94] Sundfeld argumenta que o modelo clássico que diferenciava a licença da autorização pelo caráter vinculado da primeira do discricionário da segunda é simplista e não mais corresponde ao direito positivo atualmente vigente, sendo que, todavia, tal modelo permaneceria válido para os casos tradicionais, vide a vinculação da Administração Pública à expedição de licença para uma simples construção em favor do particular que atendeu todos os requisitos normativos.[95] Diversamente, no entender de Sundfeld, ocorreria se este particular almejasse instalar uma indústria ou um *shopping center* em seu terreno, uma vez que seu pleito estaria condicionado a circunstâncias outras que não dependeriam de seu atuar, por exemplo, nível de poluição existente na cidade e condições do trânsito na cidade.[96] Em realidade, o problema não é a falência do modelo clássico de distinção dos atos administrativos, mas, sim, a dificuldade em se descobrir no caso concreto se o ato administrativo autorizador é ou não discricionário. A verdade é que a construção do *shopping center* e a instalação de uma indústria dependem do preenchimento de alguns requisitos objetivos que independem do atuar do particular, todavia, esta vinculação a fatores externos não tem a natureza de transformar um ato vinculado em discricionário e vice-versa. Não se pode esquecer de que a propriedade não mais é percebida sob o prisma privatístico individualista, assim, os condicionamentos urbanísticos ao direito de construir devem ser avaliados na determinação da vinculação ou da discricionariedade do ato. Se o Plano Diretor e as leis urbanísticas do Município condicionarem a construção de *shopping center* e a instalação de indústria ao não agravamento do trânsito e da poluição aérea e sonora em graus razoáveis e à não redução da qualidade de vida dos moradores locais em nível considerável, não há que se ter dúvidas de que tais avaliações competirão discricionariamente à Administração Pública municipal, posto que a decisão se baseará no sopesamento entre os prós e os contras de tais empreendimentos para a vida da cidade, neste sentido, nada mais e nada menos do que um juízo de conveniência e

94. Caetano, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 79.
95. Sundfeld, Carlos Ari Vieira. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46.
96. Idem, p. 47.

oportunidade. Diferente seria se o Plano Diretor do Município e as leis urbanísticas municipais não fizessem restrições de tais ordens, mas estipulassem objetivamente os níveis de barulho e poluição permitidos de cada área e de cada empreendimento ou se até incentivassem estas espécies de empreendimentos, desde que atendidos os requisitos objetivos. Nesta situação, não há que se negar a obrigatoriedade do Poder Público em expedir o ato administrativo autorizador em favor do particular que preencheu todos os requisitos objetivos. Para se determinar a obrigatoriedade ou a discricionariedade da Administração Pública, para fins de autorizar a instalação de uma indústria ou *shopping center*, será necessário avaliar a legislação e as normas vigentes do Município em que se pretende realizar o empreendimento, uma vez que dois Municípios vizinhos podem perfeitamente tratar a questão sob prismas diversos. Portanto, discorda-se de Sundfeld, pois permanece a atualidade da clássica divisão entre atos vinculados e discricionários, apenas a sua percepção, atualmente, exige um trabalho mais apurado, refinado e localizado pelo intérprete.

Marcelo Caetano deixa expresso que, em regime de legalidade, "o valor jurídico do acto resulta da sua conformidade com a norma aplicada no exercício de poderes que a lei conferiu ao órgão de Administração que o praticou",[97] neste diapasão, se a lei impõe a prática de determinado ato e a Administração Pública se omite, ela se encontra na ilegalidade, mas não o particular. Deve-se entender como atípica a conduta do particular que preencheu os requisitos objetivos, mas atuou sem o amparo do ato administrativo autorizador, seja porque a Administração Pública injustamente o negou ou porque se encontra protelando, sob pena de se converter o direito penal do ambiente em direito penal do "administrador público" e, desse modo, passar-se-á a punir, penalmente, condutas que não são dignas de serem mais do que meras infrações administrativas, fato este que caracterizaria uma violação dos princípios democráticos do direito penal liberal. Os tipos penais dos crimes ambientais não têm como fim de proteção da norma a punição de meras desobediências, mas, sim, a proteção do meio ambiente, por tal razão, impende que se posicione para impedir o desvirtuamento do fim de proteção da norma e do risco não permitido prescritos pelo legislador na formação da tipicidade penal.

97. Caetano, Marcelo. Op. cit., p. 139.

4.4 Tolerância da Administração Pública com a atuação do particular

Conforme o posicionamento defendido, os efeitos jurídicos decorrentes da tolerância da Administração Pública para com os comportamentos autorizáveis devem ser verificados segundo a vinculação ou a discricionariedade do ato administrativo em questão. A tolerância da Administração Pública para com a atuação daquele particular, que não preenche os requisitos à obtenção do ato administrativo autorizador, é a questão que resta a ser solucionada nesta problemática.

Como noticia Rudolphi, parte considerável da doutrina e da jurisprudência simplifica a questão ao negar a produção de qualquer efeito justificante ao atuar do particular amparado na tolerância administrativa, de maneira a não compreender a diversidade de conteúdos enunciativos advindos da tolerância da Administração Pública.[98] Para Rudolphi, a omissão do Poder Público em obstar ou cessar a atuação do particular pode, sim, ser equiparada a uma permissão implícita, vide o despejo temporário e não autorizado de esgoto no sistema de águas durante a construção, pelo poluidor, de uma estação de tratamento de águas e esgoto.[99] O exemplo trazido por Rudolphi não se aplica bem à realidade brasileira, mas o acerto de sua posição consiste em conceder relevância jurídico-penal aos atos administrativos tácitos de autorização. Miranda Rodrigues, contudo, defende a total irrelevância, para a caracterização da ilicitude penal, a demonstração de tolerância pelas autoridades administrativas frente ao particular que atua sem o amparo de um ato administrativo autorizador, pois sua atuação já violaria, em tese, prescrições e limitações impostas pela Administração Pública, uma vez que estaria em desacordo com os parâmetros legais.[100]

No entanto, não se esqueça que este posicionamento está baseado em seu entendimento de que, em Portugal, o crime de poluição[101] é um crime de desobediência.[102] Miranda Rodrigues enfatiza que tal entendimento funda-se na condição mutável do direito ambiental e em uma necessidade da "evolução técnica dos nossos dias", o que, por

98. Rudolphi, Hans-Joachim. Op. cit., p. 198.
99. Idem, ibidem.
100. Rodrigues, Anabela Miranda. Artigo 279. In: Dias, Jorge de Figueiredo (org.). *Comentários conimbricense do Código Penal: parte especial – artigos 202.º a 307.º*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, t. II, p. 968.

consequência, faria com que não houvesse um porque de se contestar sua constitucionalidade, posto não existir uma dependência absoluta do direito penal ao direito administrativo, isto em razão de o tipo penal consistir em uma desobediência qualificada por um dano ambiental, já que o legislador proibiu somente as condutas que se enquadrem "em medida inadmissível".[103] Ocorre, entretanto, que Miranda Rodrigues não analisa a questão a partir das premissas corretas. Se por um lado é verdade que o tipo penal português do crime de poluição é uma desobediência qualificada por uma referência ambiental, por outro, há de se reconhecer que este tipo penal não protege o ambiente dos danos ambientais autorizados pela Administração Pública e nem dos danos causados em níveis inferiores às prescrições administrativas. Como bem demonstra Sousa Mendes, "se poluir, não exagere!" [104] O efeito legalizador da atuação poluente do particular é trazido pelo ato permissivo, de forma tal que o legislador criminalizou apenas a desobediência, tendo, assim, abstraído o desvalor da conduta sob o ponto de vista da lesão ao ambiente.[105]

Ou seja, depara-se com um verdadeiro direito penal simbólico, cuja capacidade para proteger o bem jurídico declarado não corresponde aos interesses efetivamente protegidos, servindo apenas para a

101. Art. 279 do CP português – "1 – Quem, em medida inadmissível: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – Se a conduta referida no n. 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa. 3 – A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo."
102. Rodrigues, Anabela Miranda. Op. cit., p. 961.
103. Idem, p. 962 e 965.
104. Mendes, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, p. 124.
105. Idem, p. 143.

injustificada expansão do direito penal. É de bom tom que, para os fins deste estudo, furte-se de proceder a considerações acerca do bem jurídico protegido e do resultado punido, sob pena de se desviar do foco de análise, mas urge frisar que o delito em questão é efetivamente um crime de mera desobediência, ao contrário do que fora defendido por Miranda Rodrigues. Também, há de se consignar a total relevância, para a caracterização da ilicitude penal, da demonstração de tolerância pelas autoridades administrativas, uma vez que existem atos administrativos implícitos[106] produtores de efeitos, que não podem ser negados por um direito penal vinculado às premissas jurídicas do direito administrativo.

García de Enterría e Fernández, após discorrerem sobre a evolução, cujo início se deu por lei francesa de 17.07.1900, da técnica do silêncio administrativo na Espanha, defendem o silêncio positivo como autêntico ato administrativo presumido frente à vigente LPC.[107] [108] Ressalve-se, porém, que não se adota a terminologia usada no âmbito penal de que a tolerância ativa é uma omissão consciente e intencionada, enquanto que a tolerância passiva seria um puro não fazer pelo Poder Público.[109] Esta não adoção justifica-se pelo fato de se evitar uma confusão conceitual, já que na Espanha há conotação diversa para o silêncio positivo e o negativo da Administração Pública. García de Enterría e Fernández definem o silêncio administrativo negativo como uma simples ficção legal de efeitos exclusivamente processuais com o fim de permitir o acesso do administrado à instância judicial e, por outro lado, o silêncio positivo como um autêntico ato administrativo, que apesar de presumido, é capaz de produzir todos os efeitos de uma resolução expressa.[110] Dessa forma, haverá exclusão de tipicidade, isto é, atipicidade da conduta, quando esta estiver amparada em um

106. Bandeira de Mello contesta este posicionamento: "Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um fato jurídico e, *in casu*, um fato jurídico administrativo. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como *imputação legal*, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que considerem ter aí existido um ato tácito". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 354.

ato administrativo presumido, posto que a autorização da autoridade competente exigida pela lei penal existirá na seara administrativa. Em acréscimo, não se olvide ainda que se o citado ato administrativo presumido tiver conteúdo vinculado, a tipicidade também não poderia restar formada pelos dois fundamentos dissertados anteriormente.

No entanto, o ponto nevrálgico surge quando a tolerância administrativa se der frente à conduta do particular antijurídica. Verifique-se que, como tolerância, deve-se entender a omissão da Administração Pública em fazer cessar uma atuação pública e notória do particular em dissonância com as prescrições administrativas, uma vez que com

107. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – "Art. 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado. 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo. 2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo. 3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. 4. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

o desconhecimento pelo Poder Público da conduta ilícita, não há que se empregar o verbo tolerar ou qualquer similar, já que só se tolera aquilo que se conhece.

A construção de um imóvel em solo não edificável em razão de seu valor ecológico, sem as autorizações competentes, configura o crime previsto no art. 64 da Lei 9.605/1998.[111] Supondo que, apesar desta conduta ser ilícita penal e administrativamente, a Administração Pública se quede omissa, ou melhor, tolerante e não chegue a sequer notificar o proprietário a desfazer a construção. Os anos se passam e este proprietário, com intuito de ganhar financeiramente e alavancar seu projeto político-partidário, ceda onerosamente, mas a baixo custo, seu terreno para diversos cessionários por meio de inúmeros contratos de gaveta, a fim de iniciar processo de favelização da área. Os cessionários das frações do terreno, verificando a existência de imóvel previamente construído na área e a possibilidade de terem seu teto, iniciam a construção de suas casas após a anuência verbal do presidente da associação de moradores local, que obteve promessa do secretário de obras do

> En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio. 5. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días".

108. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 599 e 604.
109. Greco, Luís. Op. cit., p. 188.
110. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 604-605.
111. "Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa."

Município de que seriam instalados postes de luz na localidade. Poucos meses depois da implantação da favela, os moradores são surpreendidos ao serem citados em processo criminal por violação do art. 64 da Lei de Crimes Ambientais. Não há dúvidas de que dentro da lógica tradicional de tipicidade formal, a conduta destes indivíduos é típica e punível, salvo se fosse verificada a ocorrência de erro de proibição invencível. Certo que o erro de proibição poderia até trazer a não punição criminal destes moradores, mas não se vislumbra como correta a sua invocação para o caso em tela, pois mesmo que houvesse erro de proibição, este seria evitável, fato que geraria tão somente uma redução de pena.

Em realidade, o erro dos moradores deveu-se à confiança prévia gerada pelo Poder Público Municipal, isto porque tolerou, em solo não edificável em razão de seu valor ecológico, a antiga construção do imóvel do proprietário do terreno e a instalação pública e notória da favela, sem contar que nestes moradores foi criada expectativa legítima de que o Município forneceria serviço público básico para aquela comunidade. No exemplo considerado, inexiste tipicidade em função da incidência do princípio da confiança, que é hipótese de risco permitido. Como afirma Jakobs, o princípio da confiança é uma autorização para que se confie nas outras pessoas, ainda que se saiba, com base na experiência, que toda e qualquer pessoa erra.[112] Como bem explica Fluck, do Estado de Direito derivam os axiomas da segurança jurídica e da proteção da confiança, que se ligam aos direitos fundamentais.[113] Fluck bem delineia e defende a aplicação do princípio da confiança nas hipóteses de tolerância administrativa, como forma de salvaguarda do cidadão. Entretanto, não se pode concordar com a ponderação que Fluck faz entre a confiança e os interesses públicos,[114] uma vez que tal

112. Jakobs, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 253.
113. Fluck, Jürgen. Die Duldung des unerlaubten Betreibens genehmigungsbedürftiger Anlagen – Ein Beitrag zu den verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Wirkungen informellen Verwaltungshandelns. *Natur + Recht*. Heft 5. Hamburg Berlin: Verlag Paul Parey, 1990, p. 203.
114. Idem, p. 201.

ponderação flexibiliza a segurança jurídica vista enquanto direito fundamental do cidadão de não ser surpreendido pelo Estado com punições.

Há de se defender que o princípio da confiança seja o critério do intérprete para avaliar as hipóteses em que a Administração Pública tolera a conduta do cidadão que atua antijuridicamente. Tal assertiva não significa, de modo algum, que em toda e qualquer tolerância administrativa aplicar-se-á o princípio da confiança, pois esta aplicação somente terá vez quando a tolerância do Poder Público para com a conduta ilícita do particular gerar neste uma confiança legítima de que sua atuação está autorizada.[115] No entanto, a questão central é a confiança legítima do particular na Administração Pública. Esta confiança, criada pela atuação comissiva ou omissiva da própria Administração Pública, dá origem ao risco autorizado que o particular assume ao realizar sua conduta, assim, com a presença do risco permitido, a conduta do particular torna-se atípica e, por consequência, lícita.

4.5 Normas construídas sem remissão expressa ao direito administrativo

No que toca aos tipos penais construídos sem remissão legislativa expressa, urge perceber que esta remissão é implícita e serve como parâmetro material de lesão ou ameaça ao bem jurídico. Não é correto negar a persistência da acessoriedade administrativa na formação da tipicidade material dos crimes contra o ambiente. O tipo penal do art. 54 da Lei 9.605/1988,[116] é o exemplo brasileiro paradigmático do problema em questão.

Acertadamente, Greco critica os ambientalistas que ignoram as garantias e a dogmática penal e desconsideram os padrões ambientais fixados pela Administração Pública na análise da tipicidade.[117] Leme Machado, por exemplo, ao discorrer sobre o crime de poluição, afirma que as normas administrativas servem para caracterizar a conduta, todavia, se tais normas forem inidôneas nesta caracterização, a

115. No mesmo sentido: Greco, Luís. Op. cit., p.190-191.

116. "Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

117. Greco, Luís. Op. cit., p. 191-192.

incriminação poderá se dar independentemente delas, pois o tipo penal do art. 54 não foi condicionado ao descumprimento de qualquer norma administrativa.[118] Em verdade, o posicionamento de Leme Machado viola a unidade do ordenamento jurídico,[119] já que, em tese, segundo seu pensamento, uma conduta correta sob o prisma administrativo poderia ser considerada um injusto penal, criando, dessa forma, uma contradição sistêmica. Seu posicionamento afronta, ainda, o princípio da *ultima ratio* do direito penal, além de rasgar o já mencionado princípio da confiança, posto que o cidadão não só pode como deve confiar nas diretrizes contidas nas normas administrativas, dentre elas os valores-limites de poluição permitidos, quando previstos, para atuar licitamente na seara penal do ambiente. Não se olvide que, entre os princípios do direito ambiental, encontra-se o axioma do poluidor-pagador,[120] o que torna disparatado o movimento em prol da expansão do Direito Penal simbólico. Em outros termos, refutar o posicionamento de Leme Machado não é mais do que garantir o respeito ao direito fundamental de liberdade, basilar de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Se o ato ou a norma administrativa é iníqua para a proteção do ambiente que se responsabilize o administrador público, se agiu de má-fé, ou o ente federado e se refaça a norma, mas jamais punir penalmente o cidadão que atuou amparado e confiando nas diretrizes de direito administrativo.

118. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 702.
119. "El principio de la unidad del ordenamiento jurídico obliga a que el Derecho Penal no pueda conminar con una pena un comportamiento expresamente permitido por el ordenamiento jurídico". MENDONZA CALDERÓN, Silvia. La protección del medio ambiente en Alemania, Italia, Francia y España: Estudio de Derecho Penal Comparado. In: MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (org.). *Derecho penal ambiental*. Madrid: Exlibris Ediciones, 2005, p. 259-260.
120. "O princípio do poluidor-pagador é o princípio que, com maior rapidez e eficácia ecológica, com maior economia e maior equidade social, consegue realizar os objectivos da política de protecção do ambiente. Os fins que o PPP visa realizar são a precaução, prevenção e a equidade na redistribuição dos custos das medidas públicas." ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

5. Considerações finais

Ao fim deste panorama da legalidade no direito penal ambiental, pode-se perceber a necessidade de que se assuma uma concepção crítica da tutela do meio ambiente por meio do direito penal. Esta tomada de posição tende a robustecer o Estado Democrático de Direito, uma vez que o direito de liberdade e as garantias que lhe são correlatas não podem ceder em prol do fortalecimento do poder punitivo estatal. Se, por um lado, é certo que o meio ambiente deva ser tutelado, por outro, é correto e necessário impor que esta tutela ocorra dentro dos limites democráticos e em obediência aos direitos fundamentais, sob pena de o meio ambiente servir, apenas, de mote legitimador para o recrudescimento de um Estado punitivo e liberto das amarras basilares do Estado de Direito. Dentro destas amarras fundamentais do Estado de Direito, encontra-se o princípio da legalidade, que não se limita a uma concepção formal, mas que deve ser visto e trabalhado a partir de uma concepção material a fim de que se evite o seu esvaziamento, o que historicamente ocorreu em diversos Estados totalitários. Por esta razão, deve-se ser muito cauteloso com a tutela penal do ambiente, já que a causa é nobre e, por consequência, tende a tornar o jurista menos preocupado com os perigos do expansionismo do direito penal.

6. Referências bibliográficas

Albuquerque, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Aragão, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato (orgs). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Bruno, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I.

Caetano, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 2005.

FLUCK, Jürgen. Die Duldung des unerlaubten Betreibens genehmigungsbedürftiger Anlagen – Ein Beitrag zu den verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Wirkungen informellen Verwaltungshandelns. *Natur + Recht*. Heft 5. Hamburg Berlin: Verlag Paul Parey, 1990.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 13. ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Civitas, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *RBCCrim* 58/152-194. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2006. vol. 2.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 1, t. I.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KÖHLER, Helmut. *BGB – Allgemeiner Teil*. 29. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2005.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

LUCA, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

MENDONZA CALDERÓN, Silvia. La protección del medio ambiente en Alemania, Italia, Francia y España: estudio de derecho penal comparado. In: MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (org.). *Derecho penal ambiental*. Madrid: Exlibris Ediciones, 2005.

MILARÉ, Édis; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

RENGIER, Rudolf. Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* n. 101. Heft 4. Berlin: Walter de Gruyter, 1989.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Artigo 279. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (org.). *Comentários conimbricense do Código Penal: parte especial – artigos 202.º a 307.º* Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, t. II.

ROGALL, Klaus. Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts. *Festschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät zum 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Köln, 1988.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Primat des Strafrechts im Umweltschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Heft 5. 4 Jahrgang. München: Verlag C. H. Beck, 1984.

SHALL, Hero. Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit. *Neue Juristische Wochenschrift* n. 20 München: Verlag C. H. Beck, 1990.

SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. vol. 1. Brasília: Senado Federal e Conselho Editorial do STJ, 2004. Coleção História do Direito Brasileiro vol. 7.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei 9.605/1998*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, Co., 1969.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral: aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Safe, 1976.

WOLFGANG, Frisch. *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*. Heidelberg: Juristischer Verlag, 1993.

II Processo Penal

1
Estudo sobre a verdade no processo penal

Denise Provasi Vaz

Mestre e doutoranda em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: A verdade é um conceito de difícil elaboração, comportando diversas percepções, o que se reflete em sua adjetivação: verdade formal, verdade material, verdade real, verdade processual, verdade atingível, dentre outras. A definição de verdade, no processo penal, depende essencialmente da visão que se tenha da finalidade do processo e das provas, bem como acerca da configuração do sistema processual. Por isso, divergem as concepções de verdade no sistema inquisitivo e adversarial e conforme se atribua à prova função cognitiva ou persuasiva. Daí surge também a distinção em verdade formal e material, normalmente relacionadas ao processo civil e penal, respectivamente. Em suma, conclui-se pela necessidade de fixação da busca da verdade como objetivo do processo penal, que encontra, contudo, limitações advindas do devido processo penal, com vistas a um processo justo e uma decisão legitimada.

Abstract: The truth is a concept of difficult elaboration, the subject to different understanding, thus leading to the use of several adjectives: formal truth, material truth, real truth, procedural truth, reachable truth, among others. The definition of truth, in criminal procedure, depends basically on the understanding of the proceeding's purpose and the evidence, as well as on the type of the procedural system. Therefore, there are different conceptions of truth in the inquisitorial and adversarial systems and accordingly to the function assigned to the evidence, persuasion or cognition. Hence, we also have the distinction between formal truth and material truth, commonly related to the civil procedure and the criminal procedure, respectively. In brief, we can conclude that the search for the truth is a necessary aim of the criminal procedure and despite the limits imposed by the due process; its intention is to reach a fair procedure and a legitimate decision.

Palavras-chave: Verdade – Certeza – Processo penal – Verdade formal – Verdade material – Verdade possível – Busca da verdade – Limites – Poderes instrutórios – Devido processo – Sistema inquisitivo – Sistema adversarial.

Keywords: Truth – Criminal procedure – Formal truth – Real truth – Due process – Inquisitorial system – Adversarial system.

Sumário: 1. Conceitos de verdade e de certeza – 2. A verdade, conforme os diferentes sistemas processuais e funções do processo – 3. Verdade formal e verdade material – 4. A verdade possível, em um devido processo penal. Limitações à busca da verdade – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

Estudo sobre a verdade no processo penal

A concepção da verdade e seu enquadramento no processo penal possuem diversas variações e estão intimamente ligados ao entendimento que se tenha a respeito do próprio processo penal e de seu fim e finalidade, bem como acerca da finalidade da prova e dos sistemas probatórios.

As adjetivações feitas à verdade são reflexo dessa variedade de entendimentos, de acordo com as épocas e sistemas vigentes.

A compreensão que se tenha da verdade e de seu papel no processo penal implica e é implicada pelo delineamento da liberdade de prova e da atuação jurisdicional no procedimento probatório.

1. Conceitos de verdade e de certeza

Os conceitos de verdade e de certeza possuem grande relevância no processo penal, vez que, em síntese, o processo busca o conhecimento para levar ao convencimento judicial acerca das questões de fato e de direito trazidas para decisão.

A verdade é objeto de muitas especulações desde a antiguidade, consistindo sua busca em finalidade essencial da filosofia.[1] Até os dias atuais, não se encontra consenso em torno de seu conceito.

Conforme indica Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, algumas das principais teorias sobre a verdade são: teoria da correspondência, teoria da coerência, teoria pragmática e teoria da semântica.[2]

Segundo a teoria da correspondência, encontrada já em Aristóteles e Platão, a verdade significa a correspondência de uma proposição com um fato,[3] "a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade".[4]

A teoria da coerência, proposta por Leibniz e Espinosa, funda-se em "um conjunto de crenças perceptíveis e preexistentes", sendo que se diz verdadeira ou falsa uma proposição conforme seja coerente ou não com um sistema de proposições.[5]

Por sua vez, a teoria pragmática sustenta a utilidade, a praticidade e a eficácia da verdade, que deve se voltar para o futuro.[6]

Quanto à teoria da semântica, trata-se de relacionar a verdade à sua demonstração, ao uso da linguagem.[7]

1. Barros, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 13-18; Khaled Jr., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 29-30; Pitombo, Cleunice A.; Valentim Bastos. *Processo penal: prova e verdade*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2003, p. 71.
2. Pitombo. Op. cit., p. 73. Antonio Magalhães Gomes Filho (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 43), referindo as diversas teorias sobre a verdade, assim as descreve: "(...) desde as posições céticas, que excluem qualquer possibilidade de um saber absoluto, passando pelas doutrinas subjetivistas, psicológicas ou epistemológicas, que encaram a verdade como um estado da mente ou uma crença, até as correntes objetivas, lógicas ou ontológicas, que afirmam ser possível a ideia de verdade como *correspondência com os fatos*, procuram-se respostas a esse problema fundamental e seguramente insolúvel".
3. Pitombo. Op. cit., p. 74.
4. Barros. Op. cit., p. 14-15.
5. Pitombo. Op. cit., p. 77.
6. Idem, p. 79-82.
7. Idem, p. 82-83.

A verdade distingue-se da certeza, posto que apresenta caráter objetivo, enquanto esta é de natureza subjetiva. A certeza significa a crença na percepção da conformidade do conhecimento com a realidade;[8] corresponde ao estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição,[9] "um estado de espírito representado pela 'segurança subjetiva da verdade de um conhecimento' ou 'pela garantia de que um conhecimento oferece da sua verdade' ".[10]

Desse modo, a verdade e a certeza não obrigatoriamente correspondem, já que é possível se ter certeza do que é falso, assim como duvidar do que é verdadeiro.[11]

No processo penal, a busca da verdade é feita pela reconstrução dos fatos, por meio de mecanismos probatórios. Entretanto, o alcance da verdade mostra-se como uma situação inatingível ou de difícil realização.[12]

Por essa razão, ao longo do tempo, surgiram diversos questionamentos sobre a necessidade e a relevância da busca da verdade, bem como sobre ser ela uma finalidade do processo e das provas.

2. A VERDADE, CONFORME OS DIFERENTES SISTEMAS PROCESSUAIS E FUNÇÕES DO PROCESSO

A preponderância ou o desprezo da verdade, no processo penal, mostraram-se ligados às concepções sobre o fim e a finalidade do processo e das provas, bem como sobre a configuração do sistema processual.

Nesse sentido, quanto aos sistemas processuais, ensina Antonio Magalhães Gomes Filho que, na denominada Escola Positiva, que influenciou o Código de Processo Penal promulgado em 1941, defendia-se o papel de defesa da sociedade atribuído ao direito penal e ao

8. BARROS. Op. cit., p. 23.
9. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 26.
10. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 115.
11. BARROS. Op. cit., p. 23.
12. GOMES FILHO. Op. cit., p. 43-44; BADARÓ. Op. cit., p. 28.

processo penal. Assim, sustentava-se a busca da "verdade efetiva, material, histórica", que constituiria o escopo específico do processo e que se realizaria por meio do sistema inquisitório.[13]

O interesse público ínsito ao processo penal exigiria que se provesse o mais eficientemente possível a realidade dos acontecimentos, de sorte que teria o julgador liberdade ampla quanto ao objeto e aos meios da investigação, por ele desenvolvida.[14]

Já no *common law*, com o sistema *adversarial*[15] e procedimento diante do júri, predomina a iniciativa individual, o que leva a restrição do procedimento probatório à atividade das partes. A prova tem como objetivo a persuasão e o processo tem como fim a solução de conflitos, de modo que a busca da verdade não assume papel imprescindível nesse sistema.[16]

Assim, "a *verdade* perseguida é aquela própria das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (*probable truth*)".[17]

Em vista da impossibilidade de se atingir um conhecimento absolutamente verdadeiro, releva-se o modo de realização dos atos procedimentais, buscando a correção do procedimento.[18]

Da mesma maneira, vê-se distinção na concepção da verdade conforme a compreensão da função da prova. Essencialmente, a prova pode apresentar função cognitiva ou persuasiva.

13. Idem , p. 33-34.
14. Idem, p. 34-35.
15. Ada Pellegrini Grinover (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *RBCCrim* 27. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999, p. 72 e 77) destaca a distinção entre os binômios processo acusatório-inquisitório e sistema *adversarial-inquisitorial*. O processo acusatório significa "aquele em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos diversos", enquanto o processo inquisitório não contém tal separação. Já a oposição entre sistema *adversarial* e *inquisitorial* funda-se na disposição de partes, em um, e no impulso oficial, no outro.
16. Gomes Filho. Op. cit., p. 39.
17. Idem, ibidem.
18. Idem, p. 39-40.

Em certos momentos da História, como na Antiguidade Greco-Romana, verifica-se uma concepção retórica da prova, pela qual ela seria um argumento persuasivo, visando ao convencimento em torno de um fato relevante para a decisão.[19]

Nessa ordem de ideias, considerando que se pode convencer e ter certeza sobre afirmações falsas, a prova não guarda relação direta com a verdade, que é tratada apenas lateralmente, vista como irrelevante.[20]

Ao contrário, em outras épocas, como na Idade Média, aproxima-se a prova do raciocínio lógico e do cientificismo, buscando-se a demonstração da verdade.[21] Chega-se, então, ao outro extremo, em que a pesquisa da verdade torna-se ilimitada, admitindo todos os meios de investigação, justificando-se, inclusive, a tortura.

A verdade é ainda afetada pela visão dos escopos do processo.[22] Tem-se dito que o processo visaria à atuação da vontade da lei, à correta aplicação do ordenamento jurídico-penal, à pacificação social, à resolução de conflitos, à busca da verdade.[23]

Verifica-se que, por vezes, ao se admitir como fim do processo a pacificação social ou a resolução de conflitos, relega-se a verdade a papel secundário, porquanto ela é vista como desnecessária.[24] Nesse

19. TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 323-331.
20. BADARÓ. Op. cit., p. 23.
21. UBERTIS, Giulio. La ricerca della veritá giudiziale In: _____. *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1-16.
22. Como frisa Antonio Magalhães Gomes Filho (Op. cit., p. 19), "as concepções sobre o papel do processo – e, especialmente, da prova – estão diretamente relacionadas aos escopos do próprio Estado: assim, num Estado que pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para uma organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória estará menos afetada pelos interesses do próprio Estado". Da mesma forma, ocorrerá com a verdade.
23. Ver, dentre outros, PITOMBO. Op. cit., p. 23. A respeito dos escopos sociais, políticos e jurídico da jurisdição, veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

caso, não importa se a solução se baseia no conhecimento verdadeiro, desde que decida e resolva o conflito.

Assim também, ao se adotar a Justiça Consensual, fundada na composição do conflito, deixa-se de considerar a verdade como essencial.

De outra parte, a busca da verdade já foi admitida como o próprio escopo do processo, como relata Cândido Rangel Dinamarco: "Também entre os juristas a verdade é uma preocupação constante. Do processo, chegou-se a dizer que é uma 'busca *proustiana* da verdade' e, de um modo geral, conta com boa aceitação a ideia de que ele tenha mesmo a função de promover essa busca e descoberta".[25]

Embora a verdade não possa ser tomada como fim do processo[26] ou seu único objetivo, não se pode, de maneira alguma, descartar seu valor, até mesmo para a legitimação do processo.[27]

Como ressalta Antonio Magalhães Gomes Filho, "ainda que a obtenção dessa *verdade* possa ser limitada pelos diversos fatores antes apontados, não se poderia conceber uma sentença *justa* que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos; se não fosse assim, os sistemas processuais não se ocupariam em prever os diversos meios de impugnação para reexame de decisões errôneas sobre os fatos, inclusive depois do trânsito em julgado".[28]

Nas palavras de Marco Antonio de Barros, "é mister descobrir a verdade para que a lei possa ser aplicada corretamente". Ressalva, porém, este autor que "não se pode confundir a descoberta da verdade com o fim do processo", vez que ela é meio e não fim do processo.[29]

24. Badaró. Op. cit., p. 22.
25. Op. cit., p. 230.
26. "Que o juiz julgue 'segundo a verdade e a justiça', mas não se pense que a verdade seja, no processo, um fim em si mesma." Idem, ibidem.

    Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo (Op. cit., p. 107) distingue o fim e a finalidade do processo, afirmando que o fim do processo é a prestação jurisdicional justa. A finalidade estaria no devido processo legal e asseguração dos demais direitos e garantias, bem como na restauração ou manutenção da paz pública, na concretização da política criminal e na reparação do dano.
27. Gomes Filho. Op. cit., p. 53-54.
28. Idem, p. 54.

Segundo Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a busca da verdade mostra-se relevante e constitui o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa.[30]

3. Verdade formal e verdade material

As diversas concepções de sistemas e sobre a verdade levaram à adjetivação da verdade, a fim de expressar diferentes padrões de conhecimento. Assim, opuseram-se verdade material, real ou objetiva, e verdade formal, judicial, processual.

Jordi Ferrer Beltrán relata que a distinção surgiu, na doutrina alemã, no final do século XIX, em face da constatação de que, em virtude dos limites à determinação da verdade, seria possível que se considerasse provado um enunciado falso. A separação em dois tipos de verdade visaria, então, tentar se subtrair ao seguinte dilema: ou se abandonar a definição de prova em termos de verdade, a relação conceitual entre as duas noções; ou se sustentar que, no caso em que se declara provado um enunciado sobre fatos que resultem falsos, ele, na realidade, não está provado.[31]

De acordo com o autor, verdade material é aquela sobre a qual se discute fora do processo, verdade *tout court*, que corresponderia à verdade "verdadeira", enquanto correspondência do enunciado com a realidade. Consigna o autor que seria a verdade inatingível, pelo menos em muitos casos.[32]

Por outro lado, Beltrán define a verdade formal como aquela que se obtém no processo como resultado da atividade probatória, que pode ou não coincidir com a material, mas que é dotada de autoridade pública.[33]

Luigi Ferrajoli, por seu turno, aponta a verdade material como aquela a que aspira o modelo substancialista do direito penal, "uma

29. Op. cit., p. 21-22.
30. Op. cit., p. 25.
31. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 71.
32. Idem, ibidem.
33. Idem, ibidem.

verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais".[34]

Quanto à verdade formal, expõe o jurista: "Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade *formal* ou *processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética 'verdade substancial', no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação, ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da *falsidade formal* ou *processual* das hipóteses acusatórias".[35]

De forma diversa, distingue-se também a verdade formal e a verdade material conforme haja maior ou menor intervenção estatal na colheita de provas e se procure de forma mais acentuada a produção de provas ou não.

Segundo Marco Antonio de Barros, a verdade material corresponde à reprodução plena de um fato, que ocorre "por meio da busca das melhores provas em matéria penal, não sendo caso de contentar-se com provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possam ter em concreto, e, por fim, quando a lógica das coisas não autoriza crer que devam existir outras ainda melhores".[36]

Ainda de acordo com o autor, a supremacia da verdade material no processo penal seria determinada pelo interesse público, "pois é com base nesse interesse que se fixa a exigência no sentido de que a

34. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 48.
35. Idem, ibidem.
36. Op. cit., p. 29.

condenação só deve ser imposta como providência jurisdicional justa e que apresente a solução adequada ao pedido formulado pelo autor da ação".[37]

Já na verdade formal, conforme seu entendimento, "permite-se ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem obedecer rigorosa observância à exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade, tal qual sucede no caso do princípio da verdade material". "(...) A reprodução jurídica do fato exaure-se nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes, sendo mínima, ou até mesmo inexistente, a iniciativa do juiz na produção de prova com o intuito de se descobrir a verdade".[38]

Vê-se, portanto, que se trata de concepção similar à que distingue sistema *adversarial* e *inquisitorial*, baseada nos poderes instrutórios do juiz.

Tradicionalmente, costuma-se identificar a verdade formal com o processo civil, enquanto se atribui ao processo penal a busca da verdade material.[39] Isso porque, no processo civil, estar-se-ia diante de interesses disponíveis, prevalecendo o objetivo de resolução de conflitos.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, não há que se continuar sublinhando a distinção entre verdade material, para o processo penal, e verdade formal, para o processo civil. "A diferença que persiste reside na existência, no processo civil, de fatos incontroversos, sobre os quais não se admite prova, enquanto no processo penal tradicional, mesmo diante de fatos incontroversos, o juiz deve sempre pesquisar com a finalidade de determinar a produção da prova capaz de levá-lo ao conhecimento dos fatos".[40]

Com efeito, considerando que a verdade essencial não pode ser alcançada, na maioria dos casos, e que se trata de escolha de modelo processual, a distinção não tem razão de ser.

Nota-se que, em diversas ocasiões, a referência à verdade real, como sendo aquela que orienta o processo penal, é utilizada de forma a

37. Idem, ibidem.
38. Idem, p. 30.
39. Badaró. Op. cit., p. 33; Barros. Op. cit., p. 31; Pitombo. Op. cit., p. 107.
40. Op. cit., p. 78.

justificar posições da acusação, restrições a direitos fundamentais ou maior rigor na persecução penal.

A respeito, confira-se recente julgado do STF:

" *Habeas corpus* – Pretendido trancamento da ação penal – Alegação de inexistência de justa causa – Situação de iliquidez quanto aos fatos subjacentes à acusação penal – Controvérsia que implica exame aprofundado de fatos e confronto analítico de matéria essencialmente probatória – Inviabilidade na via sumaríssima do *habeas corpus* – Pedido indeferido. – A extinção anômala do processo penal condenatório, em sede de *habeas corpus*, embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie – Com base em situações revestidas de liquidez – A ausência de justa causa. O reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de *habeas corpus*, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal. – Havendo suspeita fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se legítima a instauração da *persecutio criminis, eis que se impõe, ao Poder Público, a adoção de providências necessárias ao integral esclarecimento da verdade real, notadamente nos casos de delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada.* Precedentes – A liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o remédio processual do *habeas corpus* não admite dilação probatória, nem permite o exame aprofundado de matéria fática, nem comporta a análise valorativa de elementos de prova. Precedentes" (HC 94.592, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 02.04.2009) (grifos nossos).[41]

Assim também, diante de recurso interposto contra decisão que beneficiou a acusação, invocou-se a verdade material para suprir lacuna referente à substituição de testemunhas, na nova disciplina do processo penal, permitindo a prova ao órgão ministerial:

41. Assim também, utilizando o argumento da busca da verdade real, o STF acolheu recurso do assistente de acusação, quando o recurso próprio não havia sido interposto pelo Ministério Público: HC 71.453, 2.ª T., rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* 27.10.1994. Do mesmo modo, a verdade real foi invocada para admitir prova de reincidência do acusado em sede recursal (STF, HC 69.188, 1.ª T., rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 26.03.1993).

"Ação penal – Agravo regimental – Substituição de testemunha – Nova redação do art. 397 do CPP – Reforma processual penal. silêncio eloquente – Inocorrência – Análise teleológica do processo – Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Possibilidade – Alegação de fraude ao momento processual para o arrolamento de testemunha – Improcedência – Agravo regimental desprovido. 1. A recente reforma processual penal alterou capítulos inteiros e inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal. No contexto dessa reforma, a Lei 11.719/2008 deu nova redação a inúmeros artigos e revogou diretamente outros. Dentre os dispositivos cujo texto foi alterado, encontra-se o art. 397, que previa a possibilidade de o juiz deferir a substituição de testemunha que não fosse localizada. 2. A ausência de previsão específica do Código de Processo Penal acerca do direito à substituição não pode ser interpretada como 'silêncio eloquente' do legislador. A busca por um provimento jurisdicional final justo e legítimo não pode ser fulminado pelo legislador, sob pena de o processo não alcançar sua finalidade de pacificação da lide. 3. A prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal. Por esta razão, o juiz pode convocar, de ofício, testemunhas que considere importantes para a formação do seu convencimento. Daí porque não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução. 4. É inadmissível a interpretação de que a 'vontade do legislador', na reforma processual penal, seria no sentido de impedir quaisquer substituições de testemunhas no curso da instrução, mesmo quando não localizada a que fora originalmente arrolada. Tal interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da 'verdade material'. 5. Perfeitamente aplicável, à espécie, o art. 408, III, do CPC, tendo em vista que a testemunha substituída não foi localizada em razão de mudança de endereço. 6. O fato de a testemunha arrolada em substituição ser conhecida desde a época do oferecimento da denúncia não impede seu aproveitamento, quando houver oportunidade legal para tanto. 7. No caso, não é possível vislumbrar fraude processual ou preclusão temporal para o arrolamento da testemunha substituta, tendo em vista que a testemunha que não foi encontrada existe e prestou depoimento na fase policial. Sua não localização no curso da instrução abre a possibilidade legal de sua substituição. 8. Agravo regimental

desprovido" (STF, Segundo AgRg na APn 470, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 29.04.2009).

Não se descura, porém, do uso da verdade real como fundamento para garantia de direito fundamental, como em revisões criminais:

" *Habeas corpus* – Processo penal – Revisão criminal – Cabimento – Hipóteses – Inc. I do art. 621 do CPP – Sentença contra a evidência dos autos – Fragilidade evidente do conjunto probatório – Imutabilidade das decisões judiciais – Primazia do direito à presunção de não culpabilidade. 1. A revisão criminal retrata o compromisso do nosso direito processual penal com a verdade material das decisões judiciais e permite ao Poder Judiciário reparar erros ou insuficiência cognitiva de seus julgados. 2. Em matéria penal, a densificação do valor constitucional do justo real é o direito à presunção de não culpabilidade (inc. LVII do art. 5.º da CF/1988). É dizer: que dispensa qualquer demonstração ou elemento de prova é a não culpabilidade (que se presume). O seu oposto (a culpabilidade) é que demanda prova, e prova inequívoca de protagonização do fato criminoso. 3. O polêmico fraseado 'contra a evidência dos autos' (inc. I do art. 621 do CPP) é de ser interpretado à luz do conteúdo e alcance do direito subjetivo à presunção de não culpabilidade, serviente que é (tal direito) dos protovalores constitucionais da liberdade e da justiça real. 4. São contra a evidência dos autos tanto o julgamento condenatório que ignora a prova cabal de inocência quanto o que se louva em provas insuficientes ou imprecisas ou contraditórias para atestar a culpabilidade do sujeito que se ache no polo passivo da relação processual penal. Tal interpretação homenageia a Constituição, com o que se exalta o valor da liberdade e se faz justiça material, ou, pelo menos, não se perpetra a injustiça de condenar alguém em cima de provas que tenham na esqualidez o seu real traço distintivo. 5. Ordem concedida" (STF, HC 92.435, 1.ª T., rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 16.10.2008).

4. A VERDADE POSSÍVEL, EM UM DEVIDO PROCESSO PENAL. LIMITAÇÕES À BUSCA DA VERDADE

A verdade é única e não admite cisões, mas comporta apenas conhecimentos parciais e subjetivos diversos.[42]

42. BARROS. Op. cit., p. 19.

Enquanto concordância entre o conhecimento e a realidade, ela é inalcançável, posto que o conhecimento sempre será parcial. Ainda que se tenha convicção sobre uma determinação situação, nunca será possível saber se ela é, realmente, verdadeira, pois podem existir outros ângulos sobre aquela realidade que permanecem ocultos.

Como refere Marco Antonio de Barros, "a essência da verdade 'em si' reina acima do homem", por isso "é tida pela metafísica como eterna e imperecível, e jamais poderá ser edificada sobre a instabilidade do frágil ser humano. Nessa mesma linha, não falta quem afirme ser impossível atingir a verdade suprema, transcendental, que está fora do alcance do humano".[43]

Note-se que nem mesmo os participantes da situação de fato que se esteja a julgar possuem conhecimento da verdade, eis que suas visões são parciais.

Sendo assim, não se pode considerar que o processo penal é apto a desvendar a verdade. Contudo, esse fato não permite que se realize um julgamento apartado do conceito de verdade. Não se trata também de contentar-se com provas mínimas ou com elementos manipulados trazidos pelas partes.

Cuida-se de fixar a busca pela verdade como parâmetro para o desenvolvimento do processo, assumindo-se, porém, que o resultado que pode ser alcançado é o de uma verdade possível. Uma abordagem atual da verdade deve dizer com o estabelecimento de normas para a pesquisa da verdade, que impliquem eficiência e legitimação, ao mesmo tempo em que considere a existência de diferentes níveis ou graus (*standards*) de "verdade", conforme o processo e o momento processual.

Nessa esteira, a doutrina tem referido a verdade possível,[44] processual, atingível ou aproximativa.[45] Nesse sentido, "o juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza".[46]

43. Idem, p. 16.
44. Dezem, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millenium, 2008, p. 93.
45. Pitombo. Op. cit., p. 116.
46. Grinover. Op. cit., p. 78.

Jorge de Figueiredo Dias, embora utilizando a expressão "verdade material", trata do sentido de verdade acima citado: "Se diz que em processo penal está em causa não a 'verdade formal', mas a 'verdade material', que há de ser tomada em seu duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há de ser antes de tudo, uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida".[47]

A verdade praticável e aceitável no processo penal moderno sujeita-se a regras, que conferem legitimidade ao processo, e a limitações de variadas ordens. Como destaca Marco Antonio de Barros, "certo é que a lisura moral e a ética efetivamente impõem restrições à busca da verdade e até formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a reconstituição fiel e integral dos fatos. Esse é o preço a ser pago em benefício da preservação de direitos e garantias individuais proeminentes. A questão se resolve em sede de política criminal e de acordo com a opção legislativa que emoldura o sistema processual, de sorte que se permite vedar a utilização de algum direito justamente para garantir-se a preservação de outro que a lei considere mais relevante".[48]

Os limites à busca da verdade possuem variados fundamentos, como destaca Antonio Magalhães Gomes Filho: "Esses limites probatórios podem ter fundamentos *extraprocessuais* (*políticos*), como ocorre em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou *processuais* (*lógicos, epistemológicos*), quando se excluem, por exemplo, as provas impertinentes, irrelevantes ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea".[49]

O limite extraprocessual correspondente à inadmissibilidade das provas ilícitas, contido no art. 5.°, LVI, da CF/1988 e ora introduzido ao Código de Processo Penal, em seu art. 157, foi consignado pelo STF em julgamento de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence:

47. Apud Barros. Op. cit., p. 37.
48. Barros. Op. cit., p. 38.
49. Op. cit., p. 93.

"I. *Habeas corpus*: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (art. 5.º, LVI, CF/1988): considerações gerais. 2. *Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (art. 5.º, LVI, CF/1988), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo*: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (art. 6.º, V, CPP) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 do CPP – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia

constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato *probando* for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido" (HC 80.949, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.12.2001) (grifos nossos).

A busca da verdade deve se pautar pelas regras do devido processo penal, com observância dos direitos e garantias individuais, para que o resultado obtido esteja conforme a ordem jurídica.

Nesse sentido, deve-se ter especial atenção à legalidade, de modo que a verdade somente seja buscada por meio de procedimentos previstos em lei. Assim também ao contraditório, pois, com a atuação das partes, trazendo ao processo diferentes pontos de vistas, torna-se mais factível a aproximação da verdade.

Importa ainda verificar o papel a ser desempenhado pelo juiz, que suscita discussão na doutrina. No entendimento de Ada Pellegrini Grinover, para que se chegue ao estágio mais próximo possível da certeza, é preciso que o juiz seja dotado de iniciativa instrutória, não podendo limitar-se a analisar os elementos fornecidos pelas partes.[50]

Marcos Alexandre Coelho Zilli também defende a iniciativa instrutória do juiz. Ressalta, porém, que este poder de acertamento fático

50. Op. cit., p. 77-78.

"não será exercido de maneira preponderante e sufocadora de qualquer atuação das partes processuais (...). Este apuramento fático é, portanto, concretizado por intermédio de iniciativas que, longe de exprimirem comportamentos reiterados, indicam atuação esporádica." [51]

Destaca o autor a conjugação de atuação: "Afinal, o caminhar processual é realizado em conjunto e em cooperação com as partes processuais. Se a estas é defeso caminhar sozinhas, tampouco será conveniente a figura de um julgador solitário em sua jornada".[52]

Em verdade, o contraditório mostra-se de grande relevância para a busca da verdade, mas também não se despreza a necessidade de atuação judicial, pois é de se reconhecer que o objetivo das partes no processo não coincide com o do Juiz e da Justiça, consistindo na obtenção do resultado positivo à sua posição.

Assim, mostra-se também pertinente a atuação do juiz na atividade probatória. No entanto, como adverte Rogério Schietti Machado Cruz, tal atuação deve ocorrer de "modo muito cuidadoso para não ferir a sua imparcialidade, e isso só pode ser alcançado quando o uso de seus poderes instrutórios se dá em caráter supletivo à atividade probatória das partes".[53]

"O juiz deve atuar permanentemente atento ao cumprimento do princípio do contraditório, pois ele constitui um instrumento, ainda hoje o menos imperfeito, para a busca da verdade. (...) Nesse sentido, os poderes instrutórios conferidos ao juiz não suprimem a contrariedade, mas conjugam-se a ela." [54]

5. Considerações finais

A verdade possui diversas concepções, não permitindo, até o presente, uma definição que encontre consenso entre os estudiosos e mesmo entre leigos.

51. Op. cit., p. 117.
52. Idem, p. 117.
53. Instrução criminal. Princípios do impulso oficial e da verdade real. Concentração. *Conselho de Justiça Federal: propostas para um novo modelo de persecução criminal: combate à impunidade*. Brasília: CJF, 2005, p. 149.
54. Barros. Op. cit., p. 40-41.

Numa acepção metafísica, mostra-se superior ao universo humano, sendo, portanto, inatingível.

Apesar da dificuldade em ser conceituada, a verdade mostra-se única, não comportando divisões, classificações ou adjetivações. A distinção entre verdade material e verdade formal representa, na realidade, visões distintas sobre a configuração do processo penal e de seu fim.

Nesse sentido, fala-se em verdade material enquanto verdade real, que seja buscada por todos os meios, não importando quais, e com a atuação preponderante do juiz. Em contraposição, a verdade formal seria aquela obtida em um processo no qual a atividade probatória estaria incumbida às partes, sem intervenção da autoridade judicial para complementar a sua busca.

Em uma abordagem moderna, contudo, não é cabível tal distinção, sendo de maior valia a definição das regras pelas quais a verdade, enquanto parâmetro do desenvolvimento procedimental, seja buscada, levando à legitimação do resultado obtido.

Afinal, como leciona Cândido Rangel Dinamarco, com base na doutrina de Luhmann, "legítimo é o sistema processual na medida em que conquiste maiores graus de aceitação social a partir da observância desses três princípios" – *due process of law*, isonomia e contraditório. "Se a jurisdição é poder e um dos mais destacados atos de seu exercício, a sentença, é antes de tudo um ato político, é no contexto dos atos políticos que se examina a legitimidade da jurisdição".[55]

Assim, a verdade não deixa de ser objetivo do processo penal, mas sua busca é pautada pelas regras do devido processo penal e pelos direitos e garantias individuais, assim como pelas limitações à atividade probatória.

Como assevera Antonio Magalhães Gomes Filho, "um verdadeiro modelo *cognitivo* de justiça penal pressupõe não apenas que a acusação seja confirmada por provas (*nulla accusatio sine probatione*), mas também o reconhecimento de poderes à defesa do acusado no procedimento probatório, especialmente o de produzir provas contrárias às da acusação (*nulla probatio sine defensione*). A *verdade processual*, nessa ótica, não é a verdade extorquida inquisitoriamente, mas uma verdade

55. Op. cit., p. 140.

obtida através de provas e desmentidos. E tais garantias da verdade processual serão ilusórias se não forem asseguradas no procedimento probatório as garantias do *devido processo legal*, a começar pela *imparcialidade* do magistrado que conduz a investigação".[56]

O procedimento probatório há, assim, de levar a uma aproximação da verdade que permita atingir um grau de certeza suficiente à absolvição e à condenação. Em não se atingindo tal nível com relação à tese acusatória, a solução encontra-se na absolvição, em vista da regra do *in dubio pro reo*.

6. Bibliografia

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

Barros, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Beltrán, Jordi Ferrer. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004.

Cruz, Rogério Schietti Machado. Instrução criminal. Princípios do impulso oficial e da verdade real. Concentração. *Conselho de Justiça Federal: propostas para um novo modelo de persecução criminal: combate à impunidade*. Brasília: CJF, 2005.

Dezem, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millenium, 2008.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

Grinover, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *RBCCrim* 27/71-79. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999.

Khaled Jr., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: JusPodivm, 2009.

Moccia, Sergio. Verdad sustancial y verdad procesal. *Revista de Derecho Penal* 13/157-166. Montevideo, dez. 2002.

Pitombo, Cleunice A. Valentim Bastos. *Processo penal: prova e verdade*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2003.

Taruffo, Michelle. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

56. Op. cit., p. 55.

UBERTIS, Giulio. La ricerca della veritá giudiziale. In: _____ (org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1-16.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

III CRIME E SOCIEDADE

1

Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Mestre em Direito pela UFPR e em Criminologia pela Università degli Studi di Padova. Professor de Prática Penal na UFPR. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A revisão do conceito de controle social de um ponto de vista sociológico pode servir de base a uma abordagem crítica e atual de políticas de segurança pública, verificando, no plano teórico, se o conceito serve, enquanto ferramenta explicativa, para a abordagem de questões como a relação entre Estado e sociedade civil em sociedades colonizadas e a atual problemática do controle do território em favelas por traficantes de drogas. Propõe-se a separação analítica entre a atividade de tráfico em si e a violência que decorre de sua dinâmica, interpretando aquela como uma atividade essencialmente empresarial. No plano político-criminal, defende-se a necessidade de uma nova concepção de política de segurança pública neste âmbito, exclusivamente fundada sobre o resgate de laços comunitários e

ABSTRACT: The review of the concept of social control from a sociological point of view can be the basis of a critical approach to current public security policies. The theoretical aim is to verify the usefulness of the concept as an explanatory tool for the interpretation of questions regarding the relationship between State and society in colonized societies and, specifically, the current issue of territory control in slums carried out by drug traffickers groups. First, we propose the analytical separation between the activity of trafficking itself and the violence that stems from its dynamic, interpreting the trafficking of illegal drugs primarily as a business activity; secondly, from a political-criminal perspective, we defend the need for a new conception of public security, based exclusively on the recovery of community

contra a resposta bélica e violenta por parte do Estado.

Palavras-chave: Controle social – Tráfico de drogas – Descriminalização – Criminologia crítica.

ties and against military and violent response by the State.

Keywords: Social control – Drug trafficking – Decriminalization – Critical criminology.

Sumário: 1. Introdução – 2. O conceito de controle social – 3. As favelas no Brasil: 3.1 Origem; 3.2 Um ambiente de solidariedade – 4. A violência "através" das drogas: 4.1 A violência e o medo; 4.2 A violência e a droga: 4.2.1 O tráfico como atividade empresarial; 4.2.2 Qual "controle social"?; 4.3 A violência através da resposta bélica – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

1. Introdução[1]

Controverso desde sempre, o conceito de *controle social* ainda está presente nos debates sobre ordem pública e segurança social em sentidos diversos, referindo-se a matrizes teóricas distintas. A expressão acabou se transformando em um instrumento conceitual que serve a qualquer fim sem apresentar, necessariamente, um claro conteúdo substancial;[2] foi por isso definido "ideia Mickey Mouse" [3] e sua própria sobrevivência já foi colocada em dúvida.[4]

Mesmo assim o conceito pode ser útil como ponto de partida de uma abordagem crítica, inclusive se tão somente para constatar sua inadequação, por exemplo, perante um problema concreto como o tráfico de drogas ilícitas e sua relação com as favelas brasileiras. Decorrem desdobramentos teóricos e práticos que aproximam hipóteses

1. Adaptação de trabalho apresentado como requisito de conclusão ao *Master in Criminologia Critica, Prevenzione e Sicurezza Sociale*, no ano de 2009, na Università degli Studi di Padova.
2. Sumner, Colin. Social control: the history and politics of a central concept in anglo-american sociology". In: Bergalli, Roberto; Sumner, Colin (coords.). *Social control and political order: european perspectives at the end of the century*, p. 1; Alvarez, Marcos César. Controle social: notas em torno a uma noção polêmica. *São Paulo em Perspectiva* 18(1), p. 173.
3. Cohen, Stanley. *Visions of social control*, p. 2.
4. Sumner, Colin. Op. cit., p. 3.

explicativas da violência urbana e da resposta bélica do Estado às concepções que reduzem a questão do controle social, principalmente no debate jurídico, à mera relação entre Estado e cidadão.

É importante, em primeiro lugar, considerar a complexa origem semântica do termo na Europa e nos Estados Unidos e suas diferenças de sentido, que variam entre a ideia de inspeção e vigilância, de um lado, e de força e poder, de outro.[5] Emergem duas macroperspectivas bastante diversas entre elas: por um lado, a tradição europeia-continental que desde Hobbes e o contratualismo identificam o exercício do controle com o poder do Príncipe, depois do Estado, e que portanto valorizam a relação de sujeição do controlado perante o controlador. Por outro, aquela que se origina das obras de Herbert Spencer e Émile Durkheim[6] no final do século XIX, e se desenvolve com a sociologia norte-americana a partir do início do século XX, utilizando a categoria de "controle" como propriamente *social*, e não apenas *penal*, vinculando-o à problemática mais ampla do que faz com que um grupo de indivíduos se transforme em uma sociedade; trata-se, em outras palavras, da questão fundante da própria sociologia: "por quê um simples conjunto de indivíduos passa a agir de modo coeso?".[7]

O objeto específico do trabalho é um tema bastante atual e circunscrito à realidade brasileira, sem se poder jamais deixar de lado o fato de ambas as perspectivas de "controle social" terem sido produzidas no assim chamado "primeiro mundo". A própria concepção de controle social como mera manifestação do poder monopolizado pelo Estado, através do sistema penal, pode ser compreendida como uma consequência da prevalência de um modelo funcionalista no debate jurídico. Considerando a predominância atual e renovada de tal abordagem no penalismo contemporâneo,[8] parece importante o resgate de teorias críticas construídas especialmente durante a década de 70, do

5. GURVITCH, George. El control social. *Sociología del siglo XX*, p. 245.
6. DURKHEIM, Émile. *La divisione del lavoro sociale*. Torino: Edizioni di Comunità, 1999 [1893].
7. PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. *Introduction to the science of sociology*, p. 27: "how does a mere collection of individuals succeed in acting in a corporate and consistent way?"
8. BERGALLI, Roberto. ¿De cuál derecho y de qué control social se habla? *Contradicciones entre derecho y control social*, p. 28; SUMNER, Colin. Op. cit., p. 19.

labelling approach à criminologia crítica, no sentido de se desconstruir o discurso da guerra contra as drogas enquanto "tranquilizante social" e modalidade de controle das "classes perigosas",[9] através de políticas de incapacitação incompatíveis com qualquer forma de governo democrático.

Ao mesmo tempo, porém, há a necessidade de se tomar seriamente em consideração o problema do tráfico de drogas e suas relações para com o controle violento do território, não ignorando, desde o início, o conhecido paradoxo pelo qual a questão das drogas é tanto um "problema social concreto" quanto é, como todos os "problemas sociais" e especialmente os que são denominados "crimes", uma construção social tendencialmente carente de qualquer referencial ontológico.

Justifica-se, enfim, a maior, mas não exclusiva atenção dedicada ao Rio de Janeiro,[10] assumindo-se a posição que considera a cidade um caso exemplar, ou quase um "tipo ideal",[11] no sentido de que suas "características únicas incluem sua configuração geográfica, seu papel de primeira atração turística do Brasil, o demasiadamente publicizado nível de violência e a forma particular com a qual se coloca a criminalidade".[12]

9. CHRISTIE, Nils. El control de las drogas come un avance hacia condiciones totalitarias. *Criminologia Critica y Control Social: 1. El Poder Punitivo del Estado*, p. 157.
10. Sobre São Paulo, por exemplo, v.: SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Criminalidad urbana y espacio público: il caso del PCC en la ciudad de San Pablo. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coords.). *Emergencias urbanas*; CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo* ; PUCCI, Rafael Diniz. *Research in brief. Brazil on trial: mafia, organized crime, gang, terrorist group – or, simply, a problem created by a state policy?*
11. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. *Matar, morrer, civilizar: o " problema da segurança pública "*, p. 4.
12. LEEDS, Elizabeth. Cocaine and parallel polities in the brazilian urban periphery: constraints on local-level democratization. *Latin American Research Review* 31 (3), p. 50: "[Rio's] unique characteristics include its geographical configuration, its role as Brazil's prime tourist attraction, its overpublicized level of violence, and the particular form in which criminal organization has evolved".

2. O CONCEITO DE CONTROLE SOCIAL

Não há um conceito unívoco de "controle social": poder-se-ia tratar do tema, por exemplo, desde uma perspectiva historicizada,[13] na qual o tema se aproximaria dos processos de concentração de poder. A história da punição pode ser assim compreendida através de uma visão *evolucionista*, segundo a qual as transformações ocorreram em sintonia ao progresso contínuo da humanidade,[14] ou desde uma abordagem *revisionista*, que inclui diversas teorias críticas, dentre as quais, por exemplo, a arqueologia de Michel Foucault e as teorias fundadas no materialismo dialético de origem marxista.

Por isso mesmo é preciso delimitar o escopo deste texto ao desenvolvimento do discurso *sociológico* sobre o conteúdo do conceito de controle social. As mais aprofundadas revisões sobre o tema[15] indicam como nos Estados Unidos se buscou outra resposta ao problema da manutenção da coesão social; resposta esta encontrada na rejeição da centralidade *a priori* do conceito de Estado, próprio do modelo contratualista[16] e da tradição denominada "europeia-continental". Com um olhar mais atento ao caráter empírico dos processos de comunicação e interação social, especialmente no âmbito da delinquência juvenil, a coerção através da "força da lei" certamente teve seu papel, porém marginal e sempre subordinado às necessidades de produção de consenso.[17] Em outras palavras, as conexões com problemas macrossociológicos tais como ordem, autoridade e poder perderam importância em face de uma perspectiva essencialmente sociopsicológica,[18] ou seja, voltada à *socialização* do indivíduo em uma sociedade pluralista. Consequentemente, o "controle social" se apresentou sobretudo como motivação, ao invés de repressão.[19]

13. SUMNER, Colin. Op. cit.; COHEN, Stanley; SCULL, Andrew. Introduction: social control in history and sociology". In:_____; _____ (coords.). *Social control and the State*, p. 2-4.
14. GURVITCH, George. Op. cit., p. 260.
15. Por exemplo, v. MELOSSI, Dario. *The State of social control*. Cambridge: Polity Press, 1990.
16. Idem, p. 99; BERGALLI, Roberto. Op. cit., p. 25-26.
17. Idem, p. 105.
18. COHEN, Stanley; SCULL, Andrew. Op. cit., p. 5.
19. SUMNER, Colin. Op. cit., p. 7.

Não obstante deite raízes na obra de Émile Durkheim e sua definição de fato moral,[20] o conceito de "controle social" nesta segunda acepção foi utilizado pela primeira vez por Herbert Spencer[21] e efetivamente consolidado por Edward Ross na série de artigos publicados na revista *American Journal of Sociology*, e depois reunidos no livro *Social control*.[22] O ponto de partida foi a concepção de *ordem* como "ausência de colisões entre pessoas em recíproca relação" [23] capazes de exprimir objetivos e interesses comuns. Assim, o conceito de controle social inclui o controle exercido pela sociedade sobre o indivíduo através de diversos modos, como a educação, a arte e também, mas não só, a lei. Ross, porém, foi considerado um *neodarwinista* porque entendia a "sociedade industrial" como produto de séculos de seleção. Em seu pensamento, o controle social seria o ascendente social *intencional*, capaz de determinar a existência da ordem social, mas distinto da influência social propriamente *espontânea*.

Sendo certo que se não pode falar de controle social sem se referir a uma dada conjuntura histórica e social,[24] compreende-se facilmente que o contexto de Ross era aquele dos Estados Unidos do início do século, pleno de grandes fluxos migratórios. Sua perspectiva foi, nesse quadro, "aquela de uma cultura racional dominante no momento em que busca integrar os outros, ou seja, os imigrantes, inferiores também biologicamente";[25] enfim, de uma cultura essencialmente monista e portanto intolerante perante as diferenças.

Foi necessário abandonar o monismo cultural de Ross para que fosse viável uma teoria de controle social compatível com a democracia.[26] O primeiro passo foi dado quando Robert Park percebeu que os imigrantes, nos EUA, já estavam em sua segunda geração, estando

20. DURKHEIM, Émile. Op. cit., p. 57.
21. GURVITCH, George. Op. cit., p. 244.
22. ROSS, Edward. *Social control: a survey of the foundations of order*. New York: Johnson Reprint, 1901.
23. Idem, p. 1-2.
24. SUMNER, Colin. Op. cit., p. 6; GARCIA MENDEZ, Emilio. Criminologia critica e controllo sociale in America. *Dei delitti e delle pene*, n. 3, p. 471.
25. MELOSSI, Dario. Op. cit., p. 108: "that of a dominant rational culture trying to integrate the culturally and sometimes biologically inferior immigrant cultures".
26. Idem, p. 109.

portanto integrados na cultura norte-americana, não se podendo mais sustentar a velha hipótese de uma relação entre criminalidade dos imigrantes e uma suposta *assimilação* dos valores norte-americanos por parte desses. Na verdade, mais valia trabalhar com a categoria da pluralidade dentro de uma mesma cultura ao invés de supor a existência de várias, dentro da sociedade norte-americana.[27] Tal inversão radical de perspectiva esteve, enfim, na base da denominada "utopia" da Escola de Chicago.

Park e Burgess se concentraram sobre a existência e o desenvolvimento de modalidades espontâneas de controle social tais como a tradição, as cerimônias, as religiões, as crenças políticas e enfim a opinião pública, tudo bem antes e com mais eficácia que a lei.[28] De acordo com Park, "o crescimento da cidade foi acompanhado pela substituição das relações indiretas, 'secundárias', em prol de relações diretas, face a face, próprias de relações 'primárias' nas associações de indivíduos na comunidade";[29] constituindo tudo isso a principal causa de degradação e criminalidade nas grandes cidades, e acabando por produzir, como resposta, maior demanda pelo sistema formal de controle.

De qualquer forma, o ponto central é que os *chicagoans* rejeitavam a hipótese segundo a qual se pode entender o controle social como algo determinado verticalmente, em prol de uma teorização que sugere a emergência de uma espécie de acomodação espontânea nas relações de influência entre as pessoas e a opinião pública[30] ou, para concluir, o domínio de "um ato democrático da razão, ao invés de ato autoritário da vontade".[31] E se não é a lei formal o meio mais importante e decisivo de controle social, sempre dentro de um ponto de vista voltado à busca da coesão social, é natural que as pesquisas empíricas da Escola de Chicago tenham privilegiado os estudos de

27. SUMNER, Colin. Op. cit., p. 14-16.
28. PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. Op. cit., p. 785.
29. PARK, Robert. The City: suggestions for the investigation of human behavior in the city environment. *American Journal of Sociology*, p. 593: "the growth of cities has been accompanied by the substitution of indirect, 'secondary', for direct, face-to-face, 'primary' relations in the associations of individuals in the community".
30. SUMNER, Colin. Op. cit., p. 15.
31. MELOSSI, Dario. Op. cit., p. 111: "a democratic act of reason, not an authoritarian act of will".

ecologia urbana,[32] escolhendo a desorganização social como a variável mais importante de sua hipótese etiológica sobre a criminalidade urbana.

