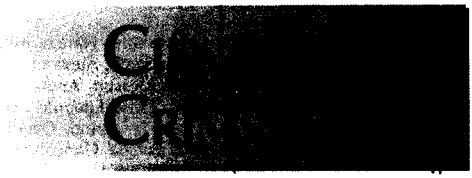
Revista Brasileira de



Ano 17 • n. 77 • mar.-abr. / 2009

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Presidente **Sérgio Mazina Martins**
Coordenadora **Ana Elisa Liberatore S. Bechara**

Ano 17 • n. 77 • mar.-abr. 2009

Diretoria da Revista

COORDENADORA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENADORES ADJUNTOS – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes

CONSELHO DIRETIVO DA REVISTA – Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, Renato de Mello Jorge Silveira, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Mauricio Genofre, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

Colaboradores Permanentes

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, e Sergio Moccia.

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 17 • n. 77 • mar.-abr. / 2009

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

Coordenadora
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 17 • n. 77 • mar.-abr. 2009

Presidente
Sérgio Mazina Martins
Coordenadora
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

© edição e distribuição da

Editora Revista dos Tribunais Ltda.

Diretor responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

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 9.610/98.

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: Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda., CNPJ 52.007.010/0001-52

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

I. DIREITO PENAL

1. La investigación con células troncales, técnicas de clonación y otras de reprogramación celular: el debate jurídico y jurídico-penal actual
   CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA 7
2. La tutela penal del ambiente en Italia. Limitaciones legales y necessidades materiales
   GIULIO ADINOLFI 40
3. Identidad en el tiempo y responsabilidad penal: el juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado
   JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ 72
4. Lei de anistia: um debate imprescindível
   PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E IGOR TAMASAUSKAS 101
5. La lesión al honor de la persona como lesión punible
   RAINER ZACZYK 128

II. PROCESSO PENAL

1. Direito ao intérprete e ao tradutor como corolário do justo processo penal
   RENATO STANZIOLA VIEIRA 141
2. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)
   FREDERICO VALDEZ PEREIRA 175

III. CRIME E SOCIEDADE

1. O homicídio e a dádiva: um exemplo de distanciamento entre antropologia e direito
   BRUNO SHIMIZU 203

2. Anencefalia e razão pública no Supremo Tribunal Federal
DEBORA DINIZ E ANA CRISTINA GONZALEZ VELÉZ 219

3. A produção decisória do sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro ontem e hoje: um estudo preliminar
MICHEL MISSE E JOANA DOMINGUES VARGAS 237

4. Tolerância zero
SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA 261

IV. SISTEMA PRISIONAL

1. A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de criminosos na Inglaterra e no País de Gales
CRAIG PATERSON 281

2. Retrato social da discriminação racial e da marginalização criminal do negro no Brasil: um estudo do perfil sócio-racial dos detentos do Presídio Regional de Tijucas (SC)
JONAS MODESTO DE ABREU E MICHELLE CRISTINE FERRARI 298

3. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual
DEBORA REGINA PASTANA 313

V. SEÇÃO ESPECIAL: ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA

1. A Defensoria Pública de São Paulo na defesa dos direitos sociais
CIBELE C. BALDASSA MUNIZ 331

VI. O DIREITO EM AÇÃO

1. Ementário de jurisprudência
ANDRÉ ADRIANO DO NASCIMENTO DA SILVA
E LUCAS CLEMENTE GUIMARÃES DIAZ 343

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 361
TEMAS 363

IBCCRIM – DIRETORIA DA GESTÃO 2009-2010 366

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 368



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

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

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

Monografias
Fernando Salla

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) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

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) – Ricardo Guinalz

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
La investigación con células troncales, técnicas de clonación y otras de reprogramación celular: el debate jurídico y jurídico-penal actual

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Catedrático de Derecho Penal. Director de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco (Bilbao, España).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Bioética

RESUMEN: Este artículo[1] discute el papel a ser desempeñado por el derecho penal en vista de las actividades de biotecnología humana, fundamentalmente en lo relacionado a la terapia genética, a las investigaciones con células tronco y a la clonación. Tratando aspectos relacionados de un lado al desarrollo tecnológico y del otro a valores fundamentales como la propia protección de los embriones humanos, se busca establecer la función del derecho penal frente a las nuevas

ABSTRACT: This article discusses the role to be played by Criminal Law in light of the human biotechnology activities, especially in relation to genetic therapy, stem cell research and cloning. Dealing with aspects related to technological development on one side and fundamental values such as human embryos protection itself on the other, the intent is to establish the role of Criminal Law in regards to new scientific possibilities in this area, thus trying to avoid criminal-legal regulation

1. O presente artigo constitui a síntese da palestra proferida pelo autor durante o 14.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.

posibilidades de la ciencia en esta área, con el fin de evitar que la reglamentación jurídico-penal en materia de biotecnología humana no termine asumiendo un carácter eminentemente simbólico.

Palabras clave: Derecho penal – Clonación – Células tronco – Embrión – Terapia genética – Reproducción humana asistida – Biotecnología.

on human biotechnology that would result on a highly symbolic character.

Keywords: Criminal law – Cloning – Stem cells – Embryo – Genetic therapy – Assisted human reproduction – Biotechnology.

Sumário: 1. De la clonación reproductiva a la clonación *terapéutica* – 2. Las células troncales: el estado de la cuestión científica: 2.1 Naturaleza y características de las células troncales; 2.2 Origen de las células troncales; 2.3 Fuentes de las células madre; 2.4 Potencialidades terapéuticas y estado de la investigación – 3. Obtención de células madre de embriones humanos "in vitro": el estatuto ético-jurídico del embrión – 4. Marco jurídico-constitucional de la protección del embrión – 5. Creación de embriones humanos – 6. Células madre de embriones supernumerarios – 7. Células troncales de cordones umbilicales, embriones y fetos abortados: 7.1 Cordón umbilical; 7.2 Embriones y fetos abortados; 7.3 Obtención de células troncales de adultos – 8. Los ensayos clínicos – 9. ¿Qué función puede corresponder al Derecho Penal en relación con la biotecnología humana?: 9.1 Derecho penal preventivo o derecho penal meramente simbólico frente a las biotecnologías; 9.2 ¿La tipificación de delitos orientados al futuro como síntoma de un Derecho Penal meramente simbólico?; 9.3 El Derecho Penal sobre las biotecnologías, más allá de su valor simbólico; 9.4 La satisfacción razonable de la función preventiva del Derecho Penal en relación con la biotecnología humana; 9.5 Derecho Penal simbólico y técnicas de tipificación penal – Bibliografía.

1. De la clonación reproductiva a la clonación *terapéutica*

Cuando en febrero de 1997 se dio a conocer por los investigadores del Instituto Rosslin del Reino Unido que habían obtenido mediante una técnica especial de clonación (mediante la activación de un ovocito previamente enucleado al que se había transferido el núcleo de una célula somática) y que esta técnica se podría utilizar en el futuro en el ser humano se produjo una conmoción mundial: En la comunidad científica, en primer lugar, porque se había descartado la viabilidad de esta técnica aplicada a los mamíferos. A la población en general porque se veía así la posibilidad de reproducción completamente asexuada (es decir, sin la aportación al nuevo individuo de la dotación genética masculina y

femenina a través de la fusión de los dos gametos respectivos). Y a las instituciones internacionales, autoridades y líderes del mundo porque se vio la necesidad de reordenar y regular la investigación en el sector de la biotecnología humana. El rechazo de esta posibilidad de clonación de seres humanos fue, en todo caso, unánime, y se tomaron algunas medidas por parte de organismos internacionales y de algunos estados.

Paralelamente aparece y van creciendo las expectativas de otra línea de investigación vinculada con las células humanas madre o troncales para investigación y posteriores usos terapéuticos, abriendo así las puertas a la Medicina regenerativa. No obstante, la experimentación con células madre o troncales obtenidas a partir de embriones humanos, cualquiera que sea el origen de éstos, y el posible recurso a la clonación no ya con fines reproductivos, sino tan sólo como fuentes de células troncales, así como la investigación sobre otras técnicas de reprogramación celular, han provocado un debate social especialmente intenso, algunos de cuyos aspectos más relevantes han sido ya citados. Por otro lado, también ofrecen su propio interés los ensayos clínicos que se puedan realizar a partir de estas células, por las incidencias de diversa índole que pueden presentarse en los pacientes; aunque por el momento no preocupan a la opinión pública, con toda seguridad llamarán la atención de los medios cuando estos ensayos se realicen con más frecuencia.