O novo contexto político nos Estados Unidos *post* Segunda Guerra Mundial foi marcado, em âmbito sociológico, pelo funcionalismo de Talcott Parsons,[33] que retomou de Durkheim a concepção de uma ordem social fundamentada no consenso e a existência de uma consciência coletiva na qual o sistema jurídico seria o principal elemento de expressão dos valores compartilhados. Tal ponto de partida foi desenvolvido no sentido de se conferir uma dimensão normativa aos padrões culturais do sistema social, os quais foram, desde logo, tomados como consensuais.

Nessa ótica, o comportamento desviante é compreendido, por um lado, como expressão de um mal-estar que leva o sujeito a se comportar de maneira contrária aos valores culturais dominantes; e por outro, como fator de distúrbio do equilíbrio do sistema. O controle social será, portanto, e respectivamente, um processo de (*re*)motivação do indivíduo e de (*re*)equilíbrio do sistema.[34] Logo, a concepção parsoniana de controle social é prevalentemente *reativa*, no sentido de que age apenas após o comportamento desviante e com o objetivo de manutenção da ordem social perante o "problema" colocado por um sujeito que necessita de auxílio para ser *socializado*.

Em posição contraposta reside uma noção *ativa* de controle social, construída internamente ao pragmatismo de George Herbert Mead e John Dewey, o primeiro no âmbito da psicologia social e o último na filosofia política: vai-se além do restrito espaço da mera "integração individual", buscando-se compreender toda a rede de interações entre os indivíduos e entre os sujeitos e as ações coletivas realizadas no

32. PAVARINI, Massimo. *La criminologia*, p. 51-52.
33. PARSONS, Talcott. *The social system*. New York: The Free Press, 1951.
34. Idem, p. 250-251. Seguindo este que é também denominado "paradigma terapêutico" de Parsons, o comportamento desviante é entendido como produto de um defeito ou déficit no processo de socialização tanto do indivíduo como do próprio sistema social, enquanto o controle social funciona como mecanismo que *responde* ao desvio e *reequilibra* o sistema social; cf. SUMNER, Colin. Op. cit., p. 23-24; BERGALLI, Roberto. Op. cit., p. 20.

contexto urbano. Trata-se de uma abordagem não simplesmente comportamental, mas fundada na *linguagem*,[35] na qual o próprio pensamento é um produto da comunicação e da interação e a noção de controle se estende a todas as relações sociais.

Enquanto a forma reativa de controle social remete à produção de uma censura com o escopo de *inibir* o comportamento desviante através da proibição, nas teorias comunicativas o controle é concebido como algo que produz *motivação*,[36] ou seja, como uma variável independente de qualquer outro fenômeno, tais como o comportamento individual desviante. Pode-se dizer que, neste ponto, as portas estão abertas para que Edwin Lemert possa construir um conceito como o de *desvio secundário*, enquanto comportamento determinado pela reação social ao desvio primário.[37] Segundo o autor, "a distinção (...) faz do controle passivo um aspecto da conformidade às normas tradicionais; o controle social ativo, por outro lado, é um processo de implementação de objetivos e valores. O primeiro trabalha pela manutenção da ordem social, enquanto o segundo age para a integração social emergente".[38] Muitos outros autores contribuíram à teoria do denominado " *labelling approach* "; um dos mais conhecidos e claros, precisamente neste ponto, é Howard Becker, que definiu o desvio como uma verdadeira "criação da sociedade".[39]

35. MELOSSI, Dario. Op. cit., p. 116-117.
36. Idem, p. 5; COHEN, Stanley; SCULL, Andrew. Op. cit., p. 6.
37. LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems and social control*, p. 40.
38. Idem, p. 21: "The distinction (...) makes passive control an aspect of conformity to traditional norms; active social control, on the other hand, is a process for the implementation of goals and values. The former has to do with the maintenance of social order, the latter with emergent social integrations".
39. Vide sua famosa passagem, cf. BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 9: *"social groups create deviance by making the rules whose infraction constitutes deviance*, and by applying those rules to particular people and labeling them as outsiders. From this point of view, deviance is *not* a quality of the act the person commits, but rather a consequence of the application by others of rules and sanctions to an 'offender'. The deviant is one to whom that label has successfully been applied; deviant behavior is behavior that people so label".

Deixando de lado esse vasto leque de contribuições e as críticas à teoria do *labelling*,[40] sem falar no próprio desenvolvimento da criminologia crítica e radical, basta tal definição para se deduzir que o controle social acaba se convertendo em um conceito privado de conteúdo substancial[41] e que pode ser definido, na perspectiva mais propriamente crítica, como expressão ideológica e linguística do discurso que, dentre os muitos possíveis, impôs-se como dominante para legitimar uma desigual distribuição da riqueza e do poder.

Como já enfatizado, não foi por acaso que a ideia de controle social se deu como "função da interação social, na qual o controle do *self* e aquele *social* são duas faces de um mesmo processo";[42] ideia que poderia surgir apenas na sociedade norte-americana, caracterizada por um vínculo particular entre liberalismo, capitalismo e pluralismo cultural. Foi observado como a aplicação deste modelo encontra dificuldades quando a análise se dá somente através do Estado e do direito penal, seguindo a tradição europeia: a abordagem resulta ainda mais inadequada, porém, quando é aplicada às sociedades colonizadas pelos europeus e que hoje representam os países do "capitalismo subdesenvolvido".

De acordo com Stanley Cohen, há três modelos de interpretação do controle social no assim chamado "terceiro mundo",[43] por ele denominados "transferência benigna", "colonialismo maligno" e "dano paradoxal". Deixando de lado este último, espécie de combinação entre os dois primeiros, anota-se como o primeiro, mais conhecido, corresponde às denominadas teorias da "modernização", segundo as quais a história humana é um contínuo progresso e as sociedades subdesenvolvidas se encontram, simplesmente, em um ponto menos avançado deste processo linear de evolução. A criminalidade hodierna, nos países em desenvolvimento, seria assim explicada como similar àquela das sociedades europeias do início do século XX, ligada, portanto, à

40. Para uma síntese, v. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 107-115.
41. SUMNER, Colin. Op. cit., p. 29.
42. MELOSSI, Dario. Op. cit., p. 118: "a function of social interaction, where self and social control are but two faces of the same process"; v. também PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 42-44.
43. COHEN, Stanley. Western crime control models in the third world: benign or malignant? *Research in Law, Deviance and Social Control* 4, p. 90-108.

industrialização: dentro de tal abordagem, acaba por se aderir, em regra, a modelos explicativos fundados na categoria da anomia.[44] Já o segundo modelo é aquele mais próximo às teorias criminológicas críticas, que deslocam o objeto de análise da criminalidade *em si* para as políticas institucionais de controle, consideradas negativas por produzirem e reproduzirem relações materiais de produção inerentemente desiguais.

O primeiro modelo apresenta, indubitavelmente, dificuldades intransponíveis e se afigura inaceitável: as sociedades latino-americanas sofreram desde o início a sujeição a forças externas – da colonização à "incorporação subordinada" na economia capitalista mundial – a tal ponto que tais forças determinaram, por sua fez, diferenças profundas na relação estabelecida entre Estado e sociedade civil:[45] nesse sentido, a palavra-chave é dependência e não subdesenvolvimento. Portanto, a integração voluntária dos cidadãos dentro de um pacto de cooperação, comunicação e igualdade de posições, conforme a noção de controle social de Ross e Park, indica componentes absolutamente incompatíveis com um contexto de colonialismo,[46] onde a figura do Estado aparece antes mesmo da consolidação de uma representação coletiva de sociedade.[47]

Pode-se falar, ainda, de um controle social *doméstico* predominante no Brasil da escravidão – ou seja, do século XV até meados do século XIX – no qual o exercício do poder de punir se dava diretamente e imediatamente na unidade territorial do proprietário de escravos (a senzala), mesmo quando já presente um sistema jurídico formal.

Portanto, mesmo existindo, no Brasil, uma grande pluralidade cultural, assim como nos EUA, de forma muito diversa se deu a relação com o capitalismo de origem liberal, na medida em que sempre predominaram relações autoritárias de sujeição. Decorre, de tudo isso, uma espécie de "originária" estraneidade do sistema jurídico formal em relação às relações sociais existentes, a ponto de se poder definir o Brasil como uma entidade nacional privada de um "Estado legal".[48]

44. Idem, p. 91.
45. GARCIA MENDEZ, Emilio. Op. cit., p. 473.
46. SUMNER, Colin. Op. cit., p. 17-18.
47. Como uma ideia imposta e não construída, cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*, p. 85.

A primeira *violência* a se falar, nesse contexto, é a *violência estrutural*, anterior a qualquer outra, e que pode ser definida como repressão das necessidades reais dos indivíduos,[49] dentro da qual se coloca ainda a violência *institucional* como aquela exercida diretamente pelo poder estatal. Mesmo não sendo essas hipóteses explicativas da criminalidade, trata-se de uma leitura crítica de fundo essencial ao reconhecimento da presença de uma violência permanente nas relações de cidadania.

No âmbito dos possíveis modelos explicativos, que poderiam levar à formulação de uma teoria própria do controle social, verifica-se que jamais se deu, na América Latina, a prevalência de perspectivas macrossociológicas da forma como ocorrido no contexto norte-americano.[50] Na verdade, a *criminologia* latino-americana foi sempre essencialmente *clínica*, com ênfase nos referenciais evolucionistas, quando não explicitamente racistas,[51] vindo a ocupar assim o papel de disciplina auxiliar do sistema penal e das práticas carcerárias de tipo tratamental. No Brasil, o papel dos primeiros criminólogos sob a influência da Escola Positiva italiana foi aquele da construção "científica" da inferioridade biológica do tipo africano ou *mulato*[52] em relação à superioridade biológica dos imigrantes europeus, aos quais o próprio governo previa medidas de incentivo com o escopo declarado de "embranquecer a população", exatamente no período de início da urbanização e inserção do país no capitalismo industrial.

48. O'Donnel, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos Cebrap* 51, p. 45-46.
49. Baratta, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais* 2, p. 47; Santos, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*, p. 96-98.
50. Garcia Mendez, Emilio. Op. cit., p. 476.
51. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.
52. Por todos, v. Rodrigues, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1894.

3. As favelas no Brasil

3.1 Origem

Foi no final do século XIX que o Brasil conheceu seu primeiro processo de urbanização: o percentual da população urbana cresce de 5,9% em 1872 para 9,4% em 1900;[53] após o impulso da industrialização no início do século, entre 1940 e 1980 a taxa de urbanização passou de 26,35% a 68,86%. Enquanto triplica a população total do país, a população urbana aumenta mais de sete vezes.[54] Fala-se hoje em uma tendência de *desmetropolização* enquanto fenômeno oposto à *metropolização* prevalente até a década de 80, o que significa o desenvolvimento de cidades medianas e pequenas simultaneamente às grandes. Considerando os fluxos migratórios ainda provenientes das regiões rurais e o fato de que cada vez mais trabalhadores da agricultura modernizada vivem no espaço urbano, a cidade se mostra como palco privilegiado de uma nova conflitualidade social.[55]

Nos anos seguintes, a formação de zonas marginalizadas dentro e em torno às cidades passou a ser considerada um dos problemas centrais das políticas denominadas "higienistas", que propunham a remoção dos setores mais pobres da população para as áreas geograficamente periféricas. Este era, enfim, o contexto dentro do qual surgiram as *favelas*, em praticamente todas as grandes cidades do Brasil.

É preciso, primeiramente, observar com cuidado metodológico alguns vícios recorrentes nas interpretações do fenômeno. Trata-se, por exemplo, do denominado "mito da marginalidade", consistente na difusão de um conjunto de crenças segundo as quais a favela pode ser definida simplesmente como "grupo de moradias com alta densidade de ocupação, construídas desordenadamente com materiais inadequados, sem zoneamento, sem serviços públicos e em terrenos usados

53. Santos, Milton. *A urbanização brasileira*, p. 24.
54. Idem, p. 31.
55. Idem, p. 10: "a cidade em si, como relação social e como materialidade, torna-se criadora de pobreza, tanto pelo modelo socioeconômico, de que é o suporte, como por sua estrutura física, que faz dos habitantes das periferias (e dos cortiços) pessoas ainda mais pobres"; v. ainda Davis, Mike. *Il pianeta degli slum*. Milano: Feltrinelli, 2006.

ilegalmente sem o consentimento do proprietário",[56] dentro da qual se observaria uma alta homogeneidade entre os residentes, compartícipes de uma específica "subcultura marginal".

De acordo com Licia Valladares, três são os principais dogmas presentes nas visões tradicionais sobre as favelas: (a) a suposição de sua especificidade, como espaço único, (b) a ideia de que a favela é o "lugar por excelência" dos pobres e assim fortemente marcada pela precariedade econômica e (c) a hipótese da unicidade do fenômeno, tratado "no singular".[57] Segundo a autora, são preconceitos que ocultam o fato de que as favelas não são *necessariamente* os locais mais frágeis, economicamente, do espaço metropolitano.

Visões semelhantes são bastante explícitas dentre autores norte-americanos, por exemplo no pensamento de Park sobre as zonas degradadas da cidade[58] e na posição de Clinard, quando afirma que "todos eles" – os que habitam em tais áreas metropolitanas tidas como problemáticas – têm uma cultura própria e "são eles as principais fontes de criminalidade, doença e morte".[59]

Nota-se, porém, que os habitantes das favelas compartilham de aspirações e valores similares aos da "burguesia".[60] Ignorando este dado, a elaboração de uma abordagem que pressupõe a unidade do fenômeno guarda também funções ideológicas de ocultamento de sua importância para o próprio mercado capitalista.[61] Ademais, cada palavra deve ser compreendida desde seu contexto, sendo importante

56. PERLMAN, Janice. *O mito da marginalidade*, p. 40.
57. VALLADARES, Licia. Qu'est-ce qu'une favela? *Cahier des Amériques Latines* 34/63-65.
58. PARK, Robert. Op. cit., p. 579.
59. CLINARD, Marshall B. The nature of the slum. In: GLASER, Daniel (coord.). *Crime in the city*, p. 13: "they are the chief sources of crime and delinquency, of illness and death".
60. PERLMAN, Janice. Op. cit., p. 286.
61. Em sentido similar, v. VALLADARES, Licia. Op. cit., p. 71: "La méconnaissance des différences de plus en plus importantes qui se creusent entre des zones qui rassemblent plus d'un million d'habitants, et donc représentent d'énormes marchés pour une consommation moderne, correspond de fait à la négation de processus économiques et sociaux qui font des favelas part intégrante d'un monde également capitaliste, fragmenté par les mêmes impacts de la mondialisation et les mêmes inégalités".

atentar às diferenças entre *slum* e *favela*, ou *quartiere periferico*, *banlieu*, *villa miseria* etc., não obstante se saiba que são todos termos relativos a uma realidade similar no que tange às características gerais dos fenômenos de segregação urbana.

Algumas de tais similitudes e diferenças são tema caro à obra de Loïc Wacquant, que já escreveu tanto sobre o que aproxima o gueto norte-americano das favelas brasileiras,[62] como sobre as diferenças entre o mesmo gueto e o *banlieu* francês.[63] Segundo Wacquant, há pontos de coincidência no estudo dos guetos norte-americanos e as favelas brasileiras, como por exemplo: (a) o papel exercido pela polícia militarizada e suas táticas de vigilância generalizada e coerção; (b) uma mesma transição de uma economia fordista a uma prevalentemente financeira seria a causa da desestruturação da base material de ambas; (c) o lugar decisivo, ainda se de forma diversa, das hierarquias etnoraciais; (d) a simbiose para com os respectivos sistemas carcerários.

Sobre alguns pontos, entretanto, não parece ser possível visualizar tanta proximidade, a não ser na forma de indicações gerais e superficiais. As diferenças emergem, particularmente, no que concerne à relação historicamente estabelecida entre polícia e cidadãos e às profundas diferenças entre a heterogeneidade étnica da população norte-americana e a brasileira, aquela caracterizada por um tipo de segregação que confunde "etnia e bairro" [64] e esta última produto de uma migração interna miscigenadora e desde sempre realizada sob o uso do mesmo idioma.

No mesmo sentido, é preciso considerar que o fenômeno da delinquência juvenil que emergiu nos Estados Unidos a partir dos anos 20 guarda diferenças profundas para com o que ocorreu no Rio de

62. WACQUANT, Löic. "La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana". *Studi sulla questione criminale*, p. 20-23.
63. WACQUANT, Löic. *Urban outcasts: a comparative sociology of advanced marginality*. Cambridge: Polity Press, 2008. Também a favela pode ser diferenciada do *banlieu*: a violência urbana na França seria essencialmente *anti*estatal ou *anti*-institucional, enquanto no Brasil a mesma teria raízes na *ausência* do Estado e na consequente carência na garantia de direitos fundamentais; cf. MACÉ, Eric. As formas da violência urbana: uma comparação entre França e Brasil. *Tempo Social*, vol. 11 (1), p. 181.
64. ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Alessandro I. The drug trade, crime and policies of repression in Brazil. *Dialectical Anthropology*, vol. 20, p. 186.

Janeiro, onde no mesmo período surgiam as escolas de samba e os times de futebol. As relações de rivalidade entre os grupos que se organizavam nas zonas marginalizadas cariocas não guardavam qualquer caráter de violência. Em sentido bem diverso, nas favelas de então a rivalidade se inseria em um ambiente de sociabilidade muito diferente daquele marcado pelos conflitos, étnicos e de vizinhança, entre as *american gangs*. No Rio, a rivalidade entre os bairros pobres e as diversas favelas "expressava-se na apoteose dos desfiles e concursos carnavalescos, nas competições esportivas entre os times locais, atestando a importância da festa como forma de conflito e socialidade que prega a união, a comensalidade, a mistura, o festejar como antídotos da violência sempre presente mas contida ou transcendida pela festa".[65]

A origem do termo *favela*,[66] por sua vez, refere-se a uma planta de propriedades medicinais existente no Brasil rural de meados do século XIX. A palavra ganhou um sentido simbólico e geográfico após a *Guerra de Canudos* (1895-1896), quando massas de soldados à espera de pagamento se concentraram em um morro carioca e o denominaram *Morro da Favella*, que, em pouco tempo, atraiu também muitos ex-escravos sem trabalho. Ainda se existente registro da primeira favela do Rio referente à década de 80 do século XIX,[67] o primeiro levantamento oficial se deu apenas em 1920, individuando a presença de 839 aglomerados similares;[68] pouco tempo depois, o termo "favela" se difundiu em definitivo.

Há uma *dualidade* perene em suas representações sociológicas,[69] considerada ao mesmo tempo a concentração máxima das "patologias sociais", mas também como *locus* de grande criatividade e que representa uma parte essencial da identidade nacional. Pode-se distinguir, desde logo, ao menos três grandes períodos na representação do fenômeno.[70] O primeiro seria aquele do início do século XX e caracterizado pelas propostas do "higienismo social", como por exemplo a remoção

65. ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos. Introdução. In: _____; _____ (coords.). *Um século de favela*, p. 20.
66. VALLADARES, Licia. *Social science representations of favelas in Rio de Janeiro*, p. 2.
67. DAVIS, Mike. Op. cit., p. 30.
68. PERLMAN, Janice. Op. cit., p. 41.
69. ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos. Op. cit., p. 12.

da população e a destruição dos barracos, antecedidas por uma concepção das favelas enquanto produto da concentração de diversas formas de "precariedade" e, portanto, de degradação e desordem. Como "aglomeração patológica",[71] enfim, cujos moradores mereceriam a máxima atenção e preocupação por parte da polícia. Um segundo período – da década de 40 até a metade dos anos 60 – foi marcado pela percepção das favelas como "problema social", a ser objeto de interesse precípuo das políticas sociais de revitalização urbana. Constatou-se o crescimento do interesse acadêmico sobre o tema, desenvolvendo-se, especialmente a partir da década seguinte, uma visão mais otimista da favela como sendo a "comunidade que luta pela superação das próprias dificuldades",[72] enfatizando-se os laços comunitários e a coesão social que lhes caracterizavam.

3.2 Um ambiente de solidariedade

Vê-se, portanto, como as noções de carência, desordem e marginalidade não são suficientemente satisfatórias como explicação da complexidade das favelas.[73] Dentro desse contexto e perspectiva ideológica há interessantes experiências de pesquisa[74] realizadas através da observação participante. Um exemplo é a tese de doutorado apresentada pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos à Universidade de Yale, após um longo período de pesquisa dentro de uma favela

70. VALLADARES, Licia. *Social science representations of favelas in Rio de Janeiro*, p. 4-6.
71. PERLMAN, Janice. Op. cit., p. 42.
72. Idem, p. 43. Ver nesse sentido, LEEDS, Elizabeth. Op. cit., p. 58: "Favelas are generally stable communities involving long-term residence and populations that span several generations, depending on the age of the settlement. This relative stability has produced in most favelas a social cohesion and sense of community that (despite complaints about physical hardships) usually creates loyalty and sense of identity with a particular community as well as with being a *favelado* ".
73. ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos. Op. cit., p. 21.
74. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998; PERLMAN, Janice. Op. cit.; RODRIGUES, Corinne Davis. *Favela justice: a study of social control and dispute resolution in a brazilian shantytown*. Dissertation presented to the University of Texas (PhD in Philosophy). Austin: University of Texas, 2002.

carioca por ele denominada "Pasárgada".[75] O objeto de sua investigação foi a comparação não sistemática entre a prática jurídica estatal dos países liberal-capitalistas e a prática jurídica informal das comunidades, vindo a verificar a existência de um direito efetivamente "paralelo" e não oficial,[76] chamado pelos próprios habitantes de " *direito do asfalto* " e que se mostrava capaz de solucionar conflitos relativos tanto aos problemas com títulos de propriedade e direito à moradia como em relação a outros conflitos entre vizinhos, através de mecanismos consensuais administrados pelas respectivas associações de moradores.

Perante a escassez de serviços públicos fundamentais, tais como o fornecimento de água ou eletricidade, as associações surgiram espontaneamente como forma de organização por parte dos próprios moradores, objetivando o incremento da qualidade de vida na comunidade. Sem ignorar que sempre houveram relações problemáticas e de eventual corrupção com políticos locais, o importante a se enfatizar é como da necessidade de sobrevivência emergiram relações internas bastante originais voltadas à resolução dos problemas mais imediatos. Principalmente, porém, a partir do momento em que as associações de moradores passaram a assumir funções sequer previstas em seus estatutos, vindo e efetivamente intervir em conflitos entre vizinhos.

Sousa Santos constatou, nesse sentido, que as soluções aos conflitos, em Pasárgada, tendiam a assumir a forma de mediação,[77] relevando o essencial aspecto da precariedade dos dispositivos de coerção,[78] constituídos por modalidades de pressão mais ou menos difusas perpassando as relações sociais. Por um lado, a fragilidade da coerção constrange os habitantes à cooperação, e por outro, exalta as diferenças deste sistema em relação à produção jurídica estatal, sempre dotada de um grande e complexo aparato de monopolização da violência legítima.[79] Aliás, a ausência da polícia é também um ponto importante,

75. Sousa Santos, Boaventura de. Op. cit., p. 9.
76. Idem, p. 14.
77. Idem, p. 21: "Ainda que uma das partes possa ser mais vencedora do que outra, o resultado nunca é de soma-zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido) (...) A estrutura de mediação é a topografia de um espaço de mútua cedência e de ganho recíproco".
78. Idem, p. 23.
79. Idem, p. 54-55.

no sentido de que recorrer às forças policiais significaria a perda de legitimidade da própria associação:[80] de fato, a forma de intervenção prevalentemente repressiva historicamente estabelecida faz com que a polícia seja bastante deslegitimada em todas as favelas brasileiras[81] e não apenas no Rio de Janeiro.

Tudo isso assinala a predominância de relações não violentas internas a uma cultura de "festa", particularmente através do espírito "esportivo" que sempre caracterizou a competição entre escolas de samba, também referências territoriais de pertencimento e identidade.[82] Dentro de um tal âmbito é que se cogita reconstruir uma noção de controle social de tipo informal e não repressivo, na medida em que as investigações empíricas do passado e do presente realizadas nas favelas indicam que o desenvolvimento de esferas de juridicidade não estatal apontam, sobretudo, para um ambiente de solidariedade em meio à precária satisfação de direitos fundamentais; e tais relações poderiam ser compreendidas como uma original modalidade de controle social desde que, por óbvio, fosse realizada a devida "mutação semântica" sobre o conceito aproximando-o mais à tradição norte-americana que àquela europeia.

Também nas pesquisas mais recentes – não obstante todas as mudanças ocasionadas a partir da explosão da venda da cocaína – verifica-se um alto nível de "coesão social" nas comunidades, contrastando com o estereótipo recorrente segundo o qual elas seriam lugares absolutamente precários e impossíveis de se viver. O paradoxo notado por duas enquetes de vitimização realizadas em diversas favelas cariocas, entre 2005 e 2007;[83] foi exatamente que nas áreas mais pobres, e de maior violência, há também um alto nível de "muito boa" convivência entre vizinhos e é longo o tempo médio de residência no local. Há,

80. Idem, p. 56.
81. V. por exemplo SHIRLEY, Robert W. Atitudes com relação à polícia em uma favela no sul do Brasil. *Tempo Social*, vol. 9 (1), p. 215-231; CALDEIRA, Teresa. Op. cit., p. 135-207; e ainda sobre o Rio, HINTON, Mercedes. *The State on the streets: police and politics in Argentina and Brazil*. London: Lynne Rienner Publishers, 2006.
82. ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Alessandro I. Op. cit., p. 192-193.
83. Pesquisa de vitimização do Rio de Janeiro, relatório técnico, a cargo do Núcleo de Pesquisa das Violências, Instituto de Medicina Social, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2007; cf. Idem, p. 185.

portanto, uma vizinhança não apenas física, mas também simbólica e social, constituída não apenas pelo reconhecimento do território mas pela rede de relações sociais que a ele se vinculam.[84]

Mesmo assim, é indubitável que algo ocorreu nas últimas décadas e se não pode mais falar, hodiernamente, no mesmo ambiente de solidariedade que caracterizaram tais comunidades durante quase todo o século. O fato de o trabalho de Boaventura Santos ter sido concluído ainda na década de 70 é, nesse sentido, um dado significativo. É exatamente a partir dos anos 80 que se pode identificar um novo período, assinalado pela explosão das atividades conexas ao tráfico de drogas ilícitas e particulamente da cocaína. Por um lado, há uma mudança qualitativa na criminalidade urbana em todo o país, tornando-se prevalentemente predatória, e um aumento exponencial na percepção subjetiva da criminalidade violenta como principal problema das cidades.[85] Por outro, determina-se uma nova mudança no discurso sobre as favelas, retornando as suas representações como "covil de bandidos, zona franca do crime, habitat natural das 'classes perigosas' ".[86]

Conforme já anotado, o instrumento mais importante de coerção em Pasárgada era a *ameaça*, ou seja, o *discurso sobre a violência*, bem mais que a violência "de fato", o que indica como "nas sociedades em que o direito apresenta baixo nível de institucionalização (...) o discurso jurídico tende a se caracterizar por um amplo espaço retórico".[87] Já o que ocorre nas favelas a partir da década de 80 é o fortalecimento de uma ação efetivamente violenta no sentido de imposição de uma nova modalidade de controle que, por um lado, baseia-se sobre a força armada e o medo, e por outro, subverte e inviabiliza a participação democrática no espaço coletivo,[88] além de produzir a erosão do associativismo e da participação da comunidade nas modalidades de resolução informal dos conflitos.

84. Idem, p. 188.
85. Caldeira, Teresa; Holston, James. Democracy and violence in Brazil. *Comparative studies in society and history*, 41, 4, p. 696.
86. Zaluar, Alba; Alvito, Marcos. Op. cit., p. 15.
87. Sousa Santos, Boaventura de. Op. cit., p. 57.
88. Mafra, Clara. Drogas e símbolos: redes de solidariedade em contextos de violência. In: Zaluar, Alba; Alvito, Marcos (coords.). *Um século de favela*, p. 282.

4. A VIOLÊNCIA "ATRAVÉS" DAS DROGAS

4.1 A violência e o medo

É indubitável que há, no Brasil, e especialmente em suas grandes metrópoles, um nível altíssimo de percepção subjetiva de insegurança[89] – de ameaça física e patrimonial – ligada quase sempre à violência urbana: já se chegou a dizer que o Rio de Janeiro seria "uma das cidades mais inseguras do mundo".[90] A análise comparativa entre dados oficiais do Ministério da Saúde e da Justiça indica o crescimento das taxas de homicídio de 11 para 27 casos para cada 100 mil habitantes, entre 1980 e 2000.[91] É preciso, porém, tomar por base algumas premissas críticas que emergem de um amplo e complexo horizonte de pesquisa: primeiramente, não se pode compartilhar da tradicional ideia segundo a qual existiria uma relação direta entre as alterações nas taxas de criminalidade e a percepção subjetiva de insegurança[92] – ou seja, entre insegurança *objetiva* e *subjetiva* – na medida em que há consistentes dados empíricos que desmentem qualquer relação linear e outros que indicam uma pluralidade causal na produção das diversas formas de "medo coletivo" da criminalidade.

O próprio objeto de temor muda conforme o sujeito que o exprime: se, por exemplo, um cidadão de classe média tem medo do "favelado", este tem sobretudo medo da polícia. Foram realizadas, para uma pesquisa etnográfica, entrevistas com 150 habitantes de 45 favelas do Rio de Janeiro, constatando-se a quase unânime responsabilização da polícia pelo sentimento de medo cotidiano.[93] Em verdade, a própria pesquisa demonstrou a inexistência de uma rejeição generalizada da polícia como instituição, mas sim o temor da violência e dos abusos por ela perpetrados.[94]

89. ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*, p. 43.
90. CAPPELIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. Sicurezza a Rio de Janeiro. *Sicurezza e Territorio*, vol. 7, n. 2, p. 43.
91. Idem; v. ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Revista Sociologias* 8, p. 92-93.
92. VIANELLO, Francesca; PADOVAN, Dario. Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene*, vol. 6, 1-2, p. 249-250.
93. SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falas desses temas? *Sociedade e Estado*, vol. 22, n. 3, p. 557.

Da mesma forma, não se pode sustentar que quem habita em uma favela apenas por isto nega valor à ordem jurídica dominante, ainda se frequentemente prevalecem práticas cotidianas à margem da legalidade. Com efeito, ali se elabora um discurso crítico tanto em relação à violência policial como em respeito à violência dos próprios moradores que participam do "movimento" vinculado ao tráfico de drogas, pois também este é um fato que determina a instabilidade nas *routine*, ou seja, nos hábitos cotidianos.[95] Em suma, pode-se dizer que neste ponto seu discurso acaba coincidindo com aquele das classes médias e altas no que tange à segurança pública: todos se encontram, assim, "*naquilo que não dizem*".[96]

Nos períodos de "tranquilidade", o morador das favelas não se sente inseguro, mesmo sendo o local considerado uma área de alto risco. Certo é, porém, que tal sentimento de segurança era mais facilmente perceptível antes da explosão da violência ligada ao tráfico de drogas, quando os vínculos de confiança intracomunitários eram mais consistentes. Os conflitos entre grupos de traficantes pelo controle de porções do território dentro das favelas, assim como a guerra permanente com a polícia, fazem de tal confiança um bem cada vez mais escasso.

Acresce-se ao panorama um novo e adicional fator que é o surgimento das chamadas *milícitas privadas*, grupos armados e violentos de caráter "paraestatal" e "paramilitar" cujos membros são com frequência oriundos de grupos de extermínio ou da própria polícia. As milícias são um fenômeno recentíssimo e podem ser interpretadas como um desdobramento da violência policial e das execuções sumárias, na medida em que são criadas com o objetivo declarado de eliminar ladrões e traficantes. Não obstante a venda e o consumo de drogas serem muito menores onde dominam as milícias, a questão é que também elas têm passado a controlar o território de algumas favelas,[97] sob o pretexto de oferecer segurança e outros serviços à população, muitas vezes

94. Idem, p. 558-559.
95. Sobre este ponto, v. também VIANELLO, Francesca; PADOVAN, Dario. Op. cit., p. 247-249.
96. SILVA, L. A. M.; LEITE, M. P. Op. cit., p. 573.
97. Segundo o jornal *O Globo*, de 15.01.2009, naquela data as milícias já controlariam cerca de 200 comunidades, ou seja, 20,6% das favelas do Rio de Janeiro.

exigindo o pagamento de uma taxa que não passa de uma modalidade de extorsão. Em muitos casos, ainda, elas operam em direta relação a interesses eleitorais.[98] Com efeito, a sua configuração como espécies de "grupos de justiceiros" é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Dentro de um panorama assaz complexo em relação às comunidades das favelas, pode-se falar de uma verdadeira "passagem" de um contexto de confiança à convivência com o medo, ou da erosão da solidariedade frente relações baseadas na violência.

A hipótese até certo ponto aceita por muitos aponta para o papel central do tráfico, ou melhor, da "guerra entre o tráfico e o Estado" na configuração deste ambiente e da questão geral da violência urbana na América Latina.[99] Não obstante as políticas de repressão contra as drogas sejam datadas do início do século XX (vide, por exemplo, o *Harrison Narcotic Act* nos EUA, em 1914) é apenas na década de 80 que emerge o "problema" do narcotráfico latino-americano e a "emergência internacional" da droga.

Também no Brasil a cocaína não era exatamente uma novidade, pois já era vendida com finalidades medicinais. O surgimento de uma grande multinacional para sua produção e distribuição internacional foi determinado, por um lado, pela crescente demanda e consumo nos Estados Unidos e em outros países desenvolvidos[100] e por outro, pelas mudanças no próprio modo de se vender entorpecentes dentro das comunidades, que se tornou cada vez mais "formal".[101]

Duas ponderações são necessárias: primeiramente, não é por acaso que o referido crescimento dos homicídios tenha se concentrado em

98. Zaluar, Alba; Ribeiro, Alessandro I. Op. cit., p. 194-195.
99. Adorno, Sérgio. Op. cit., p. 88; Hinton, Mercedes. Op. cit., p. 96.
100. Kaplan, Marcos. *El Estado Latinoamericano y el narcotráfico*, p. 107-108; Joyce, Elizabeth. Conclusions. In: _____; Malamud, Carlos (coords.). *Latin America and the multinational drug trade*, p. 198; Beauchesne, Line. *La legalization des droghes... pour mieux en prévenir les abus*, p. 71-72.
101. Nesse sentido, Zaluar, Alba; Ribeiro, Alessandro I. Op. cit., p. 95-96: "No more the familiarity of the sellers and the face-to-face relationships with the 'truck man' who brought marijuana from the producing regions. In its place, a complex and very well armed international business organization was set up in which any commercial or personal conflicts are decided by guns".

pouquíssimas cidades[102] e ainda, que a violência atinja sobretudo trabalhadores e jovens das mais frágeis classes sociais.[103] Em outras palavras, é preciso separar analiticamente a atividade do tráfico *em si* e as relações de violência que dela decorrem; o que leva à conclusão de que não são as drogas e sim a guerra entre e contra os que hegemonizam sua oferta a determinar os maiores danos.[104]

Em segundo lugar, não se pode trabalhar com a noção de "crime organizado",[105] enquanto noção carente de conteúdo substancial e meramente calcada sobre elementos do tipo penal de quadrilha ou bando. Especialmente na esfera jurídica, o conceito de crime organizado tem servido apenas para produzir e difundir o medo, justificando assim intervenções mais restritivas da liberdade individual por parte do Estado.

Mesmo assim, o tráfico de drogas e suas relações de violência são certamente "um problema" e não o admitir significaria deixar aberta a estrada para a hegemonia da criminologia administrativa ou tecnocrática. Para reconhecê-lo, não é necessário aderir ao movimento do "realismo de esquerda", que emerge apenas na metade da década de 80,[106] mesmo porque já antes se reconhecia que "afirmar que o criminoso é simplesmente aquele que sofreu um processo de criminalização pode levar a se perder de vista que a ação desviante é, em primeiro lugar, expressão de um conflito social".[107] De forma similar, pode-se também utilizar a categoria conceitual de *situação problemática*, na

102. Em 1998, cerca de 21% dos homicídios dolosos registrados em todo o país ocorreram em São Paulo e Rio de Janeiro, cf. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 92.
103. Idem, p. 112; CALDEIRA, Teresa. Op. cit., p. 107.
104. CHRISTIE, Nils. Op. cit., p. 160; BEAUCHESNE, Line. Op. cit., p. 33.
105. SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *RBCCrim* 4/214-2242. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado": uma categorização frustrada. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 59-63.
106. LEA, John; YOUNG, Jock. *Que hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Del Puerto, 2001 [1984].
107. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 108: "affermando che il criminale è solo colui che ha subito un processo di criminalizzazione si è finiti per perdere di vista che l'azione deviante è in primo luogo espressione di un disagio sociale, di un conflitto sociale".

interpretação por exemplo de Louk Hulsman, enquanto *evento que nos retira, negativamente, da ordem em que nos vemos e temos nossas vidas enraizadas.*[108]

É necessário, enfim, levar seriamente em consideração o sentimento social de medo da criminalidade reconhecido como *insegurança urbana cidadã*[109] sem necessariamente pressupor que haja uma solução à questão criminal, mas tão somente respostas contingentes e parciais. No mesmo sentido, afrontar o pânico social não significa, de maneira alguma, aderir à ideia de um legítimo "direito à segurança", e sim reconhecer que o mais importante direito fundamental em questão é aquele da "segurança dos direitos",[110] do qual são primeiros titulares, pois deles carentes, os extratos mais vulneráveis da população.

O próprio conceito de "violência urbana" é ambíguo na medida em que inclui situações diversas e parece servir prevalentemente a fins de comunicação política.[111] O que ocorre é que a ausência de modelos explicativos satisfatórios e o desvio da atenção sobre o ambiente social fazem com que o problema central torne a ser a gestão e o controle do território em que se manifesta o comportamento desviante. E assim, "corre-se o risco de que o discurso se restrinja às técnicas, formas de intervenção, sobre maneiras de prevenir ou administrar, ainda que com as melhores intenções de atenuação das formas repressivas mais tradicionais ou mais duras, a questão do comportamento desviante".[112] Em tal contexto, o discurso sobre a violência é utilizado "para dizer que se não pode mais viver em sociedade, que não existem mais regras

108. Hulsman, Louk. Critical criminology and the concept of crime. *Contemporany crises* 10 (1), p. 72.
109. Arocena, Gustavo. *Inseguridad urbana y ley penal: el uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana*, p. 27-42.
110. Baratta, Alessandro. Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? In: Anastasia, Stefano; Palma, Mauro (coords.). *La bilancia e la misura*, p. 22.
111. Body-Gendrot, Sophie. *Les villes: la fin de la violence?*, p. 31.
112. Mosconi, Giuseppe. Ricerca scientifica e politiche di intervento in tema di sicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene*, 1-2-3, p. 278: "tutto il discorso rischia di spostarsi sulle tecniche, sulle forme di intervento, sul modo di prevenire o di amministrare, anche con le migliori intenzioni di attenuazione delle forme repressive più tradizionali o più dure, la questione della devianza".

a serem debatidas dentro do espaço compartilhado que seria a cidade, nem mesmo como uma troca de propostas entre um lado e outro do muro divisório".[113]

A ambivalência ontológica de uma concepção de Estado como *protetor* reside na impossibilidade de se oferecer segurança a *todos*, na medida em que "segurança" é cada vez mais um bem fabricado e vendido dentro de uma lógica mercantil.[114] O risco é que a demanda insatisfeita por segurança degenere em duas perigosas vertentes: na atribuição de maior importância à lei penal e no favorecimento dos processos de privatização da segurança como um "bem".[115] Nesse sentido, enquanto se militariza a segurança pública para a repressão dos pobres, as classes médias e altas se "escondem" por detrás dos muros dos "enclaves urbanos fortificados", sob a tutela de serviços de segurança privada,[116] constituindo o que se tem denominado como *dinâmicas de autossegregação das elites* que acabam por inaugurar novas concepções do espaço público e privado.

Basta observar a relação entre as políticas de segurança e o trato das favelas e do problema do tráfico de drogas para se confirmar que a questão da "segurança urbana" hoje significa tão somente segurança *através da redução dos direitos de outrem*.[117] A "segurança *pública*" não passa, de fato, da insegurança das favelas cercadas pela polícia, das crianças que não podem ir à escola, dos trabalhadores interrogados pela polícia quando saem de casa, pela manhã, para ir ao trabalho; tudo isso sem falar no altíssimo risco de vitimização considerando que a exposição aos conflitos armados é contínua.

113. Body-Gendrot, Sophie. *Les villes: la fin de la violence?*, p. 17: "pour informer qu'on ne peut plus vivre ensemble, que l'on n'a plus à débattre des normes dans un espace partagé qui serait la ville, ni même à échanger des propos, de part et d'autre du mur mitoyen".
114. Mosconi, Giuseppe. Op. cit., p. 285.
115. Pavarini, M. Bisogni di sicurezza e questione criminale". *Rassegna Italiana di Criminologia*, p. 439.
116. Caldeira, Teresa. Op. cit., p. 211-340; Wacquant, Löic. La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana. *Studi sulla questione criminale* 3, p. 10.
117. Pavarini, M. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano. *Cassazione penale* 2/815; v. ainda Silva, L. A. M.; Leite, M. P.; Fridman, L. C. Op. cit., p. 3.

Trata-se de garantir a segurança de alguns em detrimento da segurança de outros, tudo isso de forma *indiferente* a uma real contenção da criminalidade.[118] Assim, o espaço urbano acaba sendo redesenhado "segundo a lógica do medo e a metáfora da guerra: de um lado, os 'comandos' ligados à economia das drogas defendendo pela força suas áreas de atuação; de outro, as instituições policiais ignorando as fronteiras históricas dos locais de moradia da população pobre".[119] As favelas são, enfim, comunidades expostas.

4.2 A violência e a droga

A droga como problema é um tema que exige uma abordagem estrutural e sociopolítica,[120] ou seja, que evite as interpretações tradicionais fundamentadas em concepções moralistas ou limitadas apenas ao caráter ilegal das substâncias. Logo, recomenda-se uma adequada contextualização do fenômeno para se compreender como a droga não foi sempre ou em toda parte considerada "um problema": na verdade, teve no passado recente um papel útil ao desenvolvimento do capitalismo e mesmo antes, quando o consumo de substâncias como alucinógenos, álcool, tabaco, e etc., vinculava-se a experiências místicas e religiosas. Na realidade, é "a configuração de estratificação e poder, o contexto sociocultural e político" que "condicionam o uso de tais substâncias, as reações, as modificações nos comportamentos individuais e coletivos, e as consequências".[121] Sob uma perspectiva estrutural ou de *economia política*, enfim, busca-se compreender quais e a quem servem os benefícios políticos e econômicos que seguem à criminalização e às diversas formas de intervenção sobre as drogas. Segundo a análise de Rosa Del Olmo[122] é possível distinguir, de um lado,

118. Vianello, Francesca. Conclusioni. In: _____. (coord.). *Ai margini della città: forme del controllo e risorse sociali nel nuovo ghetto*, p. 253.
119. Silva, L. A. M.; Leite, M. P.; Fridman, L. C. Op. cit., p. 28.
120. No sentido, em especial, da abordagem de Rosa Del Olmo, cf. *La sociopolitica de las drogas*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1975.
121. Kaplan, Marcos. Op. cit., p. 48; v. também Beauchesne, Line. Op. cit., p. 68-77.
122. Del Olmo, Rosa. Op. cit., p. 41; Brandoli, Monica; Ronconi, Susanna. *Città, droghe, sicurezza: uno sguardo europeu tra penalizzazione e welfare*, p. 16.

a superestrutura que concerne à dimensão ideológica da construção de estereótipos e, de outro, a *estrutura econômica* do tráfico.

No que tange ao primeiro aspecto, é notável como a partir das políticas criminais decorrem a produção e a difusão de estereótipos sociais e como em torno a estes o discurso da *guerra contra as drogas* se colocou no centro das atenções, nos Estados Unidos, nos governos Nixon e depois Reagan (1980-1989). A ênfase no tema serviu de base às políticas repressivas do consumo tanto interno, quanto externo, assim como a guerra contra a produção e o tráfico de drogas dos países latino-americanos – sob o argumento da necessidade de reprimir o consumo nos Estados Unidos. Ao mesmo tempo, porém, legitimava-se a presença militar norte-americana em regiões consideradas de risco quanto a possíveis inflexões socialistas.

A política criminal brasileira contra as drogas[123] se baseou nas diretrizes norte-americanas e foi fortemente influenciada pela Convenção Única sobre os Estupefacentes, de 1961, através da qual adotou o modelo transnacional de controle caracterizado pela construção diferencial entre os estereótipos do *dependente* que consome e do *bandido* que trafica. Até então prevalecia um modelo *sanitário*, fundado sobre saberes e técnicas que definiam a dependência de drogas como doença de notificação compulsória:[124] quem consumia seria tratado como doente, mas submetido a tratamento sanitário obrigatório. Em 1964, com o advento do regime militar, ganha força o modelo *bélico*, e com ele a velha ideia de eliminação das favelas.[125] Desde seu início, a questão da droga no Brasil foi tratada como guerra a um "inimigo interno", sendo que o consumo e o tráfico chegaram a ser tipificados como delitos contra a segurança nacional (Lei 5.276/1971). O marco legal mais recente (Lei 11.343/2006) retornou ao tratamento do consumidor como "doente" e tornou o afrontamento do traficante ainda mais severo. De qualquer forma, o ponto que segue sendo o fundamento do exercício da seletividade por parte das agências de controle é a subjetividade da diferenciação entre consumo pessoal e tráfico: investigações

123. Carvalho, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso às razões oficiais da descriminalização*. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

124. Batista, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *RBCCrim* 20/133-134.

125. Davis, Mike. Op. cit., p. 102.

empíricas sobre a presença de respostas judiciárias diversas a situações similares sempre indicaram a atribuição do primeiro estereótipo, de consumidor, aos jovens de classe alta e média e o segundo, de traficante, aos membros das classes sociais mais vulneráveis.[126]

No que concerne à *estrutura econômica* do tráfico, a hipótese é que uma abordagem do tráfico de drogas enquanto atividade empresarial e essencialmente capitalista possa (a) levar à mitigação do radical juízo de reprovação moral sobre a atividade de venda de drogas ilícitas *per se* – a violência que dela decorre e circunda seu ambiente são outro assunto – além de evidenciar como se trata da criminalização de uma conduta que não tutela um bem jurídico constitucionalmente legítimo;[127] e em segundo lugar (b) suscitar reflexões e evidenciar paradoxos sobre o próprio conceito de *controle social* e seus desdobramentos político-criminais.

4.2.1 O tráfico como atividade empresarial

A rejeição de uma automática *demonização* do tráfico de drogas pode tomar por base, ao menos em parte, uma provocativa hipótese interpretativa levantada pela criminologia radical dos anos 80[128] e mais recentemente reproposta por Ruggiero.[129]

Segundo Henry, "o crime é inerente ao modo de produção capitalista, em particular no que concerne aos processos de maximização do lucro e acumulação de capital. Isto ocorre, afinal, porque os objetivos de maximização do lucro e acumulação do capital são os mais importantes do empreendimento capitalista e os meios mais eficazes de atingí-los (...) são, em regra, ilegais".[130] Por um lado, a ilegalidade seria ontológica às atividades empresariais capitalistas no sentido de que

126. Batista, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003; Zaluar, Alba; Ribeiro, Alessandro I. Op. cit., p. 102-103.

127. Carvalho, Salo de. Op. cit., p. 90.

128. Henry, Frank. Capitalism, capital accumulation and crime. *Crime and Social Justice*, vol. 18. San Francisco: University of Califonia, 1982, p. 79-87.

129. Ruggiero, Vincenzo. Economie marginali e azione collettiva. *Studi sulla Questione Criminale* 3/77-88. Bologna: Carocci, 2008; Ruggiero, Vincenzo; South, Nigel. *Eurodrugs: drug use, markets and trafficking in Europe*. London: UCL Press., 1995.

seus dois objetivos – maximização do lucro e acumulação de capital – são melhores satisfeitos através de ações criminosas, por exemplo, com a violação de normas fiscais, de proteção da segurança do trabalho, de proteção do meio ambiente etc. Por outro, os limites entre atividade lícita e ilícita se tornam bastante tênues, definidos, sobretudo, por processos de criminalização primária e secundária que respondem a relações de poder dominantes naquele dado momento histórico.

Um *"market approach"* [131] é o que propõem Ruggiero e South: antes de mais nada as drogas ilícitas são compreendidas como *mercadorias* e as atividades ilegais interpretadas como consequências impostas por uma determinada divisão do trabalho. Não se trata de "defender" a atividade do tráfico como *moral*; aliás, o próprio Ruggiero enfatiza que tais economias marginais reproduzem "os aspectos mais odiosos da economia oficial" [132] enquanto também organizadas sobre a exploração e a acumulação de capital. A importância de tal perspectiva reside, na verdade, em desvelar quanto são próximos o *desvio* e a *conformidade*.

Como se sabe, a cocaína se tornou uma mercadoria altamente lucrativa a partir do final da década de 70, tendo a Bolívia, a Colômbia e o Peru entre os principais produtores mundiais. O papel do Brasil nesse mercado é considerado peculiar no sentido de que é prevalentemente um país consumidor ou exportador intermediário, não obstante sejam estes papéis típicos de países economicamente mais desenvolvidos.[133] A primeira consequência é que a "guerra" não se dá contra um inimigo externo, mas interno, que compra a droga do estrangeiro e a revende internamente ou para outros países.

130. HENRY, Frank. Op. cit., p. 79. O autor menciona o caso da Ford Motor Company e o defeito no automóvel Pinto: "The cost-benefit analysis of Ford Motor Company executives in relation to the Pinto provides an example of the overwhelming importance of profit and capital accumulation. According to Mark Dowie, Ford executives pressured the National Highway Traffic Safety Administration to make an estimate of the dollar value of a human life. When the Administration provided a figure of $200,725, Ford executives argued that they should not be required to fix the Pinto because the expected benefits – avoiding an estimated 180 burn deaths per year at $200,725 per person – were considerably less than the cost of fixing some 12.5 million Pintos at $11 per car".
131. RUGGIERO, Vincenzo; SOUTH, Nigel. Op. cit., p. 3-4.
132. RUGGIERO, Vincenzo. Op. cit., p. 82.

Há uma hipótese explicativa, baseada na teoria da escolha racional, segundo a qual em meados da década de 70, quando o "problema do crime" era identificado principalmente com assaltos a banco, tais "assaltantes" teriam constatado que obteriam vantagens bem maiores, sob um risco muito menor, se passassem a se dedicar ao tráfico de drogas. De acordo com tal explicação, o primeiro grande grupo de traficantes – o *Comando Vermelho* – nasceu na prisão de Cândido Mendes, no Rio de Janeiro, através do contato entre assaltantes de banco e presos políticos do regime militar, os quais teriam transmitido aos primeiros princípios rudimentares de consciência coletiva e organização política.[134]

Sem adentrar no mérito da hipótese, bastante parcial, o que é certo é que os primeiros núcleos se organizaram para gerir atividades de importação e distribuição de cocaína de maneira tipicamente empresarial. A droga não passa de uma mercadoria, "da produção à venda do produto acabado",[135] e com valor agregado determinado pela criminalização, que eleva o risco do investimento. Trata-se de uma atividade mercantil gerida por uma organização fortemente hierarquizada e dotada de especialização funcional – entre "aviões", "fogueteiros", "soldados", "vapores", "gerentes" etc. –, com cargos ocupados muitas vezes por crianças; enquanto as classes média e alta constituem a maioria de sua potencial clientela.[136] Os chefes das organizações "são sobretudo *business men* que utilizam o espaço físico da favela ou 'conjunto' como lugar de operação de uma atividade altamente lucrativa".[137] Na medida em que as drogas, como qualquer outra mercadoria,

133. Baratta, Alessandro. Prefácio. In: Batista, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, p. 23; Leeds, Elizabeth. Op. cit., p. 56.
134. Leeds, Elizabeth. Op. cit., p. 52-55.
135. Kaplan, Marcos. Op. cit., p. 78.
136. Leeds, Elizabeth. Op. cit., p. 57.
137. Idem, p. 63: "They are first and foremost businessmen who are using the physical space of the favela or conjunto as the locus of operation for a highly lucrative informal-sector activity".

obedecem às leis da oferta e da procura,[138] e que sua venda é organizada como qualquer atividade comercial de importação e exportação, "pode-se sugerir que a organização empresarial das drogas tem estrutura similar àquela das empresas multinacionais".[139] Logo, uma análise sociopolítica do fenômeno deve também identificar vínculos entre as diversas atividades conexas ao tráfico para com os setores mais poderosos da sociedade.[140]

Compreender a violência, muitas vezes extrema, que parece inerente a este mercado implica em, antes de tudo, compreender como o controle do território é um pré-requisito necessário para que a oferta dos produtos seja economicamente profícua, dado que apenas através do controle do território é possível alocar e depois vender as substâncias ilícitas. Não se trata de supor que o mercado das drogas se restrinja ao território das favelas: há, de fato, figuras intermédias que levam a droga aos bairros mais ricos. De qualquer forma, é nas favelas que se tem realizado a maior parte do armazenamento e ao menos a "primeira venda" das substâncias, sendo esta a razão mais comum das "guerras internas" entre grupos *concorrentes*. Há muitos homicídios, ainda, por desobediência a regras internas impostas pelos traficantes, como a inobservância da hierarquia ou o inadimplemento de um débito; e muitas mortes, ainda, em razão dos confrontos com a polícia e dos homicídios praticados pela mesma sem qualquer justificativa aparente.

De qualquer forma, ainda que a violência dos grupos de traficantes possa ser interpretada como uma *necessidade profissional tendo finalidades precipuamente comerciais*, não se pode tolher o caráter em regra cruel de tal "ordem penal interna", baseada em sanções corporais e pena de morte. Também neste caso, porém, é preciso atentar ao fato de que o contrabando de armas sofisticadas é um fator estruturalmente conexo ao mercado de drogas ilícitas e que tal contrabando parece simplesmente inviável sem a prática de corrupção dentro das próprias forças armadas e outros setores do poder estatal.

138. Del Olmo, Rosa. Drugs in Latin America and the world crisis. In: Hirsch, Hans Joachim; Kaiser, Günther; Marquardt, Helmut (coords.). *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, p. 311.
139. Del Olmo, Rosa. *La socio-politica de las drogas*, p. 47.
140. Kaplan, Marcos. Op. cit., p. 85; Zaluar, Alba. *Integração perversa*, p. 59.

É, enfim, exatamente a questão da emergência e imposição de um "sistema" de regras e sanções internas, ligadas ao controle do território e muitas vezes imposto por membros da própria comunidade, que determina os paradoxos mais contundentes e os maiores problemas a uma contextualização do conceito de controle social.

4.2.2 Qual "controle social"?

Conforme já referido, a adaptação do conceito de controle social na América Latina deve tomar em conta a peculiaridade da relação entre Estado, sociedade civil e o contexto de informalidade que se mostra bastante diverso em relação ao que se coloca na Europa e nos Estados Unidos, já entre eles muito distantes. A proliferação de "estilos de vida informais" e criados fora de uma legalidade tida como "estrangeira" não deve ser compreendida como um fenômeno necessariamente patológico, pois muitas vezes tal informalidade se apresenta mais próxima às relações sociais objetivamente verificáveis[141] e em outras o faz com forte conteúdo emancipatório.[142] É claro que se trata de uma informalidade ligada a um alto nível de pobreza, vinculada por sua vez à fragilidade de um Estado que deveria operar no sentido de atentar às necessidades sociais; de qualquer forma, determinaram-se neste contexto relações essencialmente *não violentas* nas quais a maior parte da população busca estabelecer novas formas de interação e propulsiona as próprias energias na criação de soluções alternativas aos problemas e aos conflitos.

Segundo Janowitz, haveriam dois modelos teóricos que teriam distorcido o sentido original do conceito de controle social a partir da segunda metade do século XX: o primeiro o redefiniu como um processo de socialização à conformidade e o segundo o reduziu a uma noção negativa concernente apenas ao poder estatal, qualificado sempre em sentido negativo.[143] Trata-se exatamente da perspectiva funcionalista de Talcott Parsons e das interpretações mais simplistas da teoria marxista. Ambas leituras recolocam o Estado no centro do debate,

141. Villavicencio Terreros, Felipe. Control social informal en sectores urbanos. *Debate Penal*, vol. 1. Lima: Editores Importadores, 1987, p. 70-87.
142. Entre outros, vale v. Wolkmer, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*.
143. Janowitz, Morris. Sociological theory and social control. *American Journal of Sociology*, vol. 86, n. 1, p. 95-96.

ainda se desde perspectivas opostas.[144] Janowitz, por sua vez, propõe uma recuperação das ideias originais dos *chicagoans:* definindo-se o controle social como a capacidade de uma organização de regular a si mesma e – eis o ponto essencial – através da redução da coerção. Assim, "o oposto de controle social pode ser compreendido como o controle coercitivo, ou seja, a organização de uma sociedade radicada essencialmente sobre a força – através de sua ameaça e de sua utilização";[145] recordando-se, nesse sentido, como no trabalho de Boaventura de Sousa Santos sobre Pasárgada se notou a original característica da ausência ou precariedade da dimensão coercitiva nas relações de mediação realizadas pela comunidade.

A nova concentração de poder, porém, com o controle sobre o território por parte dos traficantes, acabou por influir sobre todas as relações sociais. Não obstante se costume falar de "estado paralelo" para se referir ao fenômeno no qual "grupos de traficantes que ganharam um poder significativo impõem seu próprio código sobre a comunidade, definindo que tipo de violência é permitido e quem está autorizado a exercê-la",[146] o termo não parece adequado tendo em vista a descrição do tráfico de drogas como atividade empresarial. Considerando que o poder em questão se funda na submissão através da força das armas,[147] tal *ordem* parece ser, sobretudo, uma modalidade de organização interna, produzida e mantida tanto pela competição com outros grupos armados, como pela necessidade de defesa de um Estado igualmente violento e brutal.

Falta aos traficantes, afinal, toda legitimidade democrática dentro das comunidades:[148] as relações e interações entre os traficantes e os líderes comunitários são, em regra, ambivalentes, no sentido de que dependem de muitas variáveis, tais como o perfil do traficante que "assume" o poder e as modalidades de proteção que pode oferecer à

144. Melossi, Dario. Op. cit., p. 151.
145. Janowitz, Morris. Op. cit., p. 4.
146. Leeds, Elizabeth. Op. cit., p. 62: "drug groups that have gained significant power impose their own code on the surrounding community, defining what kind of violence is allowed and who is permitted to carry it out".
147. Silva, L. A. M.; Leite, M. P. Op. cit., p. 551.
148. Caldeira, Teresa; Holston, James. Op. cit., p. 712-713.

comunidade, constituindo um verdadeiro " *narcowelfare*, capaz de investir grandes somas em construções populares, escolas, hospitais etc.".[149] Apesar de muitas vezes o traficante ser querido pela comunidade, o saldo parece ser negativo, ao menos segundo as pesquisas empíricas realizadas sobre a questão: o que se determina, inevitavelmente, é a erosão do associacionismo e da participação política dos moradores nas questões comunitárias,[150] já que as relações sempre potencialmente conflituais entre autoridade local democraticamente eleita e o poder militar do traficante tenderão para um final favorável a este último.[151]

A presença do tráfico não foi, por certo, a única causa de enfraquecimento da participação democrática nas favelas, considerando também outros diversos fatores como relações de corrupção entre alguns líderes comunitários e a administração local, a complexa relação entre as dimensões política e religiosa,[152] além da decadência, em sentido mais amplo, da própria noção de "comunidade". É certo, porém,

149. PAVARINI, Massimo. Introduzione. In: KAPLAN, Marcos. *Narcotrafico: gli aspetti sociopolitici*, p. 7: " *narcowelfare*, capace di investire ingenti somme in edilizia popolare, in scuole, in ospedali ecc."

150. ZALUAR, Alba. *Integração perversa*, p. 51-53; SILVA, L. A. M.; LEITE, M. P. Op. cit., p. 558. Há diversas formas de intervenção do traficante na vida cotidiana da comunidade. Por exemplo, menciona-se a experiência de uma organização social que buscava desenvolver projetos sociais na Favela de Santa Marta, em 1996, mas que mesmo com os recursos e o espaço físico não atraíam quaisquer interessados. Os organizadores perceberam, então, que o espaço previsto para a atividade "pertencia" a um grupo de traficantes do local. Apenas após requerer e obter a devida autorização é que os interessados apareceram e o projeto foi iniciado, cf. MAFRA, Clara. Op. cit., p. 277-279. Outro exemplo é o de uma mãe que pediu ao traficante do local para advertir um professor que havia sido muito duro com seu filho, na escola; cf. RODRIGUES, Corinne Davis. Op. cit., p. 179-182. Ainda se persistem modalidades locais e informais de resolução de conflitos, é sintomático o que observaram Zaluar e Ribeiro na referida pesquisa: questionados sobre a interferência dos vizinhos sobre eventuais comportamentos desviantes ou ilegais praticados pelos jovens da comunidade, o percentual de respostas "não sei" foi de 92%, o que, segundo os pesquisadores, indica não apenas indiferença mas, sobretudo, o medo dos próprios jovens e de seu pertencimento a grupos de traficantes; cf. ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Alessandro I. Op. cit., p. 190.

151. LEEDS, Elizabeth. Op. cit., p. 70.

que o fortalecimento do narcotráfico enquanto instância de poder sobre o território muito contribuiu para a descrença na participação comunitária e a desmobilização popular.[153]

Pouco se coopera com a polícia, de qualquer forma, o que não é difícil compreender considerando a desconfiança inerente da população nos agentes policiais.[154] O controle do território é indicado exatamente pelo fato de que a polícia "não sobe", senão em ações programadas de tipo militar e com modalidades de operação próprias da invasão de um "território inimigo".

Em dado contexto, pode-se sustentar que nenhuma das concepções de controle social construídas durante o século XX dá conta, efetivamente, de um controle do território que não é nem aquele primário ou "face a face", pois há um certo grau de formalização, mas também não é aquele secundário ou "formal", equiparável ao controle estatal.

Para uma possível reconstrução, não se pode evitar as diversas hipóteses explicativas existentes[155] sobre a violência urbana, sempre desde uma perspectiva crítica: segundo Zaluar, por exemplo, a violência interpessoal deriva da prevalência de regras de vingança privada impostas na ausência de outras instâncias jurídicas para a resolução dos conflitos.[156] Adorno, por sua vez, refere-se a uma ineficiência do Estado quanto à capacidade de garantir segurança aos cidadãos, nos termos do discurso da *law and order*.[157] Poder-se-ia considerar, ainda, os grupos de traficantes como agências de socialização, que oferecem aos jovens das favelas um *status* social atraente, competindo com

152. Sobre, v. ZALUAR, Alba. Crime, medo e política. In: _____; ALVITO, Marcos (coords.). *Um século de favela*, p. 211.
153. Idem; v. também MAFRA, Clara. Op. cit., p. 286.
154. O sentimento de insegurança dos moradores das favelas tem no *medo da polícia* um fator primevo, também porque ela está muitas vezes "implicata nel traffico di droga, nella vendita di armi, nei rapimenti, nelle estorsioni e in ogni tipo di attività illegale da cui è possibile ricavare guadagni in cambio di tolleranza o protezione"; cf. WACQUANT, Löic."La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana, p. 11.
155. Para uma síntese de diversas teorias,v. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 101-108.
156. ZALUAR, Alba. *Integração perversa*, p. 162.
157. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 104.

outras agências tais como a família, os espaços comunitários de participação política e as escolas de samba.[158] A hipótede de Leeds, por sua vez, é que a "a violência física e criminal do tráfico de drogas é uma forma visível e tangível da violência do Estado",[159] pois serve a ocultar a violência estrutural e institucional.

A perspectiva mais difundida é a ecológica, segundo a qual a constituição territorial das favelas é tida como "conveniente" à atividade ilegal,[160] determinando assim um ambiente propício à violência e ao crime. Entretanto, a tese da associação automática entre pobreza e criminalidade se revelou cientificamente infundada e socialmente discriminatória,[161] retornando-se ao "mito da marginalidade" que serve apenas para ocultar o que Coelho chamou de processos de *criminalização da marginalidade* e de *marginalização da criminalidade*.[162]

Nesse sentido, e seguindo por trilha diversa das hipóteses mencionadas, os problemas sociais devem ser interpretados como efeito de uma determinada construção social ao invés de se pressupor uma sua dimensão ontológica. O ponto de partida de uma "teoria crítica do controle social" é a contraposição ao modelo funcionalista, através da asserção de que os problemas sociais são *atividades* antes que *condições*, ou seja, são "atividades de indivíduos ou afirmações coletivas de reivindicações relativas a determinadas condições putativas", dado que "o significado das condições está na *afirmação em si mesma*, e não em sua validade, segundo quanto seja possível avaliar desde um ponto de vista independente, como por exemplo de um cientista".[163] Da mesma forma, Melossi busca construir uma "teoria fundada do etiquetamento", na qual o Estado é assumido como variável conceitual *dependente*

158. Zaluar, Alba. *Integração perversa*, p. 199.
159. Leeds, Elizabeth. Op. cit., p. 50: "is a visible and tangible form of the violence used by the state".
160. Castiglione, Theolindo. O que revela a criminalidade das favelas. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* 1/65-82. Guanabara: UEG, 1963.
161. Zaluar, Alba. *Integração perversa*, p. 149; Adorno, Sérgio. Op. cit., p. 109.
162. Coelho, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, vol. 12, n. 2, 1978, p. 139-161.
163. Spector, Malcolm; Kitsuse, John I. *Constructing social problems*, p. 75-76.

e não independente, como um recurso retórico, "dependente da construção social do significado, uma construção social que toma seu lugar, hoje, dentro de uma onda democrática cada vez mais forte. (...) O processo em curso toma a forma da modalidade comunicativa de construção do significado presente na teoria de Mead, e não o tipo autoritário e centralizado presente na filosofia de Hobbes".[164]

Próximos a essa última perspectiva se pode mencionar, à guisa de conclusão, ao menos dois autores brasileiros – Luiz Antonio Machado da Silva e Teresa Caldeira – que buscam efetivamente desenvolver hipóteses explicativas *desconstrucionistas* sobre o crescimento da violência no Brasil. Segundo a antropóloga Teresa Caldeira, é necessário ir além da explicação tradicional do crime – pobreza, ineficiência do Estado ou quaisquer características individuais do criminoso – em prol da consideração dos elementos culturais que constituem um universo linguístico que produz e mantém a violência, o que se vê concretizado, sobretudo, no apoio popular à violência do Estado e às medidas privadas de combate à criminalidade.[165] Com base em uma pesquisa etnográfica realizada sobre a realidade de São Paulo, através de entrevistas e outros meios de investigação, a autora confirma a presença de uma *fala* ou *narrativa* do crime, essencialmente antidemocrática, que não apenas descreve mas também organiza o mundo simbolicamente.

Assim, "ao operar com oposições bem definidas e categorias essencializadas derivadas da polaridade bem *versus* mal, as narrativas sobre o crime ressignificam e organizam o mundo de uma maneira complexa e particular (...). Mais do que manter um sistema de distinções, as narrativas sobre o crime criam estereótipos e preconceitos, separam e reforçam desigualdades".[166] Tal "narrativa do crime" se

164. Melossi, Dario. Op. cit., p. 169: "The variable is dependent on the social construction of meaning, a social construction that takes place today in an increasingly democratic fashion (...). This process involved takes the form of the conversational mode of meaning-construction presented in Mead's theory, rather than the authoritarian and centralized form presented in Hobbes'philosophy".