En cualquier caso, estas nuevas líneas de investigación han generado nuevas discusiones acerca de la conveniencia de prohibir algunas de ellas, sobre todo las que implican la creación de embriones in vitro, recurriendo si fuera preciso a la sanción del Derecho Penal, y en este asunto las opiniones ya no son unánimes, a diferencia de lo que ocurrió con la clonación humana reproductiva.

Por consiguiente, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Penal aparecen estrechamente entrelazados respecto a las respuestas jurídicas que se puedan dar a estas materias, y probablemente cada uno de estos sectores del ordenamiento jurídico tiene su respectiva función que cumplir.

Puesto que todavía es frecuente entre los juristas analizar algunas materias, en especial las relacionadas con las ciencias empíricas y con las tecnologías, sin realizar una mínima aproximación a las mismas, con el fin de poder identificar mejor los conflictos que pueden surgir y la naturaleza real de los mismos, empezaremos mencionando algunos aspectos más básicos relacionados con las células troncales: qué características

presentan, cómo pueden obtenerse, qué posibilidades científicas terapéuticas ofrecen, etc.

2. Las células troncales: el estado de la cuestión científica

2.1 *Naturaleza y características de las células troncales*

Se entiende por células madre (también células madres) o *células troncales* aquellas células indiferenciadas que conservan la capacidad de multiplicarse por un período de tiempo indefinido y que, asimismo, pueden desarrollarse en diversas células diferenciadas (p. ej., células nerviosas, epidérmicas, productoras de insulina, del tejido cardiaco, etc.). Estas células presentan, en consecuencia, varias características: *a*) son indiferenciadas o, lo que es lo mismo, son células todavía no especializadas respecto a una función biológica determinada, y por ello no presentan ninguna de las estructuras morfológicas propias de las células que sí lo están (células diferenciadas); *b*) se pueden dividir y multiplicar en su estado indiferenciado por períodos de tiempo largos, dando lugar a otras células con las mismas características, esto es, idénticas a ellas; *c*) en torno a ese proceso de multiplicación y bajo determinadas condiciones fisiológicas o experimentales pueden derivar asimismo en diversas clases de células especializadas (diferenciadas), con la morfología específica que corresponda a éstas. En función de la potencialidad que poseen en relación con este proceso de derivación en células diferenciadas, se pueden agrupar en células totipotenciales, pluripotenciales y multipotenciales, sobre cuyo alcance respectivo nos ocuparemos más abajo. Aunque desde hace ya varias décadas se conocían buena parte de estas características en células de mamíferos, es más reciente la investigación sobre células madre de origen humano y sobre sus potencialidades.

2.2 *Origen de las células troncales*

Las células madre o células troncales tienen orígenes diversos. Es importante conocer su procedencia, tanto por las diferentes perspectivas que ofrece su investigación como por el vivo debate ético y jurídico generado en relación con el origen de algunas de ellas.

En función de su procedencia las células madre humanas se pueden clasificar como:

a) *Células madre embrionarias*. Se encuentran en el embrión preimplantatorio en su fase de blastocisto (unos cinco días después de la fecundación, con un conjunto de entre cincuenta y cien células), cuya

masa interna celular está formada por blastómeros, células que tienen la propiedad de ser *pluripotentes*, esto es, son capaces de derivar en todos los tejidos y órganos que configurarán el nuevo ser. Sin embargo, no pueden dar lugar a un ser completo, pues ya no son células *totipotentes* (como ocurre con el cigoto y las células embrionarias en las fases previas a la indicada), las cuales sí poseen esta capacidad.