165. Caldeira, Teresa. Op. cit., p. 127; v. também Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). In: _____; Morais, Jose Luis Bolzan de; Streck, Lenio Luiz (coord.). *Estudos constitucionais*, p. 137-150.

166. Caldeira, Teresa. Op. cit., p. 43-44.

coloca, portanto, em forte tensão para com a democracia constitucional, considerando que sua produção de *significado* é inerente à construção e reprodução de preconceitos, discriminações e sentimentos de insegurança, tudo cercado de posições favoráveis à vingança privada e formas de reação fora da legalidade, enquanto o discurso sobre direitos fundamentais e a questão das garantias processuais são temas sempre valorados negativamente.

De acordo com Machado da Silva, a *violência urbana* é um modelo de sociabilidade, construído a partir de representações nas quais se conjugam uma produção simbólica de sentido e diversas práticas sociais concretas; trata-se da noção de *sociabilidade violenta*.[167]

Em outras palavras, o que se considera como "crime violento" é o produto de uma representação que descreve e atribui sentido a determinadas práticas de ameaça à integridade física e ao patrimônio.[168] Mas por outro lado, e aqui reside o ponto mais importante, tal representação simbólica denominada "violência urbana" *constitui* antes de descrever, referindo-se a um modelo de organização da ordem social e não apenas à valoração de comportamentos individuais. O que ocorre, portanto, dentro do sistema interno de controle dos grupos de traficantes, poderia ser compreendido como "uma forma de vida constituída pelo uso da força como princípio organizador das relações sociais o qual *suspende*, sem cancelá-la integralmente, "a tendência à monopolização da violência pelo Estado",[169] em prol de uma ordem social organizada pela força como recurso.

Não obstante o autor não concorde – ressalte-se – com a leitura da ação criminal "organizada" como "empresarial", exatamente porque fundada apenas no exercício da violência,[170] a sua interpretação e a de Caldeira contêm um notável potencial crítico na medida em que se contrapõem aos modelos tradicionais que interpretam a ação criminosa como uma espécie de resposta a um contexto de anomia e degradação e que, em regra, acabam por invocar como remédio simplesmente

167. Silva, Luiz Antonio Machado da. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Sociedade e Estado*, vol. 22, n. 3, p. 54.
168. Idem, p. 57.
169. Idem, p. 58-59.
170. Idem, p. 76.

um Estado "mais eficaz", no sentido de mais eficiente no exercício de seu "controle social".

4.3 A violência através da resposta bélica

A questão do controle do território mediante a violência por parte de grupos de traficantes – mas também os legames comunitários e não violentos há muito consolidados – é sintomática de uma modalidade de poder e sujeição sobre a qual não dá conta nenhuma das teorias formuladas sobre o "controle social". O conceito, enquanto ferramenta explicativa, parece servir ao contexto brasileiro apenas no sentido de provocar tal discussão, alargando seu significado do ponto de vista teórico, e oferecendo a possibilidade de se formular modalidades de intervenção mais razoáveis do ponto de vista político-criminal.

Ora, a partir do momento em que as relações de sociabilidade violenta não são simplesmente uma consequência direta da ineficácia estatal, justifica-se a hipótese de se as afrontar com políticas "capilares", ou seja, voltadas às práticas cotidianas.[171] Logo, de fortalecimento, e não destruição, dos vínculos comunitários. O problema fulcral é que a resposta estatal e a reação social têm indicado uma via oposta, essencialmente de tipo bélico, na qual a metáfora da guerra se torna cada vez menos metáfora e se concretiza em barbárie.

O Brasil teve regimes políticos ditatoriais de 1937 a 1945 e depois durante a Guerra Fria (1964-1985), este último concluído através de uma gradual abertura política que culminou na promulgação da atual Carta Constitucional, em 1988. Há, portanto, uma tradição autoritária com raízes profundas, mas que paradoxalmente encontrou na redemocratização – no mesmo período em que emergia o discurso sobre "a crise do Estado Social" – o ambiente político adequado à recepção acrítica das políticas de "lei e ordem" norte-americanas e de guerra contra o narcotráfico, até o ponto de se adotar uma concepção ainda mais radical de militarização das políticas de segurança pública. A transição do Estado Social ao Estado Penal parece ser um processo ainda mais destrutivo nos países perpassados por profundas injustiças e desigualdades sociais, e nos quais se *administra* a pobreza através do sistema penal.[172] Em outras palavras, se é certo que a segurança, como questão política, constitui um discurso nascido dentro do âmbito da

171. Idem, p. 79.

crise do Estado Social, a gestão das políticas de segurança será ainda mais dramática em contextos onde um verdadeiro Estado Social não houve jamais.

A militarização da segurança pública é uma consequência operativa da concepção de controle social como tão somente *penal* e se vincula à crença na existência de uma "verdadeira guerra" e, portanto, na presença de "verdadeiros *inimigos* ". Uma das explicações mais recorrentes[173] é que a figura do inimigo interno passou, na transição democrática, do terrorista político ao traficante de drogas. Fala-se, ainda, que a violência do Estado contra os cidadãos tem suas raízes na própria história do país e em especial nas relações de escravidão.[174] Mas Caldeira e Houston seguem um caminho diverso e enfatizam a questão aparentemente paradoxal da manutenção e até do crescimento da violência institucional – e ilegítima – por parte do Estado *após* a redemocratização do país. Segundo os autores, o processo de democratização no Brasil seria *disjuntivo* exatamente porque permitiu e permite a coexistência entre democracia política e violência estatal contra os cidadãos.[175] De fato, as pessoas se sentem mais inseguras hoje que antes da democratização; e isto pode se tornar o impulso para uma problemática interpretação segundo a qual a própria democracia – e tudo que dela decorre – é colocada como causa do crescimento da violência e do "enfraquecimento" do Estado. Trata-se, afinal, do discurso popular que pede "leis mais severas", redução ou eliminação de garantias processuais e até aplaude a ação violenta das agências estatais quando agem fora da legalidade.[176]

172. WACQUANT, Löic. La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana, p. 7-8.
173. BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*; CAMPESI, Giuseppe. Pubblica sicurezza e controllo sociale in America Latina tra democratizzazione e tendenze neoautoritarie: I casi di Città del Messico e Buenos Aires. *Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, IV, 1, p. 1-28.
174. WACQUANT, Löic. La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana, p. 11.
175. CALDEIRA, Teresa; HOLSTON, James. Op. cit., p. 695.
176. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 22-27.

Para tanto, a desumanização ideológica do inimigo – os traficantes – e um juízo moral de reprovação da atividade do tráfico, quando na realidade o sentimento de insegurança decorre de outros fatores, são recursos ideológicos fundamentais. Exatamente por isso, afrontar o tráfico como *situação problemática* vinculada a uma lógica essencialmente capitalista quiçá possa ser uma oportunidade de desconstrução do problema da droga, atualmente assumido tão somente dentro de uma dimensão de enfrentamento bélico. Nesse sentido é que a analogia entre narcotraficantes e multinacionais pode servir para concentrar a atenção, na perspectiva político-criminal, aos aspectos financeiros do mercado da droga,[177] o que possibilita pensar em um controle para além do sistema penal.

É necessário, em suma, levar seriamente em consideração propostas muito pouco discutidas – ao menos como mereceriam – como, por exemplo, de descriminalização do consumo e da venda de entorpecentes,[178] o que conduziria, "mesmo se apenas em parte, tais mercados para fora da ilegalidade, na medida em que eles não poderão ser suprimidos enquanto existir uma demanda social insatisfeita".[179] Nessa esteira vários países já experimentaram as denominadas políticas de "desenvolvimento alternativo",[180] que são políticas voltadas à criação

177. Joyce, Elizabeth. Op. cit., p. 195.

178. Husak, Douglas; Marneffe, Peter de. *The legalization of drugs: for and against*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005; Inciardi, James A. (coord.). *The drug legalization debate*. London: Sage, 1991; Chambliss, William. Another lost war: the cust and consequences of drug prohibition. *Social Justice*, vol. 22/2. San Francisco: University of California, 1995, p. 101-124; Pavarini, Massimo. Introduzione, p. 11; Mitchell, Chester Nelson. *The drug solution*. Ottawa: Carleton University Press, 1990; Beauchesne, Line. Op. cit.

179. Pavarini, Massimo. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano, p. 819: "sia pure in parte, questi mercati fuori dall'illegalità, stante che essi non possono comunque essere soppressi fino a quando esisterà una domanda sociale non altrimenti soddisfatta".

180. Vellinga, Menno. The Drug Industry, its economic, social and political effects, and the options of intervention and control. *The political economy of the drug industry: latin american and the international System*, p. 321.

de condições sociais e econômicas que tornariam o mercado das drogas ilícitas simplesmente menos interessante economicamente. Trata-se, em poucas palavras, de reduzir a demanda ao invés de apenas suprimir a oferta.[181] A legalização teria um escopo claramente utilitarista de redução, através, por exemplo, de políticas de tributação ou outras formas de desincentivo,[182] das vantagens econômicas da atividade.

Trata-se de uma proposta quase sempre mal compreendida, e que não significa, absolutamente, a ausência de regulação por parte do Estado;[183] pelo contrário, trata-se de admitir que *não recorrer* às agências repressivas do sistema penal é uma condição essencial para qualquer política de "desenvolvimento alternativo", mesmo porque se sabe muito bem que a implementação e o funcionamento de mercados ilegais não são afrontáveis – ao contrário – com o uso da força.

A eliminação física de cidadãos apenas porque são "traficantes", através de ações estatais, rompe com qualquer noção contratualista e não serve nem mesmo como modalidade de controle social. Com efeito, ela não passa de uma resposta ou mecanismo ideológico de ocultamento dos aspectos polêmicos, mas fundamentais, que emergem da assunção do tráfico de drogas ilícitas como uma questão empresarial. A definição desses mercados como ilegais, afinal, faz com que eles não possam ser disciplinados, "pois qualquer ordem possível poderá ser apenas uma ordem criminal. A definição de tais mercados como ilegais – da droga, do sexo mercenário, do jogo de azar, por exemplo – coloca os próprios em espaços de 'liberdade selvagem', pré-contratual, hegemonizáveis e efetivamente hegemonizados por lógicas, estas sim, socialmente perigosas".[184]

Há, enfim, uma questão *em aberto* para a qual a resposta *bélica* e meramente reativa já mostrou ser incapaz de dar respostas positivas,

181. Há muitos exemplos de cidades europeias que, constatando os efeitos paradoxais do controle meramente repressivo, desenvolveram diversas formas de tratamento alternativo das políticas contra as drogas: são exatamente "quelle che hanno abbandonato un approccio prevalentemente preventivo penale (che le inchioderebbe a pochi strumenti e a una strategia rigida), e hanno optato per un approccio di riduzione del danno"; cf. BRANDOLI, Monica; RONCONI, Susanna. Op. cit., p. 103.
182. MITCHELL, Chester Nelson. Op. cit., p. 277-322.
183. BEAUCHESNE, Line. Op. cit., p. 18-19.

mas apenas negativas, para todos os cidadãos e para a sobrevivência da própria democracia.

5. Considerações finais

O controle social é uma questão política, econômica e social, e não apenas um problema do sistema penal;[185] pois estão em jogo possibilidades de imposição, transformação ou conservação de uma ordem social específica. O resgate do conceito de controle social no sentido de *motivação* através das relações comunitárias pode trazer perspectivas mais ricas e democráticas que vão além da mera repressão. A proposta de elaboração de políticas de prevenção *fora* do sistema penal encontrariam um forte obstáculo, nas favelas, na própria hostilidade entre comunidade a agências do Estado, sobretudo a polícia. De qualquer forma, é a própria história recente das favelas que indica o potencial das relações comunitárias ainda quando Estado não há. Recentemente, com a presença crescente do tráfico de entorpecentes, o contexto não é certamente o mesmo, mas ainda não suficientemente para se concordar com a afirmação de Stanley Cohen segundo o qual a tendência à informalidade ou formas de controle como mediação e conciliação de tipo comunitário seriam modalidades de resolução de conflitos absolutamente ausentes nos países latino-americanos.[186] Por outro lado, o mesmo autor parece ter toda a razão quando pondera que as estratégias de *exclusão* são muito mais fortes e atraentes que

184. Pavarini, Massimo. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano, p. 819: "non possono poi essere disciplinati, ove appunto qualsiasi possibile ordine può essere solo quello criminale. La definizione di questi mercati come illegali – quello della droga, del sesso mercenario, del gioco d'azzardo, ad esempio – colloca gli stessi in spazi di 'libertà selvaggia', precontrattuale, egemonizzabili e di fatto egemonizzati da logiche, queste sì, socialmente pericolose".

185. Pavarini, Massimo. Vivere una città sicura: idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio*, p. 11.

186. Cohen, Stanley. Western crime control models in the third world: benign or malignant?, p. 113.

aquelas de *inclusão*,[187] dentro da "fala do crime" que legitima as políticas tecnocráticas.

A ideia necessária a se recuperar é aquela do refortalecimento das relações comunitárias,[188] especialmente no sentido de reivindicação dos direitos fundamentais, o que não se afigura compatível nem com a presença violenta do tráfico de drogas e tampouco com a violência ilegal do Estado.

O verdadeiro dilema que emerge reside no fato de que o desenvolvimento de um controle social informal e comunitário parece inerentemente ligado a uma concepção de Estado como capaz de minimamente oferecer políticas assistenciais satisfatórias;[189] o que não ocorreu jamais na América Latina,[190] onde sempre predominou a violência ilimitada por parte dos detentores do poder, sejam esses os proprietários de escravos, administradores da metrópole ou do próprio Estado nacional. Pode-se dizer, assim, que "o discurso de justificação do poder punitivo latino-americano não passa daquele da 'guerra suja', ou seja, do mesmo discurso de justificação do genocídio pela 'segurança nacional', que se transmuta em 'segurança cidadã' na medida em que o poder de se que trata não é mais aquele militar, mas o da segurança pública ou da administração pública".[191] O ponto nodal em tal contexto e que permanece uma questão em aberto é se o controle social *legal*, sob a égide sobretudo da Constituição, e compreendido em sentido *limitativo* da violência do próprio Estado, não deva ser compreendido como um recurso positivo e necessário.

187. Cohen, Stanley. *Visions of social control*, p. 233; v. também Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 139-140.
188. Zaluar, Alba. *Integração perversa*, p. 212.
189. Pavarini, Massimo. *La criminologia*, p. 56-57.
190. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 140.
191. Zaffaroni, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. In: Gianformaggio, Letizia (coord.). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, p. 386: "il discorso di giustificazione del potere punitivo latino-americano non è altro che la 'guerra sporca', ossia lo stesso discorso di giustificazione del genocidio per la 'sicurezza nazionale', che si tramuta in 'sicurezza cittadina' allorché il potere di cui si tratta non è più quello militare, ma quello della pubblica sicurezza o della pubblica amministrazione".

Esta é, em geral, a linha do discurso crítico sobre o abolicionismo no continente latino-americano[192] e que se vincula, na dimensão normativa, à perspectiva do direito penal mínimo. Permanece, porém, o paradoxo em se querer limitar o arbítrio do Estado através de uma legalidade produzida e governada pelo próprio Estado, paradoxo que se resolve, em regra, na justificação tecnocrática de sua violência "ilimitada".

6. Bibliografia

Adorno, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Revista Sociologias* 8/84-135. São Paulo: Ed. USP, 2002.

Alvarez, Marcos César. Controle social: notas em torno a uma noção polêmica. *São Paulo em Perspectiva* 18 (1). São Paulo: Fundação Seade, 2004, p. 168-176.

Arocena, Gustavo. *Inseguridad urbana y ley penal: el uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana.* Córdoba: Alveroni Ediciones, 2004.

Batista, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *RBCCrim* 20/129-146. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1997.

Batista, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Baratta, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais* 2/44-61. Porto Alegre: Fabris, 1993.

____. Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? In: Anastasia, Stefano; Palma, Mauro (coords.). *La bilancia e la misura.* Milano: Franco Angeli, 2001, p. 19-36.

____. Prefácio. In: Batista, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Beauchesne, Line. *La legalization des droghes... pour mieux en prévenir les abus.* Québec: Georg Éditeur, 1992.

Becker, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance.* New York: The Free Press, 1963.

Bergalli, Roberto. ¿De cuál derecho y de qué control social se habla? *Contradicciones entre derecho y control social.* Barcelona: M. J. Bosch, 1998, p. 17-33.

192. Martínez Sánchez, Mauricio. *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica.* Bogotá: Temis, 1990.

BERGALLI, Roberto; SUMNER, Collin (eds.). *Social Control and political order: european perspectives at the end of the century*. London: Sage Publications, 1997.

BODY-GENDROT, Sophie. *Les villes: la fin de la violence?* Paris: Presses de Sciences, 2001.

BRANDOLI, Monica; RONCONI, Susanna. *Città, droghe, sicurezza: uno sguardo europeu tra penalizzazione e welfare*. Milano: Franco Angeli, 2007.

CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. USP, 2000.

____; HOLSTON, James. Democracy and violence in Brazil. *Comparative studies in society and history*, 41, 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 691-729.

CAMPESI, Giuseppe. Pubblica sicurezza e controllo sociale in America Latina tra democratizzazione e tendenze neoautoritarie: I casi di Città del Messico e Buenos Aires. *Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, IV, 1. Università di Firenze, 2008, p. 1-28. Disponível em: [www.juragentium.unifi.it]. Acesso em: 10.10.2009.

CAPPELIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. Sicurezza a Rio de Janeiro. *Sicurezza e Territorio*, vol. 7, n. 2. Bologna: L'Angelo Azzurro, 1993, p. 43-48.

CASTIGLIONE, Theolindo. O que revela a criminalidade das favelas. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* 1/65-82. Guanabara: UEG, 1963.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso às razões oficiais da descriminalização*. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CHAMBLISS, William. Another lost war: the cust and consequences of drug prohibition. *Social Justice*, vol. 22/2. San Francisco: University of California, 1995, p. 101-124.

CHRISTIE, Nils. El control de las drogas come un avance hacia condiciones totalitarias. *Criminologia Critica y Control Social: 1. El Poder Punitivo del Estado*. Rosario: Juris, 1993, p. 149-163.

CLINARD, Marshall B. The nature of the slum. In: GLASER, Daniel (coord.). *Crime in the city*. New York: Harper & Row, 1970, p. 13-38.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, vol. 12, n. 2, 1978, p. 139-161.

COHEN, Stanley. Western crime control models in the third world: benign or malignant? *Research in Law, Deviance and Social Control* 4. New York: Jai Press, 1982, p. 85-119.

____. *Visions of social control*. Cambridge: Polity Press, 1985.

____; SCULL, Andrew. Introduction: social control in history and sociology. In: _____; _____ (coords.). *Social control and the State*. Oxford: Martin Roberson, 1983, p. 1-14.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-150.

DAVIS, Mike. *Il pianeta degli slum*. Trad. Bruno Amato. Milano: Feltrinelli, 2006.

DEL OLMO, Rosa. *La socio-politica de las drogas*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1975.

_____. Drugs in Latin America and the world crisis. In: HIRSCH, Hans Joachim; KAISER, Günther; MARQUARDT, Helmut (coords.). *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986, p. 309-319.

DURKHEIM, Émile. *La divisione del lavoro sociale*. Trad. Fulvia Namer. Torino: Edizioni di Comunità, 1999 [1893].

GALEANO, Eduardo. *Le vene aperte dell' America Latina*. Trad. Irina Bajni, Elena Liverani e Tullio Dobner. Milano: Sperling e Kupfer, 1997.

GARCIA MENDEZ, Emilio. Criminologia critica e controllo sociale in America. *Dei delitti e delle pene*, n. 3. Bari: De Donato, 1983, p. 471-496.

GURVITCH, George. El control social. *Sociología del siglo XX*. 2. ed. Trad. Constantino Dimitriu. Barcelona: El Ateneo, 1970, t. I.

HENRY, Frank. Capitalism, capital accumulation and crime. *Crime and Social Justice*, vol. 18. San Francisco: University of Califonia, 1982, p. 79-87.

HINTON, Mercedes. *The State on the streets: police and politics in Argentina and Brazil*. London: Lynne Rienner Publishers, 2006.

HULSMAN, Louk. Critical criminology and the concept of crime. *Contemporany crises* 10 (1). Netherlands: Martinus N., 1986, p. 63-80.

HUSAK, Douglas; MARNEFFE, Peter de. *The legalization of drugs: for and against*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

INCIARDI, James A. (coord.). *The drug legalization debate*. London: Sage, 1991.

JANOWITZ, Morris. Sociological theory and social control. *American Journal of Sociology*, vol. 81, n. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1975, p. 82-108.

JOYCE, Elizabeth. Conclusions. In: _____; MALAMUD, Carlos (coords.). *Latin America and the multinational drug trade*. London: MacMillan Press, 1998, p. 193-209.

KAPLAN, Marcos. *El Estado Latinoamericano y el narcotráfico*. 2. ed. Mexico: Porrúa, 1998.

LEA, John; YOUNG, Jock. *Que hacer con la ley y el orden?* Trad. Martha Gil e Mariano Ciafardini. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001 [1984].

LEEDS, Elizabeth. Cocaine and parallel polities in the brazilian urban periphery: constraints on local-level democratization. *Latin American Research*

Review 31 (3). Chicago: The Latin American Studies Association, 1996, p. 47-83.

LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems and social control*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967.

MACÉ, Eric. As formas da violência urbana: uma comparação entre França e Brasil. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, vol. 11 (1). São Paulo: Ed. USP, 1999, p. 177-188.

MAFRA, Clara. Drogas e símbolos: redes de solidariedade em contextos de violência. In: ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (coords.). *Um século de favela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 277-298.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Bogotá: Temis, 1990.

MELOSSI, Dario. *The State of social control*. Cambridge: Polity Press, 1990.

MITCHELL, Chester Nelson. *The drug solution*. Ottawa: Carleton University Press, 1990.

MOSCONI, Giuseppe. Ricerca scientifica e politiche di intervento in tema di sicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene* 1-2-3, Bologna: Ed. Scientifiche Italiane, 2002, p. 277-293.

O'DONNEL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. Trad. Otacílio Nunes. *Novos Estudos Cebrap* 51/37-61. São Paulo: Cebrap, 1998.

PARK, Robert. The City: suggestions for the investigation of human behavior in the city environment". *American Journal of Sociology*, vol. 20, n. 5. Chicago: The University of Chicago Press, 1915, p. 577-612.

____; BURGESS, Ernest W. *Introduction to the science of sociology*. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press., 1969 [1921].

PARSONS, Talcott. *The social system*. New York: The Free Press, 1951.

PAVARINI, Massimo. *La criminologia*. Firenze: Le Monnier, 1980.

____. Introduzione. In: KAPLAN, Marcos. *Narcotrafico: gli aspetti sociopolitici*. Torino: Grupo Abele, 1992, p. 5-12.

____. Vivere una città sicura: idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino. *Sicurezza e Territorio* 1/11-14. Bologna: L'Angelo Azzurro, 1992.

____. Bisogni di sicurezza e questione criminale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 435-462.

____. Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale. *Dei Delitti e Delle Pene* 1-2-3, Bologna: Scientifiche Italiane, 2002, p. 329-337.

____. Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano. *Cassazione penale* 2/805-820. Milano: Giuffrè, 2009.

PERLMAN, Janice. *O mito da marginalidade: favelas e política no Rio de Janeiro*. 2. ed. Trad. Waldivia Portinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

PUCCI, Rafael Diniz. *Research in brief. Brazil on trial: mafia, organized crime, gang, terrorist group – or, simply, a problem created by a state policy?* Freiburg im Breisgau: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2006.

RODRIGUES, Corinne Davis. *Favela justice: a study of social control and dispute resolution in a Brazilian shantytown.* Dissertation presented to the University of Texas (PhD in Philosophy). Austin: University of Texas, 2002.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil.* Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1894.

ROSS, Edward A. *Social Control: a survey of the foundations of order.* New York: Johnson Reprint, 1901.

RUGGIERO, Vincenzo. Economie marginali e azione collettiva. *Studi sulla Questione Criminale* 3/77-88. Bologna: Carocci, 2008, p. 77-88.

____; SOUTH, Nigel. *Eurodrugs: drug use, markets and trafficking in Europe.* London: UCL Press, 1995.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Criminalidad urbana y espacio público: il caso del PCC en la ciudad de San Pablo. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coords.). *Emergencias urbanas.* Barcelona: Universitat de Barcelona, 2006, p. 217-238.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

____. Crime organizado. *RBCCrim* 42/214-224. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.

SANTOS, Milto. . *A urbanização brasileira.* 5. ed. São Paulo: Ed. USP, 2005.

SILVA, Luiz Antonio Machado da. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Sociedade e Estado*, vol. 19, n. 1. Brasília: Ed. UnB, 2004, p. 53-84.

____; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falas desses temas? *Sociedade e Estado*, vol. 22, n. 3. Brasília: Ed. UnB, 2007, p. 545-591.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira; FRIDMAN, Luis Carlos. Matar, morrer, civilizar: o "problema da segurança pública" (Relatório). *Mapas – monitoramento ativo da participação da sociedade.* Rio de Janeiro: Ibase/Action Aid Brasil, 2005. Disponível em:[www.ibase.br/mapas/].

SHIRLEY, Robert W. Atitudes com relação à polícia em uma favela no sul do Brasil. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, vol. 9 (1). São Paulo: Ed. USP, 1997, p. 215-231.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.* Porto Alegre: Safe, 1998.

SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John I. *Constructing Social Problems.* Menlo Park, California: Cummins Publishing, 1977.

SUMNER, Colin. Social control: the history and politics of a central concept in Anglo-American Sociology. In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (coords.). *Social control and political order: european perspectives at the end of the century*. London: Sage, 1997, p. 1-33.

VALLADARES, Licia. Qu'est-ce qu'une favela? *Cahier des Amériques Latines* 34/61-72. Paris: Iheal, 2000.

_____. *Social science representations of favelas in Rio de Janeiro: a historical perspective*. Latin American Network Information Center: University of Texas, 2008.

VELLINGA, Menno. The drug industry, its economic, social and political effects, and the options of intervention and control. *The political economy of the drug industry: latin american and the international system*. Gainesville: University Press of Florida, 2004, p. 319-330.

VIANELLO, Francesca. Conclusioni. In: _____ (coord.). *Ai margini della città: forme del controllo e risorse sociali nel nuovo ghetto*. Roma: Carocci, 2006, p. 248-256.

_____; PADOVAN, Dario. Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza. *Dei Delitti e Delle Pene*, vol. 6, 1-2. Bari: Scientifiche Italiane, 1999, p. 247-286.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Control social informal en sectores urbanos. *Debate Penal*, vol. 1. Lima: Editores Importadores, 1987, p. 70-87.

WACQUANT, Löic. La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana. *Studi sulla questione criminale* 3/7-29. Bologna: Carocci, 2006.

_____. *Urban outcasts: a comparative sociology of advanced marginality*. Cambridge: Polity Press, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

_____. Crime, medo e política. In: _____; ALVITO, Marcos (coords.). *Um século de favela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 209-232.

_____; ALVITO, Marcos. Introdução. In: _____; _____. (coord.). *Um século de favela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 7-24.

_____; RIBEIRO, Alessandro I. The drug trade, crime and policies of repression in Brazil. *Dialectical Anthropology*, vol. 20. Netherlands: Kluwer Academic Publisher, 1995, p. 95-108.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

____. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (coord.). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 383-395.

____. "Crime organizado": uma categorização frustrada. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 59-63.

IV SISTEMA PRISIONAL

1

Algo más que el tiempo como duración: la entidad cualitativa del espacio de prisión al tiempo de pena

PABLO ANDRÉS VACANI

Doctorando de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador proyecto UBACyT D 010 2008-2011 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto Gioja. Becario Conicet Postgrado Tipo II (2006-2008). Profesor Adjunto del Departamento de Antropología Social de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Abogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: La prisión es expresión de un tiempo que es propio, diferenciado, discontinuo en el goce de los derechos. Ese tiempo de prisión es indistinto al de otro, pues no existe en la prisión equivalencia en el goce de derechos, siendo este espacio autónomo de las reglas jurídicas. El problema es que el derecho penal comprende la punición, sobre una dimensión abstracta, calculable y previsible, que niega el espacio que compone ese tiempo de prisión. Una primera aproximación resulta en complementar esa dimensión cuantitativa del tiempo, por un método jurídico que represente lo opuesto, es decir, una dimensión cualitativa, que permita identificar la pena de prisión, por lo que ésta

ABSTRACT: Imprisonment is the expression of a time that is individual, differentiated and discontinuous in regards to the enjoyment of rights. Time imprisoned is always different since there is no such thing as equality of rights in prison. It is a space that works under its own rules, independent of the legal ones. The problem arises from the fact that criminal law understands penalty over an abstract conception of time, calculable and foreseeable, which denies the real space through which imprisonment passes. A first approach may be to supplement this quantitative unit of time with a method capable of representing the opposite, the qualitative, so that the real pain of imprisonment is seen and

significar en la realidad, y por lo tanto, comprender como tiempo de pena también aquellas vivencias atribuibles a los tratos arbitrarios que han compuesto esa prisión durante el plazo de la prisión preventiva. Esta noción, que llamamos condiciones cualitativas de prisión, corresponde a la dinámica que asume la estructura del tiempo de cárcel, opuesto a un tiempo lineal, homogéneo y continuo. Se trata entonces del descuento de una pena sufrida, considerara como arbitraria, cuyo objeto de la compensación es la comprensión cuantitativa de las lesiones sufridas a derechos individuales protegidos.

Palabras clave: Prisión – Tiempo – Cuantificación.

reflected in the penalty. This would permit considering the suffering during time in prison when looking at the time remaining after a guilty verdict at trial. This open notion, which we refer to as the qualitative conditions of imprisonment, responds to the dynamics implied in time inside prison being different from outside clock time, which is equal and continuous. The objective is to reduce the penalty according to the real pain suffered, which is arbitrary, by considering the injuries suffered by the protection of individual rights in qualitative and quantitative terms.

Keywords: Imprisonment – Time – Quantification.

Sumario: 1. Resumen – 2. La razón de la penalidad inserta en el tiempo de prisión – 3. Una proporción que no es medida – 4. No hay remedio sino venganza – 5. Del (phármakon) de la pena a la precomprensión del espacio – 6. Interrogantes – 7. Respuestas – 8. Una aproximación al método de aplicación – 9. El campo de prisión: una noción para comprender el alcance de los derechos en el encierro – 10. La comprensión del trato punitivo de acuerdo a las categorías relevadas – 11. El proceso de individualización de los tratos arbitrarios en el tiempo de prisión – 12. El descuento de la pena ilícita – 13. El efecto sobre la cuantificación de la prisión preventiva o sobre la progresividad de la pena – 14. Bibliografia.

1. Resumen

Este trabajo culmina la primera parte de un proceso de investigación iniciado hace unos seis años, mediante la beca bienal otorgada por el Conicet 2006-2008 y actualmente mediante la programación científica UBACyT 2008-2010, bajo la dirección de Claudio Martyniuk y Eugenio Raúl Zaffaroni, respectivamente. Aquí simplemente se formula la presentación de algunas herramientas metodológicas, otras teóricas (aunque ambas se encuentran condicionadas), con el objetivo de representar el tiempo de prisión respecto a las condiciones de encierro. La investigación se define sobre aquellos casos que durante el

transcurso temporal de la prisión, fuera ejecutado por los agentes del Estado, sea por acción u omisión, de un modo arbitrario. El trabajo permite definir un modo de cuantificar la prisión preventiva, no atribuido *a priori* sobre una medida de cantidad, sino previamente poder comprender ese lapso en una medida cualitativa, de acuerdo al modo en que se haya ejecutado el encierro. Tal medida se construye conceptualmente respecto a la conformación del espacio de prisión, atribuido a determinada construcción conceptual derivada de la investigación empírica realizada por el autor, a partir de una muestra de la situación experimentada, mediante registros de campo y entrevistas, a detenidos y agentes penitenciarios en Unidades de la provincia de Buenos Aires.

2. La razón de la penalidad inserta en el tiempo de prisión

Es posible un modo de abordar la pena de prisión contrario a la racionalidad que la constituye.[1] Si hay que definirla, esta racionalidad, como producto de la retribución destinada a compensar el delito,[2] se atribuye al tiempo que mide la pena. La pena se mide con la misma unidad que se utiliza para medir el tiempo social. Al representar un tiempo lineal, esta fuerza de la racionalidad ha equiparado dos tiempos distintos, el tiempo de prisión y el tiempo social. Así la pena se mide en un tiempo lineal y se ejecuta en otro existencial. Pero esta racionalidad también equiparó medida con cantidad. Para el derecho el tiempo de prisión suma, no resta. Es un tiempo progresivo, no de condicionamiento. Es un tiempo cuya cantidad permite equipararse al mal provocado por el delito (una contraprestación negativa) y también es un tiempo que se "computa" para la norma penal (art. 24 CP). El tiempo de prisión se cuenta igual que los plazos para el derecho. En

1. La racionalidad es expresión de la razón en la penalidad. Esta razón es producto de una objetividad que se funda en la coherencia abstracta, aspecto central derivado de Augusto Comte. Esta implica necesariamente su autorreferencia, el producto de los dogmas y de las teorías, autónoma de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra. Por lo tanto su aspecto de legitimación se define no sólo en la elaboración de una verdad que no es sino en la sumisión a su discurso mediante la práctica jurídica. V. Legendre, P. *El amor del censor*. Barcelona: Anagrama, 1979, p. 218. Marí, Enrique. Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. In: AA.VV. *Derecho y psicoanálisis: teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hacchette, p. 117.

ambos el número define una cuestión uniforme. Esta medida facilita el cálculo y, por lo tanto, deviene en abstracción.

Esta es la expresión del tiempo industrial que rige en el sistema penal desde la estructura del sistema capitalista en el siglo XVIII, momento en que tuviera lugar la refundación jurídica de la pena. La finalidad para el sistema industrial no era otro que considerar la pena como apropiación de un tiempo productivo.[3] Lo sustancial para este sistema era privilegiar la metáfora temporal, ante la relevancia que para el pensamiento clásico habían tenido las metáforas espaciales.[4] Ahora es el tiempo social quien mide el valor de la fuerza de trabajo, lo que equivale a la evaluación del salario. Si bien el tiempo de prisión neutraliza este valor,[5] su naturaleza no cambia, la pena se mide en razón al mismo tiempo social que aduce el salario. De este modo la

2. El concepto de retribución es el significado de la medida de pena, alejado de sus justificaciones simbólicas. La retribución define una *estructura del intercambio*, y en este caso, una prestación negativa (delito) da lugar a una contraprestación negativa (pena). La modernidad planteó que el tiempo de pena es expresión de esa ofensa, elevando así el principio de retribución a una necesidad lógico-política ("adaptar la geometría a las infinitas y oscuras combinaciones de la acción humana" para Beccaria). Esto responde a determinada simetría de las prestaciones que permite el equilibrio del sistema. La retribución es la justa medida, aunque esto no implica que la pena sea justa. La retribución supone la vuelta al justo equilibrio de las cosas, considerado en función de lo que sucede al agente y no en función de lo que se restituye a la víctima. Esta necesidad de volver al justo equilibrio no se aleja de la noción de venganza como pena (del griego, "poine"), que a la vez expresa el peligro de una nueva desigualdad. Al retribuir puede excederse, lo que llevaría a un nuevo daño. Por ello podemos decir que existe sobre la pena una relación entre retribución y medida. Al respecto v. Messuti, A. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 21.
3. Simon, J *Punishment, work, discipline and industrial time*. Amsterdam: ISA Conference, 1991.
4. De Sousa Santos, B. Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho. En: *Estado, derechos y luchas sociales*. Bogotá, ILSA, 2000, p. 213 (con cita de Chaim Perelman). Al respecto v. Manassero, M. La nueva retórica como razonamiento práctico: la teoría de la argumentación de Chaim Perelman. En: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Publicaciones Universidad de La Rioja, 2005, p. 13-69.

economía política del sistema industrial ha podido poner en práctica mediante la pena de prisión al *principio de retribución equivalente*, en tanto lo temporal se define sobre la idea del hombre abstracto medido en el tiempo.[6]

Este tiempo económico a la vez pasa a ser expresión del tiempo objetivo del derecho: un tiempo sometido al cálculo que neutraliza las circunstancias del contexto en que ese lapso tiene lugar (un tiempo atemporal).[7] El objetivo es extender en el tiempo la regulación de las relaciones, lo que necesariamente implica someterlas a un sistema autónomo, autorreferencial.[8] La previsión o la certidumbre sobre las cosas era parte de la necesidad de eliminar la finitud propia del sujeto. Parte de esta diferenciación es el espacio de prisión, al definirse como se mide el tiempo de pena. El dominio del tiempo objetivo es la condición de pretende anular al otro sufrimiento, y conservar su

5. Se produce en este período una relación inversa con referencia al Mercantilismo, entre los métodos punitivos y el valor de la fuerza de trabajo. En dicho período, debido a la falta de productividad de la fuerza de trabajo, a fines del siglo XVI, los métodos punitivos comenzaron a sufrir lentos pero profundos cambios con el creciente interés que recibía la posibilidad de explotación de mano de obra de los sometidos a penas de prisión. La prisión comienza a ser un eslabón que regula el desarrollo económico que revelaba el valor potencial de una masa de material humano a entera disposición del aparato administrativo. El sistema industrial invierte esa situación, haciendo de la prisión, una condición de menor elegibilidad. La demanda de la fuerza laboral en el espacio social implicó que la función de los métodos punitivos dentro de la prisión implicaran la condición de otorgar menores condiciones de elección de los detenidos, siendo parte de un modo de regular el valor de la fuerza de trabajo en toda la estructura social. En este sentido destaco la obra de RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2004 (1938).
6. La idea de retribución por equivalente encuentra en la pena carcelaria su máxima realización, en cuanto la libertad impedida (temporalmente) está en condiciones de representar la forma más simple y absoluta del "valor de cambio" (léase: valor del trabajo asalariado). PAVARINI, M; MELOSSI, D *Cárcel y fábrica*. México D.F.: Siglo XXI, 1983, p. 230.
7. GIORDANO, V. *Tempo e corpo recluso: I ritmo della salute e della malattia*. Milano: Feltrinelli, 1991, p. 23.
8. BOURDIEU, P. Elementos para una sociología del campo jurídico. *Fuerza de ley*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

continuidad implica ignorar las posibilidad de experiencias en prisión del sujeto pasible de castigo.

Frente a esta negación, nos hemos propuesto comenzar por indagar las contradicciones jurídicas de ésta medida de pena; delimitar si esta idea de cálculo implica el equilibrio que la ley formula, al resultar vigente para el legislador esta fijación del tiempo de prisión. En tanto resulta sustancial verificar la hipótesis respecto de que modo esta medición es contrario a las reglas que definen el *como* de la pena, acerca de los límites que determinan las leyes constitucionales sobre el modo de su ejecución.

Lo que vamos a sostener es que la negación del espacio de la prisión desvirtúa la medida de la pena en *desmedida*, al no incluir la forma que adquiere cada pena respecto del modo de su ejecución, cuando ello articula un sistema de garantías constitucionales contra la arbitrariedad del poder punitivo que se habilita. No sólo el tiempo de prisión es objeto de definición (en abstracto) por el principio de legalidad, sino también el espacio que lo constituye (en concreto), respecto a la calidad de poder punitivo que se habilitara durante ese lapso. De excederse estas formas de trato a las pautas que define la Constitución, el monto abstracto de pena impuesta sufrirá el descuento en razón a la entidad de las lesiones causadas.

3. Una proporción que no es medida

La razón del *remedio* que justifica la forma de la violencia contra el mal provocado por el delito ha estado siempre sujeto a evitar la contradicción de imponer una pena arbitraria. Este razonamiento implicó para el derecho penal liberal que la medición judicial del tiempo de pena sea el justo sobre el mal provocado. Esto permitió que la forma de la violencia sea atribuida a una noción de cantidad que expresa el quantum de tiempo en privación de libertad. En razón de ello se ha definido la pena justa.[9] La cantidad (tiempo) se privilegia, pero para ello se aparta del modo (espacio) en que esa violencia se desarrolla durante dicho lapso. La pena se define por una medida que no puede modificarse acerca del modo en que esa violencia fuera aplicada durante el plazo de ejecución ni tampoco susceptible de cuantificar estas circunstancias respecto del tiempo de prisión ya cumplido en prisión preventiva.

El derecho moderno se ha encargado de considerar que el equilibrio entre delito y pena sea expresión de la medida de pena. Para ello se ha reglamentado sobre esa medida el principio de proporcionalidad, como remedio sustancial para evitar penas excesivas. Se define así una ecuación entre delito y pena, dos males. A un mal, atribuido en un tiempo, producto de un sufrimiento (la ofensa del delito) se formula como respuesta otro tiempo, que fija la medición de ese mal por otro (la pena). Se atribuyen así tiempos heterogéneos, términos que no pueden alternarse o invertirse, cuando la proporción, por definición matemática, debe constituir una ecuación cuyos términos lo permitan. Cada proporción es una mediación que se establece mediante la ecuación de dos razones.[10]

El dato que se ha escapado aquí es trascendental, pues como lo denunciara Ana Messuti, la proporción entre delito y pena sólo asume la relación de una de sus partes (el delito respecto al tiempo de pena) sin incluir la otra relación (el tiempo de pena respecto al modo de aplicación de ese plazo). El derecho define la medida sin incluir la forma jurídica en que ese tiempo transcurre. Por ello el equilibrio es falso por implicar un cálculo abstracto, que "no es medida", pues nunca se sabe que es la entidad de ese mal que se impone como pena al no representar el contexto que define el tiempo de acuerdo al trato en prisión. Nunca existe la equivalencia con relación al daño, salvo en una concepción abstracta de ese mal que es la respuesta de un tiempo, *in abstracto*. Lo que se excluye es que el daño que implica el tiempo de prisión puede ser mucho mayor que el mal provocado, y tal dato está exento de medida. Al no medirlo, se lo excluye de la pena misma. Ni siquiera se establecen las consecuencias que esas contingencias puedan tener sobre la pena.

9. En los inicios del derecho penal moderno la pena justa indicaba la pena en concreto, es decir el momento de la determinación judicial de la pena, donde precisamente la persona nunca puede ser objeto de política criminal. En este tiempo la ejecución de la pena se colocaba en el espacio temático del "no derecho", se definía como el espacio de la disciplina, lo otro, justamente, del derecho. Costa, P. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milan: Giuffrè, 1974.
10. Messuti, A., op. cit., con cita de Bovio, A. *Saggio critico del diritto penale*. Milán: Bibloteca Universale Antica e Moderna, 1902.

El problema es que la proporcionalidad no es medida sino que, intrínsecamente implica una "desmedida", pues responde a un tiempo artificial, que no hace al tiempo de prisión. La medida de la pena niega el espacio, el lugar de la prisión.[11] Este lugar lo ocupa la escritura, la ley. El texto formula que para ser medida, la pena debe *atemporalizarse*. La medida se define excluyéndose de lo que verdaderamente la pena es. De continuar esa situación, el peligro más serio es que ésta racionalidad negaría en la actualidad, hechos que son trascendentes para el derecho penal, al prohibirse fijar, cuantificar o ejecutar penas crueles.

4. No hay remedio sino venganza

Mientras las leyes constitucionales exigen que la medida y la forma de la punición sean parte de una misma definición, el texto legal continúa rigiéndose por un tiempo industrial que atribuye una medida que no es tal. Lo que no se dice es que se pone en práctica una racionalización que encubre la finalidad de ese tiempo de pena como venganza (die Zeit),[12] un tiempo irrecuperable, que nada puede hacerse frente a lo que fue, una voluntad impotente frente al tiempo.[13] El modo de encubrir esto es suponer que otro mal (pena) pueda cancelar ese otro tiempo (delito), cuando no es posible hacerlo. Esa imposibilidad

11. La medida es sinónimo de evitar una situación desordenada, arbitraria. A la prestación negativa de un mal, causado por el delito, se exige que la respuesta, como contraprestación de otro mal, resulte sujeto a cierta simetría entre ambos males. La magnitud entre ambos se mide en un tiempo de pena, aunque esa simetría deberá responder a los objetivos constitucionales de la prisión.
12. Zaffaroni, E. ¡Que pena! *Fascículos de ciencias penais* 3/129. Trimestral, ano 5, vol. 5, 1992.
13. La libre circulación del tiempo le ha sido prohibida al hombre. Frente a lo que ya fue la voluntad nada puede. Lo que ya fue es la piedra contra lo que tropieza la voluntad. Por eso en la voluntad misma se yergue la aversión contra lo que le es adverso, la aversión (Widerwille) contra lo que ya fue. Esta aversión es – siguiendo a Nietzsche – la esencia de la venganza. "Esto, si, esto solo es la venganza misma, la aversión de la voluntad contra el tiempo y su fue". Nietzsche, F. *Así habló Zaratustra*. Alianza: Madrid, 1997, p. 210. Para más detalle v. Messuti, A. *Reflexiones sobre el pensamiento penal*, *RBCCrim* 31/11. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2000.

expresa un castigo, que no puede ser significado en esa relación de proporción. El tiempo que define la pena pretende *ocultar* el castigo, que es el sentido de la venganza por el cual se impone. Esta venganza, definida por Nietzsche, es la aversión de la voluntad contra el tiempo, y su reacción como castigo, es la expresión contra un acto que no puede ser cancelado.[14]

La racionalidad de la pena permite aislar al detenido de la entidad de ese mal, desvinculándolo del tiempo de prisión, pues lo que debe justificarse es que ese sufrimiento del mal impuesto anula al otro sufrimiento, que ha puesto en marcha todo el proceso. Para ello el derecho se encarga de abstraer al sujeto de esa temporalidad, porque la ley es quien tiene el remedio, y quien ocupa el espacio.

La utilidad para el derecho es justamente facilitar el cálculo de una medición,[15] pero en realidad lo que encubre ello – al no representarlo – es la contradicción de su propia justificación, *o sea, que el tiempo de prisión haya correspondido a una dosis cuantitativa y justa de dolor proporcional a la magnitud del daño del delito.* Aún también esta racionalización es incorrecta jurídicamente.

5. Del (phármakon) de la pena a la precomprensión del espacio

La tarea consistente en *desvelar la racionalidad* con que opera el derecho al pretender administrar justicia, lo que implica diferenciar un derecho separado de la conservación de la violencia, respecto de aquel que actualiza los medios tendiente a hacer actuar un poder jurídico que contiene a aquel poder punitivo ilícito[16] (claro que sin identificar las prácticas de éste, tal horizonte de comprensión se desvanece – el para qué adquiere otro sentido que ésta función básica jushumanista asigna).[17] Sin embargo, a lo largo del carnaval de la historia, se ha advertido que ésta diferenciación no ha resulta tan inteligible cuando es

14. Nietzsche, F., op. cit., p. 211.
15. Así cabe remitirse al sistema de penas fijas del Código Criminal do Imperio do Brasil de 1830 de José Clemente Pereira y Bernardo Pereira de Vasconcelos.
16. Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 3, entre otros.
17. Zaffaroni, E. R. El marco constitucional iushumanista del saber penal. *CDyJP* 9 C, año 5. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

el derecho quien puede fundar y conservar la violencia,[18] y en razón a este medio, la justicia pueda resultar como condición de posibilidad de la injusticia.[19]

Para nosotros desvelar esta racionalidad exige el trabajo de tomar la hermenéutica para abrir la ambivalencia de los significados legales, lo que sólo es posible al deconstruir el derecho,[20] por dos motivos. Primero, por ser sólo objeto de esta tarea el derecho, devenido en medio por el cual se justifica el fin. Segundo, por ser el derecho quien define la pena como justificación del *remedio* para la violencia que se activa con la comisión del delito.

Para ello es necesario tomar la proporcionalidad y la legalidad que definen la medida de pena tendiente a validar si sus verdaderos significados son parte de aquello "que no dicen ser".[21] En este sentido, si bien la formulación de estos principios desde el derecho moderno han comprendido la tarea de justificar el remedio a la violencia de la pena, evitando su injusticia o arbitrariedad mediante excesos en su imposición; la situación cambia cuando estos términos resultan utilizados por la práctica jurídica,[22] de modo tal que llevan insitos el mal cuyo antídoto formulan, en tanto que al medir la pena o definen su ejecución, ausentan el modo de aplicación la prisión (y más precisamente a las formas de castigo) de significación.

18. Así refiere Walter Benjamín a una crítica de la violencia, entendido en la traducción *Gewalt,* sobre el título del trabajo que fuera realizado por el autor en 1921 "Zur Kritik der Gewalt", como algo más que la violencia que funda el derecho, lo que puede significar también la dominación o la soberanía del poder legal, la autoridad autorizadora o autorizada. Esta crítica de la violencia se ha inscripto para Benjamín en el problema de la legitimidad de ciertos medios que constituye la violencia. La justificación de esos medios define la relación entre el derecho y la justicia. BENJAMÍN, W. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos.* Iluminaciones IV. Madrid: Taurus, 1991, p. 28.
19. DERRIDA, J. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad.* Madrid: Tecnos, 1997, p. 23. También v. *El nombre de pila Benjamín*, op. cit.
20. MESSUTI, A., *La justicia deconstruida.* Barcelona: Bellaterra, 2008.
21. KRIEGER, P. La deconstrucción de Jacques Derrida. *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas* 84. Unam, 2004, vol. 26, p. 180.
22. V. nuestra investigación, La aplicación de la violencia y el sentido de lo legal. *Criminología* 5/6. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

Esto es parte de la *ambivalencia* que se instaura entre el derecho, la escritura y la violencia, que se denomina (phármakon),[23] y que viene a definir todo un proceso ligado al encubrimiento del fin del castigo como venganza. El fin no es otro que aquel cuya negación de evidenciar el lugar de la prisión es condición de la continuidad sobre el modo de imponerla. Se advierte de esta expresión un tiempo que incluye las ambivalencia entre medida y desmedida, proporción y desproporción, legalidad e ilegalidad.

Esta ambivalencia, que encubre ilegalidad en nombre de la legalidad, desproporción en nombre de la proporción y desmedida en nombre de la medida, es el remedio que el derecho ha definido a través de la escritura del texto. La escritura hace al tiempo de pena, pero para medirla la destemporaliza. Representa un ausente, lo que significa la razón: es la escritura quien define la medida del tiempo de pena sustituyendo el lugar de la prisión.

Si la escritura hace al tiempo del derecho, que define su estabilidad, un tiempo propio que resulta intrínseca la racionalidad, vale oponerle *dos opuestos*, que hace a la razonabilidad y la contingencia, lo que implica incluir a esa medida las condiciones objetivas que el campo de prisión permite al goce de derechos, integrando a ello las consecuencias que el derecho regula mediante la prohibición de penas ilícitas (crueles, inhumanas o degradantes). De otro modo el derecho continuaría regulando no sólo sobre lo que no es, sino también sobre lo que supone que debe ser (un deber ser que nunca podría llegar a ser).

Ambos opuestos responden a una cuestión hermenéutica, que hace a la interpretación legal, estableciendo cual es la relación que debe definirse respecto de la norma universal al caso particular, o más precisamente, de que manera la proporcionalidad implica previamente definir la divergencia entre esa normatividad y efectividad, entre deber

23. El phármakon es la ambivalencia del remedio que el derecho formula sobre la violencia. La ambivalencia de veneno y antídoto. El remedio se compone de una planta y un encantamiento, es decir, de un elemento natural y un elemento artificial, del producto de una observación científica y un contenido mágico, de racionalidad e irracionalidad, de esencia y apariencia, de visibilidad y secreto. RESTA, E. *La certeza y la esperanza.* Barcelona: Paidós, 1995, p. 40. También v. DERRIDA, J., *La farmacia di Platone.* Milan: Jaca Book, 1985, p. 18.

ser y ser, entre imagen legal y funcionamiento real, asumiendo ello el principio republicado de coherencia. Para ello es necesario iniciar, como proceso de precomprensión,[24] un análisis sobre y a partir de la experiencia, una comprensión del espacio que la escritura ausenta, una abertura a las relaciones que comprenden la prisión.

La precomprensión asume este funcionamiento real como forma de incorporar otros datos a la escritura del Texto, siendo esta inclusión una muestra de una *razonabilidad*, que se opone a la racionalidad. Esta razonabilidad se relaciona con la sabiduría práctica, con la phronesis aristotélica, con la apertura del sistema normativo a la realidad concreta, y particularmente a la contingencia y variabilidad de esa realidad.[25]

De este modo, las consecuencias cambian si deconstruimos ese orden que define la hegemonía de la racionalidad, para asumir de ésta una apropiación positiva, donde nace la construcción de nuestro objeto. Pero no es posible superar la racionalidad de la pena si no logramos alterar la venganza (poena) contra el tiempo y su fue; y una principal condición para ello es definir otra medida de pena (no lineal), que comprenda particularmente dos características, una definir otra relación de proporción que se constituye en un mismo *tiempo homogéneo* (una relación entre la duración y el modo de aplicación) y otra, incluir el *cómo* en el *quantum* respecto al tiempo que se cuantifique.

Ambas tienen la característica de invertir la estabilidad en el tiempo objetivo del derecho por la contingencia del espacio, pudiendo definir una medida que impliquen ambos aspectos.

6. Interrogantes

Nuestra posición afirma que el tiempo de prisión alude a un espacio sobre cuyas condiciones se define la existencia, protección que refiere la Constitución Nacional en su art. 18, al garantizar que ese

24. La precomprensión es uno de los conceptos centrales de la hermenéutica jurídica, "es el motor que pone en acción el proceso del comprender, como una hipótesis del posible significado, que luego se dejan corregir constantemente por hipótesis sucesivas, que adecuan, mejoran o sustituyen a la primera" Messuti, A., op. cit., p. 100 – cita de Zaccaria, G. *L'arte dell'interpretazione: saggi suuérmeneutica giuridica contemporanea.* Padova: Cedam, 1990, p. 109.

25. Messuti, A. *La justicia deconstruida* cit., p. 17.

tiempo de prisión cumpla con un trato no mortificante, ni que tampoco sea susceptible de tratos arbitrarios (art. 75, inc. 22), debiéndose ejecutar respetando ciertas pautas objetivas (Reglas Mínimas para el tratamiento del recluso). Pero aún la economía puesta al servicio de la justificación del castigo impide expresar como medida la cualidad de ese tiempo, no incluyendo a la legislación aquellas consecuencias en los casos donde, durante dicho proceso temporal, el detenido haya sido victimizado por acción u omisión de agentes penitenciarios, susceptible de tratos arbitrarios en prisión.

De esta manera si la pena se mide en un tiempo lineal, pero se ejecuta en un tiempo existencial, o sea, *dos tiempos diferentes*, ¿qué medida es el justo equilibrio? ¿Cual es la medida de pena cuando la cuantificamos en un tiempo y se ejecuta en otro? Nuestra respuesta implica otro interrogante, "si la medida de pena es la expresión de la privación de libertad por determinado tiempo, ¿qué ocurre si durante ese tiempo han existido otras privaciones producto de esa pena, lo que excede la mera privación de libertad? ¿Qué tiempo es aquel susceptible de tratos crueles o degradantes? ¿Qué medida cabe atribuirle?"

7. Respuestas

Es necesario diferenciar ambos tiempos, en dos actos de medida. A la medida de cantidad, le definimos otra medida, en donde el espacio – el lugar del encierro – y el tiempo – la duración – no puedan considerarse en forma separada, y es la condición de ese espacio el objeto de transformación al tiempo de prisión, indistinta a aquella medida en otro tiempo que el de prisión. Consideramos a esta medida como cualitativa, que define el tiempo en relación a las condiciones objetivas de posibilidad que ha comprendido el espacio de prisión para las expectativas de derechos. Así definimos el tiempo en relación al espacio de prisión. Ingresamos al tiempo abstracto las contingencias del espacio que lo constituyen, ámbito que para la ley fundamental debe estar sujeto a determinadas condiciones, haciendo posible diferenciar unos casos sobre otros (se distingue un año atribuido alojado en el penal de Sierra Chica, alejado del vínculo familiar, que otro año de prisión alojado en un penal, atribuible al goce de derechos).

La construcción de nuestro objeto plantea un método que permita definir un modo de cuantificar la pena, no atribuido *a priori* sobre una medida de duración, sino previamente comprender ese lapso en

una *medida cualitativa*, de acuerdo al modo en que se haya ejecutado la prisión durante ese lapso. Analizadas estas circunstancias (sea por indagación, por reclamos anteriormente formulados o hechos nuevos), se establecerán las consecuencias jurídicas con respecto a la medida de cantidad, en aquellos supuestos en que el trato punitivo fuera arbitrario.

Por lo tanto la tesis representa una medida de la pena no sólo atribuible a su duración sino a las condiciones de prisión en que ese tiempo fuera ejecutado por el Estado. La medida de pena define una duración no sólo atribuible a la cantidad del tiempo de prisión sino también al modo de su cumplimiento, descontándose tiempo cuando en dicho lapso la pena resultara ilícita, imponiéndose un trato prohibido constitucionalmente. Esta tesis podrá ser aplicable tanto respecto al cuantificarse el tiempo de prisión preventiva sobre la medida de pena – que se atribuye en abstracto sobre el delito-, como también susceptible de implicar variaciones en la medida de pena que se ejecuta, siempre en relación al descuento del tiempo abstracto, que resta ejecutar.

8. Una aproximación al método de aplicación

Esta medida de pena requiere, necesariamente, partir del análisis del espacio de prisión respecto al tiempo que se haya ejecutado. Para ello se procura definir un método que permita identificar las relaciones de trato arbitrario que hayan comprendido ese lapso de la prisión aplicada, ya sea al computarse la prisión preventiva o durante la ejecución de la pena. En función a este objetivo se procura identificar aquellas prácticas regulares u homólogas que producen, como resultados, tratos arbitrarios. El medio de verificación de dichos casos no implica ser estático, sino constituye al objeto, datos dinámicos, flexibles, abiertos, que abran la manera de *definir aquellos métodos punitivos* que constituyen la prisión.

Para ello la investigación no alude a estadísticas o muestras cuantitativas, sino a un *proceso interpretativo de indagación* asentada en la experiencia de las personas.[26] Para ello se han de utilizar fuentes primarias, a través de entrevistas realizadas a detenidos, agentes

26. V. Denzin, N.; Lincoln, Y. S. Introduction: entering the field of qualitative research. In: Denzin; Lincoln (comps.) *Handbook of qualitive research*. California: Sage, 1994, p. 6.

penitenciarios e informantes claves, implicando un registro de campo localizado sobre las unidades penitenciarias bonaerenses, particularmente por la facilidad de acceso obtenida, y segundo, para determinar una muestra más amplia, respecto de otras prisiones provinciales, en razón de la cantidad de unidades y el número de detenidos que las ocupan. Asimismo también se han de utilizar fuentes secundarias, en particular, la investigación releva informes de inspecciones a prisiones realizados por la defensa pública bonaerense, por organismos estatales y no estatales.

Sobre ambas fuentes se han de utilizar como instrumentos una serie de categorías de violencia, que permitan clasificar aquellos métodos punitivos que hacen a la prisión, tendiente a configurar aquellas relaciones objetivas que se constituyen entre agentes penitenciarios y los detenidos. Las categorías de violencia tienen el objetivo de articular una noción amplia que permita luego adecuar el sistema de casos a una concepción jurídica de tratos arbitrarios, para evitar por sí sola su construcción conceptual alejada del funcionamiento del campo de prisión.

Entendemos que para incorporar estos datos, es susceptible de *sistematizarlos* mediante un análisis particular, tanto para (a) definir ese espacio, (b) comprender las prácticas que lo constituyen y (c) de qué modo estas condiciones han excedido en el caso individual la dosis justa de violencia.

Este movimiento es opuesto a la dogmática (como orden conceptual estático),[27] por la simple condición de establecer un saber localizable, y en permanente movimiento, dinámico, cuyo saber se va definiendo en esos datos, siempre susceptibles de modificarse, por la dimensión misma de la realidad social que comprende la construcción

27. El derecho desde su escolástica, tomando también a los teólogos legalistas de la antigüedad, hasta los juristas del funcionalismo sistémico de nuestra actualidad, se constituye como una ciencia perpetua de poder, la que resulta perfeccionada en el tiempo por el mismo instrumental dogmático que sostiene a los operadores jurídicos (judiciales y académicos). Sobre la proporción de estás técnicas del "hacer-creer" se ha sostenido la *institución* como íntima necesidad de un juego de ficciones tendiente a divulgar, sobre un férreo orden formal y clasificatorio, un cierto régimen de creencias. El orden de la dogmática se expuso como algo empíricamente inapelable. LEGENDRE, P. Op. cit., p. 45 y ss.

teórica. La oposición del objeto se expresa frente a aquellas argumentaciones puramente teóricas ó a análisis que se desprenden por sí solos de la expresión de la ley.

La ambivalencia derecho-escritura-violencia, es abordada *desde* la violencia no en razón a la escritura sino respecto al espacio que pretende encubrir. Esto no significa concebir a éste espacio en un análisis improvisado, sino todo lo contrario.

El espacio de prisión es la condición metodológica y teórica de nuestro trabajo. En su análisis, se define otro tiempo, un tiempo que se relaciona a la posición del detenido respecto de las condiciones del espacio de prisión, un tiempo unido a un proceso de *temporalización* que define respecto a las condiciones de posibilidad que el espacio carcelario haya habilitado en el ejercicio de derechos. Establece una relación pasada y presente entre las expectativas jurídicas y las condiciones de posibilidad del campo de prisión.

9. El campo de prisión: una noción para comprender el alcance de los derechos en el encierro

Hemos explicado el modo en que el exceso de la privación de libertad ambulatoria, por afectación a otros derechos individuales, repercute en la medida de pena.[28] Se sostuvo que para poder individualizar estos casos, previamente deberá analizarse aquel espacio de prisión, pues de lo contrario, se acortaría demasiado el ámbito cognitivo del sistema de hechos que producen múltiples lesiones en la cotidianeidad de las prisiones. Esto es lo que justifica sistematizar un análisis respecto de aquellos métodos punitivos que comprenden el funcionamiento de la prisión.

De no analizarse estas formas de trato punitivo que hacen al espacio de prisión, tal significado se reduciría aisladamente del tiempo de prisión en que se constituyen dichos hechos, limitando la sistematicidad de éstos casos, a uno pocos, que nunca terminarían de cumplir con los requisitos que supone el significado legal ó se considerarían no comprobados por el denunciante. Es necesario cambiar esta vieja historia. Por ello hay que evitar el conceptualismo que ha rodeado el

28. Leach, E. Cartografía: el tiempo y el espacio como representaciones recíprocas. *Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1985.

planteo sobre la existencia de tratos prohibidos en la pena.[29] Nuestro punto de partida consiste en que al ser el espacio y el tiempo categorías recíprocas, concebimos que los tratos arbitrarios en prisión estén implicados al sistema de *reglas o regularidades* que definen esas prácticas.

En la medida que el tiempo de prisión haya transcurrido *de un modo donde las condiciones de trato no hayan procedido sobre lo que prescriben las reglas jurídicas*, sino sobre otras reglas, se predispone un conjunto de condicionamientos que resulta necesario individualizar. Pero a la vez resultaría imposible incluir estas circunstancias como parte de las consecuencias teóricas del tiempo de prisión, si se ignora por completo o se selecciona arbitrariamente los datos del contexto inmediato.[30] Para evitarlo se invierte la interrogación sobre el objeto valorado (tratos arbitrarios) en el tiempo de prisión; en vez de partir sobre el supuesto general que indicaría a qué casos se aplicaría, invertimos ese orden, para previamente identificar aquellos casos donde el espacio de la prisión, sea por acción u omisión del personal penitenciario, haya imposibilitado, en forma gravosa, el ejercicio de ciertos derechos, durante determinado tiempo y mediante cierta forma.

De esta manera establecemos una relación directa entre el modo de comprender el espacio de prisión como "campo" y el modo en identificar aquellos tratos arbitrarios como parte de las relaciones que lo conforman.

El espacio de prisión como *campo*, comprende el espacio en término de relaciones, no como espacio físico o geográfico. "Lo real se identifica con relaciones" afirma Cassirer,[31] pauta principal que fue

29. Para Binder el conceptualismo es la evidencia del alejamiento de la realidad de las nociones teóricas, que se ocupa más de algunos detalles clasificatorios, y que a la vez alejan al derecho del juego de intereses. El conceptualismo niega la tensión permanente entre el deber ser normativo y el proceso social, colocando la teoría en un lugar imaginario. BINDER, A. La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación. *Política criminal Bonaerense*. Buenos Aires: Loujane, 2007, p. 235.
30. Como entiende Cover la interpretación legal es una forma de conocimiento práctico. Su ideal es el de (imponer un significado a la institución...y reestructurarla a la luz de ese significado). COVER, R. *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 127.

abordada por Pierre Bourdieu para emplear la noción de campo.[32] Esta noción construye el objeto para comprender la relación entre los malos tratos y el tiempo de prisión. Ni uno ni otro son recopilaciones teóricas sino que están implicado en la configuración del campo, donde el objeto se construye, se actualiza, se encuentra en movimiento. En realidad, cabe comprender, que las opciones técnicas más "empíricas" no pueden desentenderse de las opciones más "teóricas" que implican la construcción del objeto. Existe una coherencia entre las hipótesis que definen el espacio con las consecuencias teóricas que se revelan como resultado. Ambos no son procesos antagónicos sino constitutivos.[33]

Pero no sólo seguimos a Bourdieu sosteniendo que no existe divorcio entre investigación y teoría, sino también entre modos de

31. CASSIRER, R. *Sustancia y función*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1963.
32. La noción de campo se ubica en el desarrollo de una larga tradición de reflexiones sociológicas y antropológicas sobre la diferenciación histórica de las actividades o las funciones sociales y sobre la división social del trabajo. Tomando esto último, indudablemente, de la reflexión durkheimiana sobre la división del trabajo social, Pierre Bourdieu tomó gran parte de los esquemas interpretativos para formulación dicha noción operatoria. En ese trabajo, básicamente, Durkheim piensa el proceso de evolución a posteriori de las sociedades occidentales tradicionales caracterizadas por un "estado de indistinción y de homogeneidad" original, y especialmente por la omnipresencia englobadota de lo religioso. Esa relativa indistinción original de lo económico, de lo político, lo religioso, lo cognitivo, etc., plantea al analista un problema mayor, en la medida en que el conjunto de las categorías de las que dispone para hablar del mundo social ("economía", "política", "religión", "cultura") es el producto de la autonomización de los ámbitos de prácticas sociales. "La división del trabajo – escribe- varía en razón directa del volumen y la densidad de las sociedades, y si progresa de una manera continua en el curso del desarrollo social es porque regularmente las sociedades se tornan más densas y por lo tanto más voluminosas". Esa densidad y volumen, han planteado a la sociología un problema de lugar social y simbólico a los diferentes individuos que componen la formación social. Se pensó el modo en que todo microcosmos social constituye competencias específicas, diferenciadas, con reglas particulares. Asimismo, no sólo Durkheim, sino particularmente la aproximación de Max Weber, fue sustancial en la función heurística y epistemológica que Pierre Bourdieu tomara sobre la noción de campo.

conocimientos objetivistas y subjetivistas, o entre estructuras o percepción.[34] Se pretenden ensayar un conjunto de mecanismos conceptuales y metodológicos capaces de disolver tales distinciones. El campo de prisión no es producto ni de cada percepción del detenido ni tampoco forma parte de una estructura invariante que ignora nuevos objetos empíricos. El campo de prisión tiene una objetividad de primer y segundo orden, en tanto que los individuos tornan significativo el espacio que los conforma como así este hace a las condicionamientos sobre éstos. En ambos supuestos se plantea una objetividad que comprende la experiencia del tiempo de prisión.

En su presentación de la Sociología de las religiones, Weber encara claramente la cuestión de la autonomía relativa de las diferentes maneras de vivir religiosamente y de las distintas concepciones religiosas, y es la diferenciación de los registros de acción la que conduce a la progresiva toma de conciencia de lógicas propias de cada uno de ellos. Este esquema interpretativo de la "lógica interna", "propia", "inmanente", utilizada por Pierre Bourdieu ha sido sustancial en ocasión de su reflexión por la sociología de las religiones de Max Weber (v. Une interprétation de la sociologie religieuse de Max Weber, en *Archives européennes de sociologie*, vol 12, n. 1, 1971, p. 3-21) mientras analizaba en 1971 la problemática del campo intelectual, para en ese año publicar *Génesis y estructura del campo religioso* y *Campo del poder, campo intelectual y habitus de clase*. Sin embargo, previamente, en 1966, Bourdieu intentaba ya hacer análisis en términos de campo, en su trabajo *Campo intelectual y proyecto creador* donde allí propone ya casi todos los elementos constitutivos de un campo como el pensamiento en términos de relaciones sistemáticas, la idea de la autonomía relativa, utilizando la metáfora de un campo magnético como "un sistema de líneas de fuerza donde los agentes o el sistema de agentes que forman parte de él pueden ser descriptos como otras tantas fuerzas que, posicionándose, oponiéndose y componiéndose, le confieren su estructura específica en un momento dado del tiempo", BOURDIEU, P., Champ intellectuel et projet créateur, en *Les temps modernes*, n. 246, 1966, p. 865, trad. Ana Teresa Martinez.

33. BOURDIEU, P.; CHAMBODEROM, J. C.; PASSERON, J. C. *El oficio del sociólogo: presupuesto epistemológico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005, p. 24.
34. Bourdieu ha buscado "superar la reducción de la sociología ya sea a una física objetivista de las estructuras materiales o a una fenomenología constructivistas de las formas cognitivas, mediante un estructuralismo genético capaz de influir en ambas". WACQUANT, L. Hacía una praxeología social: la estructura y la lógica de la sociología de Bourdieu. *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005, p. 29.

Respecto a la objetividad de *primer orden* se comprende la estructura de la prisión que se define por el conjunto de intereses que el Estado pretende conservar y, a la vez reproducir. Define una política del encarcelamiento y el uso económico que se produce con ella en el campo general de poder. Para ello su funcionamiento está conformado por un sistema de mecanismos administrativos y otros, que distribuyen (inequitativamente), un sistema de bienes (económicos y simbólicos), cuya lucha de posesión define el sistema de disputas/luchas y competencias, tanto entre agentes y detenidos, mediante diversos mecanismos de violencia que el campo produce como legítimos, los que reproducen los intereses que están en juego. La objetividad hace a la condición de éstos intereses, que estructuran de cierto modo las relaciones, y que éstas están conformadas entre distintas posiciones, clasificaciones o jerarquías que define un sistema de status, y en razón de éste, las posibilidades de contrato (de adquisición). Es el mismo espacio que produce la demanda y la competencia, la escasez y la posesión, comprende los recursos y las violencias, posibilita su ejercicio y su control.

Este tipo de *coacciones estructurales* generan *disposiciones*, o sea, el detenido no está libre de éste condicionamiento, sino que debe tomar una posición dentro de ese orden, lo que guía sus acciones prácticas (lo que implica una objetividad de *segundo orden*). Por ende, su percepción nunca resulta aislada de dichas condiciones, en la medida que *es una vista desde un punto*, una posición dentro del campo.[35] El sujeto está atrapado en esas circunstancias, cuyo espacio define cuales son los intereses y de que modo es posible alcanzarlos. El reconocimiento implícito a estas condiciones – lo que podemos llamar el dominio práctico – es una de las conquistas de mayor valor para poder establecer las relaciones necesarias que permitan conservar el status en prisión, siendo ello una condición inobjetable para no ser pasible de tratos arbitrarios. Esta forma de actuación es aquella que reivindica el campo para el goce de derechos.[36]

Ambos procesos son recíprocos pues el ejercicio de derechos dependerá del sistema de competencias que definen el campo de prisión, y a la vez, esta posición dependerá de la prevalencia a los

35. Bourdieu, P. Espacio social y poder simbólico. *Cosas Dichas*. Barcelona: Gedisa, 1988, p. 22.

movimientos, la producción de los espacios y los condicionamientos que ello implican. La objetividad define una condición de estructura, mientras que la posición se define por el sistema de clasificaciones que comprenden tales relaciones, pero que también comprenden esa condición de estructura. Por ello el análisis del espacio como campo se define intrínsecamente en las reglas que lo definen, ajenas de las imposiciones jurídicas. Esta situación es constitutiva de una noción amplia que permite significar tratos crueles, inhumanos o degradantes de acuerdo al sistema de éstas relaciones que comprenden el espacio.

10. La comprensión del trato punitivo de acuerdo a las categorías relevadas

Se establece así una directa relación entre las reglas del espacio de prisión que definen sus prácticas y los tratos que comprenden penas ilícitas. Para ello, no debemos reducir estos supuestos a la significación conceptual, sino contrariamente, abrirnos a comprender el sistema de relaciones que constituyen esas reglas de funcionamiento. Para ello el registro de campo implicó individualizar ciertas *categorías de violencias* para permitir asimilar las condiciones objetivas del campo de prisión respecto de las formas de trato que se producen.

En primer lugar la indagación parte en definir una categoría de *violencia activa* que pretende definir todos aquellos dispositivos de acción que el Estado establece para administrar el sistema de prisiones, y a estos supuestos se integran varios casos. El primero de ellos comprende la relación del campo con lo que llamaremos capital penitenciario. El capital se identifica como el *factor eficiente del campo*, permitiendo generar formas de posesiones, a la vez que permite abrir un abanico de distintas formas de ejercer el poder mediante agentes penitenciarios y también sobre determinados detenidos.[37]

36. Se formula entre las nociones de illusio e inversión, entendido como la propensión a actuar que nace de la relación entre un campo y un sistema de disposiciones ajustadas a dicho campo, un significado del juego y de las apuestas, que implican al mismo tiempo una inclinación y una aptitud para participar en el juego, estando ambas social e históricamente constituidas. Bourdieu, P. Habitus, Illusio y Racionalidad. *Respuestas para una antropología reflexiva.* México: Gripalbo, 1995, p. 81.

El capital penitenciario es un capital predominantemente *económico* que estable un sistema previsible de acuerdos, adecuadamente regulados por mecanismos administrativos, que actúa sobre actos de ganancias recíprocas estimulados entre sí. Este proceso comprende a cuatro agentes en concreto. Por un lado, un sistema de vínculos entre la agencia política y las empresas proveedoras, entre éstas y la jefatura penitenciaria, y finalmente, entre ésta con las distintas unidades penitenciarias. Entre todas se identifican por el sistema de relaciones que activa todo el sistema de prestaciones y contrataciones referente a lo carcelario, sea insumos, refacciones, traslados y construcción de nuevas unidades.

Sobre esta red de configuración de relaciones cabe distinguir una primera forma de relación entre las agencias proveedoras empresarias y el Estado, respecto del sistema de contratación, carterización, licitaciones y cotización de precios;[38] y en segundo lugar, otra instancia de acuerdos recíproco entre estas agencias proveedoras empresarias y los jefes o subjefes de cada agencia penitenciaria, respecto de la descarga, distribución y uso de dicho capital.[39]

Ambos sistemas de acuerdos se caracterizan por conservar ganancias recíprocas. Lo que garantiza este sistema de acuerdos está dado por la ausencia de controles (sobre el libro de depósitos, remitos en blanco donde se pacta la mercadería entregada, contrario a lo previsto) sobre lo que finalmente la empresa proveedora termina descargando en la unidad. A partir de aquí se abre este segundo proceso de "acuerdos" que va impactar directamente sobre la cantidad y calidad de los insumos finalmente derivados a los detenidos.

37. Un capital o una especie de capital es el factor eficiente en un campo dado, como arma y como apuesta; permite a su poseedor ejercer un poder, una influencia, por lo tanto, existir en un determinado campo, en vez de ser una simple "cantidad deleznable". BOURDIEU, P. Las formas del capital. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Palimpsesto, 2000, p. 132.
38. En una investigación que llevaba a cabo la fiscal Virginia Bravo en IPP 362.511 e IPP 19.885 del departamento Judicial de La Plata consta que la circunstancias de pago de sobreprecios era en algunos casos del 100%, teniendo en cuenta las diferencias entre las contrataciones directas pasadas y las licitaciones públicas actuales.

Las necesidades inherentes de lo carcelario, como insumos, refacciones ó construcción de nuevas unidades define todo un sistema de distribución material que no sólo se comprende el sistema de relaciones sobre las ganancias recíprocas entre estas agencias nombradas sino que, particularmente, su reproducción dependerá de cómo se gestionan éstos bienes al interior de los muros, ya sea por las posiciones de garantes desvirtuada por agentes penitenciario, por la producción del espacio a través de movimientos o traslados de detenidos, como uno de los ejemplos. En tal sentido la reproducción de las formas de competencias o disputas por la posesión de ciertos bienes permiten comprender la relación directa entre las formas de violencia que el campo produce con la gestión del capital eficiente que se procura reproducir.

Esta gestión del capital es relacional a otra categoría que denominamos *violencia interna* cuya indagación permite definir el sistema de relaciones entre las formas o modos de luchas violentas entre detenidos por la posesión de ciertos bienes, y el modo en que éstos son distribuidos mediante ciertos acuerdos con personal penitenciario. En éste supuesto se identifica la disposición de los agentes de convertir bienes que poseen los detenidos (tarjetas de teléfono, zapatillas, ropa) en capital económicos, lo que impacta no sólo en activar diferentes relaciones de lucha entre detenidos, sino reproducir un sistema de clasificaciones o jerarquías entre éstos como resultado de las luchas por la posesión –de aquí su significación como bienes simbólicos–. Se activa

39. Es precisamente en los rubros alimentos y medicamentos, en los que en definitiva se constatan la mayor cantidad de irregularidades. El principal mecanismos administrativo que se ha utilizado para que los agentes penitenciarios puedan acordar las relaciones de porcentaje en la descarga con la agencia proveedora ha sido sobre la base de la existencia y uso del "Libro de Depósito" o libro de racionamiento. La mercadería que en definitiva ingresa a la unidad para luego ser repartida entre la población carcelaria, no se registra en los libros de la Guardia de Seguridad Exterior. Otra práctica común es ingresar en el libro contable mercadería que nunca entra en la unidad, canjeando la mercadería no utilizada por otra que se utiliza para fines particulares o para su reventa en comercios. También se alterna con el mecanismo consiste en generar stock de insumos – de mayor comercialización como medicamentos – que suelen ser depositados o almacenados en un segundo depósito de la unidad, para luego ser negociados con el proveedor, vía ingreso sólo de remitos y no de mercaderías.

de ésta manera un sistema de relaciones violencias que éstas definidas por relaciones de *status* (posición que el detenido asume en las clasificaciones) y contrato (posibilidad de acceder a ciertos bienes con otros detenidos).

En relación a ambas categoría de violencia, se desprende una tercera que se define como *violencia estructural*, en la cual se analizará cómo este sistema de ganancias recíprocas impacta en las condiciones de posibilidades que el campo debe ofrecer a la satisfacción de derechos individuales elementales como el derecho a una alimentación adecuada, recibir atención médica, contar con condiciones sanitarias óptimas, estar resguardado para preservar la integridad física etc. Lo que se llamará *lusiones* es parte de los dos procesos anteriores, de pensar que condiciones el Estado le otorga cuando la prisión se administra de acuerdo a otro sistema de intereses.

De aquí se pretende desvelar qué esfuerzo o condicionamiento (qué posiciones) el detenido debe tomar para poder tener ciertos derechos básicos, y de qué manera es posible individualizar éstos casos como arbitrarios.

Las categorías de violencia completan un sistema relacional para comprender aquellos sistemas de tratos que definen el espacio de prisión. Esto implica no definirlo como un espacio físico o real, cuya condiciones arbitrarias sean entendidas aisladamente respecto de las condiciones de gobernabilidad o a ciertos intereses que la prisión produce para ciertos fines no manifiestos. La prisión es expresión de un sistema de prácticas que se definen autónomamente, según reglas propias (nomos), como espacio estructurante que determina ciertas condiciones de existencia –de aquí la comprensión del campo como estructura–, dependiendo del modo en que se alcance o no el acceso a ventajas específica que están en juego (ludus). Este juego lo definen ciertos poderes específicos que corresponde concretamente a cual es la función política de la prisión para el Estado, y que produce la prisión, o sea, cual es el sistema de intereses que hacen a la producción de ciertas condiciones de violencia.

Por éste sentido es que se ha pretendido abordar de un modo clasificatorio y sistemático las diversas formas de tratos arbitrarios, comprendiendo el espacio de prisión como campo, pudiendo aportar ciertas rendiciones téoricas sobre un sistema de relaciones que

pertenecen a unas estructuras invariantes pero sujetas a ciertas transformaciones. Las posiciones son las condiciones objetivas que delimitan el ingreso y la trayectoria temporal del detenido en prisión. Las disposiciones ó toma de posiciones, formas parte de las formas de acciones que desarrolla en esa topología, en esa condición de lugar estructurante, pero sujeto a definidas competencias. Este tipo de geometría fue llamada también por Leibniz como "analysis situs", contrario a átopos, "sin lugar" ó "sin ataduras ó raices". El lugar, el topos, puede definirse absolutamente como el espacio donde una cosa o un agente "tienen lugar", existen como localización, ó relacionalmente, como una posición, un rango dentro de un orden.[40]

Va con ello el paso de una ruptura epistemológica a pensar el derecho penal desde sus teorías, invirtiendo el camino por interrogar sus conceptos, mediante formas de indagación que amplia sus sentidos sobre el contexto de referencia. Se invierte lo estático por lo dinámico, a partir de la economía de las prácticas, sus lógicas, sus reglas (nomos) es posible comprender la tarea jurídica de regular esa distancia con las reglas que define lo normativo.[41] Este modo de pensamiento relacional entre indagación, método y formulaciones teóricas, implica una mayor comprensión de los conceptos, lo que va junto con una mayor extensión, como capacidad más ampliar de producir las consecuencias teóricas que se formulan.

11. El proceso de individualización de los tratos arbitrarios en el tiempo de prisión

De este modo el tiempo de pena no refleja un mero transcurso temporal sino que se integra a ese proceso las condiciones de cumplimiento de ese tiempo. Para ello deberá individualizarse durante ese período aquellos acontecimientos que resulten comprendidos a algunas de las categorías de violencia aplicadas al método de indagación de las prácticas de prisión. Ubicamos así la disposición del detenido en el campo, y en razón de ello comprendemos ese tiempo de prisión con el

40. Bourdieu, P., *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama, 1999, p. 175.

41. Principal problemática que comprende la teoría del garantismo penal, v. Ferrajoli, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 595 y ss.

objeto de poder representar jurídicamente la entidad del mal que se haya causado.

Representamos esos acontecimientos como *objetos empíricos* definiéndolos como noción que permite traducir las prácticas del campo en acontecimientos localizados en un tiempo de prisión, con el objeto de analizar la entidad de esas lesiones, para significarlas jurídicamente como pena ilícita. Esta condición temporal sobre la medida de la pena es el resultado que el método favorece. De este modo se individualizan estas condiciones arbitrarias respecto del tiempo aplicado de prisión, como categoría constitutiva a la del espacio.[42] Esta posibilidad de descomponer ese tiempo cuantitativo en una instancia cualitativa *está atribuida ineludiblemente a las prácticas del campo con el objeto de determinar si tales condiciones de prisión pueden ser consideradas arbitrarias.* Para ello previamente hay que comprender si durante ese tiempo ha sido factible o no la condición de efectividad o la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales.

Lo trascendente es que estas formas de trato no se vuelven externas al objeto al que pertenecen, sino resultan inclusivas, mediante su forma más lógica: un tiempo de trato arbitrario no es un tiempo equivalente aquel de goce de derechos. Por ende la medida ha de incluir la pena en sus manifestaciones ilícitas también.[43]

La medida de pena consiste en "someter a medida", y para que el acto de la pena formal sea un acto "con medida" debe comprender *una simetría entre tiempos diferentes*, al menos en el momento de determinarse judicialmente la pena, ya sea respecto a un tiempo definido en abstracto (proporcional al acto del delito) y otro en concreto (proporcional al modo de cumplimiento de la prisión preventiva). Esta simetría evita sobre todo una desproporción grosera entre la magnitud del delito y la intensidad de la punición. Afirma entonces que la duración no es expresión de la intensidad, sino que ésta, por sus condiciones de

42. Principalmente intenta representar ese carácter del mal, que puede ser representado en un cuerpo, en marcas de dolor, en pérdidas físicas, ó afectaciones serias en la salud, como una situación, como "un lugar" en que ese cuerpo "ha ocupado", como el espacio donde un agente "tiene lugar", como una "localización", que implica una posición, un rango dentro de un orden. V. LEACH, E., op. cit.

43. ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, op. cit., p. 876.

trato, podrá resultar más dañosa que la magnitud de la ofensa que se pretende castigar.

Los acontecimientos, susceptibles de tratos arbitrarios, toman relevancia en la entidad del tiempo de prisión. De aquí deriva la importancia de la noción teórica de "cualidad" pues la cuestión no está sujeta solamente a determinar qué derechos aparecen conculcados, sino en establecer un proceso de individualización entre aquellos derechos fundamentales –resultantes de las categorías de violencia– y aquellos bienes jurídicos que permitan determinar esas lesiones a valores atribuibles por las normas penales, como posibilidad de compensación y responsabilidad concreta del Estado. Si bien la ley constitucional prescribe cómo deben ser las penas, también admite como dato de realidad que las penas pueden ser crueles y, justamente, ese dato de realidad es el supuesto fáctico que da vida a los tipos penales como privación ilegítima de la libertad (art. 141 CP), lesiones leves, graves o gravísimas (art. 89 y ss.), abuso sexual (art. 119) etc.[44]

De esta manera tomamos la elaboración dogmática del tipo objetivo conglobante para representar la lesividad de aquellas afectaciones a distintos bienes jurídicos que representa la propia protección del Estado de derechos individuales expresados en normas penales. Advertimos como la única posibilidad de representar esa entidad en un tiempo penal atribuible a una medida de compensación. Entendemos que ésta es la condición que la pena debe asumir, pues de otra manera es una pena que no está compuesta de los requisitos legales que definen un encierro constitucional.

Este proceso implica individualizar la conflictividad que hayan derivado la aplicación de tratos arbitrarios durante el plazo de prisión. Esa lesividad incorpora el dato temporal distinguiendo (a) la individualidad del acontecimiento respecto al mal provocado (b) la reiteración de esos hechos o (c) el carácter prolongado de esa afectación. Para éstos aspectos será de mucha utilidad no sólo las comunicaciones del detenido su familia y la defensa técnica, sino también, poder asignar los hechos conforme pueda surgir de presentaciones al Tribunal competente, y que éstos no hayan tenido respuesta positiva en el campo de prisión.

44. Cf. ZAFFARONI, E. R. Op. cit., p. 22.

El resultado de la oposición a una violencia legítima resulta en el deber del Estado de responder por la ilegitimidad de sus fines. Desplazar la cualidad –condición que expresa la afectación de derechos fundamentales en un tiempo de prisión– a la noción de cantidad, que representa la medida de pena, es el único efecto jurídico admisible para imponer una mensura que integre este tiempo cumplido –de posible aplicación a las condiciones cualitativas de prisión– y aquel tiempo aún no ejecutado. Si el primero de éstos tiempos ha estado integrado de acontecimientos que puedan calificar como arbitrario dicho encierro no podemos hablar de una "equiparación cuantitativa", pues las lesiones o sufrimientos padecidos alteran la medida abstracta y lineal comprendida por el derecho penal moderno adecuado a los valores del sistema industrial.[45]

12. El descuento de la pena ilícita

El sólo hecho de cuantificar a la pena la magnitud de la ofensa del delito, protegiendo para la comunidad una serie de bienes jurídicos (considerados "tutelados" por el Estado), sin comprender el modo en que éste respuesta define el trato punitivo en prisión, negaría en tal caso el contrasentido que el Estado afecta con su respuesta una multiplicidad de bienes jurídicos que, a la vez, dicha tutela es la razón de su sanción. Por ello para evitar esta contradicción lo *razonable* es definir la duración de una pena formal exenta de penas ilícitas. El Estado está obligado a fijar penas crueles. Para evitar estos casos, que actualmente no son diferenciados, es necesario establecer un nuevo parámetro de proporcionalidad, que comprendan dos medidas. Una que se establece entre la ofensa del delito y la pena (determina la duración como cantidad) respecto de otra que se establece entre la duración del tiempo de prisión y el modo de su cumplimiento. Si durante el lapso de cumplimiento de la prisión fueran susceptibles de aplicación tratos arbitrarios, estos deberán descontarse de la pena en abstracto.

Es importante diferenciar el tiempo objetivo (de duración) del subjetivo (de condición) que comprende la pena. Por un lado la ley ha

45. V. Simon, J. *Punishment work, discipline and industrial time*. Amsterdam: Conference ISA, 1991, p. 12. También v. Giddens, A. Il tempo, il lavoro e la città nella società capitalistica. *I loughi del tempo*. Roma: Janua, 1986, p. 52.

medido la pena en base a una noción de cantidad respecto de la magnitud del ilícito. Ese acto es parte de la medida previamente definida en abstracto. Así se mide la ofensa del daño en tiempo. Sin embargo, no es posible negar, el modo en que ese tiempo se ha desarrollado, cuando las leyes constitucionales definen las condiciones que debe resguardarse para aplicar pena. Se define a este tiempo por una noción de cualidad. Al atribuir la noción de cualidad al tiempo de la prisión, se lo analiza en relación a su modo de cumplimiento, so pena de incurrir en doble punición en los supuestos que durante ese lapso se aplicaran penas crueles (pues la punición implicaría más que una mera privación de libertad que se traduce en tiempo).

Esta diferenciación es parte de la estructural temporal (toda) que define la pena, cuya medida es complementaria de estos dos actos, de cantidad y de cualidad. Si la ofensa X se traduce en un tiempo P, pero resulta que este tiempo –respecto al modo que fuera ejecutado–, ha sido un tiempo equivalente a P+P+P, cuando el detenido sólo debe ejecutar ese tiempo P. Por lo tanto, sea al computarse la prisión preventiva o durante la ejecución de la medida impuesta, opera la medida cualitativa que procura definir ese exceso en relación al proceso de duración de la prisión. El resultado es que deberá ejecutarse menos cantidad que la medida impuesta, al descontarse las penas ilícitas impuestas durante ese período.

La medida de cantidad se equipara entre la pena y el delito (lo que identificamos como P1), mientras que la medida de cualidad, es individual, por ser propia de las condiciones en que se ha aplicado la prisión (lo que identificamos como P2). Ambos tiempos son equiparables sólo ante el supuesto excluyente de penas arbitrarias. A contrario, de existir uno o varios supuestos de tratos arbitrarios, éstos deberán descontarse de la pena.

Este proceso de análisis procura definir el modo en que estos sucesos impactan en la cuantificación de la prisión. Es esta relación *prisión-pena* que remite al espacio de prisión como categoría recíproca del tiempo, para lograr definir qué *calidad* de poder punitivo se ha aplicado, cuya condición previa comprende el análisis de cuales derechos individuales fueron afectados, durante qué plazos y de que forma. Será a condición de estas consecuencias que se define el modo en que esa

calidad de trato habilitado impacte sobre la *cantidad* de poder punitivo que se haya fijado en la relación *delito-pena*.

13. EL EFECTO SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA O SOBRE LA PROGRESIVIDAD DE LA PENA

La deconstrucción que propone el método al modo de operar las violencias legítimas en el campo punitivo es dual. Por un lado, rompe con la medida aritmética del tiempo de pena, como tiempo no real, y subsume éste a la economía de las prácticas, representando esta condición del campo sobre un modelo teórico que permita determinar ese quantum, al modo en que la pena de prisión fuera ejecutada arbitrariamente a las condiciones legales impuestas. Por otro lado logra alterar la fuerza del derecho como "remedio" para fines jurídicos, invirtiendo esta protección, en las lesiones que causara en nombre de éste modelo "curativo", permitiendo significar a ese tiempo de pena aquel tiempo de prisión conforme a las lesiones que por acción u omisión del Estado afectaran gravosamente al detenido.

La medida cualitativa es comprensiva durante todo el transcurso de la pena, ya sea, al momento de cuantificarse la prisión preventiva, como también, susceptible de hechos posteriores, ha de producir consecuencias durante la progresividad de la pena.

En el primer caso se formula que el tiempo transcurrido en prisión preventiva, que estuviese integrados por tratos arbitrarios, resulta un tiempo distinto y mayor, respecto de aquel fijado en abstracto como mera duración, y por lo tanto deberá ser compensado, mediante descuento, a la pena en abstracto atribuida por el delito que fuera condenado. La medida de cantidad que debe computarse es sólo atribuible a una pena lícita, por lo que verificada otras formas de penas (crueles, inhumanas o degradantes) estas deberán excluirse, descontándose de esa relación de cantidad. Estás se incluyen en una medida de cualidad como definición del tiempo de prisión preventiva cuantificable a la pena.

En el caso de la progresividad de la pena, se evidencia sobre una noción de tiempo evolutivo, lineal, que apunta a las nociones de progreso, mediante la asociada creencia en la posibilidad de la rehabilitación individual. Por ende el principio de progresividad es el dispositivo disciplinario que define las condiciones de dominio del

tiempo objetivo durante la ejecución del castigo, cuando sus condicionamientos son propios de un tiempo involutivo que no tiene consecuencia en dicho proceso. Si durante este proceso se aplican penas ilícitas las consecuencias deben ser dos. Por un lado, sobre el régimen que se encuentra ejecutando, le restará un menor tiempo que cumplir, como descuento al tiempo en abstracto que resta. Asimismo en el caso de colmar el plazo temporal de alguna salida anticipada, bastará la pauta objetiva del tiempo cumplido para procurar su libertad, en la medida que el Estado, por las condiciones de aplicación de la pena, no podrá reprocharle al sujeto determinadas condiciones de resocialización.

14. Bibliografía

Arendt, Hannah. *Sobre la violencia*. Madrid: Alianza, 2006.

Benjamín, Walter. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Iluminaciones IV. Madrid: Taurus, 1991.

Binder, Alberto. La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación. In: AA.VV. *Política criminal Bonaerense*. Buenos Aires: Loujane, 2007.

Bourdieu, Pierre. *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama, 1999.

____. Habitus, Illusio y Racionalidad. *Respuestas para una antropología reflexiva*. México: Grijalbo, 1995.

____. Espacio social y poder simbólico. *Cosas Dichas*. Barcelona: Gedisa, 1988.

____. Elementos para una sociología del campo jurídico. *Fuerza de ley*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

____. Las formas del capital. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Palimpsesto, 2000.

____; Wacquant, L. *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005.

____; Chamboderom, J. C.; Passeron, J. C. *El oficio del sociólogo: presupuesto epistemológico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005.

Cassirer, R. *Sustancia y función*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1963.

Costa, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milán: Giuffrè, 1974.

Cover, Robert. *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002.

De Sousa Santos, Bounaventura. *Estado, derechos y luchas sociales*. Bogotá: ILSA, 2000.

DENZIN, N.; LINCOLN, Y. S. Introduction: entering the field of qualitative research. In: DENZIN; LINCOLN (comps.) *Handbook of qualitive research*. California: Sage, 1994.

DERRIDA, Jacques. *La farmacia di Platone*. Milan: Jaca Book, 1985.

____. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.

GALTHUNG, Johan. *Sobre la paz*. Barcelona: Fontamara, 1985.

GIDDENS, Anthony. *Il tempo, il lavoro e la città nella società capitalistica. en I loughi del tempo*. Roma: Janua, 1986.

GIORDANO, Vicenzo. *Tempo e corpo recluso: I ritmo della salute e della malattia*. Milan: Feltrinelli, 1991.

KRIEGER, P. La deconstrucción de Jacques Derrida. *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas* 84. Unam, 2004, vol. XXVI.

LEACH, Earch. Cartografía: el tiempo y el espacio como representaciones recíprocas. In: AA.VV. *Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1985.

LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*. Barcelona: Anagrama, 1979.

MARÍ, Enrique. Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. In: AA.VV. *Derecho y psicoanálisis: teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hachette, 1987.

MESSUTI, Ana. Reflexiones sobre el pensamiento penal. *RBCCrim* 31/11. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2000.

____. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

____. *La justicia deconstruida*. Barcelona: Bellaterra, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. *Así habló Zaratustra*. Alianza: Madrid, 1997.

PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. *Cárcel y Fábrica*. México D.F.: Siglo XXI, 1983.

RESTA, Eligio. *La certeza y la esperanza: ensayo sobre la violencia y el derecho*. Barcelona: Paidos, 1992.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2004 (1938).

SIMON, John. *Punishment work, discipline and industrial time*. Amsterdam: ISA Conference, 1991.

VACANI, Pablo Andrés. La aplicación de la violencia y el sentido de lo legal. *Criminología* 5/6. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

WACQUANT, L. Hacía una praxeología social: la estructura y la lógica de la sociología de Bourdieu. *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005, p. 29.

ZACCARIA, G. *L'arte dell'interpretazione: saggi suuérmeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Possible measures to improve the implementation of the rules and standards of the UN referring to criminal justice and prevention en Latin America*. Viena: Criminal Prevention Branch, 1989.

____. Las penas crueles son penas. *Lecciones y ensayos* 56. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Secretaría de Publicaciones, 1996.

____. El marco constitucional iushumanista del saber penal. *CDyJP* 9 C, Año V. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

____. ¡Que pena! *Fascículos de ciencias penais* 3/129. Trimestral, ano 5, vol. 5, 1992.

____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

V HISTÓRIA

1

Delegados de polícia e a gestão cotidiana da violência em São Paulo, final do século XIX

LUÍS ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA

Doutor e Mestre em Sociologia pela USP. Professor Assistente Doutor na Unesp (*campus* Marília).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente artigo apresenta os resultados de uma pesquisa documental sobre correspondências policiais na São Paulo Imperial. A análise identifica todo um sistema de dominação pessoal que, aos poucos, vai sendo acomodado no interior das principais alterações legais que marcaram o período, sobretudo em relação à separação entre polícia e justiça. Ao longo do período, a burocracia policial ampliou seu quadro, sobretudo na Capital, e ganhou ares de uma gestão disciplinar da população. As novas formas de gestão da população urbana passam a ampliar o papel das autoridades policiais, que fazem esforços importantes para reformar as instituições de contenção do crime e das ilegalidades populares, como cadeias e hospícios. O legalismo que caracterizou o final do Império no Brasil foi aos poucos sendo moldado aos interesses das elites

ABSTRACT: This article presents the results of a research that was carried out on police documents and letters in the city of São Paulo during the Imperial period. The analysis identifies a whole system of personal domination, which little by little, is accommodated within the legal changes that took place in that period, especially in relation to the separation between the police and justice. Along this period, police bureaucracy has expanded, especially in the capital city of São Paulo, and became some sort of a disciplinary management over the urban population. The new models of population management have given more emphasis to the role of police authorities, who put a lot of effort into restoring institutions like jails and asylums. The legal reforms that took place in Brazil during the Imperial period were gradually shaped according to the interest of the local elite

locais e de seus representantes no quadro da administração provincial.
Palavras-chave: Polícia – Delegados – Reformas judiciais – São Paulo – Brasil Imperial.

and its representatives in the realm of the provincial administration.
Keywords: The police – Police chief – Legal reforms – São Paulo – Imperial Brazil.

Sumário: 1. Ordem local, patrimônio e violência – 2. Polícia e criminalidade – 3. Polícia e disciplina – 4. O Império apela para a ciência – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. Ordem local, patrimônio e violência

"Os meios preventivos de que dispomos e as leis fracas que cumpre observar, além da má vontade dos juízes, procurando sempre animar a impunidade, tornam nullo e embaraçoso o cumprimento do dever da policia."

Chefe de Polícia, Salvador Antonio Moniz Barreto de Aragão, 1888.

Para Tavares Bastos o Código do Processo Criminal pressupunha um nível uniforme de civilização em todas as regiões do país. O que teria permitido a criação de uma polícia eletiva expressa na figura do juiz de paz. Em contraposição, o país, entrevisto na Lei de 03.12.1841, formado por um povo analfabeto e dependente, estava entregue à anarquia e à manipulação eleitoral. Por isso, uma polícia dominada pelo poder central foi criada para vincular a autonomia local aos funcionários representantes da coroa, os interesses locais à promessa de distribuição de cargos. Amplos poderes judiciais foram atribuídos à polícia do regresso, suscitando a seguinte alusão de Nabuco de Araújo: "certamente repugna que em um país bem organizado a polícia esteja confundida com a justiça. Em todos os lugares, desde que começa a ação da justiça, cessa a ação da polícia; mas entre nós todos podem prender e ao mesmo tempo julgar" (apud Nabuco, 1975). Essa indistinção foi o que, nas palavras de Joaquim Nabuco, teria mantido a solidez do Império. A polícia, ao acumular vastas atribuições policiais e judiciais, passou a ser o principal instrumento de mediação dos conflitos locais. As fazendas cafeeiras, isoladas dos centros do poder político, desenvolveram-se como unidades autônomas, com suas próprias normas, sob o arbítrio dos fazendeiros (Stein, 1961: 115). Os escravos

e a população pobre e livre dependiam das fazendas, sendo que as desavenças e querelas eram decididas privadamente; neste campo, a justiça formal não entrava (FRANCO, 1983: 23). Após a reforma de 1841, as formas tradicionais de resolução de conflitos e de controle social passaram a estar articuladas com a estrutura de justiça do poder central (FLORY, 1986: 239). A nomeação e o exercício dos cargos policiais e judiciais tornaram-se o sustentáculo da centralização do poder político e institucional. O que estava em jogo na reforma também era a garantia de que o controle da população permaneceria no nível local, independentemente das diferenças políticas existentes entre as situações eleitas e os ocupantes dos cargos da burocracia judicial e policial. A questão era manter a cisão entre os postulados liberais, o controle patrimonial da máquina governamental e as injustiças do escravismo (ABREU, 1988: 74). A sociedade era tida como o elemento de instabilidade num sistema político articulado em torno da baixa representatividade e tutelado pelo poder moderador. "O governo, para o povo, não é o protetor, o defensor, a guarda vigilante de sua vontade e de seus interesses: mas o explorador, o algoz, o perseguidor" (FAORO, 1989, vol. 1: 386).

Assim, havia a necessidade das lideranças locais estarem relacionadas com a situação governamental para conseguir as nomeações de que precisavam. O efeito imediato da lei de 1841 foi um processo de realocação de cargos, de acordo com fidelidades partidárias e familiares (FLORY, 1986: 269). A Lei 2.033, de 20.09.1871, que separou as funções policiais das judiciais e criou a polícia judiciária, cuja principal atribuição era proceder às diligências do inquérito policial e processar contravenções e quebra de termos cominatórios, pouco alterou esse quadro. Além de tornar incompatíveis os cargos de juiz e da polícia, essa lei promoveu o início de um longo conflito de competência e de poderes entre essas duas instâncias da justiça criminal. Decerto, os conflitos não eram relativos a formas divergentes de interpretação de princípios burocráticos, eles eram devidos mais aos problemas do clientelismo na ocupação das posições. É o que se vê no ofício do Chefe de Polícia, endereçado ao Presidente da Província de São Paulo, datado de janeiro de 1872: "Tendo a Lei de 20.09.1871 declarado incompatíveis os cargos policiais com os judiciários, tenho a honra de propor que seja dispensado do cargo de delegado de polícia de Guaratinguetá, actual primeiro supplente, o Dr. Frederico José Cardoso Araújo

Abranches".[1] Esse mesmo político já tinha ocupado a presidência da Câmara Municipal e, após deixar a polícia, foi ocupar o cargo de Governador da Província do Paraná. Anos mais tarde, tornou-se presidente da diretoria da Companhia Estrada de Ferro São Paulo e Rio de Janeiro.

Essas mudanças legais não valorizaram a arena do debate político, mas sim as formas tradicionais de controle populacional em sua característica mais pura de dominação personalizada (FRANCO, 1983: 78).[2] Daí emergir, na base de sustentação política do Império, o *policialismo judicial*, isto é, a polícia como base fundamental da relação entre Estado e sociedade (HOLLOWAY, 1997).

A valorização das estruturas policiais, em que pese sempre o seu caráter patrimonial, torna-se mais reveladora quando a escravidão é posta em perspectiva. A legislação penal brasileira considerava o escravo imputável nos casos de crimes praticados contra os senhores e seus feitores, apesar de desqualificá-lo como pessoa (NABUCO, 1938: 39; ALVES, 1916: 223). O art. 193 do Código Criminal de 1830 e o art. 1.º da Lei de 10.06.1835 puniam esses crimes respectivamente com as penas de galés e de morte. Mas o senhor do escravo, muitas vezes, preferia que a punição não fosse executada, aplicando ele próprio algum corretivo que não implicasse na perda irremediável de sua propriedade. As galés perpétuas ou mesmo as temporárias eram repudiadas porque os escravos saíam do cativeiro e do círculo de poder patriarcal

1. Quando não houver menção contrária, os ofícios, correspondências e inquéritos policiais citados neste artigo fazem parte do acervo do Arquivo do Estado de São Paulo (AESP): Polícia, latas 94, 95, 96 (1870); 106, 107, 108 (1872); 262 (1889). Processos Policiais, latas 15 (1870-1875) e 18 (1885-1889).

   Nos textos e documentos antigos citados no decorrer deste artigo, optamos pela manutenção da grafia original.
2. Maria Sylvia de Carvalho Franco (1983: 78-79) afirmou que, "nas regiões de plantio tradicional de café, os homens livres, sitiantes e agregados vivem em função de favores e de auxílios mútuos. Por isso, não há como estabelecer polarizações nítidas entre igualdade e desigualdade, justiça e injustiça etc. Como teria dito um grande fazendeiro de Resende, não há 'desigualdade' entre os fazendeiros e os sitiantes, há mesmo é 'amizade'. Estranha correlação, compreensível dentro do quadro da relação entre o afilhado e o padrinho, que pressupõe 'um patrocínio superior e uma decorrente submissão do inferior' ".

dos senhores (MACHADO, 1988: 31). Por exemplo, o escravo Malachias apresentou-se à polícia de São Paulo, vindo de Itu, para conseguir a mediação do governo e ser posto em liberdade. Francisco de Assis Pacheco, em ação judicial, pediu reconsideração do ato de libertação do seu escravo, invocando o Livro 1, Título 76, § 4.º das Ordenações Filipinas. A punição, quando denunciada, nem sempre tinha os efeitos desejados pelas leis. Em 1870, a polícia de São Paulo abriu um inquérito para averiguar a suspeita de espancamento de um escravo proveniente de Piracicaba, de nome Casimiro, de propriedade de Francisco Cabral de Mello, mas não chegou a nenhuma conclusão. Celeste Zenha relatou vários casos de suicídio de escravos nos quais, apesar dos indícios apontarem para execuções sumárias, nem a polícia nem o juiz local tiveram iniciativa de processar os respectivos senhores (ZENHA, 1984). Nesse universo de relações pessoais, a violência costumeira era dosada pelo apadrinhamento ou agravada pela punição exemplar e sumária de crimes violentos praticados por escravos, para desestimular iniciativas de rebelião. A justiça, para o escravo, portanto, se exercia de forma sumária e implacável e estava revestida de inúmeras contradições (NEQUETE, 1988). Em 1853, o escravo Atanásio fugiu para evitar o castigo que o feitor José Bueno de Morais iria lhe aplicar, sendo seguido pelo escravo Domingos. O feitor e o negro Amaro saíram à procura dos dois fugidos. Mais tarde naquele dia, o feitor foi encontrado morto, com a cabeça fendida por pancadas de enxada. A polícia encontrou Domingos na fazenda de um padrinho. Amaro, por seu turno, havia retornado sozinho para a fazenda. Atanásio seguira em direção à Capital, mas, mesmo assim, terminou por ser preso. Durante o processo, vários negros e implicados foram inquiridos como testemunhas. Suas versões eram disparatadas. Nenhuma das testemunhas tinha presenciado o crime, portanto, havia somente a presunção de autoria. Nada de provas objetivas. Os três escravos foram julgados por tribunal popular. O julgamento foi rápido. Não havia motivo para relutâncias, pois Campinas experimentava ameaças de sublevações escravas. O júri condenou Atanásio e Domingos à forca. Amaro, o escravo fiel, foi absolvido. O Imperador negou a petição de graça para os dois escravos. Domingos foi enforcado na manhã de 03.10.1854. Atanásio fugiu da cadeia, com outros detentos, quatro meses antes da execução da pena, para nunca mais ser encontrado (cf. MARIANO, 1949: 91-98).

Nos crimes de escravos, havia quase sempre a tendência a polarizações. Para o Correio Paulistano de 12.05.1877, um crime ocorrido em Taubaté era um "horrível atentado" da "maior atrocidade de barbárie". O fazendeiro, Antonio Nogueira de Barros, "moço bem apessoado e de natureza varonil", que pertencia "a uma família importante daquela cidade", fora assassinado com um golpe de enxada na cabeça, desferido por seu escravo. O escravo, que possuía "má índole", admitiu, diante do delegado de polícia, a autoria do crime "com sangue frio" (SCHWARCZ, 1987: 166). A descrição do indiciado nos autos era prenúncio do resultado do processo (ZENHA, 1984: 40). Ainda em 1870, na mesma cidade de Taubaté, num processo crime impetrado contra um escravo fugido, este foi assim qualificado: "desasseis annos, Jose Benedicto, nascido na fazenda de seo fallecido senhor, Antonio Rodrigues de Mendonça, no distrito de São Luiz; bem preto, altura regular, cheio de corpo, olhos grandes e pretos, nariz meio chato, boca regular, orelhas pequenas, rosto comprido, principiando a buçar, mãos curtas, com falta de dentes na frente, tanto no queixo superior, como no inferior, e os mais, bons e alvos, pes curtos e pescoço curto e grosso. Bem falante e mui ladino!". Acidentes em roça, suicídios, mortes de homens pobres ou de escravos, segundo as circunstâncias, dispensavam investigação da justiça pois as autoridades responsáveis consideravam tais casos como coisas sem importância pela simples condição social da vítima. O preto Claudino, que tinha o costume de se embriagar e era vagabundo, foi encontrado morto. O processo instaurado apenas constou de exame de corpo de delito e do seguinte parecer do promotor público: "Achando-se provado pelo corpo de delicto (...) que o preto de nome Claudino, falecera por motivos de embriaguez, vicio que ele acompanhava constantemente; julgo que nenhum interesse há no inquérito policial (...) por isso requeiro que sejam estes arquivados" (apud ZENHA, 1984: 67).

Entretanto, mesmo um escravo, principalmente pardo, poderia transmutar-se em cidadão, ao menos na visão do jornal o Correio Paulistano, de 27.07.1876: "O cidadão Jorge, aquelle bom pardo que já foi captivo do Sr. desembargador Galvão, mas que não obstante isto gozou sempre de bons créditos, que ficou sendo conhecido pelo apelido de rei dos pardos, é hoje nada menos que chefe de familia. Casou-se tendo por testemunha 2 cavalheiros distinctos de nossa sociedade e pode-se dizer sem medo de errar que recebeu com a maior

amabilidade os parabéns das pessoas que a seu convite foram a sua casa tomar uma chávena de chá. Há quasi um anno que está liberto e para tal resultado houve até intervenção do S.M. Imperial do Brasil e por fim libertou por 1 ou dois contos de réis (dizem) a sua dona. Hoje Jorge é geralmente estimado e goza dos foros de homem muito sério, muito honesto e muito trabalhador." Um indicador da aptidão de um escravo para a vida em sociedade era, sem dúvida, a submissão. Os escravos que se recusaram a fugir da Cadeia com outros presos, foram assim descritos pela Província de São Paulo, de 20.01.1884: apesar de sua "humilde condição de escravos" agiram como "bons cidadãos" e por isso merecem ser elevados à condição de "verdadeiros cidadãos" (apud SCHWARCZ, 1987: 111-170).[3] Desta forma, além da constante vigilância policial, os escravos poderiam ser emancipados e incorporados à civilização através de formas pedagógicas e tutelares e seus crimes contidos pela pena de privação da liberdade, extensões da escravidão nas formas brandas de controle.[4]

3. É comum encontrar, nos relatos de época, autores relacionando a escravidão e suas causas com o baixo grau da civilização brasileira, encontrando aí um forte argumento favorável à abolição. "Sementeira de venenosos espinhos, a escravidão não pode produzir flores inocentes". Cf. J. M. Macedo. Vítimas-Algozes. Quadros da Escravidão (1896). Da escravidão para os escravos, não houve mediação: mesmo os defensores da abolição, estabeleceram um vínculo entre a "raça negra" e a ideia de "anticivilização". "A escravidão do negro proveio do atraso dos povos dessa raça habitantes da África e da ganância dos brancos. Os africanos são povos ignorantes e avesados a barbaridades e a injustiças, mas não se negue por isso que devemos escravizá-los". A Redempção, 14.07.1887. Além da escravidão ser a grande mãe de todas nossas mazelas, os escravos acabavam sendo responsabilizados pela sua própria condição de cativos. Por isso, a abolição deveria ser feita sem revolta nem dissolução dos costumes, seguindo inspiração pia e filantrópica (NABUCO, 1938: 26 e 140). O Barão de Almeida Lima, considerado como benemérito de Capivari, declarou que, após sua morte, seus escravos seriam libertados. Para prepará-los para o grande evento criou lhes uma escola, onde reina "a boa ordem e a disciplina recomendada (...) É bonito e comovente quando a tarde os escravos voltam do trabalho, trocam as roupas e com todo asseio apresentam-se as aulas! (...) Nota-se no semblante de todos um ar risonho cheio de prazer e com todo silencio e attenção ouvem as explicações do professor" (apud SCHWARCZ, 1987: 180-186).

2. Polícia e criminalidade

A preocupação com a formação de um mercado de trabalho livre e a necessária constituição de uma população branca, livre e moralizada, começaram a balizar o discurso oficial (Chalhoub, 1986; Azevedo, 1987).

Em 1878, o chefe de polícia, Joaquim de Toledo Pisa e Almeida, faria um diagnóstico da criminalidade na Província:

"É erroneo suppor que os meios de intimidação, a força material, sejam sufficientes para impedir os effeitos instantaneos da paixão ou a acção premeditada do odio e da má fé. (...) A indole do povo, a morigeração de seos habitos, o respeito á lei e aos direitos que ella garante, dependem de um plano educador que colloque o homem nas condições normaes de sua responsabilidade moral. Para isso devem concorrer os poderes publicos, a philantropia, senão a caridade particular, por meio da creação de escolas que não sejam o balcão de uma industria para o primeiro aventureiro; com a escolha de professores que honrem o magisterio e á elle se dediquem em condições de completa independencia; por meio de asylos para o recolhimento e ensino profissional dos menores que, por descuido dos paes ou abandono dos juizes, vivem e crescem sob o captiveiro dos vicios; por meio de providencias que, sem desorganizar a propriedade e a economia do trabalho agricola, garantam a pratica de um systema mais de accordo com as

Em Bragança, os escravos criaram sua própria associação literária, "indício de que não se preocupam exclusivamente com a submissão ao trabalho". Os escravos, na ótica do jornal, descobriram que não são apenas uma "máchina subserviente", e que o "saber não é privilégio de homens livres". Essa sociedade pode ser considerada como "o primeiro degrao na escala da civilização". A Província de São Paulo, 04.09.1881. Apesar da brutalidade, os escravos podiam ser maleáveis aos bons ensinamentos, porque, teriam "dotes naturaes de brandura e submissão" Correio Paulistano, 07.07.1892 (apud Schwarcz, 1987: 110-113).

4. O Chefe de Polícia da Província de São Paulo, Joaquim de Toledo Pisa e Almeida, defendia a revisão da questão da escravidão no mesmo momento em que clamava pela reforma do Código Criminal. Ele julgava que a melhor forma de controle dos crimes de escravos era, em primeiro lugar, discutir a emancipação, em segundo lugar, a pena de privação de liberdade cumprida em instituições construídas de forma adequada (RPP, 1878).

ideas do seculo, e acquisição de braços que não sejam uma ameaça constante á vida dos proprietarios, como succede com a escravidão actual" (Relatório ao Presidente da Província, 1878).

As autoridades policiais compartilhavam os *mores* da comunidade e, muitas vezes, cumpriam suas obrigações de forma diversa daquilo que poderia ser considerado estritamente profissional. As autoridades policiais locais solicitavam, com frequência, reforço para o destacamento policial, principalmente quando havia festividades públicas na cidade, ou quando bandos de ladrões estavam agindo na região. A polícia civil de várias cidades não dispunha de um corpo policial devidamente treinado e capacitado para o controle da criminalidade quando esta se generalizava. Os policiais prendiam indivíduos que já possuíam passagens anteriores e eram, portanto, clientes da polícia por embriaguez, jogatinas e arruaças. Além das prisões, a conscrição era uma de suas principais armas contra o crime e a desordem. O subdelegado, Manoel José de Moraes Barros, da cidade de Piedade, em 10.01.1870, assim escreveu para o Chefe de Polícia:

"Levo ao conhecimento de V. Exa. que no dia 06 do corrente, remeti ao Ilmo Sr. Delegado de Polícia da cidade de São Roque, o recruta João Manoel dos Santos, que está muito apto para reforçar o exercito, visto que elle he viuvo sem filhos, e é mosso valentão e de corajem, andava aqui tomando mulheres casadas, e querendo assassinar os maridos das mesmas mulheres, e esperando inspectores de quarteirão pelas estradas para assassinar, quando estes lhe advertião que elle se comportasse por que o contrario poderia lhe acontecer alguma cousa; é quando elle armava-se de pistollas e facas, e andava pelas estradas prometendo de assassinar os inspectores e até a propria autoridade, e por consequencia, desejo que V. Exa. não fassa elle voltar, porque, ao contrário terá aqui algumas pessoas de sofrerem, mesmo até um perigo de vida; e é mesmo para servir de exemplo, para assim ver se autoridade aqui torna-se mais respeitado."

Muitas vezes o recrutamento era solicitado pela própria família, como forma de corrigir parentes insubmissos. Em 1870, o subdelegado da cidade de Santa Isabel, Joaquim José Rodrigues, oficia o pedido de

Antonio Gomes de Oliveira para o recrutamento de seus três filhos insubordinados. Em maio de 1872, por outro lado, as autoridades maiores da província procuraram intervir num caso de negligência paterna. O Chefe de Polícia assim escreveu ao Presidente da Província:

"Com este meu officio apresento a V. Exa., Antonio Joaquim de Lima Jr, menor de vinte e um annos, e que sem officio, nem profissão, vive em completa ociosidade e em companhia de individuos de maos precedentes, e que, de certo o lançarão na carreira dos vícios e do crime, para o que tem elle muita tendencia, como conheci pela própria confissão do referido Lima. O pae deste menino ou por desleixo, ou por qualquer outro motivo deixa-o entregue aos seus próprios instintos e não procura, como deve, desvia-lo das mas companhias, nem dar-lhe uma profissão decente para tornar-se util a sociedade. Na armada nacional, ou na companhia de aprendizes marinheiros, poderá elle adquirir hábitos de trabalho, e, ainda tornar-se um bom cidadão – por isso peço a V. Exa. que lhe de o destino que julgar mais conveniente."

Mas, nem sempre o recrutamento se traduzia numa forma de punição administrativa e sumária; às vezes era utilizado como subterfúgio para escapar ao julgamento e evitar que relações pessoais ou políticas fossem postas às claras. Um conhecido homem violento de Santa Branca foi pago para matar um "bom cidadão". Depois de preso, foi remetido para a capital do Estado e alistado no exército.

A ocupação obrigatória de um cargo público indesejado podia ser burlada:

"O Padre Francisco Ferreira Garcia, presbítero secular, confessor e pregador nos Bispados de Mariana e do Rio de Janeiro, membro da Associação Promotora da Instrucção Popular de Lisboa, parocho resignatário da Igreja do Bom Jardim, Provincia de Minas, e vigário da villa de Nossa Senhora do Patrocinio, do Jahu, no bispado de São Paulo etc. etc... Attesto que o cidadão João Baptista Valladares de Freitas he meo parochiano digno de toda estima e consideração porem impossibilitado de exercer empregos públicos pelo seo grave estado de saude, o reomathismo que o priva de andar as vezes com facilidade o que affirmo *in fide*... Jahu, 02.03.1870."

Embora a economia cafeeira já estivesse trazendo seus frutos para a Província de São Paulo, as Câmaras Municipais permaneciam com

escassez de recursos, o que contribuía para a insidiosa confusão entre os domínios público e privado, principalmente no universo da justiça criminal. Por volta de 1870, muitas cidades do interior de São Paulo não conseguiam sequer arcar com as despesas para a construção e manutenção de estradas ou para a construção de cadeias, nem para a construção de postos policiais. Para conseguir realizar tais obras, lançavam subscrições públicas, dependiam do beneplácito particular ou convocavam, sob vara, os homens livres ou escravos para realizarem o trabalho (FRANCO, 1983: 98 e 111).

O poder e prestígio relacionados à ocupação de um cargo público eram complementados com o amplo círculo de discricionariedade relativo ao seu exercício. No mais das vezes, como era o caso da cidade de Santa Bárbara, suspeitos eram inquiridos e permaneciam detidos na casa do próprio subdelegado. Em Rio Novo, a cadeia local foi construída às custas de particulares interessados na manutenção da ordem e na prisão dos "delinquentes costumeiros" da cidade. Em Sorocaba, após uma briga entre escravos que redundara em assassinato, quatro deles deveriam ser encaminhados à cadeia local, mas, conforme o delegado, esta não oferecia segurança por não dispor de correntes nem de algemas. Mas havia casos em que o cargo representava ônus. Em São Carlos do Pinhal, o subdelegado informava ao Chefe de Polícia que não podia mais permanecer no cargo, devido às constantes ameaças que sofria. Em São Sebastião da Boa Vista, o subdelegado precisava se ausentar da cidade, mas não havia suplentes nem outras pessoas para quem pudesse passar as responsabilidades. Mesmo numa cidade como Campinas, o subdelegado queixava-se de que não conseguia nomear os inspetores de quarteirão. Havia uma enorme flexibilidade na leitura da letra da lei, principalmente quando o acusado tinha relações. Um vereador de Guarulhos, servindo também como juiz municipal, pedia auxílio ao Chefe de Polícia para prender um criminoso pronunciado, conhecido na região por suas ligações partidárias e pela influência de sua família. Num ofício reservado, o subdelegado da cidade de Lorena, em 25.05.1870, pedia providências das autoridades superiores para dar solução a um caso curioso: um indivíduo foi preso pela escolta de polícia, mas, momentos depois, foi solto a mando de um certo capitão Barbosa, provavelmente um influente líder local.

Havia, em outros casos, vínculos estreitos entre a polícia e os criminosos. Em São Pedro, havia denúncias de que os valentões da

cidade estavam sob a proteção das autoridades. O subdelegado local foi flagrado inúmeras vezes em plácido bate-papo com bandidos. Um juiz municipal dizia ao chefe de polícia que sabia de um subdelegado que recebia em sua própria casa um conhecido assassino e permitia que outros criminosos passeassem livremente pela freguesia do Guary. O mesmo juiz dizia que, por causa dessas críticas, sua filha fora raptada. Com frequência, as autoridades criminais locais entravam em conflito. O juiz municipal de Bragança oficiou ao Chefe de Polícia procurando se eximir da responsabilidade sobre a investigação do desaparecimento e morte de uma mulher, conduzida pelo delegado de polícia de Atibaia. Conforme o mesmo juiz, o suspeito era o tenente Cintra, de família influente na localidade, notório arruaceiro e ébrio. Embora tenha sido preso juntamente com seu escravo, suspeito de cumplicidade, o tenente Cintra conseguiu escapar da prisão, deixando para trás seu escravo. Em 03.07.1888, às 11 horas da noite, uma "grande massa popular" invadiu a cadeia da cidade de São Carlos do Pinhal e dela subtraiu o ex-escravo conhecido por preto João, suspeito de ter cometido um crime revestido de circunstâncias revoltantes. O comandante do destacamento policial julgou melhor retirar a guarda para evitar confrontos com os populares e, literalmente, abandonou o preso a sua própria sorte. O preto João foi então executado a tiros e a cacetadas. O cadáver foi depois arrastado para o largo da matriz e dependurado em uma árvore (GAGINI, 1966: 57).

3. POLÍCIA E DISCIPLINA

Na Capital da Província, as práticas de polícia não eram assim tão diferentes das de outras cidades ou vilas. A própria polícia era agente de violências, mas, mesmo assim, a violência era considerada fenômeno isolado que desonra "a sociedade e a civilização" (apud SCHWARCZ, 1987: 118). O inquérito policial sobre ferimentos produzidos por um soldado é ilustrativo:

"Auto de flagrante. Ao primeiro dia do mez de agosto do ano do nascimento de nosso senhor Jesus Cristo de mil oitocentos e setenta e cinco, nesta imperial cidade de São Paulo e casa de residencia do subdelegado de polícia do Distrito do Sul, doutor João Antonio de Oliveira Campos, prezente o mesmo, comigo escrivão de seu cargo adiante nomeado, ahi compareceu Miguel Ribeiro da Cunha, acompanhando o ferido Joaquim Torquato Carneiro, e declarou que tendo ofendido o

mesmo Carneiro se apresentara com ele a uma botica da rua da Esperança para ser o mesmo curado não querendo porem o boticário aplicar remédio sem ordem de qualquer autoridade, foi o declarante a casa do doutor Chefe de Polícia, levando o ferido Joaquim Torquato, e o doutor Chefe de Polícia mandou que elle declarante se apresentasse a este juízo, o que ele declarante fez. Estando presentes Joaquim dos Santos e Luiz Antonio Maria, praças do corpo policial permanente, declararão, o primeiro que desde a casa em que se deu o ferimento na rua da Esperança, andou com o declarante Miguel da Cunha até este logar e Luiz Antonio Maria declarou que acompanhou o declarante Miguel da Cunha por ordem do doutor Chefe de Polícia até a casa dessa delegacia sem entretanto saber se o dito Miguel estava prezo. Ordenou o juiz que se mandasse o ferido para a Santa Casa de Misericordia e que fosse Miguel Ribeiro da Cunha recolhido prezo ao Quartel em flagrante delito, visto a confissão do mesmo de que lavrei o presente."

Em seguida à autuação do flagrante delito, o subdelegado, João Antonio de Oliveira Campos, mandou proceder ao exame de corpo de delito na vítima na mesma Santa Casa de Misericórida e oficiou o comandante de Permanentes sobre a prisão do referido praça. Dois dias depois, o subdelegado abria o inquérito policial com as inquirições tomadas na Igreja da Matriz da Sé:

"João Guntello, natural da Espanha, idade 47 anos, solteiro, padeiro, morador nesta cidade, aos costumes nada (...) Respondeu que na tarde do dia primeiro do corrente pelas cinco horas (...) depois de acabar seu serviço de entregas de pães dos seus fregueses, retirou-se para o quarto onde rezide na rua da Esperança do que é proprietário Nicolau Pereira, sendo sua habitação um dos quartos do cortiço mais proximo do beco dos mosquitos ou travessa da esperança e quando elle testemunha achava-se já a porta de seu quarto que é o de numero quatro, chegou também o ofendido que entrando para dentro de seu quarto que é o segundo da entrada foi deitar-se e ao escurecer chegou por último José Ferreira da Rocha, que foi visitar a Ana de tal que mora em um quarto (em frente) ao delle testemunha. As seis e meia mais ou menos quando elle testemunha achava-se já acomodado em sua cama, ouvira esbarros e batidelas na porta de seu quarto, então elle testemunha reclamando contra isto, abrindo a porta e antes disso ouvira do lado de fora palavras insultantes em resposta a sua reclamação e saindo a porta do quarto encontrou-se de frente com o soldado do Corpo

de Permanentes de nome Miguel Ribeiro da Cunha que se achava com o terçado desembainhado e dizendo em altas vozes que cortava tudo, ao que respondeu elle testemunha que não se cortava um homem sem bom motivo e neste interim o dito soldado agarrou pelos braços de uma preta que se chama Candida e lhe deu muitas pancadas com o rife e introduzindo a susto para dentro do quarto onde se achava dormindo o ofendido, acompanhado de outra praça do Corpo Policial Antonio Joaquim dos Santos, que levava uma vella aceza na mão, e então o soldado Miguel, puxando a porta que servia de entrada geral para o cortiço, dirigio-se precipitadamente para dentro do quarto onde se achava o ofendido, com o terçado em punho, saindo imediatamente de dentro o ofendido já todo ensanguentado não vendo com que instrumento fora feito o ferimento. Perguntado se depois que o ofendido saiu ensanguentado para fora do quarto elle testemunha (...) vira em que parte do corpo era o ferimento? Respondeu que o ferimento era na cara. Perguntado quais as pessoas mais que se achavão na ocasião e que provavelmente sabem ou presenciarão o delito? Respondeu que são testemunhas oculares José Ferreira da Rocha, a preta Candida que era concubina do soldado Miguel, ofensor, e mais Anna de tal, residente em um dos quartos vizinhos. Perguntado qual o motivo porque o soldado Miguel Ribeiro da Cunha ofendera a Joaquim Torquato Carneiro sem que lhe fizesse ofensa alguma e respondeu que não sabe. Perguntado o que fizerão o ofensor e o seu camarada depois de ferido o dito Carneiro? Respondeu que os soldados continurão a conservar a porta de entrada fechada, não consentindo de que o ferido saisse para a rua, tratando os mesmos de colocar pano no rosto do ofendido que se achava derramando muito sangue e depois de muita instancia do ofendido que dizia querer imediatamente curar-se os ofensores abrirão a porta que dá para o lado da rua, deixarão o sahir e o acompanharam em direção a rua da Esperança abaixo. Perguntado se elle testemunha referio o fato ocorrido a alguem? Respondeu que não se recorda ter dito alguem."

Os testemunhos seguintes não adicionam nada à presente inquirição. Diante disso, o subdelegado antecipa sua opinião sobre o caso e convoca novas inquirições, inclusive a inquirição do indiciado: "Não resultando dos depoimentos das testemunhas (...) indício algum de criminalidade contra o soldado do Corpo Policial Permanente, Antonio Joaquim dos Santos, oficie-se a manda-lo apresentar neste juízo

afim de depor como testemunha, no dia 08 do corrente as 2 horas do dia no Consertório da Matriz da Sé e bem assim a testemunha Anna de tal residente no cortiço da rua da Esperança (...). Prossiga-se no inquérito policial. Subdelegacia de Polícia do Distrito do Sul da Sé, 08.08.1875. Em tempo , julgo procedente o corpo de delito". Como o indiciado confirmasse as suas declarações anteriores, alegando, inclusive, sua não intencionalidade, o subdelegado conclui o inquérito em 15 de agosto da seguinte maneira:

"Consta do depoimento f., que o soldado do Corpo Policial Permanente, Miguel Ribeiro da Cunha, na noite de 01 do corrente, as seis horas (...) no cortiço da rua da Esperança desta cidade em um quarto interior onde residia Joaquim Torquato Carneiro, a este ferira com um terçado ou sabre que trazia desembainhado, causando derramamento de grande quantidade de sangue, no lado esquerdo da face sobre a parte mole do maxilar inferior. (...) como se verifica do corpo de delito f. o ofensor foi preso em flagrante. (...) Houve alguma demora na conclusão do presente inquérito seja pela dificuldade de ser encontrada a testemunha Anna de tal que então residia no dito cortiço, e a qual ainda não foi inquerida."

Os autos do inquérito foram remetidos ao Juiz de Direito do Primeiro Distrito Criminal. Entretanto, o promotor público não ofereceu denúncia sobre o caso, alegando, com ironia, a ilegalidade da prisão em flagrante: "Requeiro que seja o soldado Miguel Ribeiro da Cunha posto em liberdade por ser evidente estar elle sofrendo constrangimento ilegal. O auto que se deu o nome de auto de flagrante, autoriza tanto a prisão do paciente, como a do Imperador da China. Estranho semelhante procedimento da autoridade policial, a quem neste caso, aproveitou a ignorância do direito. Não há matéria que autorize procedimento oficial porque a prisão é ilegal, atestam a ausência de flagrante e a natureza das ofensas. A prevalecer a irregularidade da flagrancia que conservou o paciente em prizão ilegal, peço que se mo de copia de todo o inquerito para interpor habeas corpus em favor desta vitima de violencia ilegal". O Juiz de Direito, Ribeiro e Silva, em 24 de agosto, manda que se proceda na forma requerida pelo promotor, libertando o soldado Miguel Ribeiro da Cunha. Diante da sentença do juiz, o processo foi arquivado e nenhuma outra diligência foi verificada, livrando-se sem nenhuma consequência o agressor confesso.

Prenúncio de desordem era resolvido com o envio de tropas. Em março de 1872, a pedido dos lentes da Faculdade de Direito, 20 praças de primeira linha permaneciam estacionados diante das arcadas de São Francisco para assegurar a paz daquela instituição frente a agitação da estudantada. A inoperância da polícia era uma constante nas correspondências. Em janeiro de 1874, um corpo foi encontrado, em frente ao sítio de Christiano Chrispim, quando já "os corvos estavam devorando o cadáver". Antonio Cardoso, tendo sido avisado do fato, se dirigiu ao local e encontrou apenas "a caveira e ossos do finado", por isso, mandou enterrá-los no Hospício de Alienados. O Tenente Coronel Luiz Pinto Homem de Menezes, subdelegado de polícia do Distrito do Braz, apenas solicitou a exumação do cadáver, e nada mais foi feito. Muitos dos corpos encontrados nos rios e várzeas da cidade eram enterrados como indigentes, pois a polícia não tinha meios para efetuar a identificação. No mesmo ano, a polícia recebia abaixo-assinado dos moradores da rua da Pólvora para que medidas fossem tomadas contra o depósito de explosivos ali localizado que, além dos evidentes perigos de explosão, o "presta-se até para sítio de orgias", mas nada parecia ter efeito e as reclamações continuaram. Em 1872, corriam denúncias contra um tenente que, mesmo depois de ter sido exonerado do cargo de delegado de polícia, continuava oficiando de seu posto. A polícia procurava resolver conflitos e mesmo punir delinquentes por sua própria conta, sem recorrer às instâncias superiores da justiça criminal, muitas vezes criando dispositivos disciplinares e novas penalidades.

O delegado da Sé, em ofício de junho de 1872, concluiu uma investigação desta forma: "Pela delegacia foi concluído o inquérito do qual constou que Theodoro Antonio de Almeida subtraiu a Damasio Nogueira de Sá um relógio de prata e cordão de ouro que ofereceu a venda a Manuel Rodrigues Jr. que conduzio aquelle a casa de Damasio e este mandara aquele dar, e este dera, em Theodoro, seis palmatórias". As peças legais estão eivadas de obscuridades. Em 1871, numa simples folha de informação, o subdelegado de polícia de Santa Ifigênia reconhece ter mantido uma mulher no cárcere além do período permitido por lei e assim o fez "por motivos imperiosos de segredo de justiça". Decisão irregular que foi confirmada mesmo pelo juiz de direito quando este resolveu, não se sabe por que, negar pedido de *habeas corpus*.

As correspondências policiais são interessantes e revelam um perfil disciplinar da atuação policial no meio urbano, tomando informações e se fazendo vigilante em relação a aspectos importantes dos hábitos populares, sobretudo a partir da década de 1880. Da correspondência trocada entre o chefe de polícia e seus auxiliares, destacam-se a remessa de dementes ao hospício de alienados, principalmente mulheres, ex-escravas ou imigrantes e ébrias; pedidos provenientes de cidades do interior do Estado e da Capital, solicitando encaminhamento de destacamentos policiais ou sugerindo nomeações de autoridades policiais civis; cartas e petições de particulares, contendo denúncias de maus-tratos etc. Uma pessoa escreve ao chefe de polícia reclamando ter sido assaltada por dois praças da brigada policial; outro particular pede para que seja internado no asilo de mendicidade um individuo de nome Paulo; outro solicita a internação de indigente no Guapira; o chefe de polícia providencia o encaminhamento de mulher indigente para a Beneficência. A polícia se vê às voltas com solicitações específicas como o caso dos italianos trabalhadores da fazenda pedreira que se queixam de enfermidades, de maus-tratos e de estarem privados de meios necessários à sobrevivência. Na cidade de São Paulo, o Chefe de Polícia, durante o ano de 1889, procura oficiar regularmente aos urbanos do policiamento para a devida manutenção da ordem pública, embora também saibamos que este é de fato um ano muito atípico. Nestas preocupações encontram-se as várias minutas sobre trânsito de veículos, vigilância dos cocheiros para que respeitassem as posturas municipais, sobre higiene, jogos e divertimentos públicos.

Problemas meramente administrativos serviam de motivo para atitudes regulatórias, sobretudo contra escravos. As posturas de 1882 inibiam a circulação dos escravos à noite e aqueles que o fizerem após o toque de recolher, "sem que leve bilhete, buleto, cartão, ou um signal qualquer por onde se conheça que vae por ordem, ou em serviço de seu senhor, será prezo dois dias". O sino da Igreja do Colégio deveria repicar todas as noites e o pagamento desse serviço era feito pelo Chefe de Polícia (SANT'ANNA, 1944: 144). Em 1874, a preta Maria, escrava ao ganho que buscava água, por estar andando pelas ruas da cidade sem o necessário bilhete de seu dono e por estar falando em voz alta, foi presa e submetida a todo o processo de humilhação inerente à situação. O mesmo ocorre com o preto Mafaldo, de Guarulhos, que foi encontrado "vagueando" na cidade e com tantos outros que não

obedeciam ao toque de recolher. Em 1873, a polícia, ao prender o escravo Valleriano que estava "vagueando" no Carmo às nove horas da noite, sem o bilhete do senhor, teve que enfrentar muitas reclamações. Julio Guai, o senhor, se recusava a pagar as custas da prisão e não concordava com o pedido feito pela polícia para submeter seu escravo à verificação de identidade para, assim, tê-lo de volta. Em certas situações a autoridade policial buscava ressaltar seu papel de conciliação e não de auxiliar da justiça. Num inquérito de dezembro de 1873, sobre agressão, procedido na residência do subdelegado do Distrito do Sul, João Antonio de Oliveira Campos, as seguintes perguntas são feitas ao acusado:

"Perguntado qual seu nome, naturalidade, idade, estado, profissão e residência? Respondeu chamar-se Domingos Jordão, natural da Itália, idade cincoenta annos, casado, funileiro, morador ha trez annos nesta cidade, no bairro do Piques. Perguntado sobre o fato constante da parte do Inspector das Patrulhas, Alferes Antonio Carlos (ilegível), respondeu que hontem serião nove horas mais ou menos da noite quando foi prezo por uma patrulha a ordem desta subdelegacia, passando-se o facto de sua prizão do modo seguinte: Tendo a preta Jozepha que mora em sua companhia mais de trez annos, pois que sendo de Sorocaba, que se ligaram até hoje, nunca soube que fora escrava, dado umas pancadas em seu filho menor de nome Paulo, elle informante por esse fato deo um pontapé em a dita Jozepha, ocasião em que passava uma patrulha e prendeo a elle informante, e trazendo-o a esta subdelegacia, daqui o levaram a Cadeia, onde não querendo o carcereiro o receber, sem ordem escripta, foi enviado ao Quartel de Permanentes. Disse mais que depois que o prenderão é que effetuaram a prisão da sua companheira. Perguntado qual o verdadeiro nome da preta sua companheira, que diz chamar-se Maria Francisca, escrava de Francisco de Paula Xavier de Toledo e como a conhece e a quanto tempo? Respondeu que a preta que está prezente é sua companheira de casa, chama-se Jozepha, e não Maria Francisca, cujo nome suposto disse na cadeia na ocasião de ser recolhida e que a conhecia mais de trez anos, e que residia na cidade de Sorocaba e que ella é forra, e que conhece os irmãos que ella tem na dita cidade, não podendo precisar os seus nomes, e que elle informante foi quem a trouxe daquela cidade, em cuja companhia tem rezidido até a ocasião de ser presa. Perguntado se a preza Jozepha se achava na ocasião da prizão

embriagada? Respondeu que estava embriagada. Nada mais disse nem lhe foi perguntado. Lido por conforme e não sabe escrever, assina a rogo João Alvares da Cunha Bueno, como juiz."

Em seguida, foram feitas as perguntas à Jozepha:

"Qual seu nome verdadeiro, idade, estado, naturalidade, profissão e residencia? Respondeu chamar-se Maria Jozepha, idade quarenta anos, solteira, natural da cidade de Sorocaba, lavadeira, rezidente nesta cidade. Perguntada sobre a parte do inspetor das patrulhas? Disse que hontem a noite foi preza a porta da casa do Italiano Domingos com quem vive, pelo fato de ter este dado com uma chinela na cara della informante. Perguntada por que razão deu o nome de Maria Francisca na ocasião da prisão dizendo ser escrava do Capitão Francisco de Paula Xavier de Toledo, quando é certo que ella não é escrava e tem irmãos em Sorocaba? Respondeu que não se lembra de ter dito semelhante couza porque estava embriagada. Disse mais que não é escrava de pessoa alguma que é livre nascida em Sorocaba onde tem dois irmãos de nome Elias e Joaquim estando este em Corumbá, igualmente tem duas irmãs na mesma cidade de Sorocaba de nomes Benedita e Delfina. Nada mais disse nem lhe foi perguntado. Lido por conforme, por não saber escrever, a rogo assina João José da Silva."

Não sendo, portanto, confirmada a situação de escrava de Jozepha e diante da situação de briga doméstica, que o subdelegado julgava sem importância, os dois amásios foram aconselhados a não mais se envolverem em brigas e nem com bebidas. E para que tal acordo tivesse *força de lei*, os dois, na presença de testemunhas, foram obrigados a assinar um termo no qual se comprometiam a cumprir o acordo.

4. O Império apela para a ciência

Em relação a um escravo encontrado nas ruas da cidade, preso e processado na Subdelegacia de Polícia do Distrito do Sul da Capital, em 20.09.1873, o subdelegado baixou a seguinte portaria: "Constando a este juízo ser demente o preto José, recolhido a cadeia na noite do dia 18 do corrente, como escravo de D. Maria das Dores do Amaral Fontoura, proceda-se a exame de sanidade na pessoa do mesmo, hoje pelas duas horas da tarde, na cadeia, notificando-se para isso, aos facultativos Drs. Francisco Honorato de Moura e Alfredo Elis, que no acto prestarão juramento". Postam-se os especialistas médicos,

agitando a clava da ciência e a ameaça de uma outra forma de escravidão: a escravidão do asilo. No mesmo dia, concluem os médicos, no auto de exame de sanidade:

"Aos 20 dias do mez de setembro do ano de nascimento de nosso senhor Jesus Cristo de mil oitocentos e setenta e tres, nesta Imperial Cidade de São Paulo e cadeia publica da mesma cidade, por ordem do subdelegado de polícia do distrito do sul, doutor João Antonio de Oliveira Campos, comigo escrivão de seu cargo, prezentes o carcereiro da cadeia, e os peritos nomeados e notificados, doutores Francisco Honorato de Moura e Alfredo Elis, professores, moradores o primeiro a rua de São Bento e o segundo na Direita desta cidade, e as testemunhas João José da Silva, o dito carcereiro Joaquim Bernardo dos Santos, deferindo o juiz ao mesmos peritos, o juramento dos Santos Evangelhos (...) em que puserão suas mãos direitas e os encarregou que bem fielmente com verdade declarassem o que encontrassem e entendessem em sua consciencia acerca do preto José, escravo de dona Maria que se acha prezente, e que respondessem aos quezitos seguintes. Primeiro, se o preto (...) sofre de alienação mental. Segundo, se é contínua ou tem intervalos. Terceiro, se é ou não parcial. Quarto, qual sua espécie ou genero. Quinto, se há cura para ella. E passando os peritos a fazer os exames e investigações necessárias declararam por escrito (...) que em regra um só exame não é possível discriminar as aberrações da inteligência ou as alienações, maximé quando observam-se efeitos de embriaguez. Assim, pois, (...) seria conveniente que o paciente fosse conservado em prizão por mais alguns dias, afim de ser melhor observado, também que um dos peritos, doutor Honorato, disse particularmente que a soltura do presente pode ser funesta. (...) Este preso pode sofrer unicamente de embriaguez, mas é possível que esteja ligado a um (ilegível) de alienação alcoolica. Em vista da exposição supra dos facultativos, o juiz ordenou a condemnação do paciente, por mais alguns dias afim de verificar (...) o exame dos peritos (...)" Passados nove dias, feitas observações *in loco* e tomadas informações com o enfermeiro da Cadeia e com outros presos, foi lavrado um novo auto de exame de sanidade, no qual se conclui que "o preto é mao coherente nas idéias e tem momentos de alucinações, visto que levantasse alta noite entretendo-se com solilóquios (...) pelo que entendem elles peritos que deve o mesmo ser tratado no Hospício de Alienados."

Decisão implacável, pois o juiz processante a acata e condena o réu. Nos autos do processo há a seguinte declaração juntada e datada de 13.09.1871: "Declaro que entre os bens que possuo livres e desembargados, existe o escravo de nome José pequeno de 50 anos de idade, mais ou menos, ao qual de minha livre e espontanea vontade confiro liberdade, remetendo-o do captiveiro. Imponho-lhe porém a condição de conservar-se em minha companhia ou de minhas filhas, afim de ser tratado com os cuidados de que se fez digno durante o tempo que nos tem servido. E de como assim resolvi libertar o escravo José pequeno, mandei passar a presente declaração que por mim assina Maria Genoveva do Amaral Ribas, em presença das testemunhas abaixo mencionadas". Assinou a declaração Maria Genoveva do Amaral Ribas, por sua mãe, tendo as seguintes testemunhas: Pedro Gomes Pereira de Moraes e Ubaldino Benevenuto de Toledo Ribas. A declaração acima, além de eximir a ex-dona de qualquer encargo judicial, torna legal o processo de julgamento e a condenação porque, afinal, José pequeno já era um homem livre.

O Hospício de Alienados foi um reservatório das micropenalidades de uma sociedade que já se movia pela segregação institucional.[5] O escrivão do hospício, João José Vieira Guimarães Jr., elaborou um quadro sucinto do movimento de dementes desde a criação do Hospício. De 1852 até 1888, 2.068 pessoas frequentaram seus quartos lúgubres. Apenas 640 internos saíram curados do hospício. Um total de 152 internos saiu da instituição por outros motivos. Os internos que faleceram durante suas internações somaram 1.013 indivíduos. Além das prisões administrativas efetuadas pela polícia, a internação também era solicitada por familiares ou por oficiais locais. Exemplar,

5. O Hospício foi estabelecido por ordem de Nabuco de Araújo, em 1848, sendo inaugurado em 1852, porque a Santa Casa de Misericórdia não se dispôs a implantar um estabelecimento do gênero. O caráter do estabelecimento era menos na direção da cura, e mais na direção da caridade. Embora não se possa falar de uma melhoria na qualidade do tratamento dado aos alienados nessa instituição, antes delas, eles eram encerrados em cadeias públicas sem nenhuma formalidade processual. O hospício aguentou às duras penas em seu endereço da Rua de São João, sendo transferido para a Rua Tabatinguera, no edifício do antigo Seminário dos Educandos, por ter mais amplas instalações. MARTINS, Antônio Egídio (1973: 58-61); CUNHA, Maria Clementina Pereira (1986: 58-63).

neste sentido, é a correspondência enviada pelo subcapitão Manoel Assumpção, da Subdelegacia de Ubatuba, ao Chefe de Polícia do Estado, em 24.12.1870:

"Acha-se residindo nesta cidade, Henrique Gomes de Araújo, filho de Antonio Joaquim de Araujo, já fallecido, e Ritta de Cassia Gomes d'Escobar com quem reside. Este moço sempre mysantropo, o que provocava soffrimento intellectual, acabou de ficar periodicamente sem o uzo da razão, a ponto de tentar contra os dias de sua may, que por esse motivo se acha homiziada. Accommettido de um accesso furioso no dia 10 do corrente, vi-me na necessidade de o fazer recolher à caza de charidade desta cidade, onde infelizmente nao poude ser conservado, já por falta de commodo conveniente, e já mesmo por que sua mai sendo pobrissima, não pode concorrer com a alimentação e despesas que taes casos urgem. Assim, pois consulto a V. Exa. sobre o procedimento que devo ter a respeito, visto que se torna elle de perigo imminente, na sociedade, pois nesse estado de loucura não respeita a quem quer que seja; e por tanto se devo ou não remmette-lo a essa Capital, e no caso affirmativo com que vias, e quaes as seguranças que devo observar."

Essa inquietação com o fenômeno da loucura preenche a correspondência das autoridades do Estado de São Paulo, e sua consequência imediata é a superlotação do hospício. O administrador do hospício, Frederico Antonio de Alvarenga, envia, em 24.05.1872, a seguinte carta ao Presidente da Província: "O Dr. chefe de Polícia pede a V. Exa. autorização para que sejam recolhidos a este Hospício o réo demente José Joaquim de Moraes, bem como José Venâncio e Desidério Alves Antunes, que se acham na Cadeia da capital, tenho a honra de informar a V. Exa. que existem hoje neste estabelecimento 59 alienados, numero bastante crescido para as accommodações que o edificio presentemente offerece, e que com dificuldade ainda poderão ser admittidos os dous ultimos dementes de que trata o mesmo officio, ficando porem adiada a admissão do reo até que haja commodos com a necessária segurança para o receber". Em dezembro de 1883, num ofício que o diretor do Hospício encaminha ao presidente da Província, Barão de Guajará, fica claro o problema do excesso de reclusas mulheres.

"Dando cumprimento ao despacho de V. Exa. de 17 do corrente, proferido no ofício incluso em que o Juiz de Órfãos de Campinas pede a V. Exa. autorização para remeter a este Hospício a demente Maria da

Conceição existente na Cadeia daquela Cidade, tenho a honra de informar a V. Exa. que não há atualmente cômodos para mulheres, principamente furiosas, e que as existentes acham-se muito aglomeradas, resultando dessa aglomeração brigas e desordens entre elas, não havendo mais prisões desocupadas para separa-las, portanto, parece-me que, por enquanto, não se deverá aumentar o número de alienadas, em vista das dificuldades com que o Estabelecimento está lutando por falta de acomodações. Deus Guarde V. Exa."

É surpreendente, nesse sentido, a profusão de ofícios que encaminham mulheres ébrias ou dementes para instituições manicomiais ou asilares no período. As mulheres pobres tinham forte presença no cotidiano urbano, em atividades econômicas marginais em relação à economia exportadora, em contraste com o mundo recatado e protegido das mulheres da elite (QUINTANEIRO, 1996).

"Nas circunstâncias, a cidade mais inchava do que crescia, multiplicando a pobreza, uma disponibilidade estrutural de mão de obra; mulheres pobres, sós, chefes de família, viviam precariamente de trabalho temporário (...) O seu espaço social era o da desordem e confusão reinante entre as esferas pública e particular, necessária ao sistema de poder escravista, e que tanta repercussão teve no processo de construção do Estado, simultâneo ao de urbanização da cidade" (DIAS, 1984: 8-9).

As mulheres, negras ao ganho, lavadeiras do rio Tamanduateí, negras do tabuleiro, quitandeiras ou mesmo donas de cortiços endividadas com o imposto municipal em situação de confronto com as forças da ordem. Mais de um terço da população do hospício era constituído por mulheres. Mesmo com as reformas promovidas por Franco da Rocha, após assumir o cargo de diretor do Hospício, em 1896, e construir o complexo do Juqueri em bases "racionais e científicas", a instituição manicomial permaneceria como um dispositivo mais de reclusão do que um espaço de cura (CUNHA, 1986: 84).

No relatório do presidente da província de 1878, o chefe de polícia do Estado, Joaquim de Toledo Pisa e Almeida, considerava que o estado das prisões públicas ainda não era "lisongeiro". As cadeias eram destino para uma grande quantidade de presos que aí permaneciam enquanto aguardavam julgamento. Além de a maioria das casas utilizadas para detenção na província serem alugadas, elas não ofereciam

nenhuma segurança e não permitiam cumprir as determinações da legilação criminal. A Cadeia Pública da Capital, por exemplo, até meados do século XIX, permanecia numa construção dos tempos coloniais e, entre suas paredes, juntava-se toda espécie de delinquentes. O chefe de polícia e seus delegados mandavam internar quem quer que fosse, bastando para isso um simples bilhete. Em 1872, a Subdelegacia do Sul da Sé enviou Maria das Dores para a cadeia por ser esta uma ébria habitual, o mesmo ocorrendo com Joaquim Antonio.

As mulheres "má comportadas" eram correcionalmente presas, como foi o caso de Francisca, codinominada Vaca, e obrigadas, após procedimento sumário, a assinar termo de bem viver:

"Provando-se pelos depoimentos das testemunhas ser a indiciada Francisca Rosa do Rosário, bebada e (...) neste estado, turbulenta, achando-se por isso compreendida nos disposições do art. 12 e 20 do Código; art. 111 do Regulamento n. 120, de 31.01.1842, obrigo-a a assinar termo de bem viver para que se coiba de semelhante procedimento, cominando-lhe a punição de 30 dias de prisão e 15 mil réis de multa no caso de transgressão do termo, que deverá assinar em 24 horas, pagando as custas em que a condemno (...) assinado o livro competente (...) São Paulo, 03.12.1873."

Em maio de 1872 escrevia o subdelegado: "Hontem por ordem desta repartição foi recolhido a cadeia o reo Luiz, escravo condemnado a gales perpétuas, vindo da cidade de areias, o qual foi posto a disposição do Dr. Juiz Municipal" mantida a grafia original). A Cadeia também abrigava os condenados a pena de prisão simples. Os escravos condenados à pena de galés, durante o dia, trabalhavam na limpeza pública e em serviços de manutenção dentro da Cadeia, da Casa de Correção, do Hospício e do Quartel. A pena de prisão com trabalho, que era a principal forma de punição estipulada pelo Código Criminal de 1830, somente começou a ser cumprida com a criação da Casa de Correção de São Paulo. Mas, o regime penitenciário inaugurado com a Casa de Correção aumentou o processo de encarceramento massivo, antecipando um lineamento que ganhará força na Primeira República, qual seja, o da formação de um complexo pedagógico-tutelar de disciplinamento dos delinquentes (SALLA, 1999).[6]

5. Considerações finais

O Chefe de Polícia, Manoel Juvenal Rodrigues da Silva, queixava-se, no relatório que encaminhou ao Presidente da Província, em 1886, que a reforma judiciária de 1871 teria limitado em muito os poderes da polícia:

"Quando a policia, vencendo as maiores dificuldades, entrega o criminoso a justiça, acompanhado de provas as mais claras do seu crime, ou elle é solto por uma sentença de despronuncia, que não abona á quem a profere, ou é absolvido pelo Jury, que tal como é constituido em nosso paiz (...) inconscientemente anima á perpetração de novos crimes, e faz crêr aos parentes, amigos e visinhos do absolvido, por não terem instrução civil, religiosa e principalmente domestica, que quem mata, fere, rouba ou perturba a paz das familias, não faz mal nenhum!"

Esse tipo de queixa vai se transformar na principal crítica que as autoridades policiais endereçam à justiça. Mas não se deve tomá-la ao pé da letra. O sistema legal brasileiro sempre permitiu ampla margem de manobra para a polícia, dentro da lei, e não contra ela. Vez ou outra, leis e decretos deram maiores atribuições processuais à polícia, mas, à margem das limitações jurídicas, a polícia continuaria

6. Além da sua notória finalidade disciplinar, a Casa de Correção devia dar cumprimento à pena de privação de liberdade com trabalho. Mas também tinha função residual relacionada ao trabalho escravo ou ao trabalho de africanos livres. A utilização dos egressos do escravismo avançava até a base do sistema de justiça criminal, como diz o jornal, A Província de São Paulo, de 15.08.1887, referindo-se a um jornal de Minas: "há nessa província uma criatura encarcerada desde 1843 (44 anos) pelo assassinato perpetrado na pessoa de sua senhora e que só deixa as trevas do cárcere para mostrar-se na sombra do patíbulo. Chama-se Fortunato o algoz cuja vida resume tudo o que de mais torvo e miserável se pode imaginar na sociedade. Nascido escravo, hauriu nessa triste condição, os vícios, os infortúnios que a acompanham: embriaguez, ingratidão, ignorância, corrupção precoce. Tão damnosa semente não podia deixar de produzir os frutos da maldição. Assim aconteceu: Fortunato assassinou sua senhora e condemnado a morte, salva sua cabeça da forca, subjetando-se ao officio de algoz que tem exercido. Do cativo passou a tarefa de carrasco. Sempre a escravidão com seus horrores (...). Fortunato como algoz público realizou 8 execuções" (apud Schwarcz, 1987: 225).

conformando e exercendo seus próprios mecanismos de contenção social, justiça e punição. As diferentes práticas de controle e punição da criminalidade e da desordem social evidenciavam relações sociais subreptícias, marcadas pela hierarquia e pela falta de simetria jurídica dessa sociedade.

6. Referências bibliográficas

Abreu, Sérgio Adorno F. de. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

Alves, João Luiz. A Questão do Elemento Servil. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, volume especial dedicado ao 1 Congresso Brasileiro de História, 1916.

Azevedo, Celia Maria Marinho. *Onda negra, medo branco. O negro no imaginário das elites, século XIX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Chalhoub, Sidney. *Trabalho, lar e botequim. O cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da Belle Époque*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

Cunha, Maria Clementina Pereira da. *O espelho do mundo. Juquery, a história de um asilo*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1986.

Dias, Maria Odila Leite da Silva. *Quotidiano e poder em São Paulo no século XIX*. São Paulo. Brasiliense, 1984.

Faoro, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1989. vol. 1.

Flory, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871. Control social y estabilidad política en el nuevo Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica. 1986.

Franco, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens Livres na ordem escravocrata*. 3. ed. São Paulo: Kairós, 1983.

Gagini, Pedro. *Fragmentos da história da Polícia de São Paulo*. São Paulo: Brusco, 1966.

Holloway, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

Machado, Maria Helena P. Toledo. *Crime e escravidão. Trabalho, luta e resistência nas lavouras paulistas 1830-1888*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

Mariano, Júlio. Um crime de escravos. *Revista investigações* 8, 1949, p. 91-98.

Martins, Antônio Egídio. *São Paulo antigo (1554-1910)*. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura, 1973.

Nabuco, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1975. vol. 2.

____. *O abolicionismo*. São Paulo/Rio de Janeiro: CEN/Civilização Brasileira, 1938.

NEQUETE, Lenine. *Escravos e magistrados no segundo império*. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1988.

QUINTANEIRO, Tânia. *Retratos de mulher. O cotidiano feminino no Brasil sob o olhar dos viageiros do século XIX*. Petrópolis: Vozes, 1996.

ROSEMBERG, André. *Ordem e burla. Processos sociais, escravidão e justiça em Santos*. São Paulo: Alameda, 2006.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo. 1822-1940*. São Paulo: Annablume, 1999.

SANT'ANNA, Nuto. *São Paulo histórico. Aspectos lendas e costumes*. São Paulo: Departamento de Cultura, 1944. vol. 6.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Retrato em branco e negro. Jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1987.

STEIN, Stanely. *Grandeza e decadência do café*. São Paulo: Brasiliense, 1961.

ZENHA, Celeste. *As práticas da justiça no cotidiano da pobreza: um estudo sobre o amor, o trabalho e a riqueza através dos processos penais*. Dissertação de mestrado, Niterói, UFF, 1984.

VI SEÇÃO ESPECIAL: DIREITOS HUMANOS

1

O genocídio e o crime de genocídio

GERALDO MINIUCI

Livre-docente e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Internacional

RESUMO: O artigo apresenta os problemas inerentes à definição do crime de genocídio e as soluções dadas para resolvê-los pela jurisprudência internacional, notadamente o *Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (TPIR), mas também o *Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia* (TPII). O trabalho apresenta as definições sociológica e jurídica de genocídio, mostra o hiato existente entre elas, deixa patente que a definição jurídica encontra-se ultrapassada e examina como, apesar dessa obsolescência, as instâncias julgadoras tornaram o conceito aplicável, referindo-se não somente aos critérios objetivos estabelecidos pela lei, mas também, e sobretudo, à subjetividade dos atores envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: Genocídio – Sociologia – Direito internacional – Grupos protegidos.

ABSTRACT: This article shows the problems inherent in the definition of the crime of genocide and the solutions given to them by international jurisprudence, mainly the *International Criminal Tribunal for Rwanda*, but also the *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. It presents the sociological and legal definitions of genocide, shows the gap between them, makes clear that the legal definition is outdated, and examines how, in spite of this obsolescence, judging authorities make the concept usable by referring not only to objective criteria established by law but also, and above all, to the subjectivity of the actors involved.

KEYWORDS: Genocide – Sociology – International law – Protected groups.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O genocídio – 3. O genocídio no direito internacional: 3.1 Grupos protegidos: 3.1.1 Nacionalidade; 3.1.2 Raça;

3.1.3 Etnia; 3.1.4 Religião – 4. Estudo de caso: Ruanda: 4.1 O TPIR e os grupos protegidos – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

1. Introdução

Habermas emprega a expressão "mundo da vida" para referir-se à soma de experiências culturais, religiosas e históricas que, ao longo do tempo, sedimentam numa dada sociedade um saber comum, aceito por todos e do qual, por essa razão, é possível extrair os princípios norteadores capazes de fundamentar pretensões de validade. Os componentes do mundo da vida são a cultura, o grupo social e a pessoa, que devem pressupor-se reciprocamente. O direito faz a mediação entre o sistema político-econômico e o mundo da vida, permitindo a colonização de uns pelos outros, funcionando como "transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida".[1] O direito tem um elemento coercitivo e um elemento de legitimidade; a coerção se exerce no sentido sistema-mundo da vida; a legitimidade, no sentido mundo da vida-sistema. Mediante o direito, são tomadas medidas de socialização (por exemplo, educação das pessoas), de integração social (por exemplo, proteção de grupos sociais), e de reprodução cultural (por exemplo, leis públicas que estabelecem feriados religiosos).

Neste trabalho, focalizo um dos componentes do mundo da vida, o grupo social. Interessam-me os seguintes aspectos: a definição, a destruição ou tentativa de destruição de um grupo social.

Do ponto de vista sociológico, o termo "grupo" refere-se a um tipo particular de relação fechada ou restrita de uma dada população, um conceito que pressupõe regras, organização e autoridade. Grupos fundam-se no nascimento ou na adesão, inspiram lealdades particularistas, são fontes de identidade e de valores e fomento para movimentos sociais, associações voluntárias, congregações e famílias.[2]

1. Habermas, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 112.
2. Shaw, Martin. *What is genocide?* Cambridge: Polity Press, 2007, p. 99-100.

Grupos existem não somente na esfera do mundo da vida, como também no plano do sistema político-econômico. Num caso e no outro, há diversos grupos, que podem manter relações de cooperação ou de concorrência entre si. Na esfera política, temos as agremiações partidárias; na econômica, os grupos financeiros, os empresariais e os comerciantes de bens e serviços. No mundo da vida, no entanto, estão os grupos cuja existência se deve não ao poder ou ao dinheiro, mas a valores nacionais, étnicos ou religiosos, para ficarmos apenas com esses exemplos. Em qualquer dos níveis, pode haver relações de concorrência entre os grupos, bem como grupos que destroem grupos, mas as destruições de grupos, quando comparadas, apresentam importantes diferenças. Em primeiro lugar, no plano do sistema político-econômico, a destruição de um grupo pode ser o desdobramento de uma relação de concorrência, um subproduto da disputa por um governo, por um mercado ou por uma oportunidade rara de negócios, mas não o objetivo em si da briga. Nessa esfera, a ação será estratégica; os atores agirão de forma egoísta em busca de um fim, procurando maximizar vantagens e minimizar perdas. As ações são valoradas e escolhidas conforme suas aptidões para atingir a finalidade proposta. A destruição de um grupo político ou econômico ocorrerá, de modo geral, não como ato premeditado, mas como consequência de uma disputa com outros objetivos, que não o de simplesmente destruir organizações políticas ou econômicas, sem qualquer vantagem para o destruidor.

Grupos do sistema político-econômico diferenciam-se dos grupos do mundo da vida, cuja existência se explica por lealdades históricas e não por uma ação estratégica de se unir para maximizar vantagens e minimizar perdas. No que se refere à destruição desses grupos, podemos encontrar dois tipos: a destruição como resultado de uma concorrência entre eles (por exemplo, entre religiões que disputam os mesmos fieis), e a destruição deliberada, como resultado do desejo de um grupo de eliminar o outro, independentemente de vantagens ou desvantagens que isso possa trazer para os perpetradores. É desse último tipo de destruição que me ocuparei no presente trabalho.

2. O GENOCÍDIO

Para designar a destruição deliberada, feita com o único propósito de eliminar um grupo, o advogado judeu-polonês Raphael Lemkin[3] apresenta em sua obra *Axis Rule in occupied Europe* o termo *genocídio*,

combinando as expressões grega *génos* (raça, tribo) e latina *cædere* (matar). Nesse livro, Lemkin refere-se à destruição de apenas dois grupos, o grupo nacional e o grupo étnico, porém, do ponto de vista sociológico, muitas outras populações podem ser consideradas vítimas de uma destruição deliberada. O genocídio é um processo destrutivo, uma atividade social, que envolve identificação do inimigo, formulação do objetivo de destruição e desenvolvimento de meios para atingir esse objetivo. Por esse aspecto, o genocídio tem semelhanças com a guerra. A ação genocida é parecida com a ação na guerra; a estrutura do genocídio é parecida com a estrutura de uma guerra; como uma guerra, o genocídio pode ocorrer em larga ou em pequena escala, mas, ao contrário de uma guerra, o inimigo do genocida não é o Estado estrangeiro, e sim um grupo social civil, seja ele qual for. A guerra é feita contra Estados e forças armadas, e não contra populações. Em suma, o genocídio é um conflito social violento, na forma de uma guerra, perpetrado por organizações de poder armado contra grupos sociais civis desarmados, com o objetivo de destruir o poder social desse grupo na economia, na política e na cultura.[4]

Nos termos dessa definição sociológica, a ação genocida não se refere apenas à destruição física dos membros de um determinado grupo, mas a todas as formas capazes de impedir a socialização, a integração e, principalmente, a reprodução cultural do grupo. Lemkin,[5] tendo como pano de fundo os anos 1930 e a II Guerra Mundial, descreve uma série de ações destrutivas, que poderiam ser cometidas no curso de um processo genocida: são as destruições política, social, cultural, econômica, biológica, física, religiosa e moral de um grupo. No caso da destruição política e social, o autor refere-se aos esforços empreendidos pela Alemanha nazista no sentido de germanizar os territórios ocupados, destruindo e substituindo as instituições locais de governo por um padrão alemão de administração. Fazem parte do elenco de medidas a alteração de nomes de localidades, a destruição de símbolos

3. LEMKIN, Raphael. Axis rule in occupied Europe: laws of occupation – Analysis of government – Proposals for redress. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79-95. Disponível em: www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm. Acesso em: 14.01.2009.
4. SHAW, Martin. Op. cit., p. 154.
5. LEMKIN, Raphael. Op. cit., p. 84-90.

nacionais, a aliança com as populações alemãs de certas áreas ocupadas, que passaram a formar o núcleo do germanismo, e a fundação de partidos políticos de orientação nazista, integrados por membros da população local, a quem eram conferidos privilégios políticos e jurídicos, procurando-se com isso romper a unidade nacional.

Lemkin apresenta a destruição cultural como resultado de um somatório de ações, que vão desde a proibição de usar o idioma local na escola ou na imprensa até o controle das atividades artísticas, passando naturalmente pela disseminação, nas escolas, dos princípios do nacional-socialismo. A destruição econômica do grupo realiza-se mediante ações que promovem o empobrecimento da população visada: boicotes, confiscos, concessão de licenças comerciais apenas para alemães, e não para todos os cidadãos dos territórios ocupados, enfim, o elenco é extenso e varia conforme a área. A destruição biológica e física resulta não somente dos assassinatos em massa, mas também das precárias condições sanitárias e de abastecimento, a exemplo das encontradas no gueto de Varsóvia, e das ações para reduzir a taxa de natalidade do grupo visado (por exemplo: deportação de homens e mulheres para distintos campos de trabalho forçado; desestímulo aos casamentos). Por fim, temos as destruições da religião, mediante pilhagens de igrejas e proibição de determinadas publicações, e da moral local, com diversos estímulos à pornografia, ao consumo de bebidas alcoólicas e ao jogo.

3. O GENOCÍDIO NO DIREITO INTERNACIONAL

O sentido de genocídio em Lemkin é bem mais abrangente do que a definição adotada na *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, em vigor no Brasil desde 1952, pois nela restringem-se não somente os grupos sociais considerados vítimas de ações genocidas, como também o alcance do termo "destruição", em destruição de um grupo, que se fixa sobretudo no aniquilamento físico de seus membros:

"Art. II – Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

a) assassinato de membros do grupo;

b) dano grave à integridade física e mental de membros do grupo;

c) submissão deliberada do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;

d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo."

3.1 Grupos protegidos

O *caput* desse artigo refere-se apenas aos grupos nacional, étnico, racial e religioso, excluindo outros grupos, como, por exemplo, os políticos, no âmbito do sistema, e os homossexuais ou as vítimas de genocídio cultural, no mundo da vida. Há duas questões que se colocam aqui: por que apenas determinados grupos podem ser vítimas de genocídio? Como definir esses grupos?

A primeira pergunta refere-se a um problema de justiça, mas a resposta quem nos dará será a política. Com efeito, em 1946, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (AGNU) aprova a Resolução 96 (1),[6] que reconhece o genocídio como crime do direito internacional e afirma a necessidade de puni-lo; os Estados membros são convidados a tomar as medidas necessárias para prevenir e reprimir essa prática; e o Conselho Econômico e Social fica encarregado de realizar os estudos necessários para redigir um projeto de convenção sobre o tema. A definição de genocídio foi dada pela Res. 96 (1), nestes termos:

"Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such a denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations.

Many instances of such crimes of genocide have occurred when racial, religious, political and other groups have been destroyed, entirely or in part."

6. Disponível em: www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm. Acesso em: 11.02.2009.

Não deixa de causar estranheza a comparação entre genocídio e homicídio, entre coletividade e indivíduo, entre todo e parte, enfim, entre coisas que dificilmente se comparam, mas chama a atenção que a ideia de genocídio apresenta-se como um conceito aberto, pois ele se refere à destruição deliberada, total ou parcial, de qualquer grupo, sendo os mencionados grupos racial, religioso e político apenas exemplos. Essa amplitude do conceito, contudo, não se incorporou na convenção mais tarde aprovada.

Durante o processo de elaboração da norma, os negociadores mostraram-se divididos a respeito da inclusão de "grupo político" na definição de genocídio, e as razões que apresentavam, tanto num sentido, como em outro, eram das mais variadas.[7] Dentre aqueles que eram contrários à inclusão,[8] é possível identificar três grandes tipos de argumentos: os pragmáticos, os legais e os teóricos. Como exemplo de argumentos pragmáticos, alegava-se ora que a inclusão poderia resultar em poucas ratificações, ora que seria difícil, na prática, identificar grupos, ora que essa inclusão comprometeria a criação de um futuro tribunal internacional, fosse ele *ad hoc*, apenas para julgar os crimes de genocídio, ou em caráter permanente, pois nenhum governo aceitaria a interferência de uma corte internacional em conflitos políticos internos, em cujo contexto fossem praticados atos possíveis de serem interpretados como crime de genocídio político.[9]

Os argumentos legais davam conta de problemas de competência: grupos políticos, ao lado de outros grupos não contemplados na definição de genocídio, são assunto da Comissão de Direitos Humanos, não lhes cabendo lugar na convenção; e os argumentos teóricos apontavam para uma distinção entre grupos permanentes e grupos provisórios. Permanentes seriam aqueles cujos membros não aderiram ao grupo, porque já nasceram dentro dele, como os grupos raciais, religiosos, nacionais e étnicos; provisórios, os grupos constituídos voluntariamente, como os grupos políticos. Feita essa distinção, afirma-se

7. UN Doc. E/447; E/794.
8. Por exemplo: Bélgica, Brasil, Egito, Filipinas, Irã, Líbano, República Dominicana, Peru, Polônia, Suécia, União Soviética, Uruguai e Venezuela (UN Doc. E/794).
9. UN Doc. E/447.

que a proteção será devida apenas aos permanentes, pois os demais são efêmeros.

Os governos favoráveis à inclusão de grupo político na definição do crime de genocídio[10] lançaram igualmente mão de argumentos pragmáticos, legais e teóricos. No primeiro caso, afirmou-se que a exclusão de grupos políticos permitiria que responsáveis por genocídio alegassem divergências políticas como motivo para perseguir grupos raciais ou religiosos; asseverou-se também que a situação do presente não é mais a mesma do passado, quando o fanatismo e a paixão, base para todos os atos de genocídio, não eram encontrados na luta entre rivais políticos, ao contrário do que ocorre na atualidade, em que é possível grupos políticos verem-se atacados por lunáticos.

Como argumento legal, lançou-se mão do dever geral da ONU de proteger qualquer grupo e da Res. 96 (1) da AGNU, por haver nela menção expressa a outros grupos, além dos raciais, étnicos, religiosos ou nacionais; e como argumento teórico, alegou-se que o grupo político, assim como os demais, encontram-se unidos por um ideal comum, e que ele não é mais efêmero do que religião ou nacionalidade, pois estas também são cambiáveis. Acrescentou-se, ainda, que o ser humano não destrói motivado apenas pela nacionalidade, raça ou religião do outro, mas também pela ideologia do outro, e que a própria história mostra grupos destruídos por nazistas, durante a guerra, por causa de suas posições políticas.

A convenção sobre genocídio, conforme já observado, restringiu o seu alcance apenas aos grupos nacional, étnico, racial e religioso. Não se trata de uma decisão tomada com base em princípios jurídicos ou em teorias sociais; os grupos políticos foram excluídos por motivos políticos.[11] Essa restrição, contudo, não somente cria um problema de justiça, como também não permite que a questão seja resolvida a contento, sem atritos ou dúvidas, pois os conceitos em que se funda o crime de genocídio apresentam dois tipos de problemas: de um lado, num plano objetivo, eles, de fato, se revelam muito efêmeros e sujeitos a variações, afinal, não somente nacionalidade e religião são

10. Por exemplo: Bolívia, Cuba, Equador, Estados Unidos, Haiti, Países Baixos e Reino Unido (UN Doc. E/794).
11. SCHABAS, W. *Genocide in international law: the crimes of crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 187.

cambiáveis, como raça tornou-se uma ideia sem sentido, e etnia carece igualmente de precisão. De outro lado, no entanto, há um plano subjetivo, em que a condição de membro de uma nação, de uma etnia, de uma raça ou de uma religião pode ser determinada não somente pelos seus respectivos membros, mas também por aqueles que, de fora, observam o grupo. Este terá suas regras: dirá quem lhe pertence, quem poderá pertencer-lhe, e sob que condições. O observador, no entanto, poderá ter outra percepção e incluir num grupo determinadas pessoas que, nos termos das próprias leis desse grupo, na realidade, não lhe pertencem. Na Alemanha nazista, por exemplo, havia regras pormenorizadas que determinavam quem era e quem não era judeu, sendo irrelevante se, em razão de casamentos mistos no passado ou conversões que não se realizaram de acordo com a lei religiosa, os indivíduos atingidos não fossem considerados como judeus, nem por si próprios, nem pela comunidade judaica. A esse respeito, Sartre[12] observou que "o judeu é uma pessoa que as demais pessoas consideram como judeu".

Do exposto até o momento, é possível perceber que a definição de grupo protegido apresenta duas dimensões, uma objetiva, presente na convenção sobre o genocídio, em que se especificam os quatro grupos protegidos, e uma subjetiva, na qual a identidade desses e de outros grupos podem ser tanto resultado da percepção que o grupo e seus membros têm de si mesmos, como da percepção que deles tem o genocida, o qual poderá fazer uma abordagem positiva, no sentido de atribuir a um grupo determinada etnia ou raça, ou senão uma abordagem negativa, no sentido de excluir alguém de determinado grupo do qual ele, perpetrador, se julga membro.

Além de uma questão de justiça (quem devem ser os grupos protegidos? Por que uns e não outros?), a dimensão objetiva apresenta também um problema de interpretação da norma: o que significam etnia e raça? Quem pertence a esse ou àquele grupo? Decidiu-se, no plano político, que quatro grupos seriam protegidos, mas sobre eles já se disse que os grupos religiosos "são os que provavelmente gozem de maior homogeneidade e facilidade de visualização";[13] os demais nem

12. Sartre, Jean-Paul. *Refléxions sur la question juive*. Paris: Gallimard, 2004. Folio Essais, p. 81.
13. Lozada, Martín. Genocidio: un crimen internacional. *RBCCrim* 43/64. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.

sempre poderão ser assim tão facilmente identificados, como veremos a seguir, ao examinarmos as principais características de cada grupo.

3.1.1 Nacionalidade

A determinação da nacionalidade envolve três concepções, a saber, que a nacionalidade é uma questão jurídica; que ela é uma questão de fato; e que ela é produto da vontade dos membros do grupo nacional. A primeira concepção leva o intérprete da norma a resolver o problema da nacionalidade mediante consulta a textos constitucionais, os quais dirão quem é ou não é nacional do Estado. Dois ou mais textos constitucionais, no entanto, coexistindo lado a lado, como ordens soberanas no espaço jurídico internacional, permitem o surgimento das seguintes situações: indivíduos e grupos com mais de uma nacionalidade; indivíduos e grupos sem nacionalidade; grupos cuja nacionalidade, não sendo universalmente aceita, é apenas a reivindicação de uma população que ainda não conquistou sua independência e fundou o seu Estado nacional; e, finalmente, grupos que, sem anseios separatistas, lutam por reconhecimento dentro da sociedade em que são minorias.

Nos termos da segunda concepção, mais do que apenas uma questão de direito, a nacionalidade é também uma questão de fato, verificável nos laços entre a pessoa e o país ao qual ela diz pertencer.[14] Em favor dessa tese, assim expressou-se a Corte Internacional de Justiça, no caso Nottebohm (Liechtenstein *v.* Guatemala), em 1955:[15]

"Segundo a prática dos Estados, as decisões arbitrais e judiciais, bem como as opiniões doutrinárias, a nacionalidade é um vínculo jurídico que tem na sua base um fato social de ligação, uma solidariedade efetiva de existência, de interesses, de sentimentos, somada a uma reciprocidade de direitos e deveres. Ela é, pode-se dizer, a expressão jurídica do fato que o indivíduo ao qual ela é conferida, seja diretamente

14. VERDIRAME, Guglielmo. The genocide definition in the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, jul. 2000, p. 590.

15. Disponível em: www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf. Acesso em: 14.01.2009.

pela lei, seja por um ato de autoridade, está, de fato, mais estreitamente ligado à população do Estado que a confere do que a qualquer outro Estado" (p. 23).

A terceira concepção, por fim, considera que a nacionalidade, mais do que uma questão de direito ou de fato, resulta da vontade da pessoa de ser ou não ser membro dessa ou daquela minoria nacional. Nesse sentido, manifestou-se a Alemanha, no processo *Rights of Minorities in Upper Silesia (Germany* v. *Poland)*, perante a então Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1928.[16] Em síntese, foi alegado que já havia um entendimento entre as partes, no qual a questão haveria de ser resolvida "pela expressão subjetiva da intenção das pessoas afetadas, e essa intenção deve ser respeitada pelas autoridades, mesmo que pareça contrária aos fatos" (p. 32).

É interessante notar que, na segunda concepção, desconsidera-se tanto a vontade do indivíduo, como a do Estado, preferindo uma abordagem centrada em fatos. Em *Rights of Minorities*, a nacionalidade como questão de fato foi o argumento apresentado pela Polônia, contra a pretensão alemã de obter da Corte o reconhecimento da liberdade irrestrita do indivíduo de "declarar, de acordo com sua consciência, e sob sua responsabilidade, que ele pertence ou não a uma minoria racial, linguística ou religiosa, e de escolher o idioma de instrução e a correspondente escola para os alunos ou crianças, por cuja educação ele for legalmente responsável (...) (p. 5).

3.1.2 Raça

Em tese, grupo racial poderia ser definido como aquele cuja identidade se funda no código genético e nas características histológicas, citológicas e endócrinas de seus membros. Implicado nesse pensamento está a crença não somente no vínculo entre a evolução biológica e a evolução cultural da humanidade, como também na influência que aquela exerce sobre esta. Um exame superficial sobre esse tema revelará que se, de um lado, pode haver de fato um vínculo entre a evolução biológica e a cultural, de outro lado, no entanto, a influência é exercida não pela biologia sobre a cultura, mas ao contrário, da cultura sobre a biologia. Afinal, na evolução da biologia, os caracteres biológicos se

16. Disponível em: www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.04.26_upper_silesia/. Acesso em: 14.01.2009.

transmitem por via hereditária e se distribuem por uma linha contínua; na evolução cultural, existem normas que regulam a reprodução e o casamento dos membros do grupo, bem como as que permitem abrir ou fechar o grupo para influências provenientes de outros grupos. Isso significa que a identidade de grupos cujos membros têm as mesmas características biológicas será possibilitada por normas sociais que mantiveram esse grupo afastado do contato com outros grupos; a identidade de grupos cujos membros não têm as mesmas características biológicas será possibilitada por normas sociais que mantiveram esse grupo aberto ao contato com outros grupos. Logo, a evolução cultural é que determinará a evolução biológica do grupo, conforme suas normas permitam ou não casamento e reprodução entre os membros de dois ou mais grupos, com diferentes traços físicos.

Aquilo que se procura denominar raça nada mais é do que um determinado conjunto de características biológicas, que tornam os seres humanos mais ou menos parecidos uns com os outros, mas nada além disso. A ideia de raça presta-se tão somente a exercer uma função: justificar a discriminação, seja ela positiva ou negativa, entre pessoas com características biológicas distintas. Com base nesse conceito, distinguem-se grupos uns dos outros, não raro desconsiderando-se o elemento cultural: os negros, por exemplo, podem ser vistos apenas como negros, sendo irrelevante se são nagôs, malês, bantos ou uma mistura de todos eles e de mais alguns. Sob essa perspectiva, ignoram-se as diferenças idiomáticas, religiosas ou costumeiras, e todos aqueles que apresentarem as mesmas características biológicas serão vistos como se fossem parte de uma unidade que pode não se sustentar quando ampliarmos o enfoque para além dos traços físicos da população.

Dada sua fragilidade, o conceito de raça é de difícil operacionalização. Por isso, na caracterização do genocídio, será inútil debater-se sobre se tal ou qual grupo constitui ou não uma raça, pois não se chegará a lugar algum. Ao intérprete, resta-lhe, em vez disso, concentrar-se no perpetrador e na visão que tinha do grupo e de suas vítimas, membros desse grupo, não lhe importando se existe ou não correspondência entre a autopercepção do grupo e a percepção que dele tem o seu algoz.

3.1.3 Etnia

A identidade do grupo étnico se define sobretudo por fatores culturais: mesma língua, mesmas tradições, mesma história. Nesses termos, uma etnia se refere a uma comunidade linguística, fixada no mesmo ambiente humano, compartilhando as mesmas tradições, podendo também compartilhar o mesmo território. Etnia não se confunde com raça, uma ideia que, de toda forma, não faz sentido, mas pode ser confundida com o conceito de nação, termo que, como etnia, refere-se a um grupo de pessoas unidas, que falam a mesma língua e compartilham o mesmo ambiente humano e as mesmas tradições. Mas nação designa sobretudo uma ideologia, que conduz a um "comportamento nacional", isto é, um comportamento de fidelidade a uma entidade ideológica chamada nação. "[A] Nação é a ideologia de um determinado tipo de Estado, visto ser justamente o Estado a entidade a que se dirige concretamente o sentimento de fidelidade que a ideia de nação suscita e mantém".[17] Sendo a nação uma ideologia, apenas a etnia será definida como grupo que compartilha a mesma língua, as mesmas tradições e a mesma história. Um Estado nacional pode comportar diversas etnias, e as etnias podem ver-se divididas "por fronteiras de vários Estados, como os bascos e os catalães, que ocupam territórios pertencentes ao Estado espanhol e ao francês".[18]

Isso, no entanto, serve apenas para distinguir etnia de nação, num contexto europeu, em que são mais nítidas as diferenças entre os diversos grupos sociais que compõem os Estados nacionais da região: alsacianos, bascos, bretões, catalães, corsos, flamengos e provençais distinguem-se um dos outros em razão de seus idiomas, tradições e história; podem ser franceses ou espanhóis, mas apresentam características próprias, que unirá, por exemplo, bascos franceses e espanhóis, mas separará os franceses da Alsácia dos franceses da Bretanha.

"Lafont (...) mostrou como, no quadro da federação europeia, seria possível recompor os grupos étnicos hoje divididos pelas fronteiras políticas. Analisando a França, ele propõe a união da parte espanhola da região basca com a francesa, do Rossilhão com a Catalunha, da

17. Rossolillo, Francesco. Nação. In: Bobbio; Matteucci; Paquino (orgs.). *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 797.
18. Levi, Lucio. Etnia. In: Bobbio; Matteucci; Paquino (orgs.). Op. cit., p. 450.

Córsega com a Sardenha, da parte francesa da região flamenga com a belga, de sorte que se harmonizasse a necessidade da reunificação dos grupos étnicos com a formação de regiões dotadas das dimensões e dos recursos produtivos necessários à garantia da independência econômica." [19]

No entanto, a aplicação do conceito de etnia, num contexto não europeu, revela-se mais complexa. Conforme será visto mais adiante, o conflito entre hutus e tutsis, em Ruanda, nos anos 1990, por exemplo, é apresentado como uma tensão entre dois grupos étnicos, mas não se percebe neles nenhuma diferença substantiva, que os distinga um do outro, pois falam o mesmo idioma, praticam a mesma religião e compartilham, no essencial, a mesma cultura. Casamentos mistos são frequentes. Na trajetória de ambos, os tutsis desenvolveram, ao longo do tempo, uma cultura política relativamente mais sofisticada;[20] na economia, eram pastores, e os hutus, agricultores. Fisicamente, os tutsis podem apresentar algumas diferenças no formato do nariz pontiagudo, na altura e na magreza, em comparação com os hutus, de nariz achatado e corpo troncudo. Mas essas diferenças nem sempre são visíveis; em qualquer que seja o caso, no entanto, elas nada mais são do que simples características biológicas distintas.

Da mesma forma como em relação aos grupos raciais, caberá ao intérprete do conceito de etnia, em semelhante contexto, quando os critérios objetivos não bastarem, examinar a questão sob a perspectiva subjetiva, adotando seja a visão dos membros do grupo, seja a do perpetrador.

3.1.4 Religião

A identidade dos grupos religiosos se funda num sistema de crenças, teorias, práticas e rituais comuns, e a questão que se coloca a esse respeito, no contexto do direito internacional, pode ser expressa nos seguintes termos: estarão protegidos os membros de qualquer religião ou somente de algumas? A *Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos* (CNUDH) respondeu essa pergunta afirmando que "o conceito de religião não se limitará apenas às religiões tradicionais ou aos sistemas de crenças com características institucionais análogas

19. Idem, ibidem.
20. The Prosecutor *vs.* Jean-Paul Akayesu. *Case ICTR-96-4-T*, par. 80.

àquelas das religiões tradicionais";[21] no entanto, a *Corte Europeia de Direitos Humanos* distingue entre as práticas religiosas aceitáveis e as não aceitáveis, isto é, entre a evangelização e o proselitismo inadequado.[22] Estabelecer a fronteira que separa um do outro, eis o principal desafio do intérprete da norma jurídica, seja ele o administrador que pretende reprimir as manifestações religiosas que julga impróprias, seja o julgador que deverá decidir sobre a validade das medidas da administração. A esse respeito, expressou-se a CNUDH: "uma crença que, primária ou exclusivamente, consista num culto e na distribuição de entorpecentes não encontrará abrigo no art. 18 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos".[23]

Ao lado desse movimento no sentido de restringir o conceito de grupo religioso, há, em sentido contrário, um outro movimento, que busca ampliar o alcance do termo. Assim, na formulação de Matthew Lippman, "grupos religiosos compreendem tanto as sociedades teístas, como também as não teístas e as ateístas".[24] Nessa mesma direção, afirmou o juiz espanhol, Baltazar Garzón, ao decidir pedido de reconhecimento do crime de genocídio na Argentina: "a destruição de um grupo por causa de seu ateísmo ou por causa de sua não aceitação da ideologia religiosa cristã (...) é a destruição de um grupo religioso (...)".[25]

Independentemente do alcance que se pretenda dar ao grupo religioso, uma vez que o sentido de destruição restringe-se, na convenção sobre genocídio, à destruição física e biológica do grupo, não será possível acusar desse crime aqueles cuja intenção não era a destruição dos membros de uma dada religião, mas da própria religião em si, naturalmente com a eliminação física de seus líderes, mas sem maiores carnificinas, apenas mediante políticas de homogeneização cultural. A menos que se considerem as lideranças religiosas assassinadas como grupo religioso, nos termos da convenção, esse tipo de destruição não será visto como genocídio: não se trata de uma eliminação física, mas cultural, e o genocídio cultural, não tendo sido incorporado ao

21. Doc. CCPR/C/21 Rev.1/Add.4, par. 2 (1993).
22. *Kokkinakis* v. *Greece*, Series A, n. 260-A, 25.05.1993. Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197]. Acesso em: 31.03.2009.
23. SCHABAS, W. Op. cit., p. 173.
24. Apud idem, ibidem.
25. Apud idem, p. 174.

ordenamento jurídico, permanece assunto da sociologia, e não do direito.[26]

4. Estudo de caso: Ruanda

Nesta parte do trabalho, refiro-me ao genocídio ocorrido, em 1994, em Ruanda, país localizado na região dos Grandes Lagos, na África Central, e formado por três grupos sociais: os hutus (84%), os tutsis (15%) e um povo pigmeu denominado twa (1%).[27] Acredita-se que os twa foram os primeiros habitantes da região, seguidos, mais tarde, pelos hutus, e no século XV, pelos tutsis.[28] A relação entre os três grupos caracterizou-se, ao longo do tempo, por esquemas de dominação de um sobre o outro: primeiro, os hutus, que, ao chegarem, dominaram os twa; mais tarde, os tutsis, que submeteram hutus e twa.

Nos anos 1880, teve início o período colonial. Juntamente com o Burundi, Ruanda esteve sob domínio alemão, até a guerra de 1914-1918, e depois, sob mandato belga, até o segundo pós-guerra, quando a região passou para a tutela da ONU, mas ainda sob administração da Bélgica.[29] No início dos anos 1930, as autoridades belgas introduziram uma distinção legal, dividindo a população de Ruanda naquilo que chamavam grupos étnicos e obrigando que se constasse nos documentos de identificação a "etnia" do portador: hutu, tutsi ou twa. A isso acrescente-se ainda, para alargar mais um pouco o fosso entre tutsis e hutus, a aliança dos colonizadores e da Igreja Católica com os tutsis, que somente será rompida a partir dos anos 1940, quando o desejo de independência da elite tutsi levará a uma mudança de preferências das autoridades civis e eclesiásticas em favor dos hutus, a quem passaram a assegurar o acesso à educação e aos cargos de alto nível na administração pública. Em 1956, a Bélgica organiza eleições municipais, e os hutus vencem com ampla maioria; no ano de 1959, hutus morrem em conflito com tutsis. Em represália, hutus saqueiam propriedade de tutsis. Em 1960, foge o monarca tutsi, seguido mais

26. Cf. Shaw, M. Op. cit.
27. Disponível em: www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/RW.html. Acesso em: 08.06.2009.
28. Rwanda. *Microsoft Encarta 96 Encyclopedia.*
29. Disponível em: [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/rw.html]. Acesso em: 08.06.2009.

tarde por cerca de cerca de 200 mil tutsis.[30] A tensão entre os dois grupos recrudesce ao longo dos anos.

Em 1978, após um golpe de Estado, Ruanda adota regime de partido único, do qual todo cidadão é um membro, não havendo espaço para diferenças. Mas aquilo que parecia o início de uma distensão revelou-se mais tarde uma ameaça para os tutsis, que passaram a sofrer perseguições constantes. Em 1990, inicia-se o conflito armado entre o exército ruandês e a Frente Patriótica Ruandesa (FPR),[31] entidade fundada por exilados tutsis. Tendo como pano de fundo, no plano interno, o agravamento das tensões, e, no plano externo, as pressões internacionais por reformas políticas, o governo cede ao sistema multipartidário: em 1991, uma nova Constituição é adotada, e uma lei sobre partidos políticos, promulgada. Em 1992, um cessar-fogo é assinado, mas ele será rompido em 1994, após a morte dos presidentes de Ruanda e do Burundi, a bordo de avião abatido sobre o aeroporto de Kingali, quando retornava da Tanzânia para Ruanda.[32] Esse episódio foi o estopim para a retomada do conflito. Nos três meses seguintes, cerca de 800 mil tutsis foram mortos, mas é possível que esse número tenha chegado a um milhão.[33] Além de assassinatos de indivíduos, cometeram-se também execuções em massa, estupros, pilhagens, torturas, enfim, toda sorte de atrocidade que a imaginação e os meios dos perpetradores permitissem.

Diante do conflito, a ONU reage, de início, manifestando preocupação, exortando as partes a negociar e enviando missões de bons ofícios; depois seguiram-se os observadores militares, as conversações de paz realizadas em Arusha (Tanzânia) e as missões de assistência;[34] diante do massacre, a instituição reagiu criando um Tribunal Internacional *ad hoc*, competente para julgar e condenar os responsáveis pelos de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e violações das leis de guerra: o "International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of

30. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Genoc%C3%ADdio_de_Ruanda]. Acesso em: 02.02.2009.
31. UN Doc. A/48/636, de 24.11.1993.
32. The Prosecutor *vs.* Clément Kayishema and Obed Ruzindana. *Case ICTR-95-1-T*, par. 277.
33. The Prosecutor *vs.* Jean-Paul Akayesu. *Case ICTR-96-4-T*, par. 111.
34. UN Doc. A/48/636, de 24.11.1993.

International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 01.01.1994 and 31.12..1994".[35] Essa entidade será aqui referida como *Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (TPIR).

4.1 O TPIR e os grupos protegidos

O conflito entre hutus e tutsis pode ser visto como um conflito político, que opõe um partido armado e um governo; ou ainda um conflito de classes. Em ambos os casos, trata-se de um confronto que se desdobra no plano político-econômico. Sob esse aspecto, as vítimas desse confronto não serão consideradas grupo protegido pela convenção sobre genocídio, pois, como vimos, apenas o são os grupos nacional, étnico, racial ou religioso, excluído qualquer outro, inclusive os grupos político e econômico. Para que os fatos possam ser juridicamente tipificados como genocídio, será necessário antes demonstrar que as vítimas eram membros de um daqueles grupos; do contrário, o massacre que dizimou milhares de tutsis deverá ser qualificado de outra forma.

Como o TPIR enfrentou essa questão, considerando que as principais diferenças entre os dois grupos estão, aparentemente, muito mais na política e na economia, do que no nariz das pessoas? No caso *Prosecutor* vs. *Jean-Paul Akayesu*,[36] o tribunal partiu das seguintes premissas: que da leitura dos trabalhos preparatórios da Convenção do Genocídio depreende-se que esse tipo penal foi concebido para proteger apenas os grupos permanentes, cujos membros são aqueles nascidos no grupo. Ficam excluídos os grupos não permanentes, de formação voluntária, para a satisfação de interesses políticos ou econômicos. Além disso, amparou-se na jurisprudência para definir grupo nacional como aquele cujos membros compartilham vínculos jurídicos baseados numa nacionalidade comum; afirmou, alegando ser essa uma definição geral, que grupo étnico é aquele cujos membros compartilham um idioma ou uma cultura comum e que a definição convencional de grupo racial funda-se em traços físicos hereditários, frequentemente identificado mais com regiões geográficas do que com

35. UN. Doc. Res 955 (1994).
36. The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu. *Case ICTR-96-4-T*, par. 511-516.

fatores linguísticos, culturais, nacionais ou religiosos. Por fim, estabelece que grupo religioso é aquele cujos membros compartilham a mesma religião, denominação ou forma de adoração.

A qual desses grupos sociais pertencem as vítimas dos massacres em Ruanda? Pelo visto até aqui, a nenhum; e se considerarmos ainda as palavras de incitação ouvidas na Radio Rwanda, pronunciadas pelas autoridades, teremos a impressão de que se trata de um conflito político, e não étnico ou racial:

"We need to unite against the enemy , the only enemy and this is the enemy that we have always known...it's the enemy who wants to reinstate the former feudal monarchy." [37]

Aqui, o inimigo é o monarquista que pretende restaurar a velha ordem. Nesses termos, os tutsis seriam caracterizados como grupo político, quiçá ideológico, e o massacre de que foram vítimas não poderia ter sido tipificado como genocídio. No entanto, não somente em *Prosecutor* vs. *Jean-Paul Akayesu*, mas no conjunto dos casos examinados,[38] a exemplo do que também já fazia o *Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia* (TPII), o TPIR aceita os critérios objetivos estabelecidos pela lei, porém lança mão da perspectiva subjetiva, perguntando se, na visão do genocida, tal ou qual grupo era racial, étnico, nacional ou religioso. Isso permite contornar a irracionalidade do problema, pois o subjetivismo torna sem sentido definir objetivamente o que constitui cada um desses grupos. Já não se perguntará apenas o que significa ser judeu, cigano, muçulmano ou tutsi, mas também se o perpetrador enxergava suas vítimas como judias, ciganas, muçulmanas ou tutsis. Ainda que elas não o fossem, prevaleceria a perspectiva do genocida.

Essa combinação de critérios objetivos e subjetivos foi sintetizada em *The Prosecutor* vs. *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*,[39] ao definir grupo étnico da seguinte forma:

"98. (...) An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as

37. The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu. *Case ICTR-96-4-T*, par. 110.
38. Ruanda: ICTR-95-1-T; ICTR-96-4-T; ICTR-96-3-T; ICTR-96-13-T; antiga Iugsolávia: IT-95-10-T.
39. The Prosecutor vs. Clément Kayishema and Obed Ruzindana. *Case ICTR-95-1-T*.

such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others)."

O que torna possível caracterizar como étnico o conflito entre hutus e tutsis é essa combinação de critérios, pois se, de um lado, embora tenham muitas semelhanças que talvez não nos permitam distingui-los com base em critérios objetivos, de outro lado, sob uma perspectiva subjetiva, os dois grupos tiveram sua identidade tutsi e hutu oficialmente atribuída e reconhecida pelo próprio poder público. A percepção que tinha a potência colonizadora sobre as diferenças entre eles orientou a legislação que instituiu a obrigatoriedade da designação da etnia nos documentos de identidade. Se originalmente hutus e tutsis percebiam-se como classes sociais distintas ou como, respectivamente, agricultores e pecuaristas, a partir da colonização, passaram ver-se, e a serem vistos, como duas etnias.

5. Considerações finais

Do ponto de vista da sociologia, muito mais do que uma guerra ou um excesso da guerra, o genocídio é um empreendimento criminoso, que vai além do conflito entre forças armadas de Estados nacionais. Conforme observado, na guerra, o inimigo é o Estado; no genocídio, o inimigo é um grupo social civil, que pode ser atacado mesmo em tempos de paz. Quando o genocídio é visto como um empreendimento criminoso, de múltiplas etapas, a destruição física torna-se apenas a manifestação máxima do processo destrutivo, que ocorrerá depois de cumpridas as outras etapas.[40] Veja-se, por exemplo, o holocausto judaico: inicialmente, foram boicotes e desapropriações; depois, expulsões, deportações e trabalho forçado; finalmente, o extermínio. Tudo isso fez parte do genocídio, e não apenas as câmaras de gás. O sentido de destruição de um grupo se amplia, não se restringindo apenas à destruição física ou biológica de seus membros, mas compreendendo também a destruição social do grupo.

Da mesma forma que o sentido de destruição, o sentido de grupo social se amplia sob a perspectiva sociológica, compreendendo diversos tipos de populações, e não apenas um número restrito. Para a sociologia, sendo o alvo do genocida os grupos sociais civis desarmados, torna-se fundamental definir o conceito de "civil" e diferenciá-lo de

40. Cf. nesse sentido Shaw, M. Op. cit., p. 36.

combatente, distinção nem sempre fácil, pois há civis não combatentes, mas que dão amparo aos que lutam. A sociologia precisa desenvolver concepções genéricas de combatentes, como pessoas que participam diretamente do conflito armado, e de civis, como aqueles que não participam diretamente do conflito armado e cuja não participação define primariamente o seu papel.[41]

Para o direito, contudo, os problemas são outros. Em primeiro lugar, porque o sentido de destruição de um grupo se fixa no aniquilamento físico de seus membros, última etapa do processo destrutivo; em segundo, porque somente alguns grupos são protegidos pela lei, e não todos. Tanto a exclusão de outras formas de destruição de populações organizadas, como a individualização dos grupos protegidos colocam o direito diante de questões de justiça: por que excluir da lei as formas não sangrentas de destruição de populações? Por que individualizar somente alguns grupos e não outros?

A exclusão das formas não sangrentas do alcance da lei revela uma característica importante da convenção: a vítima é a pessoa humana, na qualidade de membro de um grupo. "A vítima coletiva se faz através da vítima individual".[42] Isso significa que a existência do grupo é protegida apenas na pessoa de seus membros, isto é, não se protege a totalidade, mas os elementos que compõem essa totalidade. Se a totalidade for destruída, sem que tenham sido destruídos seus elementos constitutivos, não haverá genocídio, ainda que um grupo social tenha sido aniquilado.

Além dos problemas de natureza filosófica que traz, a individualização dos grupos protegidos condena a lei ao desuso ou a dificuldades para o intérprete da norma, que se verá às voltas com conceitos ultrapassados, pois "cada época e contexto histórico sugerem um perfil diferenciado do grupo-vítima, [o qual, ademais,] nem sempre constitui uma realidade social, sendo quase sempre produto de uma representação do assassino".[43]

A especificação dos grupos protegidos e as dificuldades inerentes à aplicação do critério objetivo aos casos concretos obrigarão o

41. Idem, p. 122.
42. PIPEAON, apud LOZADA, M. Op. cit., p. 63.
43. LOZADA, M. Op. cit., p. 64.

intérprete da norma a examinar o problema sob a perspectiva subjetiva, focalizando tanto a percepção que a sociedade terá do grupo, como a percepção que os membros do grupo têm de si mesmos, e como um grupo percebe o outro, pouco importando se há ou não correspondência com a realidade. "Os tribunais reconhecem que identidades coletivas (...) são construções sociais, identidades imaginadas, dependentes de variáveis e de percepções contingentes, e não fatos sociais".[44] A concepção do autor do crime é mais importante para atestar a responsabilidade penal individual de alguém do que "uma autêntica etnicidade putativa da vítima".[45]

Com isso, procura-se superar o fosso existente entre um dado contexto histórico e uma norma jurídica que consagra conceito superado: contextualiza-se historicamente o termo, fazendo-lhe uma releitura, para que possa ter algum sentido. No caso do genocídio em Ruanda, por exemplo, ainda que tutsis e hutus não apresentassem diferenças que os tornassem duas etnias distintas, o Tribunal terminou por assim considerá-los, pois essa distinção havia sido institucionalizada. Em vez de utilizar o critério objetivo, examinando o elemento linguístico, as tradições e a história de tutsis e hutus, o tribunal reinterpretou o conceito de grupo étnico, lançando mão de um critério subjetivo, preferindo focalizar as vítimas pela perspectiva do Estado e dos seus algozes.

Eis, em suma, como vêm sendo resolvidos os problemas inerentes à aplicação desses conceitos de difícil operacionalização: mediante a sua releitura, com a adoção de enfoques subjetivos. Além de considerar a questão racial um problema da sociologia e não mais das ciências naturais, pois ali não faz sentido, esse tipo de releitura permite a aplicação de todos os conceitos naquelas situações em que, de outra forma, eles não poderiam ser operacionalizados. A perspectiva dos outros grupos e do perpetrador, bem como a autoperspectiva da vítima, aqui também, serão decisivas no momento em que o intérprete da norma sopesar os elementos que concorram a favor e contra a qualificação ou desqualificação de um grupo como grupo racial, étnico, nacional ou religioso. Não importa se uma determinada população negra, branca, amarela ou parda, vítima de um massacre, constitui uma raça

44. VERDIRAME, G. Op. cit., p. 592.
45. Idem, p. 594.

específica, ou se um grupo considerado étnico, nacional ou religioso seja efetivamente um grupo étnico, nacional ou religioso; importa, sim, se os perpetradores enxergavam essas populações como representantes de uma raça, de uma etnia, de uma nacionalidade ou de uma religião.

6. Bibliografia

Habermas, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Lemkin, Raphael. Axis rule in occupied Europe: laws of occupation – Analysis of government – Proposals for redress. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79-95. Disponível em: [http://www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm].

Levi, Lucio. Etnia. In: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Paquino, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política.* 8. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

Lozada, Martín. Genocidio: un crimen internacional. *RBCCrim* 43/46-80. São Paulo: Ed. RT abr.-jun. 2003.

Rossolillo, Francesco. Nação. In: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Paquino, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política.* 8. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

Sartre, Jean-Paul. *Refléxions sur la question juive.* Paris: Gallimard, 2004. Folio Essais.

Schabas, W. *Genocide in international law: the crimes of crimes.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Shaw, Martin. *What is genocide?* Cambridge: Polity Press, 2007.

Verdirame, Guglielmo. The genocide definition in the jurisprudence of the ad hoc tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, jul. 2000.

2

Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso)

SALO DE CARVALHO

Pós-Doutor em Criminologia (Universidade Pompeu Fabra, Barcelona). Doutor em Direito (UFPR). Mestre (UFSC). Professor Adjunto do Departamento de Ciências Penais da UFRGS.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Trata-se de parecer elaborado a partir de requerimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Sétimo Garibaldi *vs.* República Federativa do Brasil. O trabalho analisa os critérios materiais de imputação de responsabilidade penal e os requisitos normativos para propositura da ação penal pública. Desde a análise do caso concreto, confronta os pressupostos penais e processuais penais presentes na legislação vigente com a decisão de arquivamento do inquérito policial. Conclui apresentando as formas de controle da decisão judicial no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos – Corte interamericana de direitos humanos – Responsabilidade penal – Inquérito policial – Ação penal.

ABSTRACT: This study addresses the legal opinion based on the request from to Inter-American Commission on Human Rights to the Inter-American Court of Human Rights on the trial of the case Sétimo Garibaldi vs. the Federative Republic of Brazil. The study analyses the material criteria for liability as well as the normative requirements for the proposition of a legal criminal action. Based on the analyses of the concrete case, it confronts the criminal requirements as well as criminal, procedural requirements present in the legislation in force, with the decision to dismiss the police inquiry. It concludes presenting the forms of control over the sentence in the criminal proceeding.

KEYWORDS: Human rights – International court of human rights – Liability – Police inquiry – Criminal action.

SUMÁRIO: 1. Introdução: contextualização do caso e do parecer – 2. Relatório: 2.1 Análise dos autos do inquérito policial 179/1998; 2.2 Relatório e pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos;

2.3 Contestação apresentada pela República Federativa do Brasil; 2.4 Do pedido de perícia – 3. Parecer técnico: 3.1 Esclarecimentos sobre o procedimento de investigação, a obrigatoriedade da investigação e o papel do Ministério Público na fase preliminar; 3.2 Das irregularidades no procedimento de investigação e no arquivamento; 3.3 Demonstração das irregularidades no procedimento de investigação e no arquivamento: doutrina e jurisprudência – 4. Conclusões.

1. Introdução:[1] contextualização do caso e do parecer

A República Federativa do Brasil, diferente dos demais países das Américas, possui poucas demandas na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Obviamente o fato não significa que as violações de direitos por partes dos agentes públicos no Brasil não sejam elevadas e constantes, sobretudo quando são analisadas as práticas das agências penais de controle.

A observação empírica da atuação dos órgãos responsáveis pelo controle social formal – notadamente dos vinculados à Administração da Justiça Penal –, permite perceber movimento pendular de ofensa aos direitos fundamentais das pessoas envolvidas em casos penais: (a) violação dos direitos e das garantias individuais ao longo da persecução penal (do inquérito policial à execução penal) quando o cidadão é acusado de prática de ilícito, através da não efetivação do devido processo legal, da limitação da publicidade e do contraditório, da inversão do princípio da presunção de inocência, da banalização das medidas cautelares (sobretudo prisões provisórias) entre outras; e (b) obstrução do acesso à justiça, fundamentalmente pela omissão das autoridades constituídas em atuar conforme as obrigações constitucionais e legais, quando o cidadão ocupa a posição de vítima de delitos praticados por agentes públicos.

As Organizações Não Governamentais (ONGs) de proteção aos direitos humanos no Brasil, sobretudo depois da condenação inédita da República no caso *Damião Ximenes Lopes* vs. *Brasil* (sentença de

1. O presente trabalho não seria possível sem o auxílio de Roberta Werlang Coelho na análise dos autos e no levantamento bibliográfico e jurisprudencial. Igualmente fundamentais as leituras críticas e as sugestões de Amilton Bueno de Carvalho, Alexandre Wunderlich, Mariana Weigert, Rafael Canterji e, especialmente, Geraldo Prado.

04.07.2006),[2] têm demandado perante a Comissão Interamericana, denunciando os problemas de efetivação/lesão de direitos humanos, e vêm obtendo êxito na recepção dos pedidos e posterior encaminhamento para instrução e julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No presente caso, durante a instrução processual, a Comissão solicitou à Corte que fosse deferida perícia para analisar (a) os aspectos técnicos da investigação da morte do Sr. Sétimo Garibaldi, ocorrida durante ocupação de terra no Estado do Paraná; e (b) a impunidade referente a procedimentos judiciais relacionados ao assassinato de trabalhadores rurais no Brasil.

Deferido o pedido, foi emitido o parecer técnico no caso 12.478, *Sétimo Garibaldi* vs. *República Federativa do Brasil*, sendo juntado aos autos no dia 29.04.2009 após apresentação oral das conclusões pelo signatário, em ocasião de audiência de instrução ocorrida em Santiago do Chile.

O processo, no momento, está em fase de apresentação de razões escritas pela acusação e defesa e, posteriormente, estará concluso para julgamento.

Na sequência, íntegra da perícia.

2. Relatório

2.1 Análise dos autos do inquérito policial 179/1998

1. O inquérito policial 179/1998, instaurado pela Polícia Civil do Estado do Paraná, Brasil, teve por objeto investigar a morte do agricultor Sétimo Garibaldi, decorrente de disparos de arma de fogo.

2. Segundo consta, o incidente ocorrera durante operação extrajudicial de despejo, realizada por grupo armado e encapuzado na madrugada do dia 27.11.1998, em acampamento do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) na localidade de Querência do Norte, Estado do Paraná.

2. Importante estudo de caso em Feldens, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. In: Gauer, Ruth (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 409-437.

3. Noticiados os fatos às autoridades competentes, agentes da polícia dirigiram-se à Fazenda São Francisco, local onde foram informados que grupo armado comandados pelo proprietário da Fazenda, Sr. Morival Favoreto, e seu capataz, Ailton Lobato, dirigiu-se ao acampamento e, ao chegarem, teriam exigido que os assentados saíssem de suas barracas. A ação teria sido qualificada pela intimidação, com disparos de arma de fogo para o alto e, posteriormente, contra os barracos desocupados.

4. Nesta ocasião, Sétimo Garibaldi teria sido atingido na altura da perna, falecendo em decorrência de hemorragia antes de chegar ao hospital. A *causa mortis* é atestada pelo laudo de exame de necrópsia e certidão de óbito (f.).

5. Na mesma data, policiais dirigiram-se à Fazenda e, por volta das 8h, prenderam em flagrante Ailton Lobato, sob a imputação de porte ilegal de arma e formação de quadrilha, conforme auto de prisão em flagrante (f.).

6. Em depoimento, os policiais Ademar Bento Mariano e Fábio de Oliveira relataram que receberam informação de que havia um homem (Sétimo Garibaldi) ferido a tiros no Hospital Municipal de Querência do Norte. No Hospital foram cientificados do ocorrido no acampamento de Sem Terras na Fazenda São Francisco. Dirigiram-se ao acampamento, conforme relato:

"Que recebeu o telefonema de que havia um elemento baleado no Hospital Municipal de Querência do Norte e que, juntamente com seu companheiro de serviço Fabio de Oliveira foram até aquela casa hospitalar e depararam com o elemento que havia entrado em óbito quando chegou naquele nosocômio; que o filho da vítima, presente, deu conta que aproximadamente 20 elementos encapuzados chegaram no acampamento invadido pelos Sem Terra, na Fazenda São Francisco, por volta das 5h do dia de hoje, intitulando-se policiais e passaram a atirar para o alto, com arma de grosso calibre; que aqueles elementos mandavam os acampados, saírem de suas barracas e ir para a parte central do acampamento, entre homens, mulheres e crianças; que depois passavam a atirar nos barracos já desocupados; que em dado momento, quando o acampado Sétimo Garibaldi estava saindo de seu barraco, foi atingido por disparo de arma de fogo calibre 12; que a vítima caiu por terra, esvaindo-se em sangue enquanto aqueles elementos

encapuzados continuavam a mandar os acampados para o centro do acamamento; que segundo informações colhidas no local, os encapuzados estavam com um caminhão marca VW, placa pppp e logo em seguida percebendo a morte do acampado retiraram-se do local, que teve informação ali mesmo no acampamento, que um dos elementos encapuzados, tratava-se do capataz da Fazenda Mondai, de nome Ailton Lobato, bem como o proprietário de nome Morival Favoreto, que em certo momento chegou a tirar o capuz; que o condutor e os demais policiais foram até a Fazenda Mondai e antes de chegarem na sede se depararam com uma camioneta dirigida por Ailton Lobato, no sentido de Santa Cruz de Monte Castelo/PR; que o condutor deu sinal para o elemento parar o veículo e ao fazer a vistoria, encontrou um revólver, calibre 38 que ora exibe a Autoridade Policial sob o n. 2016798, da marca Taurus, contendo em seu tambor cinco cartuchos intactos e um deflagrado; que Ailton Lobato disse que a arma lhe pertencia, porém que não tinha porte e nem registro, mas, no entanto, negou que fazia parte do grupo que atacou os Sem Terras na Fazenda São Francisco; que o condutor deu voz de prisão a Ailton Lobato apresentando-o a autoridade"(f.).

7. Ao ser intimado para prestar depoimento, Ailton Lobato reservou-se ao direito de pronunciar-se somente em Juízo (f.). Em sua posse foram apreendidos 5 cartuchos intactos do mesmo calibre, 1 cartucho, deflagrado e 1 revólver marca Taurus calibre 38 (f.).

8. Às f., foram ouvidas as testemunhas Atilo Martins Mieiro, Carlos Valter da Silva, Nelson Rodrigues dos Santos, Francisco Carlos de Aguiar, Edvaldo Rodrigues Francisco, Teotônio Luis dos Santos e Francisco Moscovito e José Aparecido de Paula, integrantes do MST acampados na Fazenda São Francisco.

9. Em 02.12.1998, o trabalhador rural Edvaldo Rodrigues Francisco compareceu à Delegacia de Polícia de Querência do Norte para prestar depoimento, entregando 2 cartuchos deflagrados de projéteis calibre 38, 1 projétil calibre 12 e 1 projétil calibre 44, ambos sem uso. No mesmo dia, outros dois trabalhadores rurais prestaram depoimento sobre os eventuais autores intelectuais e materiais da operação extrajudicial de despejo (f.).

10. Em 03.12.1998 o Delegado de Polícia responsável pelo caso representou pela decretação de prisão temporária de Morival Favoreto

(f.), tendo em vista que até aquele momento não havia sido encontrado e não havia se apresentado para prestar esclarecimentos.

11. O Ministério Público, em 09.12.1998, apresentou parecer favorável ao pedido de prisão, sob argumento de que "existem no inquérito policial indícios mais do que suficientes de que [Morival Favoreto] foi um dos coautores dos crimes praticados na Fazenda São Francisco" (f.). Ademais, o fiscal requereu o indiciamento indireto de Morival Favoreto e a devolução dos autos à Delegacia de Polícia de origem para realização das seguintes diligências (f.): (a) indiciamento indireto de Morival Favoreto, dono da Fazenda Mondaí; (b) reconhecimento dos veículos F1000 cor preta e D20 cor cinza mencionados pelas testemunhas; (c) análise do cartucho encontrado no corpo da vítima para constar se provem da mesma arma que disparou os projéteis apreendidos as f., foi disparado pela arma apreendida as f.; (d) substituição das f., que são provenientes de fax, por cópia para que não desapareça seu conteúdo com o passar do tempo; (e) levantamento da arma de f., pois não possui a mesma numeração da arma apreendida as f.; (f) juntada de contrato social da firma Favoretto Colheitas, inclusive com a sua última alteração, para identificação dos seus proprietários e administradores, visto estar o veículo mencionado as f., em seu nome; (g) juntada de documentos que comprovem quem é o atual proprietário da Fazenda São Francisco; (h) oitiva das testemunhas que estavam presentes no dia dos fatos na Fazenda São Francisco; (i) oitiva de empregados de Morival Favoreto e possíveis suspeitos; (j) investigação se ocorreram fatos semelhantes na região; e (l) demais diligências úteis ao caso.

12. A Magistrada responsável, Elisabeth Khater, negou o pedido de prisão temporária sob argumento de que os depoimentos colhidos eram divergentes, determinando que os autos fossem remetidos à Delegacia para diligências (f.). Determinou, ainda, a expedição de ofício ao Escrivão Policial César Napoleão Casimir Ribeiro para esclarecer se havia ocorrido disparo da arma apreendida em poder de Ailton Lobato (f.).

13. A defesa de Morival Favoreto peticionou informando que havia tomado conhecimento do indiciamento e das investigações pela imprensa. Argumentou que Morival Favoreto é pessoa conhecida na cidade de Sertanópolis/PR, local onde reside desde seu nascimento e

onde poderia ser facilmente encontrado. Requereu (a) juntada de documentos; (b) indeferimento do pedido de decretação de prisão temporária; e (c) a expedição de carta precatória à Delegacia de Polícia de Sertanópolis para oitiva do peticionário (f.). Em 15.12.1998 a Magistrada deferiu o item 'c' postulado pela defesa (f.).

14. O Delegado responsável determinou a expedição de ofício ao juízo de Sertanópolis para oitiva do indiciado Morival Favoreto junto à 8.ª Subdivisão Policial de Paranavaí, bem como para que fosse realizado procedimento de identificação por testemunhas. Determinou, ainda, igualmente para reconhecimento, fossem apresentados os veículos F1000 cor preta, D20 e o caminhão VW 608 cor branca (f.).

15. Em resposta ao ofício de f., o Escrivão César Napoleão Casimiro Ribeiro informou:

"Em atendimento ao requerido pela MM. Juíza de Direito da Comarca de Loanda, passo a proceder as seguintes informações:

1 – quanto ao disparo da arma apreendida em poder de Ailton Lobato, este realmente ocorreu, e se fez necessário, por este funcionário público, policial com livre porte e devidamente treinado, quando na frente do comboio, juntamente com policiais militares que conduziam os tratoristas na retirada dos tratores da Fazenda Amambay para evitar qualquer tipo de represália por parte do MST, já que um veículo havia parado na frente, e temendo ser algum bloqueio por parte daquele movimento, fora acordado que eu fosse na frente, conduzindo a família de Ailton Lobato, que estivesse bem, fosse dado um disparo, e, confirmando ser apenas o veículo do vizinho, este escrivão disparou com aquela arma um tiro para o alto, como advertência de que o comboio deveria seguir;

2 – Naquela data, por volta das 6h cheguei ao local do crime juntamente com os policiais militares e constatamos junto as testemunhas que foram vários homens, todos encapuzados, e com armas de grosso calibre. Não sendo mencionado por nenhuma das pessoas, qualquer revolver que fosse, e muito menos de Ailton Lobato ou o Sr. Morival Favoreto terem estado no local;

3 – A única suspeita no momento, foi que mencionaram um certo caminhão branco da marca Volksvagem, ter estado no local, sendo

mencionado pelas testemunhas, que Ailton Lobato, que já fora administrador daquela Fazenda invadida, trafegar constantemente com um caminhão daquele tipo e de propriedade do Sr. Morival Favoreto;

4 – Diante de tal informação, resolvemos deslocarmos (sic) até a Fazenda Amambay para procedermos diligências. Chegando no local, no interior da mesma, conduzindo uma camionete, transportava dos tratorista com ferramentas, todos a serviço, já que gradeavam a terra para plantio de soja;

5 – Na abordagem foi o mesmo revistado e encontrado um revólver (o revolver apreendido e depois disparado item '1'), sendo esclarecido por Ailton Lobato, que não tinha porte, porém utilizava no interior da Fazenda apenas para defender-se pois estava vivendo sob ameaças de morte por parte dos invasores da Fazenda São Francisco;

6 – Informo ainda, que no final de outubro p.p., Ailton Lobato esteve na delegacia, deixando em livro de ocorrência, registrado a ameaça de morte feita por 'acampados' de São Francisco, não querendo na época, para evitar maiores transtornos, representar contra os mesmos;

7 – o Sr. Ailton Lobato, se mostrou prestativo e não ofereceu resistência ou obstrução as diligências que fazíamos, inclusive mostrando a fazenda e a casa que foi por nós revistadas não sendo localizada nenhuma outra arma de fogo na casa ou com (...).

(...)

9 – Que, quando estive pela manhã no local do crime, foram solicitadas as testemunhas que fossem imediatamente a Depol o que não o fizeram, comparecendo apenas no final da tarde, levadas por vereador ligado ao MST, sendo que nos depoimentos na tarde, já divergia do que disseram informalmente pela manhã, ou seja, antes apenas suspeitas, a tarde (final) das três inquiridas, uma disse terem todos entrados encapuzados com exceção de Ailton Lobato e Morival Favoreto; a segundo de que todos chegaram encapuzados mas que Ailton Lobato e Morival Favoreto retiraram os capuzes e a terceira de modo inverso, que apenas Ailton Lobato e Morival Favoreto chegaram sem capuzes e depois colocaram.

As afirmações supras são a verdade dos fatos que presenciei e ouvi na ocasião (f.)."

16. Interrogado em 09.03.1999, Morival Favoreto afirmou ser um dos proprietários da Fazenda São Francisco e negou as acusações. Relatou que dois dias antes do dia 27.11.1998 dirigiu-se para São Bernardo do Campo a fim de providenciar o atendimento médico de seu irmão, que teria problemas de cirrose, ficando hospedado na casa de seu primo Eduardo. Apresentou fotocópia do recibo médico assinado pelo Dr. Flair Carrilho. Afirmou que foi proprietário de camioneta F1000, cor preta, mas que havia vendido antes da data do fato e que possuía um caminhão VW/7100 (f.).

17. Após as declarações de Morival Favoreto, o procedimento restou suspenso, sem justificativa, até o dia 23.02.2000 (11 meses e 14 dias), quando o Delegado determinou a expedição de carta precatória para a autoridade policial de Sertanópolis para que o indiciado apresentasse os carros F1000 e D20 na Depol para reconhecimento, bem como para a oitiva do primo do indiciado (Eduardo) e do médico Dr. Flair Carrilho.

18. Laudo de exame de arma de fogo Taurus, calibre 38, foi juntado em f.

19. Em 24.03.2000 Morival Favoreto ratificou as declarações de f., sustentando ter vendido o veículo F1000 antes dos fatos investigados, que não possuía camioneta D20 na cor cinza e que possuía camioneta D20 na cor vermelha, alienada em 1994 (f.).

20. Em 28.09.2000, Eduardo Minutolui Junior declarou que seu primo Morival Favoreto esteve hospedado em sua casa nas datas mencionadas (f.).

21. Após a oitiva do Sr. Eduardo, o procedimento restou novamente suspenso até 12.09.2002 (1 ano, 11 meses e 16 dias). A movimentação que se denota foi meramente burocrática, com pedidos reiterados de prorrogação de prazos, manifestações favoráveis do Ministério Público e deferimento, como é possível perceber dos inúmeros registros e autenticações entre as f. A justificativa provável é o aguardo do retorno das precatórias, sobretudo da remetida para São Paulo para oitiva de Flair José Carvalho.

22. Às f., foi juntada certidão do Escrivão Alci José dos Santos, na qual afirma que, revendo o laudo de exame de necropsia, não constou se foi encontrado no corpo da vítima qualquer tipo de projétil.

23. Em 25.07.2002, Flair José Carvalho prestou esclarecimentos, informando que é médico de Darci Favoreto desde 18.11.1994 e que normalmente o paciente é acompanhado de sua esposa e algum parente. Todavia não pode afirmar que Morival Favoreto esteve no seu consultório no dia 25.11.1998 (f.).

24. Em 12.09.2002, durante as diligências da investigação criminal, o Delegado oficiou à Juíza solicitando o envio da arma apreendida ao Instituto de Criminalística para perícia (ofício de f.). Em face de não ter sido atendido o pedido da autoridade policial, em 10.08.2003, a autoridade remeteu novamente os autos ao Poder Judiciário, solicitando providências (f.).

25. Na ocasião, a escrivã certificou que a arma não estava depositada na Vara e a Juíza deu vista ao Ministério Público para que se manifestasse sobre a situação (f.).

26. Encaminhado os autos ao Ministério Público do Estado do Paraná, em 12.05.2004 o agente ministerial Edmarcio Real requereu o arquivamento do inquérito policial, sob alegação de que "ficou certo que foi uma pessoa encapuzada que efetuou o disparo de arma de fogo na vítima Sétimo Garibaldi, e que esta pessoa não se tratava de Morival Favoreto ou Ailton Lobato"; "referida pessoa que efetuou o disparo que vitimou Sétimo Garibaldi não foi até o presente momento identificada" (f.).

27. Sustentou o fiscal inexistir possibilidade de esclarecimento da autoria delitiva, em face dos seguintes motivos: (a) divergência de depoimentos entre os integrantes do MST; (b) não identificação do autor dos disparos; (c) impossibilidade de atribuir a autoria dos disparos a Morival Favoreto e Ailton Lobato – Morival Favoreto negou a autoria e Ailton Lobato permaneceu em silêncio; (d) existência de testemunha que confirma a presença de Morival Favoreto em outra cidade no dia dos fatos; (e) inexistência de prova de que o autor dos disparos tivesse intenção de matar a vítima ou que os demais participantes do despejo tivessem anuído com o disparo; e (f) ausência de demonstração de que os veículos utilizados na operação fossem de Morival Favoreto.

28. Em relação ao crime de porte de arma de fogo argumentou ter operado a prescrição e, no que tange à imputação de quadrilha, sustentou inexistir indícios (f.).

29. O pedido do Ministério Público foi acolhido pela juíza Elisabeth Khater em 18.05.2004: "Acolho o r. parecer retro, e, via de consequência, determino o arquivamento destes autos, com as anotações de praxe" (f.).

30. Inconformada com o arquivamento do inquérito policial a esposa da vítima, Iracema Cianotto Garibaldi, impetrou o MS 164945-0 que restou improvido pelo TJPR.

2.2 Relatório e pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

31. A *Justiça Global*, em conjunto com as entidades *Rede Nacional de Advogados Populares*, *Terra de Direitos*, *Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra* e *Comissão Pastoral da Terra*, em nome da família do ex-agricultor, postulou à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) providências com objetivo de evitar impunidade face ao descaso com que foi tratado o homicídio de Sétimo Garibaldi no inquérito policial.

32. A demandante pleiteou que a CIDH conclua e declare que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos arts. 8.º (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direito Humanos. Solicita, igualmente, realização de investigação completa e imparcial da situação, com o objetivo de estabelecer a responsabilidade pelos fatos que ocasionaram o assassinato de Sétimo Garibaldi, imputando aos responsáveis as sanções previstas em Lei através do devido processo legal.

33. Outrossim, visa que o Estado brasileiro: (a) adote medidas para a aplicação do disposto no art. 10 do CPP brasileiro no que diz respeito à investigação policial, tanto quanto ao julgamento dos atos puníveis ocorridos nas operações extrajudiciais de despejo nos assentamentos de trabalhadores sem terra, que acarretam mortes, de modo ajustar o tratamento dos casos aos parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano; (b) adote medidas necessárias para que sejam observados os Direitos Humanos nas políticas governamentais que tratam sobre o assunto da ocupação de terras, tendo em conta o disposto no art. 28 c/c o art. 1.º, item 1, da Convenção Americana sobre Direito Humanos; (c) aplique as medidas adequadas aos servidores da justiça e da polícia, a fim de evitar a proliferação de grupos armados que se valham de arbitrariedade e violência; (d) repare a família de

Sétimo Garibaldi, no aspecto moral e material, pelas violações de Direitos Humanos determinadas no presente caso; (e) arque com as despesas processuais de tramitação do caso.

34. Analisado o caso, a CIDH entendeu haver violação às garantias judiciais e à proteção judicial na relação com a obrigação geral de garantir os direitos humanos e ao dever de adotar disposições de direito interno (arts. 8.°, item 1, 25 e 1.°, item 1, da Convenção Americana sobre Direito Humanos).

35. A Comissão entendeu que o Estado brasileiro deixou de cumprir sua obrigação de investigar efetiva e adequadamente o homicídio cometido contra o Sr. Sétimo Garibaldi, violando os arts. 8.° e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, relacionados com o descumprimento do art. 1.°, item 1 do Instrumento. Salientou que, de acordo com o último dispositivo, os Estados signatários da Convenção têm a obrigação de investigar e sancionar aos responsáveis de violações aos Direitos Humanos e, no caso, indenizar as vítimas das violações ou seus familiares.

36. Constatou que o caso não foi investigado diligentemente e, em consequência, os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos não foram identificados e, posteriormente, sancionados através de atos judiciais em processo.

37. Sustentou que foi possível concluir que o arquivamento do caso, sem a devida investigação por parte do Estado, constitui descumprimento do art. 1.°, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

38. A Comissão salientou que as informações obtidas ao longo do inquérito – identificação de pelo menos duas pessoas que fizeram parte do grupo encarregado da ação extrajudicial de despejo e informação sobre quem tinha interesse direto na realização da operação – seriam suficientes para iniciar diligente investigação. Apesar disso, o Estado não teria eliminado os obstáculos ao objetivo de romper a barreira de impunidade que caracteriza o caso.

39. A título de exemplo, destaca algumas deficiências na investigação: (a) apesar dos depoimentos testemunhais que afirmam que as duas pessoas identificadas – Morival Favoreto e Ailton Lobato – portavam armas de fogo no dia do homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi, não foram realizados estudos acerca de seu uso nem tampouco foram feitas

provas balísticas; (b) não foi encontrada a arma que provocou o disparo que teria provocado a morte do agricultor. Não foram realizadas diligências para encontrá-la nem foram apreendidas as armas que portavam as duas pessoas identificadas na operação de despejo; (c) em nenhum momento foi indagado ao Sr. Morival Favoreto a respeito de sua arma e sobre o uso que teria feito dela; (d) não foi indagado ao Sr. Ailton Lobato sobre a declaração de José Aparecido de Paula que afirmou que o indiciado lhe havia informado acerca do plano de despejo; (e) mesmo de posse da arma calibre 38 apreendida com Ailton Lobato, os investigadores deixaram de providenciar perícia que viabilizasse o cotejo com os resquícios de projéteis encontrados no local do crime e entregues à polícia em 02.12.1998; (f) os identificados não foram indagados a respeito de quem eram os demais participantes do despejo; (g) os coproprietários da Fazenda não foram questionados sobre o despejo e o grupo que dele havia participado; (h) não houve investigação no que tange aos veículos utilizados na operação de despejo e que foram reconhecidos por trabalhadores posteriormente ao depoimento de Morival Favoreto. O Estado se conformou com a apresentação de documento privado de compra e venda sem investigar sobre o uso efetivo dos veículos pelos acusados durante o feito – como indicado pelas testemunhas –, sem apurar a veracidade da venda ou da data em que esta se realizou. A escassa atividade probatória se limitou a tomar como válida a prova apontada pelos imputados sem verificá-la plenamente; (i) não houve solicitação de análise da história médica de Darci Favoretto para determinar se efetivamente o Sr. Morival Favoreto e seu irmão foram ao médico no dia alegado e não foi realizada perícia grafotécnica do recibo da consulta; e (j) não foram interrogadas todas as testemunhas.

40. Conclui, pois, que não há elementos que demonstram que o Estado tenha realizado diligências para sanar as deficiências da investigação, por exemplo: (...) (l) não há informação que no curso das investigações tenha sido verificado o local dos fatos através da busca de restos de projéteis, que poderiam ser encontrados nas paredes e no solo. Análise dos resíduos constantes na roupa de Ailton Lobato deveria ter sido realizada quando da sua detenção, em 27.11.1998, fato que poderia servir para verificar se o indiciado efetuou algum disparo; (m) A autópsia foi insuficiente e afetada por influências técnicas negativas que se baseiam na falta dos materiais mais simples e na ausência de

exames complementares absolutamente necessários, entre os quais exame radiográfico. Não há, no laudo do IML, informações a respeito da trajetória, distância e sentido do projétil que causou a morte de Sétimo Garibaldi.

41. Segundo a CIDH, havia elementos suficientes para seguir a investigação com eventual ajuizamento de ação penal, sem o arquivamento do inquérito. Conclui, portanto, que os responsáveis pela investigação não o fizeram de maneira diligente, havendo falhas inequívocas no que diz respeito ao exame do local do crime, à colheita de provas, à perícia, balística e às obrigações subsequentes ao longo da investigação.

42. Ademais, salientou o tempo de transcurso da investigação e a obstaculização de aplicação das medidas de ressarcimento.

43. A Comissão considerou que o sistema investigativo do país foi ineficaz e que existem evidências suficientes acerca da negligência dos responsáveis.

44. Ressalta, por fim, que o tempo transcorrido foi mais que razoável para que o Estado brasileiro tivesse providenciado melhores resultados no caso, postulando a responsabilização da República pela violação de Direitos Humanos:

"La Comisión considera que es fundamental que el Estado cumpla con su deber de evitar y combatir la impunidad, porque la revelación publica y completa de la verdad es el primer requerimiento de la Justicia. En consecuencia, solicita a la Corte que declare que la República Federativa del Brasil es responsable por la violación de los derechos a que se hace referencia en esta demanda."

45. Entende que enquanto não seja realizada completa e imparcial investigação sobre os acontecimentos, com o objetivo de definir a responsabilidade sobre o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi, perdurará permanente violação do direito de acesso à justiça.

46. Em termos processuais, sobretudo relativo ao sistema de investigação, entende que o Estado brasileiro deve implementar a disposição contida no art. 10 do CPP no que diz respeito a toda investigação policial.

2.3 Contestação apresentada pela República Federativa do Brasil

47. A República Federativa do Brasil, em preliminar, alegou (a) a incompetência *ratione temporis* da Corte para examinar supostas violações ocorridas antes de seu reconhecimento pelo Estado brasileiro; (b) a intempestividade na apresentação dos escritos originais da Comissão; (c) a impossibilidade de alegar violação não apontada durante o procedimento na CIDH; (d) o não esgotamento dos recursos internos à época em que os peticionários iniciaram o procedimento internacional; e (e) a possibilidade de desarquivamento (f.).

48. No mérito, sustenta (a) não violação ao art. 2.° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (b) não violação ao art. 4.° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (c) não violação ao art. 5.° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (d) não violação aos arts. 8.°, item 1 e 25, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e (e) não violação ao art. 28 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (f.). Por fim, expõe as políticas preventivas que a República estaria comprometida em efetivar (f.) e postula improcedência do pedido.

2.4 Do pedido de perícia

49. Durante a instrução processual a Comissão solicitou à Corte que fosse deferida perícia do signatário, para analisar (a) os aspectos técnicos da investigação da morte do Sr. Sétimo Garibaldi; e (b) a impunidade referente a procedimentos judiciais relacionados ao assassinato de trabalhadores rurais no Brasil e o contexto do conflito agrário, entre outros aspectos relativos ao objeto e ao fim da presente demanda.

50. O pedido foi deferido, motivo pelo qual o signatário passa a expor seu parecer.

3. PARECER TÉCNICO

51. Dos argumentos expostos pela Comissão e pela República Federativa do Brasil, cabe, à perícia técnica, avaliar, fundamentalmente, os seguintes pontos expostos na preliminar do Estado demandado: (a) o não esgotamento dos recursos internos à época em que os peticionários iniciaram o procedimento internacional; (b) a possibilidade de desarquivamento.

52. As preliminares confundem-se com os argumentos apontados no mérito da causa – (a) não violação aos arts. 8.°, item 1 e 25, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e (b) não violação ao art. 28 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – motivo pelo qual sua análise será conjunta.

53. Cabe, pois, centralizar a análise em três questões relevantes: (a) a adequação do procedimento investigatório aos elementos de prova ou indícios coletados no inquérito policial; (b) o tempo e a forma de encerramento da investigação; e (c) a existência de mecanismos processuais de controle do arquivamento de investigação. As respostas às questões expostas parecem contemplar a centralidade da discussão em causa.

3.1 Esclarecimentos sobre o procedimento de investigação, a obrigatoriedade da investigação e o papel do Ministério Público na fase preliminar

54. O art. 129, I, da CF/1988 define o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...)".

55. Assim, o Ministério Público possui o poder-dever de propor ação penal, nos termos definidos do art. 24 do CPP, assim estabelecendo que "*nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público* (...)". O princípio da obrigatoriedade está de tal forma vinculado à estrutura do processo penal brasileiro que o art. 42 do CPP determina que " *o Ministério Público não poderá desistir da ação penal* [pública]", diferentemente da disponibilidade que rege a ação penal privada.

56. Ademais, não apenas o STF e o STJ têm admitido a investigação direta, independente da Polícia, pelo Ministério Público,[3] como o próprio inquérito é dispensável se houver indícios suficientes de autoria e materialidade que deem sustentação à ação penal (art. 46, § 1.°, do CPP).[4]

3. Neste sentido recente decisão do STF, HC 91.661, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie.

57. No entanto, iniciado o procedimento de investigação preliminar através de inquérito policial, a partir de ofício ou requisição da autoridade judicial, do Ministério Público ou do ofendido,[5] este será conduzido pela autoridade policial que *deverá* (este é o verbo utilizado pela lei processual), segundo o art. 6.º do CPP:

"I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV – ouvir o ofendido;

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

4. "Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 (cinco) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 (quinze) dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

   § 1.º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação."
5. Art. 5.º do CPP: "Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

   I – de ofício;

   II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo."

VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, *se possível, e* fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter" (destacamos).

58. A posição do Ministério Público, nestes casos, é dúplice: (a) de destinatário da investigação; e (b) fiscal da regularidade (legalidade) do procedimento nos termos do art. 127 e, especificamente, do art. 129, I, VII e VIII, da CF/1988.

"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."

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais."

59. De forma didática, iniciado o Inquérito, a polícia judicial deve realizar a investigação, utilizando-se de todos os meios lícitos de prova admitidos. Ao Ministério Público cabe zelar pela regularidade do procedimento (*custus legis*) e postular provas que considere imprescindíveis para a propositura da ação penal (*dominis litis*).

60. Neste sistema bipartido de processo penal, caracterizado pelo procedimento inquisitorial na investigação criminal e pelo viés acusatório na fase de instrução e julgamento, o encerramento da fase preliminar ocorre com a decisão do Magistrado em (a) arquivar o inquérito ou (b) receber ou rejeitar a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

61. No entanto, dois atos formais precedem a decisão judicial: (a) relatório final da autoridade policial, com indiciamento dos investigados ou requerimento de arquivamento; (b) manifestação do Ministério Público com a denúncia dos indiciados, com pedido de novas investigações (conversão em diligências) ou postulação de arquivamento.

62. Não obstante, conforme o art. 28 do CPP, "se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender".

63. Em relação ao ato de arquivamento, este ocorrerá quando as informações obtidas durante a investigação criminal (inquérito policial) não sustentarem a formação da *opinio delicti* no sentido da existência do crime e da suspeita de autoria.

64. A materialidade (nos crimes materiais e de dano) é fundamental para que se tenha justa causa para ação penal, sob pena de a denúncia ser rejeitada porque leviana ou temerária, visto a possibilidade de ampliar o risco de erro judiciário. Em relação à autoria exigem-se *indícios* suficientes, mas não prova decisiva, típica do juízo de certeza que deve imperar na resolução do processo penal, isto porque a análise adequada do tema deve ser realizada no momento da instrução processual.

65. Arquivada a investigação por não haver indícios de autoria (suspeita) ou materialidade, pode ocorrer a reabertura do inquérito policial nos termos do enunciado jurisprudencial do STF: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas" (Súmula 524).

3.2 Das irregularidades no procedimento de investigação e no arquivamento

66. A partir desta breve exposição acerca do sistema de investigação nacional, verifica-se, no caso concreto, série de irregularidades ao longo do inquérito policial que deflagrou ato processual que foge

totalmente ao padrão das investigações criminais realizadas no Brasil, qual seja, a manifestação ministerial pelo arquivamento sem que houvesse o encerramento da investigação.

67. Note-se que em setembro de 2002, quando as diligências investigatórias estavam em curso, o Delegado solicitou à Juíza remessa da arma ao Instituto de Criminalística para que fosse realizada perícia (ofício de f.), nos termos que o Código de Processo Penal determina (ver item 57 supra).

68. Após quase um ano, em agosto de 2003, em razão de o pedido da autoridade policial não ter sido realizado – e, consequentemente, a investigação ter sido sobrestada –, o Delegado remete novamente os autos ao juízo competente, solicitando fossem tomadas providências. Embora o transcurso de longo prazo, determinando que em inúmeros momentos a investigação tenha permanecido em inércia, o procedimento policial de instrução seguia, apesar das condições de trabalho e da falta de infraestrutura que padece a Polícia Judiciária em todo o território.

69. Ao ser realizado o segundo pleito de perícia, a escrivã (autoridade cartorária) certificou que a arma não se encontrava na Vara Criminal. A Magistrada, em face da manifestação, encaminha os autos para parecer do Ministério Público acerca desta situação, qual seja, desaparecimento de arma apreendida com um dos indiciados pelo crime (Ailton Lobato).

70. Se a falta de zelo com o instrumento apreendido, por si só, causa estranheza – fato que deveria ter desencadeado investigação criminal autônoma, pois constitui crime de fraude processual[6] –, inusitada é a atitude do Ministério Público, que, de posse dos autos por cerca de 10 meses, ao invés de manifestar-se sobre a perícia na arma desaparecida (objeto do ato processual requisitado), sem que a investigação tivesse sido encerrada e sem que a autoridade policial tivesse

6. Art. 347 do CP: "Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único – *Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro*" (destacamos).

produzido a *opinio delicti*, em 12.05.2004 emitiu parecer postulando arquivamento do Inquérito.

71. A propósito, o pedido de arquivamento realizado pelo Ministério Público é contraditório aos fundamentos que lhe amparam. Segundo o agente ministerial "ficou certo que foi uma pessoa encapuzada que efetuou o disparo de arma de fogo na vítima Sétimo Garibaldi, e que esta pessoa não se tratava de Morival Favoreto ou Ailton Lobato"; "referida pessoa que efetuou o disparo que vitimou Sétimo Garibaldi não foi até o presente momento identificada" (f.).

72. A fundamentação do arquivamento é absolutamente estranha ao procedimento regular. Isto porque, havendo materialidade delitiva, mesmo demonstrado que os investigados, Sr. Morival Favoreto e Sr. Ailton Lobato, não foram os autores do homicídio – o que efetivamente não parece ser a conclusão mais razoável pelas provas produzidas, havendo, no mínimo, indícios de autoria –,conforme as regras constitucionais e legais, deveria o agente ministerial propor novas investigações até fosse determinada autoria. Sobretudo porque há correlato ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada: obrigatoriedade da investigação criminal. Não haveria sentido dotar o sistema de regra de obrigatoriedade da ação e dispensar a investigação ou delegá-la à discricionariedade das autoridades. Este, inclusive, o dever de instauração do inquérito policial de ofício, conforme o art. 5.°, I, do CPP.

73. Outrossim, como frisado, a prova produzida, mesmo que suscetível de certa indeterminação, por si só justificaria o processo, sendo a fase judicial o palco legítimo de discussão se houve efetivamente divergência de depoimentos entre os integrantes do MST e se a contraprova apresentada pelos investigados é idônea, ou, ainda, se os disparos tiveram ou não intenção de matar a vítima.

74. No entanto, análise atenta dos autos revela que em pelo menos dois momentos as autoridades policial e ministerial opinaram sobre a existência de indícios suficientes de autoria contra Morival Favoreto e Ailton Lobato.

75. O primeiro é possível visualizar na representação realizada pelo Delegado de Polícia, em 03.12.1998, pela prisão temporária de

Morival Favoreto. Sustentou a autoridade naquele momento, após expor os indícios de autoria com base na prova testemunhal colhida no inquérito:

"Morival Favoreto, não foi encontrado, bem como não se apresentou para prestar depoimento, sendo ignorado seu paradeiro, sabendo-se que é da região de Sertanópolis/PR.

O fato foi de grande repercussão no âmbito Estadual e Nacional, causando certa comoção social, visto o querer, 'fazer justiça com as próprias mãos' em total desrespeito a Lei e as autoridades constituídas" (f.).

76. Ato contínuo o segundo momento.

77. Ao ser remetidos os autos com a representação pela prisão, a agente ministerial que atuava, naquele momento, no caso, Dra. Nayani Kelly Garcia, requereu, dentre inúmeras diligências, o indiciamento indireto de Morival Favoreto e manifestou-se favorável à prisão, argumentando:

"Procedente o pedido de prisão temporária de Morival Favoreto requerido pela autoridade policial as f.

Conforme consta no inquérito, Morival Favoreto foi um dos coautores do homicídio da vítima Sétimo Garibaldi e do crime de constrangimento ilegal, tendo sido reconhecido por diversas testemunhas.

Sua participação no crime não deixa dúvida, tendo ajudado, se não liderado, na coação praticada contra os integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra que estavam acampados na Fazenda São Francisco e no homicídio de um deles.

O crime de homicídio praticado contra a vítima Sétimo Garibaldi foi qualificado pela utilização de recurso que impossibilitou sua defesa, sendo portanto, considerado Crime Hediondo (Lei 8.072/1990), tendo causado grande comoção social.

A decretação da prisão de Morival Favoreto é fundamental para a elucidação dos fatos e também para posterior aplicação da lei penal" (f.).

78. As conclusões do próprio Ministério Público são suficientes para gerar dúvidas quanto à idoneidade do pedido de arquivamento, visto estarem presentes os requisitos mínimos da ação penal.

79. No entanto, além da irregularidade do ato de arquivamento, causa estranheza, por parte do Juízo, a inobservância do art. 28 do CPP,[7] pois a situação requereria, em razão da contradição entre as opiniões dos agentes do órgão, no mínimo, análise do seu superior hierárquico, para que fossem tomadas as providências cabíveis (oferecimento de denúncia, designação de outro órgão da instituição ou, até mesmo, reiteração do pedido de arquivamento).

80. Ao contrário, em 18.05.2004 a Magistrada responsável acolheu, sem fundamentação alguma, o parecer – "acolho o r. parecer retro, e, via de consequência, determino o arquivamento destes autos, com as anotações de praxe" (f.).

81. Contra a decisão foi impetrado MS 164945-0 que restou negado pelo TJPR.

3.3 Demonstração das irregularidades no procedimento de investigação e no arquivamento: doutrina e jurisprudência

82. Conforme indica a doutrina, para a instauração e, por consequência, a continuidade do inquérito policial "(...) basta a mera possibilidade de que exista um fato punível. A própria autoria não necessita ser conhecida no início da investigação".[8]

83. Nas palavras de Tourinho Filho, o art. 5.º do CPP, ao transcrever a expressão "nos crimes de ação pública, o inquérito policial será iniciado", demonstra a imperatividade do comando que obriga a Autoridade Policial instaurar o Inquérito.

84. Assim, segundo o autor, se "(...) *a autoridade Policial tiver ciência de que nos limites da sua circunscrição policial ocorreu um crime de ação pública incondicionada e se, sem embargo disso, não instaurar o inquérito, poderá, conforme o caso concreto, infringir o disposto no art.*

7. "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."
8. Lopes Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 184.

319 do CP, independentemente de sanção disciplinar imposta pelo seu superior, já que, nesses casos, a instauração de inquérito não constitui mera faculdade, mas sim um verdadeiro dever jurídico decorrente do princípio da obrigatoriedade do processo, que tem no inquérito sua fase informativa. *Certo que na fase policial não há processo. O inquérito é a fase preambular da ação penal. Mas, se a Autoridade Policial não investiga o fato nem procura saber quem o cometeu, dificilmente poder-se-á instaurar o processo contra o criminoso.* O Estado tem interesse irrefragável em punir todos aqueles que cometerem infrações, e, por isso, seus agentes, no campo da persecução, não podem negligenciar, pois, do contrário, conceder-se-ia à Autoridade Policial uma espécie de poder de indultar".[9]

85. A violação mencionada pelo autor diz respeito ao crime de prevaricação, cujo tipo penal prevê pena de 3 meses a 1 ano quando o funcionário público "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" (art. 319 do CP).

86. E note-se que se há obrigatoriedade de instauração da investigação, de igual forma há de nela prosseguir, ainda mais quando existem fortes indícios de autoria e evidência de materialidade.

87. O argumento encontra amplo amparo nas Cortes Judiciais. Exemplificativamente, recente decisão do STJ negou trancamento de inquérito policial por ser a conduta típica e haver presunção de autoria, determinando seguimento da investigação:

"Processual penal – *Habeas corpus* – Trancamento de inquérito – Procedimento instaurado com base em investigação deflagrada por notícia anônima de crime – Ausência de ilegalidade – Falta de justa causa não evidenciada – Constrangimento ilegal não configurado – Ordem denegada.

1. Inexiste ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações iniciadas por notícia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados (inteligência do art. 5.°, § 3.°, do CPP).

9. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 221.

2. Do mesmo modo como no trancamento de uma ação penal, o trancamento do inquérito policial também exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória.

3. Se é a conduta típica e presumidamente atribuída ao réu, havendo possibilidade de produção de mais provas, impõe-se a manutenção do inquérito policial.

4. *Ordem denegada*" (STJ, HC 106.040/SP, 6.ª T., j. 26.08.2008, rel. Min. Jane Silva, *DJe* 08.09.2008).

88. Quanto à necessidade de conclusão do inquérito policial, com *opinio delicti* da Autoridade Policial prévia a manifestação do Ministério Público, Tourinho Filho leciona que "concluídas todas as diligências, terminando, enfim, o inquérito, *deverá* a Autoridade Policial fazer um relatório, nos próprios autos, de tudo quanto houver apurado nas investigações".[10]

89. No mesmo sentido aponta Aury Lopes Jr., de que "o procedimento finalizará por meio de um relatório (art. 10, §§ 1.º e 2.º, do CPP) através do qual o delegado de polícia fará uma exposição – impessoal – do que foi investigado, remetendo-o ao foro para ser distribuído".[11]

90. Ultrapassada a fase policial, remetidos os autos ao Ministério Público e, posteriormente, ao Judiciário, existem critérios legais para que seja formulado o pedido de arquivamento e, em caso de discordância do Juiz, remessa ao Procurador de Justiça para realizar, *intra corporis*, juízo de adequação e conveniência da manifestação institucional. São eles, fundamentalmente, aqueles que dão justa causa á ação penal: prova mínima, suficiente, de materialidade e indícios de autoria.

91. Se a investigação estiver suficientemente instruída, cabe ao Promotor de Justiça oferecer a denúncia no prazo legal, sob pena, inclusive, de incorrer no crime de prevaricação, como visto anteriormente.

92. Requerendo arquivamento, se provas suficientes houver, caberá ao Judiciário realizar o controle da legalidade dos atos remetendo ao Procurador de Justiça, pois "(...) diante da nova ordem

10. Idem, p. 273.
11. Lopes Jr, Aury. Op. cit., p. 202-203.

constitucional, com a adoção do sistema acusatório, o *dominus littis* é o Ministério Público. Entretanto, ser o dono da ação penal, não significa ser o dono do mundo. Não. O Ministério Público recebe fiscalização do órgão Judiciário na formulação de sua pretensão de arquivamento".[12]

93. Inclusive porque a decisão de arquivamento é judicial: "Iniciado formalmente o inquérito policial, a teor do art. 17 do CPP, não poderá a autoridade policial arquivá-lo, pois não possui competência para isso. O arquivamento somente será decretado por decisão do juiz a pedido do Ministério Público. Não concordando com o pedido de arquivamento, caberá ao juiz aplicar o art. 28 do CPP, enviando os autos ao Procurador-Geral".[13]

94. Ademais, importante referir que, em sendo judicial, a decisão que arquiva a investigação deve estar minimamente fundamentada, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, IX, da CF/1988.[14]

95. Neste sentido, preciso ensinamento de Fauzi Choukr: "Ainda que estejamos em sede administrativa, as garantias do due processo of law podem ser inseridas, como já comentado. Por essa razão, a motivação das decisões no curso da investigação, sobretudo no ato de instauração, no indiciamento e no encerramento, é necessária".[15]

4. Conclusões

96. Nota-se, portanto, do procedimento realizado e das disposições constitucionais e legais que regulamentam a investigação policial e a propositura da ação penal, seguidas e consecutivas irregularidades por parte das autoridades administrativas (Ministério Público) e

12. Rangel, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 179.
13. Lopes Jr, Aury. Op. cit., p. 202-203.
14. "IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação."
15. Choukr, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 218.

Judiciais, motivo pelo qual o arquivamento da investigação apresentou, salvo melhor juízo, vícios que o tornam ilegítimo.

97. Outrossim, para além da finalização do procedimento com arquivamento de investigação que, segundo as regras processuais penais, deveria necessariamente ser submetida ao debate contraditório judicial perante o Tribunal do Júri – a competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, segundo determinação constitucional (art. 5.º, XXXVII, da CF/1988) –, chama atenção o excesso no transcurso de tempo e a reiteração burocrática de atos que, salvo melhor juízo, se caracterizaram como meramente protelatórios (v.g., pedidos sucessivos de prorrogação sem postulação de qualquer diligência).

98. Em que pese a necessidade de oitiva de testemunhas em outras cidades – o que efetivamente demanda distensão temporal – o período de Inquérito, desde sua instauração em 27.11.1998 até o arquivamento em 18.05.2004, ou seja, 6 anos, 6 meses e 9 dias, é absolutamente desproporcional ás necessidades de instrução. Este fato, por si só, seria suficiente para demonstrar, no mínimo, negligência por parte das autoridades responsáveis.

99. Em acréscimo ao grave fato da dilação temporal injustificável, denota-se a omissão na realização de diligências essenciais nos casos de suspeita de homicídio, que podem ser muito bem representadas pelo pedido do Ministério Público de f., realizado em 09.12.1998 e que, em quase sua integralidade, não foi cumprido.

100. Em sistemas que regular mesmo de forma menos rigorosa a atuação do Ministério Público, não há lugar para omissões na investigação de homicídio doloso quanto existente materialidade delitiva e indícios de autoria. O encerramento da investigação, da forma que foi realizada no caso, não parece ser opção com respaldo legal e constitucional.

101. Do exposto, possível apresentar algumas conclusões acerca do procedimento de investigação, do pedido ministerial e da decisão judicial:

(1) O procedimento de investigação apresenta sérias omissões que indicam, no mínimo, profunda negligência com a apuração do fato, que podem ser visualizadas no excesso de tempo e na ausência de realização de diligências essenciais;

(2) Em termos formais, o pedido de arquivamento realizado pelo Ministério Público, durante o procedimento investigativo, antes do relatório final da Autoridade Policial responsável, ocorreu com supressão da atribuição constitucional auferida à Polícia Judiciária, motivo pelo qual é irregular;

(3) Em termos substanciais, a fundamentação do pedido de arquivamento realizado pelo Ministério Público apresenta notórias carências, visto estarem presentes os requisitos constitucionais e legais para o exercício (obrigatório) da ação penal ou a continuidade da investigação, o que constitui negligência por parte do representante institucional. Ademais, o pedido é contraditório à manifestação anterior do próprio agente ministerial quando postula o indiciamento dos investigados e aponta os indícios de autoria;

(4) A decisão judicial, sob ponto de vista formal, não segue os procedimentos estabelecidos, pois, em face (a) dos elementos de prova colhidos na investigação; (b) da representação pela prisão temporária pela autoridade policial; (c) do pedido de indiciamento e da manifestação favorável do Ministério Público pela prisão, o que gerou opiniões divergentes de distintos Promotores de Justiça acerca dos indícios de autoria e em decorrência; e (d) da apropriação do Inquérito pelo Ministério Público antes do seu encerramento, deveria ser submetido o pedido ao Procurador de Justiça.

(5) Sob o aspecto substancial, a decisão judicial de arquivamento apresenta vício processual, em razão de não indicar quaisquer argumentos que justifiquem o encerramento do procedimento.

102. Por fim, uma observação parece ser necessária: praticamente na integralidade de casos semelhantes, abstraída a disputa agrária, os indiciados seriam denunciados e responderiam processo criminal perante o Tribunal do Júri. No caso, o procedimento distinto parece estar diretamente relacionado ao fato de a vítima ser integrante do MST.

103. Assim, a violação da igualdade de tratamento vislumbrada no caso (não adoção do procedimento padrão), aponta para erro injustificável no ato de o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial e o Magistrado, sem submeter o pedido às instâncias de controle do órgão, e sem qualquer motivação, deferir o pedido.

104. É o parecer.

Porto Alegre, 23 de abril de 2009.

VII

1

Sentença penal condenatória do ex-ditador uruguaio Juan María Bordaberry

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Montevideo, 09 de febrero de 2010.

Jueza Penal Dra. Mariana Motta

Sentencia n.

Vistos:

Para sentencia definitiva de 1era instancia estos autos caratulados: "Bordaberry Arocena, Juan María – Diez delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real a título de co autor" IUE 1-608/2003, seguidos con intervención de la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5.° turno, Dra. Ana María Tellechea Reck y la defensa sucesiva de particular confianza a cargo de los Dres. Diego Viana Martorell y Gastón Chavez Hontou y finalmente de la Dra. Maria Eugenia Chavez Lovera.

Resultando:

1) Actuaciones procesales

1.a) Antecedentes

Que los presentes obrados se iniciaron por la interposición de la denuncia por parte de más de 3.000 personas por considerar – relato mediante de los hechos que formularan – que el encausado cometió el delito de atentado contra la Constitución. La denuncia, a la que se le

acompañó con diversas pruebas documentales y se ofreció el diligenciamiento de otras, se presentó ante la Suprema Corte de Justicia en el mes de marzo del año 2003.

La Suprema Corte de Justicia consideró que no le competía juzgar al enjuiciado sino que tal función debía ser remitida a juzgado competente por razón de turno, ello en función a que consideró no aplicable al caso lo previsto por art. 239, n. 1, de la Carta Magna por cuanto no se trataba de un presidente en ejercicio al tiempo de la denuncia, en cuyo caso debía transitarse previamente el proceso de juicio político y asimismo han pasado mucho mas de seis meses desde ese cese para que pudiera enjuiciárselo según las normas de la Carta (arts. 93 y 172 de la Constitución) por lo que se trataba de un ciudadano sin prerrogativas de clase alguna cuya conducta debía de ser analizada por los jueces y tribunales competente en razón de turno.

La resolución fue impugnada por la defensa del enjuiciado Bordaberry desestimándose por la Corporación los recursos y manteniendo la resolución.

De acuerdo a Acordada 7018, Circulares y Acordadas complementarias y modificativas, la denuncia inicialmente presentada se derivó, en razón de turno, a conocimiento del Juzgado Letrado en lo Penal de 7.° turno, recibiendo los autos esta sede en setiembre del año 2003.

En su oportunidad, la Fiscalía actuante planteó excepción de incompetencia en tanto consideró que era la Suprema Corte de Justicia el órgano competente para entender en la denuncia planteada, argumentaciones que fueron compartidas por el titular de la sede elevando los autos a la Suprema Corte de Justicia a sus efectos.

El máximo órgano jerárquico reiteró en lo medular los fundamentos que le llevaron a emitir su primaria resolución observando a su tiempo a la sede por la dilación que la tramitación de esta excepción determinó en el proceso.

Vueltos los autos se planteó por parte de la defensa del Sr. Bordaberry, la exigencia del cumplimiento de cuestiones previas las que consideró debe dirimirse, abogando asimismo por la clausura de las actuaciones.

El Sr. Juez actuante, Dr. Pedro Hackenbruch, solicitó se le amparara en el derecho de abstención por las razones que explicitó.

En mayo del año 2004 el Tribunal de Apelaciones concedió el derecho invocado por la sede remitiéndose por ende las actuaciones a conocimiento del subrogante natural, en el caso, el similar de 6.° turno.

La titular de la sede antedicha, Dra. Fanny Cannesa, invocó igual derecho fundado en las consideraciones que detalló al Tribunal las que fueron desestimadas por éste ordenando que continuara desarrollando la competencia en subrogación asignada.

Se dio trámite a las excepciones previas planteadas.

La defensa de Bordaberry, nuevamente, planteó recurso respecto de la providencia por la cual se confería traslado de la excepción de prescripción a la Fiscalía, excepción que se encontraba incluida entre las cuestiones previas oportunamente esgrimidas por el encausado, en cuanto consideró que previamente el juzgado debía expedirse sobre la competencia de la sede. Evacuado el traslado por la Fiscalía, la sede se expidió en diciembre de 2004, haciendo lugar a la excepción de cosa juzgada y disponiendo el archivo de las actuaciones.

La sentencia interlocutoria fue recurrida por ambas partes lo que motivó un nuevo pronunciamiento de la sede actuante la cual mantuvo la providencia recurrida declarando además que operó la prescripción amparando así uno de los agravios sostenidos por la defensa.

Se franqueó la alzada para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3.° turno el que revocó la recurrida disponiendo la instrucción judicial de la denuncia.

En cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal de Alzada y habiendo sido trasladado el titular de la sede penal de 7.° turno, cesado por tanto la causal que motivara la actuación de sede subrogante, volvieron los autos a la sede originaria.

La instrucción de estas actuaciones, finalmente, se inició en abril del año 2006.

1.b) Trámite procesal

Por auto n. 2146 del 20.12.2006 (f. de pieza 7.ª) se resolvió el enjuiciamiento con prisión de Juan María Bordaberry por reiterados delitos de homicidio muy especialmente agravados en calidad de co autor.

A f. se agregó la correspondiente planilla de antecedentes judiciales expedidas por el Instituto Técnico Forense, donde se registra un causa anterior bajo la imputación de co autoría de cuatro delitos de homicidio muy especialmente agravados, dictado por la sede homóloga de 11.° turno, juicio en el cual, al dictado de la presente, aún cumple prisión preventiva.

El auto de procesamiento fue apelado tanto por la defensa como por la Fiscalía resultando confirmado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3.° turno.

En fecha 05.07.2008 se pusieron los autos de manifiesto donde la defensa no reclamó el diligenciamiento de nuevas pruebas. El Ministerio Público tampoco solicitó prueba en ocasión de recibir los autos por art. 165 C.P.P.

En fecha 13 de mayo del presente año se confirió traslado al Ministerio Público a los efectos que dedujera demanda acusatoria o presentara el sobreseimiento formulando acusación la que fue glosada a f. donde reclama la condena del encausado por el delito de atentado contra la Constitución en calidad de autor en reiteración real con nueve delitos de desaparición forzada y dos delitos de homicidio muy especialmente agravados en calidad de co autor (art. 18, 54, 60, 61, 132, n. 6, 310 y 312, ns. 1 y 5 del C.P.).

Computa como atenuante genérica, en vía analógica, la confesión.

Como agravantes, las genéricas de la alevosía, el abuso de la fuerza y el abuso de autoridad, así como el causar males innecesarios.

Conferido traslado, la defensa lo contestó reclamando la apertura de la causa a prueba peticionando se reciba la que describe en el libelo.

La sede desestimó la prueba peticionada en tanto la mayor parte de la misma había sido ya diligenciada en autos en tanto otras se consideraron inconducentes, convocándose en consecuencia las partes para sentencia subiendo estos autos a tales efectos el 16 de diciembre pasado.

Esta sede asumió la titularidad del juzgado en el cual se tramita este expediente en marzo del pasado año, cuando la causa ya había pasado por art. 165 del C.P.P. a la Fiscalía.

2) Los hechos y su prueba

Que el encausado, Juan María Bordaberry Arocena, asumió la presidencia de la República Oriental del Uruguay en marzo del año 1972, luego de haber triunfado en las elecciones nacionales celebradas en noviembre de 1971.

El país en ese tiempo estaba inmerso en conflictos de diversa índole, originados en la crisis económica que se iniciara en la década del sesenta, por múltiples factores nacionales e internacionales, crisis que posteriormente dio lugar a un descaecimiento social y por añadidura también político. Estos procesos de desmoronamiento dieron paso a movilizaciones sociales (conflictos laborales, paros, huelgas etc.) que no pudieron ser canalizadas por los partidos políticos, desmembrados por divergencias internas que los hacían inviables para representar las demandas de la población.

El gobierno de la época enfrentaba las numerosas movilizaciones mediante la aplicación de medidas prontas de seguridad, instrumento constitucional de aplicación excepcional pero al que se recurrió en junio de 1968 y luego en forma continua avalada por el Parlamento, expresa o implícitamente o incluso en contra de éste, prolongándose por espacio de unos tres años. Las medidas no siempre estuvieron fundadas en las razones excepcionales habilitantes de la Constitución (casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior) y su aplicación limitaba en forma indeterminada el derecho de huelga, la libertad de expresión, las garantías individuales (inviolabilidad de domicilio, recurso de habeas corpus) así como la autonomía de los entes de enseñanzas, etc. Al amparo de éstas medidas el Poder Ejecutivo incursionó en temas de competencia legislativa prescindiendo del Parlamento y efectuaba acciones sin anuencia del Poder judicial.

Las citadas medidas tensionaron aún más la inquietante situación social y los enfrentamientos entre los sindicatos y el gobierno se multiplicaron.

La coyuntura nacional relatada favoreció la generación y desarrollo de la guerrilla urbana, liderada por el Movimiento de Liberación Nacional –Tupamaros– que desplegó acciones de denuncia primero para luego avanzar hacia acciones armadas provocando secuestros de personajes públicos y muerte de varios funcionarios policiales de altos cargos.

La represión se desplegó con las posibilidades que le daba las medidas antedichas así como la suspensión de las garantías individuales. A partir del año 1971 esta represión se llevaba a cabo por parte de las denominadas Fuerzas Conjuntas (Fuerzas Armadas asociadas con la Policía, con el cometido de la lucha contra la subversión).

En esta situación se sucedieron detenciones masivas de personas, apremios físicos y muertes, situaciones que eran duramente cuestionadas por el Parlamento pero sin que se lograra por parte de éste dar una nueva dirección a la ola de violencia cada vez más creciente.

Paralelamente, surgen grupos parapoliciales, como el Escuadrón de la Muerte o el Escuadrón Caza Tupamaros, que realizan atentados, amenazas de muerte, etc. respecto de los denominados sediciosos o familiares de éstos.

En ese estado de conmoción asume el encausado la Presidencia de la República, sucediendo así a Jorge Pacheco Areco, representante del mismo partido político que el enjuiciado.

El 14.04.1972 se aprueba por el Parlamento el estado de guerra interno, como respuesta a una última acción del MLN-T donde mueren cuatro integrantes del Escuadrón de la Muerte.

El estado de guerra interno, que de acuerdo a la Constitución, habilitaba la defensa del territorio invadido –en un supuesto de guerra internacional– fue aplicado en realidad para atribuir competencia a la justicia militar a fin de juzgar a civiles y excluir a la justicia ordinaria de su competencia natural.

En ese marco se produjeron allanamientos y detenciones masivos en todo el territorio de la República y se continuaron las muertes en enfrentamientos callejeros y también a raíz de torturas.

En julio de 1972, el Poder Ejecutivo envía un proyecto de ley al Parlamento el cual, luego de menores modificaciones, se aprueba; es la ley de seguridad del Estado– n. 14.068– donde se le daba competencia a la justicia militar para entender en delitos como atentado contra la Constitución, se consideraba inaplicable el recurso de habeas corpus habida cuenta del estado de excepción en que se encontraba el país, se coartaba a la prensa el derecho de informar sobre los delitos referidos a la subversión autorizándose exclusivamente los comunicados oficiales, se reducía la edad de imputabilidad para los delitos que pasaban a la órbita militar, fijándose en 16 años, se habilitaba la revisión de

causas ya tramitadas ante la justicia ordinaria. En suma, se transfería la función jurisdiccional desde la justicia ordinaria hacia la justicia militar dándole a ésta amplias facultades.

Entre abril y noviembre del año 1972 las Fuerzas Conjuntas lanzaron una ofensiva total contra el MLN-T– deteniendo a militantes, incautándoles armamento y municiones, descubriendo las llamadas "cárceles del pueblo" y los diversos escondites "tatuceras" distribuidos por distintos sitios del país. Se apresó a la dirigencia del movimiento guerrillero y se sometió a todos los detenidos a la justicia militar.

En agosto de 1972 se derrotó definitivamente a la guerrilla urbana.

El Parlamento advierte la creciente intromisión militar lo que resulta demostrado con el cuestionamiento que le efectúa el Ejército y la Fuerza Aérea al Presidente ante el nombramiento del ministro de Defensa, sacando, el 09.02.1973, los tanques a la calle en señal de disconformidad con dicha designación. La decisión presidencial solo es respaldada por la Armada. El presidente convoca a la ciudadanía a defender las instituciones pero solo se reúnen unas pocas personas. El Parlamento, en tanto, no logra suspender su receso. Ante ello, el ministro designado renuncia.

En esa misma fecha de febrero, se producen los comunicados n. 7 por parte de las Fuerzas Armadas donde se exponían los problemas económicos y sociales que aquejaban al país y se ensayaban posibles soluciones.

Ante la situación de tensión, el 13 de febrero, Bordaberry se reunió con la jerarquía castrense, en lo que se llamó el pacto de Boiso Lanza resultando en el establecimiento de la hegemonía militar por sobre el poder político, la incorporación de los militares al gobierno. Se determinaron las medidas a adoptar en el plano económico y social y se establecieron los mecanismos de control de la administración pública en sus diferentes reparticiones. Se creó el Cosena –Consejo de seguridad nacional, integrado por el Presidente y los ministros de Economía, Interior, Defensa, Relaciones Exteriores, el director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, y los comandantes en jefe de las tres armas y el jefe del Estado Mayor Conjunto. La secretaría permanente estaba a cargo de la denominada Esmaco– Estado mayor conjunto.

El Parlamento, cada vez con menos poder y en una relación muy tensa con el Poder Ejecutivo, deniega el pedido de desafuero del senador Enrique Erro, solicitada por el Ejecutivo, en tanto se le acusaba a dicho legislador de mantener vínculos con el MLN-T.

En la madrugada del día 27.06.1973 y mientras en la calle se observaba un gran despliegue militar con presencia de éstos en diversos puntos de la capital e interior y monopolizando los medios de comunicación, se difundió el texto del decreto n. 464/73. En el mismo, se disolvían las Cámaras, se creaba un Consejo de Estado cuyos miembros serían designados por el Poder Ejecutivo con las funciones específicas de la Asamblea General. Este Consejo debía controlar al Poder Ejecutivo en el respeto de los derechos individuales de la persona humana y con la sumisión de dicho Poder a las normas constitucionales y legales.

Se prohibía además en el referido Decreto atribuir a éste propósitos dictatoriales al Poder Ejecutivo negando asimismo la posibilidad de divulgación por prensa oral, escrita o televisada de todo tipo de información, comentario o grabación con comentarios en el sentido antes referido.

En el mismo día, por Dec. 465/973 se crearon las Juntas de Vecinos en cada departamento que sustituían las Juntas Departamentales. El cometido de las nuevas juntas era similar al del Consejo de Estado creado a nivel de gobierno central.

Esta situación provoca la convocatoria por parte de la CNT a una huelga general que dura quince días, Se decreta la ilegalidad de la Central de trabajadores y se dispone la detención de sus dirigentes.

Se producen detenciones masivas y –ante las ocupaciones de los lugares de trabajo por los trabajadores– sus desalojos; los despidos en empresas privadas y sumarios en sector público. Se ilegalizaron organizaciones políticas y gremiales, se clausuraron órganos de prensa, se interviene la Universidad de la República y se modifican los antiguos planes de estudio; se exige a los docentes que suscriban una declaración de fe democrática como condición para continuar trabajando. La alta cantidad de personas detenidas, en su mayoría militantes sindicales y estudiantes, obliga a habilitar lugares de reclusión tales como el Cilindro municipal y el establecimiento del Frigorífico del Cerro.

Comienza un proceso de exilio, miles de personas se van del país motivadas en la falta de trabajo o en la persecución política.

Las personas detenidas permanecían por tiempo indeterminado en los lugares de detención sin enterar a juez (militar de acuerdo a la ley de seguridad nacional) en los plazos constitucionales siendo llevados varias semanas o meses después ante la sede judicial. No se informaba a los familiares las causas de la detención ni el lugar adonde eran llevados por lo que ubicar el paradero del detenido era resultado de un peregrinar por diversos centros de detención. En su inmensa mayoría, los detenidos eran sometidos a crueles torturas y apremios físicos de diversa índole lo que les producían graves y gravísimas lesiones a consecuencia de las cuales muchos fallecieron siendo algunos cuerpos – los menos– entregados a sus familiares en el ataúd con la prohibición de abrirlo y otros detenidos fueron desaparecidos no informándose del lugar de reclusión ni dar, la autoridad a cargo del centro de detención ni otras jerarquías militares, información alguna de su suerte.

En el período comprendido entre el año 1972 y 1974 se produjo el 48% de las detenciones de personas por razones políticas y entre el año 1975 y el año 1977 se encarceló a un 32% de los uruguayos por iguales motivos.

También fue el período en que se produjeron la mayor cantidad de desapariciones y de muertes tanto en enfrentamientos como en los lugares de detención.

En informe de Amnistía Internacional practicado luego de su visita a Uruguay en el año 1974 se concluyó que los detenidos políticos carecían de protección legal siendo sistemáticamente torturados luego de su detención. Esta circunstancia fue puesta en conocimiento de las autoridades uruguayas efectuando recomendaciones respecto a mejorar las medidas legales a aplicar así como evitar los malos tratos. El informe refiere además que la situación de los detenidos, lejos de mejorar con relación a la visita efectuada un año atrás, ha empeorado. En el año 1976, la organización internacional antes mencionada refiere que, a diciembre de 1975, "uno de cada 500 ciudadanos se encontraba en detención política y un promedio de 1 cada 50 ciudadanos había sufrido interrogatorios o detención transitoria en los últimos años, por lo tanto Uruguay tiene el índice más alto de prisioneros políticos *per capita* de América Latina". Asimismo, se consigna que el empleo de la

tortura se transformó en método rutinario tratándose de prisioneros políticos, con variaciones cada vez más brutales llevando a un elevado número de muertos por torturas. De tales constataciones Amnistía Internacional informa al encausado reclamándole que adoptara las medidas necesarias para hacer cesar tales atropellos y se les brindara protección a los detenidos sin que el enjuiciado hubiera llevado adelante acción alguna para investigar las denuncias y actuar en consecuencia o para evitar los inhumanos tratos reportados.

Las sucesivas dictaduras implantadas en los países vecinos, favoreció la expansión de la represión de los ciudadanos uruguayos que se habían refugiado de dichos países. Así, se reportaron detenciones de uruguayos en Argentina, Chile, Brasil y Paraguay, los cuales en algunos casos fueron luego trasladados al Uruguay, en lo que luego se reconoció como vuelos clandestinos o fueron muertos o desaparecidos en dichos países siempre con anuencia o asistencia de militares uruguayos.

Aún antes de producirse el golpe de estado en la República Argentina, se realizaban coordinaciones entre los aparatos represores produciéndose vigilancias de personas y detenciones. Tal el caso de los secuestros del presidente de la Cámara de Representantes, el diputado Héctor Gutiérrez Ruiz y del senador Zelmar Michelini así como del matrimonio compuesto por Rosario Barredo y William Whitelaw, militantes del MLN-T, ocurrido en mayo de 1976, los que aparecen días después, el 21 de mayo, asesinados en Buenos Aires, donde vivían a partir de haber abandonado el país por la situación imperante.

La coordinación entre los mandos militares de los países se fue perfeccionando a lo largo de los años, pudiendo considerarse que se inició en los primeros años de la década del setenta llegando a adquirir forma orgánica en el año 1975 donde se conforma el llamado "Plan Cóndor" con la participación activa de Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay. Por este medio, se intercambiaba información respecto a la presencia de los sujetos que consideraban los diversos países eran sediciosos y se procedía a su detención dando cuenta al país de donde era nacional el detenido para su posterior entrega o acaso para que, militares del país interesado procedieran al interrogatorio del individuo decidiendo luego su suerte –detención, muerte, desaparición, traslado–.

Si bien la censura a que era sometida la prensa no permitía a la población en general conocer las circunstancias de la muerte, los padecimientos sufridos en la tortura, los lugares en que fueron alojadas, la conculcación de los elementales derechos de defensa y de debido proceso, no ocurría lo mismo con el enjuiciado quien ocupando su cargo de Presidente podía tener acceso a la información antes señalada.

Pero además, reiteradamente organismos internacionales informaban de la situación a que estaban sometidos los presos y la población en general, así el Sijau (Secretariado Internacional por Amnistía en Uruguay, conformado por profesionales de diversos países que recibían las denuncias de exiliados y de ex presos políticos), Amnistía Internacional y la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos quien, en forma periódica requería información del grado de protección de los derechos humanos en el país recibiendo asimismo numerosas denuncias de familiares de víctimas y solicitando al gobierno se diera una respuesta a las mismas. Asimismo, diversos países extranjeros reclamaban al gobierno el respeto de los derechos humanos, la liberación de los presos políticos, la atención médica de los mismos, la realización de juicios que garantizaran sus derechos de defensa, la ubicación del paradero de las personas desaparecidas etc.

En consecuencia, el enjuiciado conocía la situación de vulneración de los derechos individuales de sus conciudadanos, por orden de qué agentes del Estado se ejecutaba y de qué forma y con qué finalidad se llevaba a cabo lo que resultó ser una práctica sistemática.

En dicho período se produjo la detención de *José Arpino Vega*, en el Depto. de San José, el 18.04.1974 falleciendo en el centro de detención –Base de la Fuerza Aérea Boiso Lanza, en Montevideo– sin que el cuerpo ni las circunstancias de su muerte se le hubieran informado a su familia.

El 5 de mayo del mismo año detienen a *Eduardo Pérez Silveira*, en Montevideo, siendo trasladado al local del Grupo de Artillería n. 1, sufriendo igual suerte que el antes mencionado no ubicándose ni informándose de su paradero. Se recibieron varios testimonios que afirman que fue víctima de reiterados apremios físicos los que presumiblemente derivaron en su fallecimiento.

Luis Eduardo González González fue detenido junto a su esposa, Elena Zaffoni, el 13.12.1974 y trasladados ambos al Regimiento 6.° de

Caballería. Luego son separados. González fue sometido a reiteradas y graves torturas algunas de las cuales fueron presenciadas por su esposa así como también el lastimoso estado en que lo había dejado la tortura infringida. Luego, no supo más de su esposo habiendo preguntado en reiteradas ocasiones a diversos jerarcas militares acerca del mismo los que le aseguraron que "nunca iba a saber lo que pasó". A la fecha no se ha logrado determinar la ubicación de sus restos o de su paradero.

A Eduardo Bleier Horovitz lo detuvieron el 29.10.1975 y lo mantuvieron recluido en una casa situada en Rambla Rca de México en Punta Gorda conocida como "300 Carlos". Dicha finca había sido incautada a un integrante del MLN-T tiempo atrás por parte de las Fuerzas Conjuntas y utilizada como centro de detención y de interrogatorios con los métodos de tortura que se aplicaban a los detenidos.

Luego fue trasladado al Servicio de Material y Armamento donde permaneció por varios meses. En diciembre debió ser trasladado al Hospital Militar debido a las graves lesiones producidas por la tortura para regresar pocos días después al centro de detención premencionado. Varios testigos dan cuenta de haber compartido el lugar de detención e informan del estado deplorable de salud a consecuencia del trato dado a Bleier. Se estima que falleció por causa de la tortura no aportándose información de las circunstancias de su muerte ni donde fueron depositados sus restos.

El 30 de octubre de 1975, fue detenido *Juan Manuel Brieba*, junto a su madre, Elisa Brieba, siendo recluidos en un lugar del que no se puede afirmar con exactitud pero era una unidad del Ejército. Allí, luego de dos días, es liberada la madre, con el dinero para regresar en ómnibus a su casa. Nunca más supo de su hijo de quien solicitó información en diversas reparticiones militares. A su regreso a su casa, la habían dañado totalmente y sustraído todo su mobiliario.

A la casa de *Fernando Miranda Pérez* concurrieron integrantes de las Fuerzas Conjuntas, buscándolo, el 30.11.1975. La familia, su esposa y sus dos hijos vieron cuando lo llevaron. Según informaciones recibidas por integrantes de la familia se presume que recibió un golpe de karate ocasionándole desvanecimiento del que no logró recuperarse

falleciendo antes de cumplirse las cuarenta y ocho horas de su detención. Otras informaciones refieren que muere en la tortura, cuando le aplicaban "submarino".

De igual manera que en múltiples casos de desapariciones se informó que su cuerpo fue sepultado y luego exhumado incinerándolo y esparciendo sus cenizas en el Río de la Plata.

Sin embargo, la mendacidad de esta información quedó al descubierto cuando fue hallado su cadáver luego de excavaciones practicadas en predio del batallón n. 13. Estudios de ADN confirmaron la identidad de los restos descubiertos.

A *Carlos Arévalo Arispe* lo detuvieron el 15.12.1975, junto a su hijo y a un nieto menor de edad que luego es liberado. Su hijo, puesto en libertad al día siguiente, consigna que su padre fue llevado al lugar donde se ubica el Servicio de Material y Armamento del Ejército. Según información recabada por los familiares, murió en tortura, a consecuencia de un ataque cardíaco. El cuerpo de Arévalo no fue entregado a sus familiares ni se les informó de las circunstancias de su detención.

En la madrugada del día 16 de diciembre de 1975, desde su domicilio y con la presencia de su esposa y de su hija, se llevaron detenido a *Julio Gerardo Correa Rodríguez* trasladándolo hacia el centro de detención que oficiaba en el Servicio de Material y Armamentos. Sometido a torturas, se presume falleció a consecuencia de falla cardíaca a dos días de su detención. Su cuerpo nunca fue entregado a sus familiares ni se les informó el destino del mismo.

En fecha 17.12.1975, llegaron integrantes de las Fuerzas Conjuntas a la casa de *Otermín Montes de Oca Domenech*, donde vivía con su familia y donde también tenía un taller donde fabricaba cepillos. Se llevaron a Montes de Oca hasta el Batallón de Infantería n. 13. En la casa permanecieron por espacio de tres días los efectivos militares impidiendo a la familia y a dos dependientes del taller abandonar el lugar y mediante amenazas con armas de fuego les indicaban que dijeran a las personas que concurrían a la casa que no podían atenderlos. Destrozaron toda la casa y finalmente se retiraron. Del destino de Montes de Oca no recibieron ninguna información. Se presume que falleció por la tortura infringida escasos días después de su detención.

Horacio Gelós Bonilla vivía en Maldonado y fue detenido en la vía pública el 02.01.1976 siendo trasladado al Cuartelillo de Maldonado.

Varios testigos, que compartieron el lugar de detención y fueron sometidos a tortura, afirmaron que pudieron identificar a Gelós Bonilla como uno de los detenidos y a quien le torturaron reiteradamente confirmando que falleció a causa de las lesiones que le produjeron. Como en los otros casos relatados, nunca se informó las circunstancias de su muerte ni se dio dato alguno del lugar donde lo enterraron que permitiera corroborar lo afirmado.

Ubagesner Chavez Sosa vivía con su esposa y su pequeña hija hasta que, en el año 1976, sabiendo que lo buscaban, pasó a vivir con un amigo, Oscar Lasserra, concurriendo en ocasiones a ver a su familia. El día 28 de mayo, es detenido en la vía pública, en las inmediaciones de su hogar adonde se dirigía para llevar un regalo de cumpleaños a su hija. Sus captores, hombres de civil que se identificaron como pertenecientes a las Fuerzas Conjuntas, lo llevaron detenido hasta la base aérea Boiso Lanza. Allí lo vio su esposa, Isidora Musco, cuando ella misma es detenida y puede observar a su esposo en lastimoso estado que le dificultaba sostenerse en pie. Ella es liberada y una semana después llegan militares a su casa buscándolo a lo que ella responde que Chavez estaba detenido desde el 28 de mayo. Sin embargo, se informó que había fugado del lugar de detención. Los testigos que declararon en autos afirmaron que Chávez falleció a consecuencia de las torturas infringidas. El testigo G. Barrios, que compartió la celda con U. Chávez le ve, luego de la tortura a la que los sometían alternativamente que comienza a respirar con dificultad hasta que en cierto momento dice "por amor a mi partido, a mi mujer y a mi hija" y deja de respirar. Era la noche del 10 u 11 de junio y ante los gritos de Barrios acuden oficiales que retiraran el cuerpo de Chávez llamando al médico quien confirma "sí, efectivamente es el corazón". Luego los militares de la unidad dieron la versión a los demás detenidos que Ubagesner Chávez se había escapado, situación absolutamente imposible atento al deplorable estado que presentaba.

Ante el requerimiento del lugar de ubicación de sus restos se informó, años después, que había sido enterrado en un lugar inespecífico y luego exhumado su cadáver, en 1984, e incinerado tirándose al Río de la Plata sus cenizas.

La falsedad de esta versión quedó de manifiesto cuando sus restos óseos fueron ubicados en las excavaciones practicadas en una chacra situada en jurisdicción de Pando y que estaba en custodia de la Fuerza Aérea.

Su identidad fue confirmada con los respectivos estudios de ADN.

Todos los detenidos referidos lo fueron en razón de pertenecer a grupos políticos que fueran declarados ilegales por decreto dictado el 28.11.1973 o eran dirigentes de la también disuelta Convención Nacional de Trabajadores. No obstante, aún antes de tal resolución, habían sido ya detenidos numerosas personas afiliadas a las agrupaciones políticas o trabajadoras luego ilegalizadas.

Los captores pertenecían todos a las Fuerzas Conjuntas actuando a veces uniformados y otras veces con vestimenta particular, no obstante, se verifica que respondían todos a las mismas directivas al proceder en similar forma en cuanto a la detención y posterior desarrollo de la misma. Generalmente se identificaban como pertenecientes a dicha fuerza estatal y encapuchaban a la víctima a la que trasladaban en diversos vehículos a los diferentes centros de detención. El detenido permanecía invariablemente encapuchado durante los interrogatorios, la tortura y en el lapso en que permanecían en las celdas, razón por la cual ha resultado dificultosa la identificación por parte de los testigos de los lugares de detención así como de las demás personas que permanecían detenidas no obstante lo cual se lograban los reconocimientos de las demás víctimas a partir de las voces o pequeñas instancias de visión del entorno en las pocas ocasiones en que los vendajes de los ojos o la capucha les permitían ver. Agregada a la imposibilidad de ver y ser informado del lugar e identidades de quienes oficiaban como sus captores y de las demás personas detenidas, al momento de ser detenidos se les confería un número por lo cual dejaban de utilizar la identidad pasando a ser representados e invocados por el número asignado.

La prueba de los hechos historiados se integra con testimonios brindados por familiares y testigos: ex presos políticos, periodistas, militares etc., actuaciones tramitadas ante otras sedes judiciales referentes al hallazgo de los restos de Ubagesner Chavez y de Fernando Miranda así como los autos tramitados ante el Jdo Ltdo de Maldonado respecto de la muerte de Gelós Bonilla, actas de la Comisión

Investigadora del Parlamento, informe de la Comisión para la Paz, numerosos documentos incorporados a la causa: informes de CIDH, documentos desclasificados pertenecientes a diversas reparticiones del Ministerio del Interior y del Ministerio de Relaciones Exteriores así como del Parlamento, sentencias extranjeras, publicaciones de prensa de la época, etc., libros con relatos históricos de los hechos acaecidos, declaración del enjuiciado, así como demás resultancias de autos.

3) De la acusación y la defensa

La Sra. Representante del Ministerio Público y Fiscal, de acuerdo a los hechos dados por probados en autos, consideró reunida la prueba suficiente para solicitar la condena de Juan María Bordaberry Arocena por la comisión de un delito de atentado contra la constitución, en calidad de autor y en reiteración real con nueve delitos de desaparición forzada y dos delitos de homicidio muy especialmente agravados, en calidad de co autor ello por haber ajustado sus acciones a lo dispuesto por los arts. 54, 60, 61, 132 n. 6, 312 ns. 1 y 5 del C. P.

Computa como atenuante la genérica de la confesión respecto del delito de atentado contra la constitución y como agravantes, en relación a las demás figuras imputadas, la alevosía, la grave sevicia y que el hecho se haya realizado para suprimir los indicios o pruebas de otro delito.

La defensa controvirtió la demanda acusatoria alegando la prescripción de los delitos imputados agregando que aún cuando se le pretenda dar el carácter de delito de lesa humanidad a los homicidios imputados, la Ley 18.026 que consagra tal carácter establece que no es retroactiva.

Si se considerara que fuera de aplicación el art. 123 del C.P. que aumenta en un tercio el lapso de prescripción, ello no puede ser aplicable, agrega la defensa, a su defendido dado que, según dice, debe valorarse los hechos enjuiciados en el contexto histórico en que se dieron y concluye que el encausado no se revela como una persona que repetiría tales actuaciones en el futuro dado que su accionar debe entenderse en el tiempo en que fueron cometidos los actos relevados descartando así el carácter peligroso que habilitaría el aumento señalado por la norma.

Reitera la argumentación que sustentara a lo largo del juicio en cuanto a que Bordaberry no tuvo participación en los hechos que se le

imputan. No tuvo injerencia en las decisiones emanadas de un poder instalado, según refiere, a partir del 09.02.1973 cuando las FFAA tomaron por sí y bajo su propia responsabilidad la conducción de la lucha contra la subversión. Considera que su defendido no tuvo el "control efectivo" de los hechos.

Alega que, de acuerdo a los testimonios recibidos, no surge que se le haya informado al presidente las acciones de los militares –en cuanto al trato brindado a los detenidos– ni que hubieran matado, torturado o desaparecido a alguien. Se detiene en considerar que ningún declarante afirmó que se le haya dado noticia a Bordaberry de tales hechos, no se encuentra documento alguno que así lo demuestre y solo se maneja la afirmación en rumores o en afirmaciones consignadas en libros a los que le resta valor probatorio.

Finalmente, respecto de los testimonios que afirman que se le informó concretamente a Bordaberry de los atropellos que se cometían, el encausado los niega.

Realiza finalmente un relato de las acciones del movimiento guerrillero para explicar las medidas adoptadas por el gobierno y algunas antes que éste estuviera instalado, a fin de reprimir el accionar del MLN.

Analiza la existencia del Plan Cóndor y reitera la falta de conocimiento y de involucramiento del enjuiciado.

Señala que la coordinación con Argentina era una medida explicable dada la situación de guerrilla que imperaba en ambos países y que aún hoy se coordinan actividades.

Refiere que el estado de guerra interno y la competencia de la justicia militar para juzgar determinados delitos había sido decidido antes del gobierno de su defendido, avalado por el Parlamento. En esa época ya denunciaban excesos –torturas, muertes, etc.– por lo que el Dec. dictado el 27.06.1973 fue "sustancialmente inerte" respecto de la situación anterior como también lo fueron los diversos decretos posteriores donde se suprimió la libertad de prensa, de los partidos políticos y de las organizaciones sindicales. Concluye que tales actos no derivaron por sí en los excesos denunciados sino que estos ya preexistían.

Finalmente, efectúa largas consideraciones respecto a la participación atribuida de co autoría, desestimando la misma. Realiza consideraciones respecto de las imputadas desapariciones forzadas discrepando con las razones jurídicas desarrolladas por la Fiscalía.

Pide la apertura a prueba y finalmente la absolución de su defendido.

Las probanzas que presentó la defensa, la mayoría ya fue diligenciada en autos en tanto otras no se explicitaba la pertinencia de la misma en la causa por lo cual se rechazó in totum convocándose para sentencia.

Considerando:

Excepción previa de prescripción

Que respecto de la excepción de prescripción alegada por la defensa, respecto del delito de atentado contra la Constitución, esta sede, difiriendo con la posición sustentada por la anterior titular, considera que no puede ampararse.

Ha de partirse, a los efectos del análisis del instituto, de considerar que no puede computarse el período transcurrido entre el año 1973 a 1985. Ello por cuanto, como ya fuera expuesto por el Prof. Gelsi Bidart en lo que refiere a la aplicación de la caducidad– instituto que se rige por los mismos principios que la opuesta prescripción– y cuyos conceptos se comparten *in totum*, que *"para la aplicación efectiva de esa caducidad y/o de cualquier instituto jurídico"* debe partirse del supuesto de *"funcionamiento del Estado de Derecho, supuesto que no se dio entre 1973 y 1985. La disposición legal aplicable se basa en el art. 72 de la Constitución, puesto que el ejercicio procesal de la acción es una garantía esencial, una garantía "humana", es decir, de los derechos humanos y de los restantes, garantía que estuvo cercenada durante el régimen de facto. El C.P.C. enuncia un principio –que es el de la fuerza mayor – aplicable al caso y que expresamente se indica en el art. 321: al impedido por justa causa no le corre término, ni se considera rebelde para tenerse por contestada la demanda"* –hoy plasmado en art. 98 del C.G.P.– *"Se trata de una 'justa causa' que impidió ejercer la acción y por ende no corrió el plazo de caducidad cuatrienal hasta después de su cese"* (sentencia n. 334 del TAC 3.º turno del 13.11.1989, copia glosada a f. – 1.ª pieza). De idéntica forma ha de razonarse respecto del transcurso del plazo de prescripción, no habiéndose verificado el funcionamiento del estado de

derecho en el lapso comprendido entre el año 1973 a 1985, período en el cual el Poder Judicial se vio privado de sus características esenciales para que pudiera cumplir su función, ello al ser sometido al Poder Ejecutivo, cesándose a varios magistrados cuyas resoluciones eran contrarias a la filosofía imperante dejando en disponibilidad a todos los demás, desoyendo y desobedeciendo abiertamente las disposiciones dictadas por los jueces cuando ello fuera contrario a los intereses del gobierno de facto, etc. En suma, privado de autonomía funcional, de imparcialidad y de garantía de cumplimiento de sus decisiones, en estas condiciones, cualquier planteo que cuestionara las acciones del gobierno imperante era absolutamente previsible que fuera desestimado. No siendo posible en consecuencia garantizar el desarrollo de un juicio bajo las garantías del debido proceso, el transcurso del plazo de prescripción no podrá considerarse en tanto las circunstancias adversas anotadas deben considerarse como justa causa referida por el art. 98 del C.G.P. Finalizada la dictadura, reinstalados los poderes del Estado y en el ejercicio de sus funciones corresponde comenzar a contabilizar los plazos a partir de ese momento, esto es, desde el 01.03.1985.

Ese lapso de prescripción, que comenzó a correr en la fecha antedicha, se interrumpió con la interposición de la denuncia, planteada ante la SCJ el 19.11.2002 por los denunciantes.

La sede comparte la interpretación que formula el Profesor Miguel Langón del art. 120 del C.P. La norma refiere que "el término" (en realidad el plazo, dado que *término* se refiere al momento de inicio y de finalización del plazo), "de la acción penal" (estrictamente debió decirse delito por cuanto no se refiere a la prescripción del proceso sino del delito y como consecuencia de ésta deviene la caducidad de la acción punitiva), "se interrumpe por la orden judicial de arresto, empezando a correr de nuevo, desde que el proceso se paraliza. En los delitos en que no procede el arresto, el término se interrumpe por la simple interposición de la denuncia".

Señala Langón que cuando la ley refiere a delitos en que no procede el arresto no solo alude a aquellos que se persiguen a instancia de parte, donde la denuncia es requisito de procedibilidad, sino también en los casos de no flagrancia, aquellos casos en que no existiendo elementos de convicción suficiente que habilite disponer la prisión, requiere previamente que se dé conocimiento a la justicia de un hecho

de apariencia delictiva – *notitia criminis*. (*Código Penal comentado sistematizado y anotado*, t. I, p. 389-390) La interpretación que realiza el citado autor tiene sentido desde que contempla situaciones como las que menciona, donde por ejemplo tratándose de un delito en que procede el arresto el mismo no se dispone por carecer, al tiempo de la noticia criminis, de elementos de prueba suficiente para, precisamente, ordenar la detención. En ese sentido, habiéndose presentado la denuncia dentro del plazo, debe entenderse que el denunciante tiene interés en que los hechos se investiguen y el lapso que le irrogue a la sede reunir la prueba para, en función a ésta decidir, no puede computarse en perjuicio del denunciante, ello sería someter al denunciante a los avatares procesales que no dependen de su accionar y respecto de los cuales nada puede hacer.

El delito de atentado contra la Constitución prevé una pena que parte de un mínimo de diez años de penitenciaría pudiendo alcanzar hasta treinta años.

Atendiendo a tales guarismos, el lapso de prescripción, en aplicación del art. 117 del C.P., la prescripción operaría a los 20 años. Habiendo principiado el plazo de prescripción en marzo del año 1985, los veinte años se cumplían en igual mes del año 2005.

Ahora bien, la prueba necesaria para alcanzar los "elementos de convicción suficiente" a fin de decidir el procesamiento bajo tal imputación era sencilla, bastaba analizar el alcance del Dec. n. 464 del 27.06.1973 e indagar al encausado respecto a la motivación de tal acto. Sin embargo, las actuaciones judiciales se extendieron mucho mas allá que el plazo razonable para verificar si Bordaberry había o no atentado contra la Constitución. Se discutió la competencia de la Suprema Corte de Justicia para conocer en la denuncia presentada. Se sucedieron recursos respecto a lo decidido por el máximo órgano jerárquico. Luego, estando las actuaciones en sede letrada, hubo de transitarse por las abstenciones de los diversos jerarcas y otros recursos planteados con su consiguiente tramitación de recurso de alzada. Puede verse que el plazo de prescripción operó cuando aún no se había iniciado la instrucción de la denuncia, lo que recién se inicia en el año 2006, esto es, cuatro años después de presentada la denuncia.

En el auto de enjuiciamiento se rechazó la posición de M. Langón en tanto se consideró que, de admitirse el criterio por éste sustentado,

se estaría dejando en manos de la autoridad judicial el establecer, en los hechos, el período prescriptivo, creándose una situación de inseguridad jurídica, ello desde que queda en la sede determinar cuándo alcanza a reunir los elementos de convicción suficiente para disponer el arresto, pero cabe preguntarse, acaso no fue lo que ocurrió al tramitarse diversos recursos sin dar inicio en ningún momento a la instrucción? No quedó en manos de la autoridad judicial el inicio de la instrucción determinando su investigación años después de planteada la denuncia?. Pero esta situación no cambia la calidad de noticia criminal de la denuncia, y tampoco modifica la procedencia del arresto a poco de analizar si el denunciado era quien, elementos de convicción suficientes mediante, habría cometido el ilícito denunciado. Es decir, que no se haya dispuesto el arresto no transforma la calidad de la denuncia ni la gravedad del delito manteniéndose incólume la interpretación que formula el Prof. M. Langón del art. 120 del C.P.

La dicente no considera que tal interpretación crea una situación de inseguridad jurídica sino, precisamente, lo contrario, en tanto que la instrucción y la reunión de la prueba es el supuesto básico de un eventual enjuiciamiento sobre elementos determinantes del acaecimiento de un hecho y de la participación del enjuiciado en el mismo, garantizando los derechos de producción de prueba para arribar a tal conclusión contemplando la igualdad procesal de las partes –art. 113 del C.P.P.

Sostener que el art. 120 del C.P. cuando dice "en los delitos en que no procede el arresto" refiere solo a los que requieren instancia de parte para su persecución deja sin regulación aquellos delitos en los que, siendo graves, no se cuenta al momento de la denuncia con elementos de prueba suficiente para disponer el arresto. Entonces, cómo puede el juez actuante disponer el arresto?, bajo qué base fáctica?, siguiendo esa lectura del artículo citado, la prescripción se interrumpe en los delitos flagrantes, o donde la prueba necesaria se completa en el plazo constitucional de detención, pero continúa corriendo el plazo de prescripción en relación a delitos mas complejos, donde los elementos de convicción aún no se han reunido lo que se traduce en un tratamiento desigual sin lugar en un régimen de derecho.

Pero debe señalarse que la complejidad probatoria no fue determinante en el caso para no disponer el arresto sino circunstancias como las prenotadas ajenas a la regulación normativa.

Estas sí resultaron ser una situación de inseguridad jurídica donde planteada la denuncia en tiempo, esto es, tres años antes de completarse el lapso de prescripción, la instrucción no logra concretarse por diversos cuestionamientos totalmente ajenos a los hechos denunciados.

El propio Tribunal de Alzada, de 3.° turno, señaló especialmente esta irregularidad en la actuación al pronunciarse respecto del recurso de apelación venido a su conocimiento en virtud de la decisión de la sede subrogante respecto de las cuestiones previas planteadas por la defensa.

En la sentencia interlocutoria observa el Tribunal que se dio un indebido carácter suspensivo a las actuaciones al tramitar los diferentes recursos planteados sin que se hubiera iniciado la actividad instructoria, agregando que "tal proceder colide con la propia esencia y finalidad del presumario y choca frontalmente con una interpretación sistemática de orden procesal penal". "En efecto. La naturaleza no suspensiva se extrae de la previsión legislativa de no suspensión del principal acordada a los incidentes (art. 297 C.P.P.) y se infiere también de la ausencia de efecto suspensivo dispuesta respecto de la recurrencia de la providencia de apertura del sumario (art. 130 ejusdem)" "Por su virtud, con mayor razón (argumento *a fortiori*), *la instrucción presumarial no puede suspenderse por los planteamientos que formule el indagado o su Defensor durante el decurso* y bajo riesgo de desnaturalizar tal etapa del proceso" (los subrayados en el original) (f. 2.ª pieza).

Los diferentes planteos procesales –competencia de la sede, cuestiones previas invocadas por la defensa– pedidos de abstención etc., nada tuvieron que ver con los hechos denunciados pero concentraron a los jueces actuantes en dirimir tales cuestiones alejándolos de analizar si las acciones ejecutadas por el enjuiciado determinaban de por sí, con la prueba presentada junto a la demanda, disponer su arresto. Considera la sentenciante que debió resolverse la detención a partir de la denuncia presentada en tanto la prueba de la comisión del ilícito de

atentado contra la Constitución se encontraba adjunta al escrito inicial, como bien lo relevó la anterior titular de la sede en el auto de enjuiciamiento (f. 7.ª pieza).

Ahora bien, la omisión en resolver el arresto atento a los elementos primarios existentes no puede resultar en perjuicio de los denunciantes quienes se presentaron con tiempo suficiente para que la sede adoptara las medidas que entendiera correspondían y resolviera, reitero, respecto del delito de atentado contra la constitución por el cual la prueba era la agregada con la denuncia.

En suma, las deficiencias de la instrucción no deben convertirse en perjuicio de los que acuden reclamando la actuación judicial ni erigirse en ventajas para quienes tienen el interés procesal en el rechazo de la denuncia.

Por lo antes expresado, la sede entiende que el delito de atentado contra la Constitución no ha prescripto por cuanto la denuncia ha interrumpido el transcurso del plazo.

En cuanto a la imputación de delito de atentado contra la Constitución como de lesa humanidad, más allá que el mismo está vinculado a los delitos por los que también fuera enjuiciado, esto es, los homicidios muy especialmente agravados, no se le ha imputado al delito previsto por art. 132 n. 6 del C.P. tal calificativo.

Sin perjuicio de considerar la concurrencia de los ilícitos imputados y la vinculación de tales acciones delictivas, los ilícitos referidos mantienen sus individualidades y la calificación de delito de lesa humanidad refiere a las desapariciones forzadas y no al delito de atentado contra la Constitución el que, siendo de gravedad, no se ha considerado que le sean atribuibles los caracteres definitorios del delito de lesa humanidad, al menos así no lo han expresado los denunciantes ni la Fiscalía.

No obstante, merece considerar que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg en su art. 6.° lit. *c)* al definir el delito de lesa humanidad deja expresamente la posibilidad de integrar la noción con otras modalidades que en su momento no se consideraban aunque siempre bajo los parámetros que delinean el delito como de lesa humanidad.

Así, el art. 6.° refiere que es delito de lesa humanidad "el asesinato, la exterminación, la reducción a esclavitud, la deportación y todo otro acto humano cometido contra cualquier población civil, antes o

durante la guerra, o también las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos cuando estos actos o persecuciones que hayan constituido o no una violación del derecho del país donde hayan sido cometidos, hayan sido cometidos a continuación de todo crimen que se encuentre bajo la jurisdicción del Tribunal o en relación con ese crimen".

La fórmula "u otros actos inhumanos cometidos contra la población civil", señala O. Goldaracena, permite la adaptación de la definición a otras situaciones ello en tanto y en cuanto se traten de atentados crueles y deliberados contra la condición humana (*Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, p. 52).

De esta forma aquellas acciones cometidas desde el Estado o con la anuencia o tolerancia de sus autoridades, en forma sistemática y plural con finalidades raciales, políticas, sociales, étnicas etc., que se traduzcan en actos inhumanos, que causan grandes sufrimientos y se traduzcan en violación de los derechos del individuo, pueden considerarse como delitos de lesa humanidad desde que la enumeración no es taxativa.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su art. 7.° efectúa una definición relacionando los delitos que califican como de lesa humanidad, tales como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelamiento u otra privación de libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el § 3 u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, desaparición forzada de personas, crimen de apartheid, otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la mental o física.

El delito de atentado contra la Constitución, si bien en sí no configura ninguno de estos supuestos, habilitó la comisión de otros

delitos, estos sí calificados como delitos de lesa humanidad, como habrá de verse a continuación.

1) Imputación jurídica

De acuerdo a la prueba reunida y valorada con arreglo a la sana crítica, la sentenciante concluye que el enjuiciado debe ser responsabilizado por los delitos por los cuales se reclama su condena.

Se analizará en forma separada cada uno de ellos y posteriormente la relación que los vincula.

a) Atentado contra la Constitución

El delito de atentado contra la Constitución se encuentra regulado en el art. 132, n. 6.° del C.P. Comete tal ilícito el ciudadano que, por actos directos, pretendiere cambiar la Constitución o la forma de Gobierno por medios no admitidos por el Derecho Público interno.

Este delito integra los denominados delitos contra la patria y se inserta dentro de los delitos contra la soberanía la cual radica en la nación, tal como lo consigna el art. 2 de la Constitución. Se comete el delito referido cuando, como refiere la norma, se pretende modificar la Constitución o la forma de gobierno por medios no admitidos por el Derecho Público interno.

Enseñaba Justino Jiménez de Aréchaga : "el atentado contra la Constitución, es el ataque dirigido a subvertirla, a aniquilar su eficacia, o a demoler ese sistema de normas fundamentales o a hacer imposible su general aplicación". "No es necesario que el atentado contra la Constitución se dirija a impedir el normal funcionamiento de todos los rodajes de nuestro sistema institucional, bastará con que él se proponga impedir el funcionamiento de rodajes fundamentales de la Constitución, o la ruptura de equilibrios básicos sobre los cuales la Constitución reposa, entre los cuales se ha de señalar, como uno sustantivo, el que resulta del hecho de que toda ella sea construida sobre el principio de la separación de poderes" (*La Constitución Nacional*, t., X, p. 199).

Señala Langón que se trata de un delito de peligro, en cuanto refiere a "atentado" lo que equivale a tentativa por lo cual la consumación se produce con la ejecución de los actos tendientes a la finalidad antes mencionada. En consecuencia, de haberse ejecutado efectivamente el cambio de gobierno o modificar la Constitución por los medios no contemplados por la legislación, este resultado integra el

agotamiento del delito. Agrega Langón que, en esta situación, siendo un delito político, habrá de ser castigado únicamente en el caso de que se logre revertir la situación fáctica, pudiendo entonces al restaurarse el sistema democrático, operar la persecución y castigo de los que temporalmente obtuvieron el fin de cambiar la Constitución (*Código Penal comentado, sistematizado y anotado*. vol. 1, t. II, p. 26).

Los "actos directos" refieren a los instrumentos idóneos para cambiar ilícitamente la Constitución, esto es, para lograr el fin perseguido por el agente.

Este delito, al igual que los plasmados en los arts. 133, 134, 135 y 137 que comprenden los delitos contra la patria, fue suprimido por ley 14.068, denominada Ley de Seguridad y Orden Interno, dictada el 10.07.1972. Por la misma, se le confirió a la jurisdicción penal militar competencia para juzgar dichos delitos. Luego, por Dec. ley n. 14.493 se declaró privativo de la jurisdicción militar el enjuiciamiento y castigo de los delitos contra la patria tanto los que se hubieren cometido a partir de que se le confirió jurisdicción a los tribunales militares como los que se hubieren ejecutado con anterioridad, pasando los procesos aún en trámite de la justicia ordinaria a la militar e incluso los que tuvieren sentencia aún no ejecutoriada.

Reinstalado el estado de derecho, la Ley 15.737– Ley de Amnistía– del 08.03.1985, en su art. 18 estableció que se reincorporaban al Código Penal los arts.132, 133, 134, 135 y 137 con la redacción que el texto tenía en la edición oficial de 1934. El art. 17, a su vez, derogó entre otros artículos de la Ley 14.068, los que atribuían competencia a la justicia militar en los delitos de referencia así como la Ley 14.493 entre otras.

Atento a lo expuesto, de haberse planteado juicio por el delito de atentado contra la Constitución antes del año 1985, la jurisdicción competente habría sido la de los tribunales militares y, luego de vigente la Ley 15.737, retomó jurisdicción la justicia ordinaria aplicándose la misma normativa que fue, como se vio, reinstalada en el Código Penal.

El Dec. 464/973 dictado el 27.06.1973 estuvo precedido de los hechos que se narraran *ut supra* y de los cuales la historiadora Virginia Martínez realiza un relato de situación; *el país se encontraba inmerso en una situación de violencia política y convulsión social lo cual*

preanunciaba los acontecimientos que vendrían. "La acción de la guerrilla, del Escuadrón de la Muerte, los atentados, los asesinatos, los allanamientos, forman parte de la vida cotidiana de los uruguayos. En 1972 las Fuerzas Armadas y la Policía torturan en todo el país. Cientos de hombres y mujeres están presos en los cuarteles y algunos han muerto en la tortura. El 14 de abril el Parlamento, con el voto de los legisladores blancos y colorados, aprueba el estado de guerra interno que supone la suspensión de las garantías individuales, allanamientos sin orden judicial, interrogatorios sin plazo, supresión del recurso de *habeas corpus* y la intervención de la justicia militar en delitos políticos. A partir de ese momento, se acelera la marcha inevitable hacia el hundimiento institucional." "El desplazamiento del poder hacia el lado militar queda claro el 09.02.1973 cuando el Ejército y las Fuerzas Armadas desconocen el nombramiento del general Antonio Francese como ministro de Defensa y sacan los tanques a la calle para respaldar su posición. La Armada toma la Ciudad Vieja y aparece como la única leal al orden institucional, o a lo que queda de él. El Parlamento sigue en receso. Bordaberry convoca a la ciudadanía en defensa de las instituciones pero no consigue reunir a más de cien personas. El mismo día las Fuerzas Armadas emiten los comunicados 4 y 7 que hacen un diagnóstico del país y plantean soluciones basadas en la creación de fuentes de trabajo, la redistribución de la tierra y el combate a los ilícitos económicos. La suerte de programa militar tiene puntos de contacto con las propuestas de la izquierda. Los comunicados enturbian el debate político: sectores del Frente Amplio y de la Convención Nacional de Trabajadores (CNT) mira con expectativa y con simpatía la emergencia de sectores progresistas o 'peruanistas' en las Fuerzas Armadas".

"El 13 de febrero el presidente se traslada a la base aérea Boiso Lanza y acepta todas las exigencias militares y pacta con ellos la participación en el gobierno. A partir de ese momento el poder real pasa a las Fuerzas Armadas."

"El desenlace ocurre cuando el Poder Ejecutivo pide el desafuero del senador frenteamplista Enrique Erro a quien acusa de actuar en complicidad con el MLN Tupamaros. El Parlamento, en un último gesto de resistencia, se niega a aceptar la imposición."

En esa coyuntura, en la madrugada del 27 de junio, el encausado decreta la disolución de las Cámaras, creándose en su lugar un

Consejo de Estado prohibiéndose además atribuir propósitos dictatoriales a la dictadura. Relata la historiadora: "dos generales y un coronel comandan los tanques de guerra y las tropas ocupan un Palacio Legislativo vacío, donde la noche anterior tuvo lugar la última sesión del Senado".

El Decreto de mención realiza una breve fundamentación de las medidas que se adoptan: " *Visto*: la actual situación institucional de la República;

" *Resultando*: I) La realidad político institucional del país demuestra un paulatino, aunque cierto y grave descaecimiento de las normas constitucionales y legales que consagran derechos y confieren competencias a las autoridades estatales. Este proceso, iniciado tiempo atrás, adquiere hoy caracteres extremos por la parálisis que crea en la dinámica de las Instituciones públicas y en la propia vida del país. Es que la acción delictiva de la conspiración contra la Patria, coaligada con la complacencia de grupos políticos sin sentido nacional, se halla inserta en las propias instituciones y adherida muchas veces a ellas, para así presentarse encubierta como actividad formalmente legal. En rigor, este proceso ha conducido, bajo la apariencia de la legalidad, a frenar la legítima acción de los Poderes representativo y a desvirtuar el legitimo ejercicio de los derechos individuales tales como los de libertad, emisión del pensamiento, asociación, trabajo, propiedad, atentando así contra las bases de nuestro sistema democrático republicano establecido por la voluntad general;

II) Que, por otra parte, las organizaciones sindicales, la enseñanza en general y aún los propios Poderes del Estado padecen esa penetración y sufren esa conspiración que, por diferentes medios, pretende desconocer la voluntad de las mayorías expresadas libremente en las elecciones nacionales y sustituir los órganos naturales del Gobierno, ejerciendo desde las propias instituciones un poder ilegítimo que incide en las decisiones administrativas y gubernativas;

III) Que la no consideración por la Cámara de Senadores de la solicitud de desafuero de un Senador, efectuado por la Justicia militar competente por la comisión de delitos de Lesa Nación, y la resolución de la Cámara de Representantes no haciendo lugar a la acusación ante el Senado por violación de la Constitución al citado legislador, constituyen grave desconocimiento de fundamentales principios de la

Constitución, tal como se expresa en el Mensaje enviado en la fecha por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General.

Este hecho, además de su gravedad intrínseca, es una demostración del ejercicio de facultades constitucionales con una finalidad diferente a la que corresponde al instituto, movido por razones políticas sectoriales, sin consideración alguna por el interés general.

Considerando: I) Que la República asiste, por tanto, a un acentuado proceso de desconstitucionalización o, como se le denomina en la doctrina del Derecho Público, de falseamiento constitucional, originado por la aplicación de usos contrarios o el desuso de normas básicas de la Carta, o el empleo de las facultades legales con desviación de sus fines propios, todo ello apoyado en interpretaciones deformadoras y por obra de una acción subversiva que paradojalmente pretende, explotando nuestra natural preocupación por la legalidad, escudarse ahora en esa legalidad cuya destrucción persiguió y persigue.

Es de evidencia que esta situación es, en su conjunto gravemente violatoria de la Constitución de un Estado democrático liberal, pues al amparo de las normas que regulan su estructura y su funcionamiento, se desarrolla una práctica que en los hechos desnaturaliza el objeto mismo de la asociación política de los uruguayos libremente aceptada y registrada en la Carta Constitucional.

Este proceso requiere con urgencia una pronta respuesta que detenga su marcha, anule sus propósitos, restaure las instituciones corroídas por la traición y restituya al pueblo la plenitud del poder que en la forma encubierta e ilegítima reales fuerzas regresivas pugnan por usurpar;

II) Ante la referida situación, si el Poder Ejecutivo, custodio, en definitiva, de la unidad y continuidad del Estado, se halla en un estado de necesidad que le impone adoptar medidas extraordinarias conducentes a procurar la vigencia plena de los grandes fines de la Constitución para revitalizar la Nación y sus instituciones democrático republicanas, en defensa de la soberanía nacional y de los más altos intereses colectivos;

III) Que las modificaciones a proyectarse para adaptar la norma fundamental a la realidad político institucional del país, deben ser elaboradas sin perjuicio de un funcionamiento eficaz de las autoridades

estatales, orientado como supremo objetivo nacional, la obtención del bien común y el respeto pleno de todos los derechos individuales.

Atento: a lo expuesto procedentemente:

Decreta:

Art. 1.° Decláranse disueltas la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes.

Art. 2.° Créase un Consejo de Estado, integrado por los miembros que oportunamente se designarán, con las siguientes atribuciones:

A) Desempeñar independientemente las funciones específicas de la Asamblea General,

B) Controlar la gestión del Poder Ejecutivo relacionada con el respeto de los derechos individuales de la persona humana y con la sumisión de dicho Poder a las normas constitucionales y legales,

C) Elaborar un anteproyecto de Reforma Constitucional que reafirme los fundamentales principios democráticos y representativos, a ser oportunamente plebiscitado por el Cuerpo Electoral.

Art. 3.° Prohíbese la divulgación por la prensa oral, escrita o televisada de todo tipo de información, comentario o grabación que, directa o indirectamente, mencione o se refiera a lo dispuesto por el presente decreto atribuyendo propósitos dictatoriales y el orden públicos.

Art. 4.° Facultase a la Fuerzas Armadas y Policiales a adoptar las medidas necesarias para asegurar la prestación interrumpida de los servicios públicos esenciales.

Art. 5.°.Comuníquese etc."

El mismo día, se emite el Dec. 465/973 por el cual se sustituyen las Juntas Departamentales por la "Junta de Vecinos" con atribuciones similares a las conferidas al Consejo de Estado.

En su declaración judicial, el encausado afirmó que estaba de acuerdo con el contenido del documento para cuya elaboración fue asesorado por abogados que, según dice, avalaron su decisión. Refirió que "en un documento así interviene mucha gente y yo en calidad de

Presidente lo firmé". Agregó que las Fuerzas Armadas habían avanzado y tomado de hecho el poder ante la pasividad de los partidos políticos y los sindicatos. Ante esta situación del país, adujo que él se limitaba a la gestión del gobierno, de administración del Poder Ejecutivo no teniendo en ello que consultar a las Fuerzas Armadas siendo que en lo militar era competencia exclusiva de las Fuerzas Armadas, en cuyo desarrollo alegó que no estaba al tanto y no preguntaba ni se le informaba de las operaciones efectuadas y de las proyectadas (decl de f. 691 y ss. 3.ª pieza).

En concordancia con lo declarado por el encausado, la defensa del mismo alegó, en la contestación a la acusación fiscal, que el golpe de estado fue dado el 9 de febrero, cuando se emitieron los comunicados 4 y 7 siendo la emisión del prenombrado Decreto "sustancialmente inerte respecto a un estado que preexistía (...)" (f. pieza 9).

Ahora bien, corresponde valorar los hechos en sus justos términos. El estado de conmoción era una realidad objetivamente cierta. Las causas de tal estado de situación no es tema que deba determinarse en este juicio ni por la suscrita, siendo materia a abordar por los historiadores – lo que efectivamente han hecho dándose diversas explicaciones y lecturas de los acontecimientos que marcaron una época en la vida de este país. Las conductas y eventuales responsabilidades que de las mismas se derivan sí es competencia de la sede y en tal análisis debe concluirse que el contenido del Dec. 464/973 no es un hecho jurídicamente indiferente. Por el mismo se disolvieron las Cámaras, se suprimió el Parlamento y con ello la función legislativa cercenando de esta manera uno de los pilares básicos del sistema democrático, el más importante, la separación de poderes. Obvio es decir que el creado Consejo de Estado, más allá que se indicara que cumpliría las funciones de aquella, la designación de sus miembros por parte del Poder Ejecutivo altera esencialmente la forma de integración del órgano legislativo.

Es claro que los consejeros que fueren a designarse no habrían de controvertir las decisiones del Poder Ejecutivo, de hecho no lo hicieron, más allá de lo que expresa el Dec. en cuanto que el Consejo de Estado desempeñará independientemente las funciones de la Asamblea General y controlará al Poder Ejecutivo en el respeto de los derechos individuales y el cumplimiento de las normas constitucionales y legales. La disolución de las Cámaras y la creación de otro órgano con

funciones similares fue la solución elegida ante las serias diferencias que mantenía el Ejecutivo con el Legislativo las cuales se trasuntan en los resultandos del decreto y en el mensaje que por cadena de radio y televisión emitió el enjuiciado en la noche misma del 27 de junio donde explicó las razones y alcance del decreto dictado (texto glosado a f. 6.ª pieza).

De la lectura de tales documentos se desprende la existencia de controversias reiteradas entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento ante temas que acuciaban al país. El pedido de desafuero del senador Enrique Erro, imputado por la justicia militar de delitos de lesa nación no fue atendido por la Cámara de Representantes y en consecuencia no formuló la acusación correspondiente ante la Cámara de Senadores (arts. 93 y 102 de la Constitución). Este hecho se erigió como el detonante de la muy tensa situación entre los poderes del Estado mencionados.

Ante tal clima, el enjuiciado optó por suprimir el Parlamento y de esta manera el Poder Ejecutivo ya no iba a ser controlado en sus acciones. Esta decisión adoptada libremente, desde que no refirió haber sido coaccionado por nadie para tomar la decisión de disolver las Cámaras e implantar una forma diversa de gobierno, le hace responsable de las consecuencias de tal accionar.

El derecho penal sólo puede ser explicado partiendo de una visión del hombre como sujeto dotado de racionalidad y facultades de actuación alternativa. La posibilidad de optar (escoger) entre conductas diversas, junto con la libertad de obrar, son el pivote para la reprochabilidad penal, que permite exigirle al sujeto –sólo y en tanto gobierna autónomamente sus propios actos, con facultades de autodeterminación– un comportamiento diferente del supuesto amenazado por la norma penal (Gonzalo Fernández. *Culpabilidad y teoría del delito*, p. 72-73).

Resulta llamativo que un presidente electo por voto popular se manifestara de tal manera frente a un órgano elegido por el soberano, integrado por los representantes de los diversos partidos que existían en la época, entre los cuales estaba el suyo propio.

Pero no solo cuestiona al Parlamento en su accionar sino que analiza la realidad socio política y califica las acciones de los demás órganos del Estado desde un estadio superior, ello en tanto no se

involucra en ninguna de las acciones que describe, como si el Presidente de la República estuviera por fuera del Poder Ejecutivo y además éste órgano estuviera libre de toda responsabilidad en el devenir de los hechos.

De qué otra forma puede interpretarse cuando afirma que "las instituciones y poderes representativos han sufrido un descaecimiento de las normas constitucionales y legales", que "la acción delictiva de la conspiración contra la Patria, coaligada con la complacencia de grupos políticos se halla inserta en las propias instituciones presentándose encubierta con una actividad formalmente legal, donde la enseñanza, las organizaciones sindicales, y los propios poderes del estado padecen dicha penetración", que la no consideración del desafuero del senador Erro "constituye grave desconocimiento de fundamentales principios de la Constitución", entre otros conceptos y concluye "que ante tal situación el Poder Ejecutivo, custodio, en definitiva de la unidad y continuidad del Estado se halla en un estado de necesidad que le impone adoptar medidas extraordinarias conducentes a procurar la vigencia plena de los grandes fines de la Constitución para revitalizar la Nación y sus instituciones (...)".

En suma, invocando defender la Constitución, modificó la misma sin aceptar ni considerar otras posibles alternativas a las situaciones que invoca como desencadenantes de los problemas en que se hallaba inmerso el país.

La Constitución en modo alguno le habilitaba a tomar la medida que tomó y ello determina de por sí un grave atentado a la Carta Magna por cuanto se atribuyó una competencia que no le había sido concedida en su cargo de Presidente. La disolución de las Cámaras solo está habilitada como resultado de la censura de un ministro de Estado y la resistencia de la Asamblea General de modificar su calificación, prevista por art. 147 y sigtes. Fuera de tal hipótesis, no le era posible al Presidente adoptar tal medida. Menos aún crear otro órgano y atribuirle funciones propias de otro poder del Estado. Recalcaba Justino Jiménez de Aréchaga como principios generales de la Constitución y respecto de las autoridades, las siguientes: "a) Sólo la Nación es soberana. Los órganos públicos no ejercen poderes propios sino delegados por la Nación. b) No hay competencia para órgano público sin texto que la establezca Y toda competencia es atribuida con una triple limitación: en razón de materia, de forma y de fines. Ningún órgano

público puede hacer lo que no le ha sido expresamente conferido y eso que le ha sido conferido solamente puede hacerlo en cuanto se contenga en el ámbito de materia que se le ha asignado, en cuanto proceda cumpliendo las formalidades prescriptas por la Constitución, y en vista de los fines para cuya consecución se le ha atribuido la posibilidad de ejercer el poder. c) Estos poderes, porque son delegados, no pueden ser, a su vez, delegados... d) Además, recuérdese siempre que nuestro régimen es democrático y republicano. Ello obliga a entender que no habrá en él autoridad que no sea temporal, autoridad que no sea elegible, y autoridad que no deba rendir cuentas... e)... nuestro sistema es de separación de poderes y que, por tanto, las decisiones adoptadas por un poder nunca pueden ser revocadas por un órgano que integra otro poder, salvo cuando se comprueba que esas decisiones han sido adoptadas en infracción a la ley de la competencia y nunca por un juicio de conveniencia" (*La Constitución nacional*, t. I, p. 14-15).

Tales principios fueron claramente violados en el Decreto en análisis y de las palabras pronunciadas por el enjuiciado ante la ciudadanía explicando la medida adoptada se revela un claro propósito de modificar la forma de gobierno, pretendiendo con dicho cambio evitar el control natural del Parlamento sobre las acciones del Poder Ejecutivo. Al disolver las Cámaras se alteró el equilibrio de poderes y en consecuencia se modificó toda la función del Parlamento y las relaciones entre éste y el Poder Ejecutivo (art. 147 y 148) así como las funciones de la Asamblea General relacionada a la promulgación de las leyes, a la distribución del presupuesto, al control de las cuentas del Poder Ejecutivo, a la designación de los jerarcas máximos del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral etc., a juzgar la actuación de los ministros de Estado, crear o suprimir empleos públicos etc. (arts. 85 y 87) En suma, en este estadio, el Poder Ejecutivo se erigía en el órgano de mayor importancia del Estado y su actuación no resultaba controlada por otro organismo.

Lejos de resultar, el Dec. 464/973 un acto "sustancialmente inerte" respecto del estado de situación preexistente como pretendió mostrarlo la Defensa, la difícil situación del Uruguay se consolidó mediante la forma legal adoptada. Si las Fuerzas Armadas habían tomado el poder de hecho, precisaban del aval del Presidente para poder desplegarlo en toda su extensión y ello comenzó en el llamado Pacto

de Boiso Lanza donde se acordó la creación del Cosena –Consejo de Seguridad Nacional– por el cual se institucionalizaba la participación militar en el gobierno y se consolidó con el dictado del Dec. 464/973.

El pedido de desafuero de Erro había enfrentado nuevamente a los parlamentarios contra el gobierno. Agregado a ello, a fines de junio se vencía el plazo para la rendición de cuentas lo que generaba corrientemente demandas gremiales (mayores en tiempos de crisis). El Presidente entonces, avizorando un nuevo y duro choque con el Parlamento, dicta el Decreto disolviendo las cámaras.

Si como afirmara el encausado el poder se había desplazado hacia las FFAA, y él solo se abocaba a todo lo atinente a la administración del Estado, debe concluirse que abdicó de parte de su competencia de Presidente de la República cual era la de detentar el mando superior de todas las Fuerzas Armadas incumpliendo así con uno de los cometidos conferidos por el soberano cuando lo designó para dirigir los destinos del país.

A pesar de los dichos del enjuiciado en cuanto a que era ajeno a las decisiones adoptadas por las FFAA, debe decirse, sin embargo, que en la creación del Cosena –órgano que dependía directamente de la Presidencia de la República–, él era uno de los miembros permanentes y presidía el Consejo, todo ello según el Decreto de fecha 23.02.1973 (texto glosado a f. 6.ª pieza). El cometido del mencionado órgano era de asesorar al Poder Ejecutivo en asuntos de seguridad nacional, por disposición del Presidente o por iniciativa de sus miembros permanentes. En suma, si aún concurriendo a las sesiones no sabía de las decisiones que se adoptaban, era porque no quería conocer lo que se resolvía sea porque había decidido no saber las orientaciones y resoluciones de los comandantes en jefe y Ministros de Estado relacionados o que, conociéndolas prefería dejar que ese aspecto de la vida política e institucional del país no lo involucrara. Pero esta posición de desconocimiento, además de no ser creíble, no se compadece con su calidad de Presidente. No es posible, siendo jerarca máximo, alegar desconocer de aspectos tan importantes del país como la seguridad nacional en la dimensión que se describe en el decreto creador del Cosena : "se entiende por seguridad nacional el estado según el cual el patrimonio nacional en todas sus formas y el proceso del desarrollo hacia los objetivos nacionales se encuentran a cubierto de interferencias o

agresiones" (art. 3) siendo que, en la consecución de sus fines este organismo podía dirigirse directamente hacia los organismos públicos para recabar y recibir informes y documentos (art. 4) y atendiendo además que todos los organismos públicos debían prestar la máxima cooperación a las tareas del Cosena (art. 11). Con tal alcance y siendo que podía involucrar, y de hecho así lo hacía, a todos los organismos del Estado, ¿puede el enjuiciado alegar que desconocía lo que se resolvía en el seno de dicho organismo? Acaso puede considerar que estaba cumpliendo con su función de Presidente luego de decidir a qué temas le prestaría atención y en qué aspectos del Estado actuaría como primer mandatario mientras delegaba otras funciones tan importantes sin norma legal que lo habilitara? Debe recordarse el principio general referido supra por Jiménez de Aréchaga, no hay delegación de delegación, la función de gobernante que comete el soberano no puede delegarse a su vez sin norma que lo habilite.

A partir de la disolución del Parlamento se dio una gradual y creciente limitación de todos los derechos individuales sin que hubiera órgano público alguno que pudiera contrarrestar tal conculcación de garantías.

Es desde el dictado del Dec. 464/973 que se suceden una serie de decretos que van limitando y/o eliminando derechos individuales consagrados internacionalmente: el 28 de noviembre de 1973, por Dec. 466/73 el Presidente de la República, el encausado de autos, dispone la declaración de "asociaciones ilícitas" y su consiguiente disolución de determinados partidos políticos y grupos estudiantiles: Partidos Comunista, Socialista, Comunista Revolucionario, Obrero Revolucionario, Movimiento. 26 de Marzo, Unión Popular, Movimiento. Revolucionario Oriental, Agrupaciones Rojas, Unión de Juventudes Comunistas, Federación de Estudiantes Universitarios del Uruguay, Resistencia Obrero Estudiantil, Federación de Estudiantes Revolucionarios, Grupos de Acción Unificadora, Grupos de Auto defensa, resolviendo que tales partidos políticos no pueden realizar actividad política alguna transformando retroactivamente la existencia y propagación de sus postulados en un acto ilícito y por ende pasible de ser juzgado por la jurisdicción militar.

La Resolución 1.102 del 30.06.1973 declaró asociación ilícita a la Central Nacional de Trabajadores y dispuso la detención de todos sus dirigentes.

En fecha 28 de noviembre del mismo año por Resolución 1.026 se ordenó el cierre de los diarios "El Popular" y "Crónica", luego también una lista numerosa de prensa escrita fue clausurada alcanzando esta prohibición a un amplio espectro del pensamiento político y económico del país. Incluso se clausuró una publicación religiosa alegando que era "subversiva".

Se prohibió a numerosos artistas y centros culturales desarrollar sus actividades censurando sus actuaciones o clausurando locales.

La Resolución 1.804 del 15 de octubre de igual año implantó la censura previa a todo despacho cablegráfico que fuere enviado al exterior referente a la "situación política social y económica del Uruguay".

El 27.10.1973 se interviene la Universidad, clausurándose los cursos y locales universitarios. Tiempo después se destituyen los decanos y el rector nombrándose decanos interventores.

La Circular 1376 del 16.05.1975 ordena a las autoridades liceales a eliminar toda literatura de sus bibliotecas con contenido marxista.

El Decreto 450/975 ordena a las autoridades del Correo a confiscar toda correspondencia del tipo que sea así como discos, fonogramas etc., que fueren "marxistas y antidemocrática".

Luego se dictaron los llamados Actos Institucionales donde el n. 1 del 12.06.1976, suspende indefinidamente las elecciones nacionales que debían celebrarse en noviembre de ese mismo año. En la misma fecha, el Acta Institucional n. 2 crea el Consejo de la Nación con el cometido de designar a los miembros del Consejo de Estado, a los miembros de la Suprema Corte de Justicia y al propio Presidente de la República.

Por Dec. Ley 14.248 dictado por el Consejo de Estado el 30.07.1974, se institucionaliza la obligación de la firma de una declaración jurada de fe democrática, requisito legal para el nombramiento y permanencia en el cargo de los funcionarios públicos. Los antecedentes de todos los funcionarios se encuentran en los servicios de seguridad de los Ministerios del Interior y de Defensa. La negativa a firmar tal declaración determinaba la expulsión del trabajo o la no

designación en el mismo. El contenido de la declaración implicaba jurar la adhesión al sistema republicano democrático y declarar "no haber pertenecido ni pertenecer a organizaciones antinacionales disueltas por el Poder Ejecutivo "así como a toda otra que atentare contra el actual sistema de gobierno", sometiéndose, en caso de falsedad de lo declarado, a lo dispuesto por ley 14.248 y art. 239 del C.P.

Sucedieron luego otros Actos institucionales posteriores al cese del enjuiciado de su cargo de Presidente, entre otros, el Acto Institucional n. 8 que despojó al Poder Judicial de su autonomía constitucional subordinando a los juzgados y a los tribunales administrativos al Poder Ejecutivo el que también podía nombrar, transferir y remover a cualquier juez en cualquier momento.

Todas estas medidas y otras adoptadas fueron violatorias de derechos individuales tales como el de libertad de expresión de pensamiento y de información (arts. 28 y 29), libertad de reunión y asociación (arts. 38, 39 y 82) libertad de enseñanza (art. 68) etc.

El Consejo de Estado, creado por el citado Dec. 464/973, se instala en diciembre de ese año y decide al mes siguiente que sus sesiones no estarán abiertas al público ni a la prensa.

Sus decisiones fueron invariablemente en función de extender las facultades de un Poder Ejecutivo ya superior a los demás organismos del Estado. En febrero aprueba la ley orgánica militar que define el concepto de seguridad nacional, las normas para el cumplimiento de los objetivos de las Fuerzas Armadas e institucionaliza el Cosena, Esmaco y Junta de Comandantes en Jefe.

En agosto de 1974 se propone la sanción de una ley Orgánica de partidos políticos que excluya de la vida política a los partidos internacionales y antidemocráticos planteando también que la justicia militar extienda su jurisdicción, la propuesta proviene del consejero Aparicio Méndez, quien luego ocupara la presidencia del país.

Antes, otro consejero de Estado, Alberto Demichelli, que sucediera a Bordaberry en la presidencia, había propuesto en julio un proyecto de reforma constitucional en el cual habría tres categorías de votantes: los trabajadores, los empresarios y los hombres de cultura que deberían inscribirse en tres registros cívicos.

La historiadora Virginia Martínez relata en el libro "Tiempos de dictadura" los hechos históricos refiriendo al pensamiento del

enjuiciado. En 1974 Bordaberry anuncia que las elecciones de 197 están subordinadas a la culminación del proceso iniciado en 1973 y que en ellas no podrán participar candidatos marxistas ni políticos profesionales. Luego, en 1976 y en una conferencia de prensa en Bolivia, vuelve sobre dicho tema anunciando que no habrá elecciones en ese año y que ha entregado a los militares un documento donde expone su pensamiento político. Expresó que "la legitimidad que nace del hecho de que el presidente provenga de una elección popular cesó el 27.06.1973, cuando el presidente, las Fuerzas Armadas y el concurso popular disolvieron el Parlamento" A partir de esa fecha nació "una nueva legitimidad para la cual los plazos no tienen ningún valor". Estos conceptos fueron desarrollados por el enjuiciado en documentos que dio a conocer a los militares exponiendo lo que consideraba debía ser el futuro político del país. El 10.07.1975 presenta a la Junta de Oficiales Generales un memorándum reservado donde propone inaugurar "un trascendente y distinto período en la vida del país, llámese revolución, nuevo estado o segunda república. Considera que el marxismo es el principal enemigo de la institucionalidad y afirma que la independencia de los Poderes y la existencia de partidos políticos "conspira contra el principio de autoridad". En busca de apoyo, hace circular la propuesta entre colaboradores civiles: Jorge Pacheco Areco, Juan Carlos Blanco, Alejandro Vegh Villegas etc.

En diciembre del mismo año presenta a la Junta de Oficiales Generales un segundo memorándum sobre el futuro del proceso político. En el documento, también secreto, formula la propuesta de suprimir los partidos políticos: "serán corrientes de opinión autorizadas, pero que no podrán llegar al Poder por sus medios clásicos, etc. Estos son los medios que emplea el marxismo para ir tomando parcelas de Poder".

De lo expuesto puede verse que las motivaciones del enjuiciado cuando decidió disolver el Parlamento no se contraponían a sus concepciones políticas desde que, emerge de sus dichos, no concebía a la democracia representativa como un sistema viable. Parte de su pensamiento político puede conocerse en el libro "Las opciones" donde se transcribe una exposición que realizara en la Universidad de Chile, donde fuera invitado en el año 1979 a participar como disertante en el Seminario "La Constitución Contemporánea; Democracia Protegida". En dicha oportunidad, explicando las circunstancias en que asume la

Presidencia y el estado de conmoción que habilitó la actuación de las Fuerzas Armadas: "En el Uruguay se dio una circunstancia única como es la de que un civil quedara al frente del proceso en la Presidencia de la República, tal era mi caso. Esta situación especial fue consecuencia del hecho de que, al darse las circunstancias que justificaron la intervención de las Fuerzas Armadas, había un civil en el ejercicio de la Presidencia de la República que compartía absolutamente la necesidad de romper con las tradicionales ataduras institucionales que impedían el enfrentamiento exitoso con el marxismo. Yo consideré que mi deber era precisamente permanecer al frente del proceso, colaborando con éste o aportándole a éste la cobertura que podía significar la presencia de un Presidente de la República electo en elecciones, regulares para la opinión dominante, en lugar de complicar la situación o aún enfrentarla, reinvindicando la vigencia de presuntas libertades o de normas que ya mucho antes habían sido desconocidas" (f.).

En suma, y como acaba de verse, el dictado del Dec. 464/973 se identifica con la figura del delito de atentado contra la Constitución, consagrado en el art. 132, n. 6, del C.P. al plasmarse como acción directa modificativa de la forma de gobierno en tanto y en cuanto suprimió uno de los tres órganos públicos principales, de carácter representativo de la soberanía pretendiendo asimismo profundizar el cambio en orden a las ideas que fuera exponiendo a los diversos órganos del Poder Ejecutivo sin que en las mismas se contemplara la participación de la ciudadanía en la forma establecida por la Constitución.

b) Desaparición forzada y homicidios

El Uruguay, previo a la presidencia de Bordaberry ya presentaba un panorama sombrío. Se producían detenciones numerosas, se torturaba y se moría en la tortura. Otros ciudadanos, ante la situación económica y/o persecución política optaban por emigrar. El Parlamento había autorizado la implantación de las medidas prontas de seguridad (art. 168, n. 17, de la Constitución) mas no controlaba que se respetaran los derechos individuales de los detenidos y tampoco si las medidas solicitadas estaban fundadas en las circunstancias requeridas por la Constitución de tal manera que una herramienta de carácter excepcional como eran las medidas prontas de seguridad se transformaron en un medio para gobernar. Estas se aplicaron por un período de unos

tres años y en la ocasión en que el Parlamento pretendió levantarlas no fue acatado por el Poder Ejecutivo.

Las detenciones de cientos de personas, su alojamiento por meses en unidades militares y los abusos –tortura física y psíquica– a los que eran sometidos eran de público conocimiento habiéndose conformado en 1971 una comisión investigadora en el Senado cuyas conclusiones fueron presentadas a la Cámara aprobándose las mismas con el apoyo de todos los partidos políticos. En dicho informe la Comisión investigadora daba por probado el trato inhumano y las torturas a que eran sometidos los detenidos por la Policía de Montevideo, trato que se constituyó en habitual y operaba como un sistema frecuente.

En el informe se describe los malos tratos proporcionados a los detenidos que iban desde el destrato de palabra, golpes, palizas, privación de agua y comida, etc. hasta la utilización de picana, provocación de quemaduras etc.

Consideraba la Comisión que el alegado desconocimiento o negación de los jerarcas respectivos de tales situaciones era inconcebible salvo considerar su absoluta incompetencia para la función que desempeñaban. Observaba también que muchos detenidos fueron procesados por la confesión obtenida bajo tortura. Asimismo, que no se respetaba el plazo establecido por las normas vigentes para que los detenidos fueran puestos a disposición de la justicia y cuando accedían a ésta la misma encontraba dificultades para determinar el o los autores de los malos tratos y torturas no surgiendo por otra parte que se practicaran sumarios administrativos que impidieran la repetición de tales prácticas. En esta situación de actuación policial se habían producido homicidios que fueron denunciados ante el Parlamento mientras éste funcionó.

La declaración del "estado de guerra interno" calificación que no surge de la Constitución, fue una elaboración jurídica para permitir la extensión de la jurisdicción militar, en base a lo establecido por art. 253 de la Constitución, sin que hubiera que dar cuenta de las detenciones al Poder Judicial ni el resultado de tales aprehensiones al Parlamento.

El siguiente paso fue aprobar la Ley de Seguridad del Estado y desde entonces las FFCC contaron con los elementos idóneos para desmantelar los movimientos subversivos.

Por lo expuesto, la situación de vulneración de derechos individuales de los detenidos era públicamente conocida, no solo de lo que daba cuenta el informe de la comisión investigadora que se refiriera supra sino lo que informaba la prensa extranjera y llegaba al Uruguay. En este escenario, cabe concluir que el enjuiciado conocía no solo la condición preexistente a su asunción al cargo sino también los hechos de conculcación de los derechos humanos que se sucedieron y multiplicaron durante su período de gobierno. Nada hace suponer, ni lo ha acreditado la defensa del enjuiciado, que le hubiera sido retaceada información de tal aspecto.

Bordaberry integraba el Cosena y en su ámbito se discutía y resolvía las medidas que el organismo consideraba adecuadas para la seguridad nacional por lo que, sabiendo la situación en que recibía el país y los resultados de la comisión investigadora del parlamento podía pedir información de la situación de los detenidos y en su caso disponer la modificación de aquellos aspectos que vulneraban los derechos humanos. Pero también debe tenerse presente que la continua violación de los derechos fundamentales de los detenidos era motivo de reclamo por parte de organismos internacionales. Así, el 16.06.1974 la ONU difunde un informe sobre Uruguay elaborado por Amnistía Internacional y por la Comisión Internacional de Juristas después de la visita al país de representantes de esas instituciones. El documento concluye que el sistema de justicia militar ha llevado a la sistematización de la tortura, que pasa mucho tiempo entre la detención de la persona y su presentación ante el juez, y que el hecho de que durante ese período el detenido no pueda ver a su abogado, representa una burla a la función de los defensores. (Informe de Amnistía f. 4.ª pieza). El informe fue dirigido al gobierno uruguayo, por ende, era conocido por el enjuiciado.

No obstante, Bordaberry afirmó que desconocía cómo desplegaban sus actividades las Fuerzas Conjuntas en el cumplimiento de la lucha contra la subversión, ello a pesar de los informes internacionales referidos y a pesar de las conclusiones de la comisión investigadora.

Pero ese desconocimiento invocado no le impidió, en marzo de 1975, contestar –por carta abierta– al profesor Kenneth James Golby de la Universidad canadiense de Ontario afirmando que los detenidos

por actividades subversivas reciben un trato correcto y que no existen rehenes en Uruguay (V. MARTÍNEZ. Ob cit., p. 49).

Se señalaba en el Informe de Amnistía que "todo disentimiento se interpreta" –por el gobierno uruguayo– "como parte de una conspiración marxista internacional. El presidente Juan María Bordaberry llegó incluso a acusar a las Naciones Unidas de ser un organismo dominado por marxistas."(informe de f. citado)

Al informe del año 1975 le sucedieron otros en los siguientes años, con nuevas denuncias y reiterando reclamos ante el gobierno de las condiciones de los detenidos, de la aplicación sistemática de la tortura, cartas enviadas al enjuiciado por dicho organismo internacional sin que se recibiera respuesta alguna de su parte.

En su calidad de Presidente, no puede ignorar haber recibido la información de Amnistía Internacional ni la campaña internacional a la que adhirieron muchos países en procura de la protección de los derechos humanos en Uruguay, como tampoco las solicitudes de informes.

Entonces, su alegado desconocimiento no puede considerarse. Tampoco que las FF.AA le ocultaran deliberadamente información. Su relación con los militares era armónica y de ello dan cuenta las reuniones que mantenía con éstos así como los mensajes de apoyo a la gestión por éstos realizada.

Ejemplo de ello fue el emitido con motivo de la finalización del año 1974 y al recibir a los jerarcas militares de las distintas reparticiones. En esa ocasión el encausado pronunció un discurso en el que agradeció a las FFAA el apoyo recibido cuando los acontecimientos del 27.06.1973 asegurándoles que la actitud adoptada por las FFAA no podrá ser juzgada por la ciudadanía. En un pasaje de su discurso expresa: "pienso que pretender juzgar por los clásicos procedimientos de la democracia la conducta de las FFAA de defender lo más sustancial, lo más esencial de la nacionalidad, sería como pretender juzgar a un hombre que ha violentado normas jurídicas formales por defender a su madre, en este caso, la Patria. Y esa actitud no puede ser motivo de juicio. Por eso este año que vamos a iniciar, en el cual seguiremos trabajando con el invalorable apoyo y respaldo de las Fuerzas Armadas, pienso que es mi obligación darles esta tranquilidad, con el compromiso personal de que la conducta de las Fuerzas Armadas, ni directa ni

indirectamente podrá ser sometida a juicio de la ciudadanía como si fuera una actitud política corriente" (texto íntegro glosado a f. de 5.ª pieza).

A qué actitud de las Fuerzas Armadas se refería el Presidente de la República en su discurso que no habría de ser objeto de juicio? Según su propia declaración, las Fuerzas Armadas tenían a su cargo la seguridad nacional y se les había asignado la lucha contra la subversión, ¿es entonces respecto a cómo desarrollaron esa función que no podían ser juzgadas por la ciudadanía?.

Entonces, cuando adujo en su declaración judicial que no estaba al tanto de las operaciones, lineamientos o estrategias de las FFAA, ¿cuánto ignoraba en realidad, el Presidente de la República de los métodos, las operaciones de represión, los lugares y condiciones de detención, las muertes en torturas, las detenciones masivas y las desapariciones, para reclamar que las acciones de las Fuerzas Armadas no fueran objeto de juicio?

El enjuiciado, jerarca máximo de las FFAA, el primer funcionario del Estado decidió en cambio que de determinado tema no quería enterarse– o manifestaba no querer enterarse– y lo dejó a criterio y dirección de otros organismos sin preocuparse de verificar si en el desarrollo de la función cometida se producían excesos.

Pero no es creíble que ignorara que entre el período de mayo de 1972 hasta mayo de 1976 murieron 29 personas a consecuencia de las torturas –dato conocido a nivel internacional– y por las cuales Amnistía Internacional había pedido al enjuiciado autorización para realizar una investigación imparcial de las circunstancias de sus fallecimientos (informe de f. 4.ª pieza). En lugar de responder los informes que recibía, contestaba, cuando lo hacía, por medio de su Ministro de Relaciones Exteriores, Juan Carlos Blanco, acusando a Amnistía Internacional de estar "al servicio del comunismo" y considerando que la campaña llevada por ésta era difamatoria.

Ninguna de estas denuncias e informes movieron al encausado a plantear al Consejo de Estado que realizara una investigación a fin de dar por tierra las infundadas denuncias o corregir los malos procedimientos, ello en atención a la competencia que supuestamente tenía el Consejo de Estado de "controlar la gestión del Poder Ejecutivo relacionada con el respeto de los derechos individuales de la persona humana

y con la sumisión de dicho Poder a las normas constitucionales y legales." (literal *b*) del art. 2.º del Dec. 464/973).. Pero tampoco cumplió con su promesa de vigilar "personalmente" que no se limitaran las libertades ni los derechos de la persona humana (discurso dado en la noche del 27.06.1973– f. 6.ª pieza).

Entonces cabe concluir que, negar hechos conocidos dentro y fuera del país, además de ser una mala estrategia de defensa, permite inferir la verdadera motivación de tal postura, en el caso, que estaba plenamente de acuerdo con las operaciones desplegadas por las Fuerzas Armadas en su empresa de combatir "la subversión, el marxismo y la confabulación internacional".

No solo conocía la actuación de las Fuerzas Armadas sino que les aseguraba que nadie les iba a reprochar sus acciones en el futuro mientras en el correr de su administración les facilitaba los medios para cumplir con el cometido acordado.

E incluso, el 28.05.1976, le envió mensaje de felicitaciones al Ministro del Interior de la época, Hugo Linares Brum, en relación a la actitud asumida por un oficial de policía desplegada en el entierro del Presidente de la Cámara de Diputados, Héctor Gutiérrez Ruiz –asesinado en la República Argentina. El Oficial en cuestión había impedido que se colocara el pabellón nacional sobre el féretro del diputado. En relación a tal actitud, refirió que "el funcionario (policial) demostró rapidez de decisión, conocimiento de las normas vigentes pero especialmente demostró, en mi opinión, sensibilidad frente al hecho que significaba el rendir honores a los restos de un ciudadano requerido por actividad contra la Patria". Tal parece que el diputado, desde que le era atribuida acciones contrarias a la patria, no tenía derecho ni siquiera a los honores que le eran debidos dada su calidad de representante nacional.

Las personas a las que se les atribuía la participación en actividades que se imputaban contrarias a la patria, o que vulneraban la seguridad nacional no tenían amparo en sus derechos esenciales, eran menos ciudadanos que los otros.

La seguridad nacional invocada y definida como "el estado según el cual, el patrimonio nacional en todas sus formas y el proceso de desarrollo hacia los objetivos nacionales se encuentra a cubierto de interferencias o agresiones internas o externas" – conformaba la Doctrina

de la Seguridad Nacional, que resultó ser el soporte teórico de la política, la economía y la vida social del Uruguay de esa época. La ley orgánica de las Fuerzas Armadas en su art. 4 da la definición antes expresada y que se reitera en el Decreto que creara el Cosena en su art. 3.º.

Esta Doctrina fue aplicada también en países como Chile, Argentina y Brasil. En todos estos países, al igual que en Uruguay, se persiguieron objetivos concretos: aislamiento y destrucción del enemigo interno. En nombre de la seguridad nacional se persiguió no solo a los movimientos revolucionarios surgidos en diversos países de América sino que, invocando ésta, se prohibió el funcionamiento de los partidos políticos, de los sindicatos, de las asociaciones sociales y luego cualquier expresión de voluntad popular. Se adoptó un régimen jurídico a fin de posibilitar la aplicación de la jurisdicción militar para juzgar delitos de carácter netamente político (O. Lopez Goldaracena. *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, p. 41).

Cualquier conducta que contrariara el régimen instaurado, cualquier acción que atentara la seguridad nacional, en los amplios términos en que la misma era definida, era pasible de ser investigada primero y juzgada después como delito contra la patria aplicando para ello no solo los delitos trasladados desde el Código Penal al Código Penal Militar sino también otros creados, amplificadores de los ingresados al prenombrado Código: asociaciones subversivas, asistencia a la asociación, asistencia a los asociados, asociación usurpadora de autoridades públicas, asistencia a la asociación usurpadora de autoridades públicas, asistencia a los asociados, todos los cuales fueron implantados por ley de seguridad del estado y orden interno n. 14.068.

El Dec. Ley 14.493 habilitó que se analizaran aún las conductas que encuadraran en los delitos creados y que se hubieren cometido antes de la vigencia de la ley "cualquiera fuera la fecha de su comisión" permitiendo incluso revisar juicios tramitados ante la justicia ordinaria y que incluso hubieran concluido con sentencia dictada, salvo que la misma estuviere ejecutoriada.

Las amplias facultades conferidas para la represión de las conductas consideradas llevó al abuso de poder, la práctica de la tortura, la prisión arbitraria e ilegítima, el homicidio y las desapariciones, acciones ilegítimas respecto de las cuales, como se señalara, no se llevó a

cabo investigación alguna siendo que, por el contrario, se permitió continuar con tales procedimientos de tal manera que el propio Estado, que teóricamente debería proteger por igual todos los derechos de todos sus ciudadanos, resultaba ser quien sembraba terror al tolerar e ignorar tales atropellos (conf. O. López Goldaracena. Ob. cit., p. 46).

Las acciones represivas traspasaban fronteras, contando con la ayuda de organismos de seguridad de los países limítrofes a fin de detener ciudadanos uruguayos y posteriormente trasladarlos hacia el país. De igual forma se coordinó con Chile, Paraguay y Brasil, ello en aplicación de un acuerdo entre las cúpulas castrenses que luego se llamó "Plan Cóndor"y de cuya existencia hay abundante prueba. Por este organismo coordinador, partiendo del mismo objetivo y fundado en la Doctrina de la Seguridad Nacional, las Fuerzas Armadas de los diversos países colaboraban entre sí permitiendo la repatriación de las personas requeridas por cada país, a veces luego de obtener información útil a los intereses del país captor. Así sucede la vigilancia, detención y posterior homicidio del Presidente de la Cámara de Representantes Héctor Gutiérrez Ruiz, del senador Zelmar Michelini y de los ciudadanos uruguayos Rosario Barredo y Williams Whitelaw en la ciudad de Buenos Aires en mayo de 1976.

Los delitos así perpetrados, tanto los homicidios de las personas antes referidas como los de otros ciudadanos luego de ser sometidos a crueles torturas y las desapariciones, esto es, la ocultación deliberada del destino de un detenido sin que se logre determinar su situación posterior a tal detención, violaban convenios internacionales suscriptos por el Uruguay tales como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto de Derechos Civiles y Políticos) y Protocolo Facultativo aprobados por ley 13.751 en julio de 1969. En el mismo año se aprobó en el ámbito americano la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por medio de tales instrumentos internacionales el Estado asumió el compromiso de proteger jurídicamente contra todo tratamiento inhumano o degradante, reconociendo a todo ser humano el derecho a la vida, a la libertad, la seguridad y vida privada prohibiendo el arresto o detención arbitraria. También se garantiza que el Estado reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia, de opinión, el derecho de asociación. Se compromete a reconocer el derecho al trabajo, a un salario justo, a niveles adecuados de vida, al derecho a la salud, etc. Ambos

pactos reconocen el derecho de los pueblos a la libre determinación, y contienen disposiciones que prohíben toda forma de discriminación en el disfrute y ejercicio de los derechos humanos.

En la jerarquía de las normas jurídicas, la superior la constituye la norma fundamental de los derechos humanos siendo incluso supra constitucional por manifestación expresa de la Carta donde en su art. 7, con inspiración iusnaturalista, reconoce derechos preexistentes a ella y sólo protege el goce de los mismos.

El art. 72, asigna jerarquía supra constitucional a aquellos derechos que no hayan sido reconocidos a texto expreso por la Constitución pero que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno y el art. 332 obliga a aplicarlos aún a falta de reglamentación. En consecuencia, debe aplicarse la normativa protectora de los derechos humanos consagrada a nivel internacional aún en defecto de la legislación de origen interno.

El centro de derechos es la persona y no el Estado de tal manera que habrá de aplicarse siempre la norma que sea más favorable al individuo.

La interpretación de una norma deberá ser siempre en el sentido del mayor amparo y reconocimiento de los derechos inherentes al individuo.

Llevan la denominación de normas de *jus cogens*, aquellas que revisten el carácter de inderogables e imperativas respecto de los Estados, principios absolutos, inherentes a la persona humana, consagrada en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados; una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional con igual carácter. En el desarrollo de la protección de los derechos humanos estas normas de jus cogens amparan a aquellos que se tienen por el solo hecho de pertenecer al género humano y que deben ser respetados y garantidos.

Las referidas normas de protección, superan las divisiones estatales y la diferenciación entre el derecho interno y el internacional pasando a ser materia común de los diversos órdenes jurídicos y que se imponen a toda la comunidad internacional.

De ahí que el crimen contra la humanidad, concepto surgido del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y luego ampliado por el Estatuto de Roma, considere crimen de lesa humanidad al asesinato, exterminio, esclavitud, deportación u otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil así como las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos que hayan constituido o no una violación al derecho del país donde se hayan cometido. La gravedad de tales delitos interesa a toda la comunidad internacional. Su persecución y castigo se basa en que tales ilícitos lesionan valores humanos con contenido universal, su represión representa pues, una norma de *jus cogens*. Es importante señalar que no tiene, la definición de delito de lesa humanidad, del Tribunal de Nuremberg ni el Estatuto de Roma, carácter taxativo en las acciones que la componen permitiendo así incluir otras acciones aberrantes que no se conocían al enunciarse la definición pero que se caracterizan por la gravedad y la vulneración de los derechos inherentes al ser humano. No resulta relevante si el orden jurídico interno permitió o no efectuar tales actos, desde el momento que existen normas internacionales de *jus cogens*, principios admitidos por las naciones civilizadas, limitativas de la soberanía de los Estados, en lo vinculado a la protección de la persona humana. El delito contra la humanidad es imprescriptible, ello atento a la gravedad del mismo que interesa a la comunidad internacional toda su persecución. Por igual razón no pueden ser los autores beneficiados por institutos como la amnistía o similares en tanto cualquiera de dichas soluciones menoscabaría las obligaciones internacionales de penalizar delitos de tal importancia. Tampoco puede, a los criminales de estos ilícitos, concederles asilo.

Señala O. López Goldaracena que "la jurisprudencia comparada de diversos países, de los tribunales internacionales y de los organismos internacionales para el contralor de derechos humanos afianzó la noción de "crimen de lesa humanidad", su régimen jurídico, su aplicabilidad a la violación de los derechos humanos ocurrida en la región y la ilegitimidad de las leyes internas que impiden su juzgamiento".

Explica que "en tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la desaparición forzada es una violación múltiple y continuada de derechos humanos que constituye un delito contra la humanidad, aun antes de haberse adoptado declaraciones y tratados empleando dicha denominación, no requiriéndose que los Estados

hayan ratificado la Convención Interamericana sobre la materia para calificar al conjunto de violaciones como desaparición forzada.

En el caso "De Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador" Serie C n. 118, la CIDH señala: "la desaparición forzada significa un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios esenciales en que se fundamentan el sistema interamericano y la propia Convención Americana. Igualmente claro es el hecho que este delito implica un conjunto de violaciones a diferentes derechos consagrados en la Convención y que para declarar la violación de tales derechos el Tribunal no requiere que el Estado demandado haya ratificado la Convención Interamericana sobre la materia, así como tampoco lo requiere para calificar el conjunto de violaciones como desaparición".

Agrega el autor citado que " el expreso reconocimiento por la jurisprudencia sobre la vigencia de principio de *jus cogens* y del derecho consuetudinario al momento en que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos en nuestros países, allana la discusión sobre los problemas que pudieran suscitarse en relación a la retroactividad de la norma penal y el principio de legalidad. No se trata de aplicar las normas sobre crímenes de lesa humanidad ni los nuevos tratados internacionales "hacia el pasado", sino de entender que las convenciones internacionales no han hecho más que ratificar o reconocer normas de *jus cogens* que ya eran obligatorias para el Uruguay por encontrarse vigentes al momento en que sucedieron los hechos" (O. López Goldaracena *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, p. 12-13).

Los conceptos expuestos resultan aplicables al caso de infolios.

Uruguay aprobó el Estatuto de Roma por Ley 17.510 el 27.06.2002.

Antes, en diciembre de 1945 había aprobado la Carta de las Naciones Unidas que estableció la Corte Internacional de Justicia. En junio de 1994 suscribió la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y en el año 2001 la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad.

En setiembre de 2006 se promulgó la Ley 18.026, que consagra en el ámbito interno los crímenes de lesa humanidad, de genocidio y de guerra contándose entre los primeros los de desaparición forzada,

tortura, homicidio político, entre otros, adecuando la normativa nacional a los convenios internacionales anteriormente suscriptos.

En autos se investigó las circunstancias que rodearon a la detención de once ciudadanos uruguayos, hechos ocurridos durante el gobierno del enjuiciado.

La situación de los detenidos y destino final de las víctimas referidas infolios no fueron los únicos casos ocurridos en el período de la presidencia del enjuiciado existiendo denuncias respecto de otros casos en otras sedes judiciales así como en ésta que se tramita por expediente separado, teniendo todos como común característica sus aprehensiones por funcionarios de las Fuerzas Conjuntas en el marco de las operaciones de represión llevadas adelante en esa época y que continuaron posteriormente a que el enjuiciado dejara el cargo presidencial, en junio de 1976.

Se analizará las circunstancias de cada uno de los casos señalando desde ya que la sede considera de aplicación los conceptos jurídicos antes señalados, esto es, que se trataron de crímenes contra la humanidad en tanto y en cuanto revistieron los caracteres de éstos al tratarse de delitos que claramente violaron los derechos individuales de las personas víctimas de tales acciones. Estos crímenes se perpetraron sobre determinadas personas en atención a su pertenencia a un grupo político o participación en asociaciones sindicales lo que califica, entre otros elementos, a tales hechos como delitos de lesa humanidad según las definiciones señaladas supra por los instrumentos internacionales. (Estatuto del Trib de Nuremberg y Estatuto de Roma) y actualmente por la normativa nacional –Ley 18.026.

1) *Jose Arpino Vega.*

Fue detenido en su domicilio sito en Delta del Tigre –Depto de San José– junto con su esposa Nélida Balao y su hijo, Miguel. La detención se efectúa en horas de la madrugada, el 18.04.1974 por personal perteneciente a las Fuerzas Conjuntas. Los llevaron a la base aérea "Boiso Lanza" ubicada en Camino Mendoza en Montevideo. Fue interrogado y torturado. Días después de la detención, según declaración de otra persona que fue también recluída en el mismo lugar, se consigna que, en una sesión de tortura Arpino Vega rompió las esposas que sujetaban sus manos. Esto encolerizó a sus captores que comenzaron a pegarle, entre varios, por largo rato provocándole la muerte. Otros

testimonios hacen un relato coincidente con esta versión de los hechos. El cuerpo de Arpino Vega nunca fue entregado a sus familiares ni se les informó de las circunstancias de su muerte. El informe producido por el Comandante en Jefe de la Fuerza Aéra, por disposición de la Presidencia de la República en diciembre de 2006, respecto del destino de Arpino Vega consigna que fue sometido a apremios físicos durante su interrogatorio falleciendo en la madrugada del 28.04.1974. Señala que fue intención de entregar el cuerpo a sus familiares pero al no poder presentar un certificado de defunción se procedió a montar un operativo simulando una fuga y sepultarlo con cal en una chacra dando detalles del lugar (f. de expte. ficha 17-414/2003 agregado por exhorto n. 100).

De modo que, confirmado por las propias autoridades militares en base a información reservada que se relevó, el detenido fue efectivamente torturado y muerto en dicha base militar. Se decidió no entregar el cuerpo –supuestamente dadas las condiciones que presentaba a consecuencia de los apremios físicos– y se acudió a una fórmula que se repetiría en muchas ocasiones ante situaciones similares, esto es, ante la muerte a consecuencia de la tortura, dar la versión de la fuga y sustentando ésta se publicaba la requisitoria del supuesto fugado tal como se consigna en este caso en igual expediente mencionado a f., en fecha posterior a su fallecimiento.

La ausencia a la fecha de información del lugar donde se hallan sus restos lleva a concluir que se trata de un desaparecido, en tanto, tal como lo establece el Estatuto de Roma en su art. 7, § 2.° lit *i)*, se trata en el caso de la detención de una persona por individuos que contaban con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado o dependían del mismo, seguido de la negativa de dar información sobre la suerte o el paradero del detenido, con la intención de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley .

Corresponde señalar que aún cuando se han reunido testimonios de la muerte violenta que sufrió José Arpino Vega lo que podría determinar que se trata de un homicidio, no se entregó el cuerpo ni se informó del destino de sus restos para poder verificar las condiciones de su muerte. El art. 21 de la Ley 18.026, resulta enteramente aplicable al caso en tanto se privó de libertad a Vega por parte de agentes del Estado, hecho seguido de la negativa a informar sobre la privación de

libertad o el paradero o la suerte del mismo omitiéndose a brindar información sobre el hecho de la privación de liberad, su paradero o su suerte.

Vega era obrero de la construcción y pertenecía al Partido Comunista.

2) *Eduardo Perez Silveira*

Fue detenido el 05.05.1974 por personal militar y llevado al Grupo de Artillería n. 1 sito en Santín Carlos Rosi y La Boyada.

Allí fue torturado por espacio de varios días. El grave estando en que lo dejó la tortura determinó su fallecimiento el día 10 de mayo del mismo año.

La declarante Stella Lilian Reyes, que estuvo detenida y fue víctima de tortura en el mismo centro militar antes señalado, afirmó haber sido testigo de la muerte de Pérez por las torturas que le fueron inferidas (f. 5.ª pieza).

Por su parte, el testigo Baldemar Taroco afirmó que fue detenido el mismo día que Pérez a quien conocía porque ambos eran militantes del MLN-T. Preguntado en qué condiciones pudo ver a Pérez respondió que estaba en situación grave, semiinconsciente. Tarde en la noche –refiere al 9 de mayo– recobra la lucidez y habla con el guardia y con el enfermero, les dice que era de Salto, que tenía un hijo de un mes de vida. Fallece esa misma noche agregando el testigo que sintió todos los movimientos, desde el calabozo contiguo en el que lo tenían recluìdo, cuando retiraron su cuerpo al día siguiente (decl de f. 6.º pieza).

Respecto de las circunstancias de su fallecimiento y la omisión de entregar el cuerpo a sus familiares así como a dar información del destino de sus restos, cabe realizar las mismas consideraciones que las efectuadas en relación a Vega por lo que debe calificarse de desaparición forzada la situación de Eduardo Pérez.

3) *Luis Eduardo Gonzalez Gonzalez*

El 13.12.1974 fue detenido junto con su esposa Elena Zaffaroni, desde su domicilio por personal uniformado y varios oficiales con traje beige. De las circunstancias previas a la detención da cuenta la madre de González, dado que fueron a su casa a buscarlo y éste ya no vivía allí porque se había casado recientemente, no obstante, aún cuando la madre se negó a aportar la nueva dirección logran obtenerla y

concurren alli a detenerlo llevándose también a su esposa (t. I, p. 173-176). Los llevaron al Regimiento de Caballería 6to. Los mantienen detenidos en diversos lugares no obstante lo cual Zaffaroni logra verlo en diversas oportunidades, varias de las cuales cuando es llevada deliberadamente ante la presencia de su marido donde pudo constatar que había sido cruelmente torturado o le hacían presenciar cuando le aplicaban la tortura o cuando sufría de crisis convulsivas a consecuencia de la tortura.

La esposa refiere que el 24.12.1974 fue la última vez que vio a González, en esa ocasión los reúnen proponiéndole a González que colaborara a cambio de la libertad de Zaffaroni. Relató ella ante la Comisión Investigadora Parlamentaria que "si bien estábamos vendados, con el paso del tiempo uno se acostumbra a esta situación y mira por debajo de las vendas, nos tomamos de las manos y estuvimos sentados uno frente al otro, rodeados de un montón de gente. El estaba muy mal, físicamente y tenía dificultad para respirar, además sus pies estaban hinchados y su ropa desgarrada..." Luego de esa instancia, no lo volvió a ver. Supo por otra detenida que al día siguiente lo estaban torturando pero esta detenida tampoco lo volvió a ver luego de ese día (t. I, p. 180).

Zaffaroni estuvo presa varios años y durante este lapso y posteriormente a recuperar la libertad procuró saber el destino de su marido no logrando información alguna.

Relató ante la Comisión que cuando se encontraba presa, en el Penal de Punta de Rieles, pidió para hablar con el encargado de las detenidas, Teniente Echeverría y èste le recibió. Respecto a esa entrevista refiere "yo tenía la convicción de que lo habían matado en el 6.º (Regimiento de Caballería 6.º), pero en ese momento tenía la esperanza de que viviera y que estuviera detenido en alguna otra unidad (...) el me dijo "sí estuve", refiriéndose a haber participado en la detención de González. Cuenta Zaffaroni que fue una entrevista muy violenta, donde se dio mucho el juego de palabras y, en resumen, me dijo : "yo estuve en tu casa, en la casa de tu madre, en realidad, pero tú nunca va a saber ni nunca se va a saber lo que pasó (...)" Luego, en vísperas de su libertad, mantiene un diálogo con el Capitán V. Vázquez quien le preguntó si les tenía mucho rencor. Zaffaroni le preguntó por qué, si era por lo que le habían hecho al marido, contestándole el Capitán que

sí. "Entonces le dije: "pero ud sabe lo que pasó?" y me dijo "eso no se va a saber" (f.).

Otro testigo, José Milton Guzmán, también declaró ante la Comisión Investigadora Parlamentaria acerca de reconocer la voz de González, cerca de donde le sometían al testigo a plantón. Los captores le reclamaban a González que hablara y como éste no lo hacía, le comenzaron a pegar. "primero fueron piñas, hasta que cayó al suelo y después lo patearon– Lo mismo ocurrió al día siguiente. Escuché cómo se quejaba al ser tan brutalmente castigado. Después de las piñas cayó al piso y volvieron a patearlo. Fue la última vez que lo escuché" (f.).

Los militares dieron la versión que se había fugado.

Al respecto señala el testigo antes referido "puedo atestiguar que Luis Eduardo estaba muy mal, igual que el resto. Ahí nos molieron a palos. Era imposible escaparse, porque recuerdo que en una de las sesiones, cuando me ponen al lado de la pileta del submarino, forecejo con el soldado y me saco la capucha. Entonces, caen una "troja" de soldados, me "recagan" a palos y me esposaron. Posteriormente, seguía el mismo trato, dándome submarino y cagándome a palos. Primero las esposas me las pusieron atrás, luego adelante, y me ataban los codos. Los pies me quedaban como una bola. Para escaparse uno tiene que poder correr, caminar, y no se podía. Si una persona sana, rodeada de soldados no puede escapar, pienso que una persona deshecha físicamente menos podría hacerlo. Los pies me quedaban así a consecuencia del plantón(...)" (f.) Afirmó que las condiciones físicas de González eran pésimas como para poder escapar. Se presume que falleció el 26.12.1974.

Luis González González era estudiante de medicina, activo militante gremial de la Federación de Estudiantes Universitarios del Uruguay y militante del Partido Comunista Revolucionario.

La condición de desaparecido del detenido emerge del relato que precede siendo muy elocuente la declaración de la esposa de González en su búsqueda de información y en la deliberada negativa de brindarle dato alguno los militares que habían participado de la detención, interrogatorio y destino del mismo.

4) *Eduardo Belier Horovitz*

El 29.10.1975, en horas de la noche, miembros del Ejército detienen a Bleier en la vía pública y conducido a una casa ubicada en

Rambla Rca de México n. 5515, en Punta Gorda, conocida como "300 Carlos", que oficiaba con centro de detención en Montevideo. Después de unos días, es llevado al Servicio de Material y Armamento ubicado a los fondos del Batallón de Infantería n. 13.

Fue intensamente torturado falleciendo entre el 1 y el 05.07.1976.

En el transcurso de la reclusión debió ser atendido en el Hospital Militar acudiendo al mismo asistido en su respiración con tanque de oxígeno lo que da la pauta de la gravedad de su estado.

La familia, constituida por su esposa y sus hijos y los hermanos del detenido realizaron reiteradas gestiones desde el momento de su detención para lograr determinar dónde estaba recluido no habiéndoseles informado nunca tal circunstancia contestando que estaba requerido o que posiblemente estuviera en el extranjero ocultando la verdad de los hechos y no procurando la información requerida.

No obstante, testigos del lugar de detención brindaron su relato ante la Comisión Investigadora del Parlamento siendo elocuentes en cuanto al durísimo trato que le brindaban y a los reiterados episodios de tortura que debió soportar.

Así, Rita Ibarburu reconoció que compartió el mismo centro de detención con Bleier a quien conocía desde tiempo atrás. De igual manera Sara Youtchak refirió la brutal tortura a que eran sometidos todos allí y particularmente Bleier detallando episodios de especial crueldad con respecto a este detenido. El testigo José Wolman también reconoció haber estado detenido en el mismo lugar y tiempo que Bleier coincidiendo con la anterior testigo en la descripción del estado deplorable que presentaba (t. I p.207 a 226).

Los responsables de su desaparición, al igual que en otros casos, pretendieron hacer circular la versión de su fuga publicando requisitorias desde agosto del año 1976 tal como se consigna en los Archivos de la Armada Nacional (f. del exhorto expte 17-414/2003).

Eduardo Bleier era de profesión odontólogo e integrante del Comité Central del Partido Comunista del Uruguay.

5) *Juan Manuel Brieba*

Fue detenido desde su domicilio el 30.10.1975 junto a su madre Elisa Brieba a quien luego de dos días liberaron. A partir de ello la Sra

Brieba comenzó a indagar en qué lugar se encontraba detenido su hijo no recibiendo nunca respuesta.

Relata ante la Comisión Investigadora del Parlamento que estuvo tres años yendo a los cuarteles preguntando por su hijo. "Un día la milica me dijo. 'Juan Brieba? Sí, lo ví', me contestó. Estaba hojeando un block y entonces ví que allí estaba el nombre de mi hijo. Enseguida me dijo: 'eso no, no lo agarramos' yo le respondí, 'còmo que no? Si a mi también me llevaron con él y yo lo vi' Entonces los milicos me apuntaron y me fui a mi casa." Luego de unos días volvió al lugar y les preguntó cómo era posible que le hubieran dicho que su hijo no había estado allí si ella lo había visto anotado en la hoja de block. En esa oportunidad la hicieron sentar en un banco del patio y allí la dejaron durante toda la mañana sin que la atendiera persona alguna y al final de la jornada decidió irse sin respuesta alguna.

La Comisión para la Paz, luego de la investigación que practicara, concluyó que murió luego de padecer tortura, el 04.11.1975.

Brieba era carpintero y militante del Partido Comunista.

Los hechos narrados permiten también en este caso identificar el ilícito como desaparición forzada según art. 21 de Ley 18.026 y normativa internacional citada.

6) *Fernando Miranda Perez*

El día 30.11.1975 fue detenido en su domicilio por miembros de las Fuerzas Conjuntas, en presencia de sus hijos y de su esposa.

Se presume que su fallecimiento acaeció dentro de las cuarenta y ocho horas de detenido por cuanto no se han obtenido testimonios de otros detenidos que pudieran afirmar el lugar de reclusión al que fue llevado.

Su esposa recorrió diversos lugares y se entrevistó con numerosas personas para obtener alguna información que pudiera dar con la ubicación de su marido pero no le fue proporcionado dato alguno. Realizó gestiones ante el Consejo de Estado, precisamente el Consejo de Derechos Humanos dependiente de dicho organismo recibiendo como única contestación que F. Miranda no se encontraba detenido en el

ámbito de los ministerios del Interior ni de Defensa. Paralelamente logra acceder a entrevistarse con diversos jerarcas militares negando todos ellos conocer el destino de Miranda y haber participado en la detención del mismo.

En cierto momento le responden que habían detectado que su nombre figuraba en una lista de pasajeros en el Vapor de la Carrera lo que verificaron pero también figuraba en una lista de la empresa CO (Declaraciones recibidas en la Comisión Investigadora, t. I, p. 232 a 242).

Tiempo después, en setiembre del año 1976 aparece requerido por actividades subversivas mas no concurrieron al domicilio a detenerlo siendo que, por otra parte, negaban haber procedido a su detención tiempo atrás.

Según información recabada por la Comisión para la Paz y trasmitida a uno de sus hijos, se señaló que había fallecido luego de haber recibido un golpe cuando se encontraba recluido en el Servicio de Material y Armamento adonde lo habían llevado (decl de f. 5.ª pieza).

Ante la misma Comisión se informó que habría sido sepultado en el Batallón 14 de Toledo y después exhumados sus restos en el año 1984 para luego incinerarlos y tirarlos a las aguas del Río de la Plata.

No obstante, el 01.12.2005, un equipo técnico de antropólogos de la Universidad de la República que estaba realizando tareas de búsqueda de restos de los denunciados como desaparecidos, realiza el hallazgo de restos humanos los que, practicado el análisis de ADN y pericia antropológica forense se pudo determinar que pertenecían a Fernando Miranda Pérez.

Fernando Miranda Pérez era escribano público, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República y militante del Partido Comunista.

A diferencia de los casos antes relatados, habiéndose hallado los restos del detenido, constatándose por ende su muerte aunque no pudo, dado el lapso transcurrido, determinarse la causa de la misma, debe concluirse que se trató de un homicidio político. Ello por cuanto el ocultamiento de su muerte elaborando incluso falaces versiones llegando a negar haberlo detenido, permite concluir que los agentes militares actuantes en la detención y traslado fueron responsables de su muerte. La ocultación del hecho lleva a presumir que fue una muerte

intencional y el motivo del homicidio se vincula con el de su detención: la conocida filiación política del Esc. Miranda. El homicidio se califica de político cuando se da muerte a una persona por un agente del Estado o con su autorización, apoyo o aquiescencia, en virtud de las actividades u opiniones políticas, sindicales, religiosas, culturales, de género, sindical, religiosa, o por la pertenencia a un grupo social o con identidad propia fundada en motivos de género– art. 20 de Ley 18.026.

Amnistía Internacional define este crimen en forma similar: muerte ilegal y deliberada de personas a causa de sus opiniones o actividades políticas reales o presuntas... perpetradas por un gobierno o con su complicidad.

7) *Carlos Pablo Arevalo Arispe*

Fue detenido el 15 de diciembre de 1975 en horas de la madrugada, desde su domicilio. En la misma instancia son detenidos su hijo y un nieto de quince años de edad. Fue trasladado al Servicio de Material y Armamento. Al día siguiente regresan los captores con Arévalo y revisan toda la casa e hicieron pozos en el terreno del fondo. Luego se vuelven a ir con el detenido liberando al hijo y al nieto.

El hijo refirió que cuando estuvo detenido con Arévalo lo tenían a el declarante de plantón en tanto interrogaban a su padre.

No se informó destino del detenido a pesar de las gestiones practicadas por sus familiares concurriendo a preguntar por Arévalo a las diversas reparticiones militares sin que les proporcionaran información alguna (t. I, p. 249-252).

La Comisión para la Paz recabó la información que había fallecido el 4 de marzo de 1976 a consecuencia de la tortura habiéndose afirmado que sus restos, al igual que otros, habían sido enterrados para luego desenterrarlos e incinerarlos y tirarlos al Río de la Plata.

Carlos Arévalo era de profesión peluquero y miembro del Partido Comunista.

Dada las condiciones de detención y la omisión en informar su paradero, no habiéndose encontrado aún sus restos, reviste el carácter de detenido desaparecido siendo aplicable la normativa señalada supra.

8) *Julio Gerardo Correa Rodriguez*

Fue detenido el 16.12.1975, en hora de la madrugada, por personas de civil y armadas, que se identificaron como de las Fuerzas Conjuntas.

Su esposa declaró ante la Comisión Investigadora del Parlamento, siendo testigo de su detención. Al día siguiente la esposa, María Hortensia Rodríguez fue a dependencias de las Fuerzas Armadas para averiguar del lugar de detención. Desde allí la enviaron al Comando y luego a diversos lugares, recorriendo la Marina y Aviación sin que le informaran nada de su marido. Concurrió también a la Cruz Roja y a la Embajada de Norteamérica donde le tomaron los datos e hicieron gestiones ante el gobierno reclamando información de Correa. Desde la Embajada luego le informaron que no habían recibido respuesta.

Continuó inquiriendo sobre el destino de su esposo ante el Comando por dos años hasta que finalmente desistió ante la ausencia de respuestas.

Agregó la testigo que su esposo padecía de una importante afección en las coronarias, circunstancia que les informó a los captores por lo que llevaron los medicamentos respectivos (t. I ,p. 253-256).

Se presume, por información recabada por la Comisión para la Paz, que murió en la tortura la que no pudo soportar dado su problema cardíaco.

La fecha supuesta de deceso es la del 18.12.1975, dos días después de su detención.

El ocultamiento de las circunstancias de su muerte y el no haber determinado el lugar donde se hallan sus restos hacen también este caso calificable de desaparición forzada.

Julio Correa era militante del Partido Comunista y dirigente de la Asociación de Transportes Marítimos desempeñándose como empleado portuario.

9) *Otermin Montes De Oca Domenech*

El 17.12.1975, en horas de la madrugada, llegaron miembros de las Fuerzas Conjuntas, uniformadas, al domicilio de Montes de Oca. Ingresaron un grupo numeroso de personas y separaron a Montes de Oca de su familia encerrando a los hijos menores en una habitación y a la Sra. Edelmira Correa, esposa de Montes de Oca, en otra

habitación. Luego revisaron toda la casa, levantaron pisos, rompieron muebles.

Montes de Oca permanecía en el fondo custodiado por otros militares llevándoselo detenido luego de unas horas de permanecer en la casa. En el domicilio quedaron otros efectivos impidiendo a los integrantes de la familia salir siendo vigilados por un lapso de dos días y medio.

Luego que se fueron, la esposa de Montes de Oca comenzó a averiguar el destino de su esposo no obteniendo respuesta alguna.

Al día siguiente en que dejaron la casa, los militares volvieron lo que aprovechó Correa para preguntar por su esposo y dónde estaba detenido informándoles además que Montes de Oca sufría de los bronquios lo cual fue comentado por los militares.

Correa presentó cartas de denuncia en varias embajadas acreditadas en Uruguay exponiendo la situación de su marido no logrando que éstas obtuvieran respuesta alguna de parte del gobierno.

Presentó un recurso de *habeas corpus* ante la justicia militar y concurriò semanalmente a interesarse por el trámite durante ocho meses. Agregado a ello verificaba si aparecía en la lista de detenidos en el Museo del Prado y llevaba ropa, comestibles etc., por si aparecía en la lista pero no apareció. El juez militar, en contestación al recurso presentado, le dijo que no había ninguna novedad, no estaba requerido y no figuraba en ninguna lista de detenidos. Correa increpó al juez la ausencia de resultado y horas después le fue informado por medio del secretario que le dijera a sus hijos que "Montes de Oca estaba muerto y que ya no hay nada que hacer". No obstante, nunca le informaron dónde estaban sus restos al tiempo que siguieron negando en las unidades militares haberlo tenido detenido o estar requerido.

Refiere finalmente que años después vio a uno de los captores que había permanecido en su casa y que, junto a otro dirigía al grupo de militares aquella noche en que fue detenido su marido, le vio en caminando por el Prado.

En esa oportunidad le increpó y le preguntó dónde estaba su marido y el hombre la miró, no le contestó nada y se fue rápidamente (t. I, p. 257-279).

Información recabada por la Comisión para la Paz indicó que Montes de Oca murió en la tortura el 20.12.1975.

Las circunstancias de su detención, la negación de haberlo detenido, el hermetismo en cuanto al destino del mismo, lugar de reclusión, causas de su muerte y lugar donde se le enterró configuran todos elementos que llevan también, al igual que los otros casos relatados, a la imputación del crimen de lesa humanidad calificado de desaparición forzada.

Otermín Montes de Oca había sido empleado de Conaprole por once años, trabajaba en un taller en su casa y era activo militante del Partido Comunista.

10) *Horacio Gelos Bonilla*

Fue detenido el 02.01.1976 en la Plaza de Maldonado por individuos de particular que lo subieron a un vehículo y lo trasladaron hasta el Cuartelillo de Maldonado. Posteriormente fue trasladado hasta el Batallón de Ingenieros n. 4 ubicado en Laguna del Sauce donde permaneció hasta el 06.01.1976 en que fallece a consecuencia de las torturas infringidas.

Testigo de su detención fue su tío, Ramón Gelós y José Pedro Correa Sosa.

Testigos del lugar donde estuvo detenido fueron Omar Varona, Alberto Romero, Lucas Martínez, Carlos Julio Barrios y Amado Viera, todos los cuales tambièn fueron detenidos y torturados.

Sus testimonios fueron recabados en las actuaciones que se incorporaron a estos obrados, identificadas con el n. de Ficha P-1708/88, tramitado ante el Jdo Ltdo de 1.ªa Instancia de 4.° turno de Maldonado.

Señala la hermana de Gelós que en la mañana y por la tarde del 02 de enero habían ido personas de particular a la casa en su búsqueda, aduciendo que lo precisaban para encargarle un trabajo. Luego la familia se entera que ha sido detenido por medio del tío de Gelós. No obstante, a la semana de la detención, en la madrugada, vuelven a la casa, esta vez, uniformados, procediendo a revisar toda la casa y preguntando por Gelós.

Al día siguiente la hermana del detenido concurrió al Cuartelillo y mientras preguntaba por el lugar donde se encuentra su hermano vio

el vehículo que había concurrido hasta el domicilio el día de la detención. Esta observación le valió que le indicaran que se retirara negándole cualquier información.

Los testigos que presenciaron la tortura que sufrió Gelós también estaban detenidos y fueron torturados relatando que el día 6 de enero es cuando Gelós fallece a consecuencia de la tortura. Fueron testigos de la muerte de Gelós Bonilla, Omar Varona, Carlos Julio Barrios y Amado Viera.

Lucas Martínez quien, como los antes nombrados, refiere a haber visto las circunstancias en que fallece Gelós, narra que a él le estaban haciendo "submarino seco" a consecuencia del cual queda inconsciente recuperándose momentos después mediante respiración asistida y masajes al corazón que le estaban efectuando. Relata que por su situación, le sacan la venda y puede ver alrededor observando que hay más detenidos estaqueados, colgados y sentados en sillas atados. En esa escena reconoció a Gelós Bonilla que estaba tirado en el suelo, a Viera que estaba colgado y a Medina que estaba atado en una silla (decl de f. del expte referido).

Por su parte, Amado Viera relata la brutal tortura a la que fue sometido señalando quienes la practicaban así como las demás personas detenidas con él y que estaban también sometidas a tales tratos, refirió que reconoció a Carlos Julio Barrios, Varona, Medina y Gelós Bonilla ya que estaban todos muy juntos y muy cerca, podía oír sus voces y los apremios físicos que les infringían. "Con respecto a Gelós Bonilla puedo decir que no estaba a mas de un metro y medio de distancia y en determinado momento vinieron a interrogarlo, yo lo reconocí por la voz y además le decían 'vos sos el Bonillita del Sunca', comenzaron a castigarlo de una manera brutal, él gritaba que lo mataran, que no resistía, en determinado momento comenzó a respirar en forma muy fuerte y sentí como una 'fatiga' y un grito y como que 'desapareció' queriendo significar con la expresión que dejó de percibir su presencia dado que todos estaban encapuchados y se reconocían por las voces y se percibían por la respiración o los movimientos. A partir de ese momento los soldados comenzaron a correr por todos lados diciendo 'que nos vamos'... relata luego que fueron liberados en diversos puntos de los alrededores de Maldonado pudiendo reconocer que estaban detenidos en el Batallón de Ingenieros n. 4." En

declaración de Omar Varona dada en estos autos a f. se da una versión coincidente a lo expresado por Viera.

La familia nunca pudo acceder a la información sobre el deceso de Gelós ni de las causas de su muerte razón por la cual, no habiéndose logrado hallar sus restos, debe considerarse como crimen de desaparición forzada.

Gelós era obrero de la construcción y dirigente gremial. Militaba en la lista 1001 de la cual llegó a ser edil en la Junta Departamental de Maldonado. A consecuencia de su desaparición, integrantes de la Junta Departamental promovieron denuncia ante el Jdo Ltdo de Maldonado a fin de investigar los hechos que llevaron a su desaparición.

11) *Ubagesner Chavez Sosa*

Fue detenido en la vía pública el 28.05.1976 por hombres de civil que se identificaron como pertenecientes a las Fuerzas Conjuntas.

La esposa narró ante la Comisión Investigadora Parlamentaria que su esposo estaba viviendo fuera de su hogar porque estaba siendo buscado por las Fuerzas Conjuntas. Periódicamente concurría a su casa a ver a su hija y a ella. El día de su detención llegaba hasta la casa a entregarle un enterito a su pequeña hija como regalo de cumpleaños. Pero al ver a dos personas en la vereda sigue caminando hasta que poco después esas personas le dan la voz de alto procediendo a llevarlo hasta el jardín de una casa donde le detienen. Desde esa casa hablan los captores pidiendo locomoción aguardando la llegada del vehículo. Antes de irse detenido Chávez entrega el paquete para su hija a los vecinos de esa casa con el encargo de entregarlo a la niña lo que éstos hacen luego que se lo llevan. De esta manera la esposa, Isidora Musco, se entera de su detención y comienza su búsqueda por las diferentes unidades militares. Se encuentra en ese periplo con la madre de Omar Laserra quien también buscaba a su hijo, preso por haber dado albergue a Chávez. Cuando Musco concurre a la base aérea de Boiso Lanza escucha un comentario que le permite darse cuenta que su marido se encontraba allí detenido. No obstante, los que le atienden niegan tal extremo. Musco insiste en que Chávez estaba en ese lugar recluído y vuelve una y otra vez al lugar, así, veintitrés veces sin lograr que le permitieran ver a su marido. Entonces concurre al Museo del Prado donde se publicaba la lista de detenidos pero tampoco le informaron dónde se hallaba. El 3 de junio del mismo año detienen a la Sra.

Musco y al hermano de Chávez llevándolos hasta la base aérea Boiso Lanza. Allí la dejan dentro de una camioneta policial pudiendo ver, a través de un orificio, que su marido, Chávez, estaba parado en el patio, encapuchado, con la ropa desarreglada, se le doblaban las piernas y la cabeza se le caía y cuando se empezaba a caer un soldado le ordenaba que se mantuviera erguido. Luego de ser interrogados, ella y su cuñado fueron liberados (t. I, p. 282-296), (decl. de f. de expte IUE 173-311/2005), (decl. de f. 8.ª pieza).

Se recibió la declaración del vecino, propietario de la casa donde a su frente se detuvo a Chávez quien corroboró los momentos previos a la detención (t. I, p. 297-299).

El testigo Gerardo Barrios presenció cuando falleció Chavez. Ambos compartieron el lugar de reclusión. Barrios había sido detenido el día 06 de junio del mismo año y lo llevan a la misma base militar. Es sometido a tortura en forma sistemática y puede constatar que junto a él, en la misma habitación, estaba otra persona también víctima de abusos físicos, determinando luego que se trata de Chávez. Refiere que los alternaban aplicándoles las torturas las que básicamente eran picana y submarino. Relata que Chávez estaba muy mal físicamente, le costaba mantenerse en pie cuando le hacían el submarino y cuando lo soltaban se caía. El día en que se produce el fallecimiento pudo observar, por debajo de la venda que le tapaba los ojos, que Chávez estaba tirado en la parrilla metálica, lugar donde luego les aplicaban la picana, al no poderse mantener en pie, notando que empezaba a respirar con dificultad, oyó que Chavez dijo "por amor a mi partido, a mi mujer y a mi hija" y dejó de respirar. Barrios dio aviso al oficial y vienen poco después llamando un médico al ver a Chavez caído. El médico ausculta a Chávez y dice "sí, es el bobo". Luego se dan cuenta que Barrios estaba presenciando las acciones de los militares por lo que lo sacan del lugar.

El hecho ocurrió el 10 u 11 de junio. Ese día unos militares concurrieron a la casa de Chavez y entrevistándose con Musco le preguntaron por su esposo contestándole ella que estaba detenido desde el 28 de mayo. Se hizo circular, como en otras ocasiones, la versión de que se había fugado (decl de f.).

Luego no volvió a saber de él hasta que años después, cuando Barrios es liberado, le cuenta lo que vio estando detenido en Boiso Lanza.

A Musco no se le informó de las circunstancias del fallecimiento de Chávez y tampoco se le indicó dónde se hallaba enterrado a pesar de las incesantes gestiones que realizaba para saber de su paradero.

En la Comisión para la Paz se dijo que había sido enterrado en un lugar no especificado para luego desenterrarlo e, incinerándolo, tiraron las cenizas en el río.

No obstante, al igual que lo que ocurrió con Fernando Miranda, la versión dada era errónea, dado que el 08.02.2006 fueron hallados los restos de quien resultó ser Ubagesner Chavez Sosa, enterrado en una chacra de Pando y donde información brindada a la Presidencia permitía pensar que habían sido enterrados cuerpos de detenidos desaparecidos. La pericia antropológica forense y los cotejos de ADN de su hermano, su hija y de los restos hallados determinaron con certeza que pertenecían a Chávez.

Ubagesner Chavez Sosa era obrero metalúrgico, militante sindical e integrante del Partido Comunista.

La filiación política y su actividad gremial fue la causa de su detención y su posterior muerte por lo que, a pesar de no poder corroborar, tantos años después de acaecido su fallecimiento, la causa de su muerte, puede presumirse con alto grado de seguridad que la misma lo fue por las agresiones físicas producidas. El ocultamiento del cadáver y de toda información al respecto, así como hacer circular la versión de su fuga permite concluir que fue muerto deliberadamente por lo que es dable concluir que se trata de un homicidio político según la definición antes expuesta.

De los hechos narrados y en aplicación de la normativa citada, corresponde concluir que se trata de nueve delitos de desaparición forzada –art. 21 de Ley 18.026– y dos delitos de homicidio político –art. 20 de la citada ley. concurriendo en reiteración real –art. 54 del C.P.

Grado de participación del enjuiciado

Corresponde imputar los delitos reseñados supra al enjuiciado en calidad de autor, el delito de atentado contra la Constitución, y de co autoría los delitos de desaparición forzada y de homicidio político.

La suscripción del Dec. 464/973 que disolviera las Cámaras e instaurara el dominio del Poder Ejecutivo sobre los demás poderes públicos, atribuyéndose competencias que otrora eran exclusiva de los poderes suprimidos, y que diera lugar al dictado de otra serie de Decretos que conculcaron todos los derechos de los individuos desde los más esenciales como el derecho a la vida y la libertad como los derechos a la educación, al derecho de reunión, a la información, etc, requirió para su existencia como tal de la firma del enjuiciado en su calidad de Presidente de la República por lo que la autoría de dicho documento es incuestionable mas allá de su declaración en cuanto a que en la elaboración del mismo intervino mucha gente. Su participaciòn por ende, se inscribe en la modalidad descripta por art. 60, n. 1 del C.P.

En lo que refiere a los crímenes de desaparición forzada y de homicidio político, su participación debe calificarse de coautoría. A juicio de la sentenciante, la hipótesis del art. 61, n. 2 describe el accionar del enjuiciado en los hechos de autos. Ello por cuanto, en su calidad de funcionario público debía impedir, esclarecer o penar el delito, ello en el entendido que no se refiere a que él directamente impidiera o esclareciera o penara tales acciones ilícitas pero era quien podía, en el ejercicio de su cargo, determinar que se cesara en tales acciones al tiempo de conocerlas, disponer se esclareciera los ilícitos que se hubieren perpetrado o formular denuncia ante los órganos competentes de justicia de los hechos con apariencia delictiva . En lugar de realizar las acciones antes señaladas, su actuación se dirigió a ampararlas, coincidiendo con ello en la formulación de la norma en análisis en el numeral referido. M. Langón refiere en su obra *Código Penal comentado, sistematizado y anotado*, t. I, respecto de este numeral, que se trata de una forma de coparticipación a sujeto calificado, pero especialmente calificado desde que no alcanza con la condición de funcionario público sino que debe tratarse de una franja limitada de éstos, los que estén "obligados a impedir, esclarecer o penar el delito", esto es, que alcanza fundamentalmente a policías (y funcionarios de prefectura, aduana e impositiva, según los casos), fiscales y jueces. El tipo de funcionarios que se pueden involucrar en esta forma de coautoría, se puede deducir, sin ser ello limitativo o exclusivo, en general, de los mencionados en el art. 177 del C.P." (p. 262).

En el análisis del citado autor, la referencia a determinados funcionarios públicos lo es en función a la competencia específica que refiere la norma. No obstante, la calidad de primer funcionario del Presidente de la República lo sitúa como un funcionario con la jerarquía suficiente como para, por medio de sus ministros, disponer el esclarecimiento y antes impedir la comisión de los ilícitos de marras. De igual manera, el conocimiento que tuviere de la perpetración de alguno de los ilícitos de los reseñados en estos autos no le exime de la obligación impuesta por art. 177 del C.P. Así, la comunicación recibida de organismos internacionales respecto de las denuncias en esos ámbitos planteadas por familiares de las víctimas, con detalle de los hechos denunciados, le ponía en conocimiento de hechos de apariencia delictiva que debió denunciar ante la justicia competente.

La sede comparte la doctrina invocada por la Fiscalía en el punto.

La coautoría, señala Welzel, "es una forma independiente de autoría junto a la simple. La coautoría es autoría requiriendo que posea el coautor las cualidades personales –objetivas y subjetivas– del autor. Además debe ser coportador del dominio final del hecho. Señala que cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común al hecho, esto es, tener junto al resto, la voluntad incondicionada de realización, y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien –en posesión de las cualidades personales del autor– efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre las bases de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho... "el minus de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con el plus de participación especial en el planteamiento del delito" (Hans Welzel. *Derecho penal alemán*, p. 132-133). En el mismo sentido, Bacigalupo señala que "el aporte objetivo que determina la existencia de un codominio del hecho cada vez que el participe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución el hecho no hubiera podido cometerse. Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización

tenido en cuenta por los autores... es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación (...)"(*Manual de derecho penal*, p. 185-186).

En aplicación de tales conceptos, el amparo de las políticas represivas pensadas, proyectadas y desplegadas por los agentes del Estado que estuvieron al frente de las acciones violatorias de los derechos individuales, no habrían podido desarrollarse y prolongarse sin la anuencia del enjuiciado en su calidad de Presidente de la República quien avaló tales procedimientos en tanto perseguían una misma finalidad, compartida con los autores de los atropellos y crímenes perpetrados, como lo era la persecución y desmantelamiento de los grupos políticos que fueron calificados como adversos a la seguridad nacional. La llamada Doctrina de la Seguridad Nacional reunía a los autores y al encausado en un mismo objetivo y para ello los medios eran los que elegían los ejecutores sin que ello fuera aspecto que debiera definir el enjuiciado y sin que ello lo excluyera de responsabilidad en tanto el resultado de tales acciones era conocido por el mismo. Así, que no supiera a ciencia cierta dónde se torturaba, quiénes morían, en qué consistían los apremios físicos, no lo exime de responsabilidad en tanto la finalidad era clara; la represión de toda manifestación política diversa a la que eligieron los que detentaban el poder. No obstante, es improbable, como se dijera anteriormente que Bordaberry desconociera todo aspecto relacionado a las acciones represivas porque, por un lado, el alto número de detenidos, las continuas acciones desplegadas por las FFCC requerían de un presupuesto determinado que no parece haberse retaceado en ningún momento.

Además su negativa a responder a los continuos reclamos de los organismos internacionales respecto a casos de muertes en tortura y al desconocimiento del destino de detenidos se inscribe en la conformidad del enjuiciado con los procedimientos llevados a cabo por las FFCC de lo cual se manifestara de acuerdo y les asegurara amparo ante eventuales denuncias a futuro.

En suma, la participación de Bordaberry en los crímenes de lesa humanidad debe considerarse de co autor en los términos antes señalados y en aplicación del art. 61.

Asimismo ha de imputarse los referidos ilìcitos a tìtulo de dolo en tanto intenciòn ajustada al resultado buscado –art. 118 del C.P.

2) Circunstancias alteratorias de la pena

Como circunstancia atenuante corresponde computar la confesión en relación al delito de atentado a la Constitución, en vía analógica –art. 46, n. 13, del C.P.

Como específicas la sede ralizó la calificación de homicidio político no obstante lo cual las circunstancias agravantes señaladas en art. 312 por el Min Pco no son excluyentes en tanto que se trata de homicidios muy especialmente agravados . Es computable por ende la atribuciòn en la conducta del impulso de brutal ferocidad o grave sevicia (art. 312, n. 1, del C.P.). Ello en el entendido que se trató de homicidios inmotivados, desproporcionados en relación a la causa real o presunta de su ejecución. La brutal ferocidad dice relación con la falta total de motivos lo que revela la peligrosidad del agente. Por su parte, la grave sevicia indica el matar haciendo sufrir a la víctima, prolongando la agonía, produciendo dolores a la víctima. Implica la utilización de la tortura, los sufrimientos innecesarios.

Tales caracteres se encuentran claramente manifestados en los hechos de autos, especialmente en la muerte de Ubagesner Chavez de quien se han aportado testimonios de los sufrimientos sufridos previo a su muerte.

Concurren asimismo las agravantes genéricas de la alevosía y el carácter público del agente –art. 47, n. 1 y 8 del C.P. Las condiciones de reclusión de las víctimas, el encontrarse atados, encapuchados, generalmente en condiciones físicas deplorables a consecuencia de la tortura, eran aprovechadas por los captores para infringir mayores castigos. El carácter público del agente se manifiesta en que los autores revestían la calidad de funcionarios públicos –policías o militares.

3) Individualización de la pena

El Min. Pco., atento a la calificación jurídica que imputa, reclamó la pena máxima y la imposición de medidas de seguridad eliminativos por el lapso de quince años con descuento de la preventiva que cumpla.

El delito de atentado contra la Constitución se castiga con una pena que parte de diez a treinta años de penitenciaría y dos a diez años de inhabilitación absoluta.

El crimen de homicidio político reclama una pena entre quince y treinta años de penitenciaría, igual pena que se impone al homicidio muy especialmente agravado previsto por art. 312 del C.P.

El crimen de desaparición forzada se castiga con pena que parte de dos años pudiendo alcanzar hasta veinticinco de penitenciaría.

La gravedad de los delitos que se imputan justifica sin duda la aplicación de la pena mayor en consideración al número de las víctimas, al grado de lesión de los bienes jurídicos en juego y al nivel de reproche que puede reclamarse del enjuiciado en tanto al cargo que ocupaba de Presidente de la República.

Los crímenes de desaparición forzada y de homicidio político se encuentran entre los crímenes de lesa humanidad, de por sí calificados como ilícitos de extrema gravedad y de afectación de los derechos inherentes a la persona humana y de la comunidad toda. Pero tampoco puede soslayarse que con el delito de atentado contra la Constitución las consecuencias que devinieron con la aplicación del multicitado Dec. 464/973 resultaron en perjuicio de un número indeterminado de personas ello en tanto las medidas dispuestas a partir de la vigencia de dicho Decreto y los posteriores dictados llevaron a despidos masivos, al exilio económico y por razones de persecución política (a partir de la ilegalización de partidos políticos y asociaciones sindicales), a la censura de los medios de comunicación etc., en fin, a implantar una sociedad sumida en el miedo y severamente controlada en todos los aspectos de su vida.

En cuanto a las medidas de seguridad, las mismas se establecieron por el legislador para ser aplicadas a delincuentes habituales, violadores u homicidas que, por su peligrosidad demostrada en atención a los móviles que les llevaron a la ejecución del delito, o por la forma de ejecución o gravedad del ilícito deban quedar sus autores sujetos a términos mayores de reclusión.

En consideración a la calificación jurídica formulada y las circunstancias apuntadas, en aplicación de los arts. 50 y 86 del C.P., la sede fijará como pena la reclamada por la Fiscalía en el entendido que en ella se contemplan las pautas señaladas por las normas antes apuntadas.

Por lo expuesto y lo dispuesto por los arts. 1, 3, 18, 46, 47, 50, 54, 60, 61, 86, 92, 99, 105, 117 y 120 del C. P., arts. 20 y 21 de Ley

18.026, arts. 1, 2, 10, 25, 174, 216, 245, 246, 249 y concordantes del C.P.P., *Fallo: Condenando a Juan María Bordaberry Arocena como autor de un delito de atentado contra la Constitución en reiteración real con nueve crímenes de desaparición forzada y dos crímenes de homicidio político, a la pena de treinta años de penitenciaría y quince años de medidas de seguridad eliminativos e inhabilitación absoluta de seis años y de su cargo los gastos de reclusión (art. 105 lit. e) del C.P. en caso que corresponda.*

Notifíquese y de no ser recurrida elévese en apelación automática para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal que por turno corresponda.

Comuníquese al Juzgado Letrado en lo Penal de 11 turno a cuya disposición se encuentra que, una vez cumplida la preventiva en dicha causa deberá quedar a disposición de la presente.