b) *Células madre fetales germinales.* Estas células, presentes en el feto de cinco a diez semanas, son precursoras de los gametos (espermatozoides y ovocitos). Parece ser que podrían derivar en líneas celulares de diversos tejidos pero de forma más limitada que las células madre embrionarias. De todos modos, hay todavía importantes aspectos relativos a estas células que no son bien conocidos.

c) *Células madre somáticas adultas.* Son también células indiferenciadas cuya presencia ha sido detectada en diversos tejidos y órganos de los recién nacidos y de los adultos, aunque en cantidades mucho menos abundantes. En la ubicación corporal que les es propia poseen la facultad de diferenciarse de forma limitada en células específicas –diferenciadas– con características y funciones idénticas a las células que conforman los tejidos u órganos en los que se hallan alojadas. Por este motivo se las denomina células *multipotentes*, pues en su estado natural sólo pueden derivar en una línea celular determinada. Cada vez son más los tejidos descubiertos por los científicos que albergan este tipo de células: hígado, páncreas, cerebro, piel, músculo, etc. Algunas de estas células mantienen una actividad significativa después del nacimiento (p. ej., células madre de la piel, del intestino, hematopoyéticas).

d) *Células madre fetales somáticas.* Poseen semejantes características que las anteriores. Hace ya años que se han obtenido células neuronales de fetos abortados con el fin de su implantación en el cerebro de adultos afectos de diversas lesiones o enfermedades en este órgano.

e) *Células madre del cordón umbilical.* Se encuentran principalmente en la sangre del cordón umbilical. Fundamentalmente, se trata de células hematopoyéticas, las cuales se vienen utilizando desde hace tiempo para tratar algunas enfermedades de la sangre, como el cáncer (leucemia), pero se ha descubierto asimismo la presencia de otras células madre también capaces de derivar en células diferenciadas.

2.3 *Fuentes de las células madre*

En correspondencia con el variado origen de las células madre, también las fuentes de su obtención son diversas. En el caso de células

somáticas de adulto, éstas podrían obtenerse del propio paciente, lo que evitaría los riesgos de rechazo de las células que se implantasen, una vez manipuladas en el laboratorio. En cuanto a las células de origen fetal (germinales o somáticas), provendrían de fetos abortados, espontáneamente o provocados dentro del marco legal. Las del cordón umbilical provendrían de éste tras el parto. Y, finamente, las embrionarias podrían obtenerse en primer lugar de embriones creados expresamente, bien mediante reproducción sexuada *in vitro* (fecundación inducida en el laboratorio de un ovocito por un espermatozoide), bien por técnicas de transferencia del núcleo de una célula somática del paciente (llamada también, "clonación terapéutica"). Otra fuente importante, sobre todo en las fases actuales en las que se encuentran estas investigaciones, serían los embriones obtenidos con fines iniciales de reproducción, en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, cuando por motivos diversos no es posible destinarlos a este propósito (embriones supernumerarios, excedentarios o "sobrantes"), lo cual puede ocurrir con más facilidad si a dicha técnica se añade la de la congelación o crioconservación de varios embriones con el fin de tenerlos disponibles para el supuesto, no infrecuente, de que el primero o sucesivos intentos de embarazo en la mujer no hayan tenido éxito.

2.4 Potencialidades terapéuticas y estado de la investigación

Las células madre constituyen, en primer lugar, un modelo para entender el desarrollo humano (evolución de la vida humana prenatal) y a partir de ahí, extraer consecuencias sobre infertilidad, interrupción espontánea del embarazo, problemas en el nacimiento, etc. Al mismo tiempo su estudio puede ofrecer información muy valiosa sobre los procesos de diferenciación y multiplicación celular, así como sobre la función de los tejidos. Y podrían servir asimismo para el tratamiento de la terapia génica y para la investigación de nuevos productos farmacológicos.

Con las técnicas oportunas desarrolladas convenientemente, las células madre podrían ser fuente para tratar determinadas enfermedades degenerativas y genéticas crónicas (diabetes, párkinson, alzheimer, infarto de miocardio), así como procesos traumáticos (lesiones de médula espinal). La plasticidad de estas células, aparentemente mayor en las células madre embrionarias, podría facilitar su uso terapéuticos en el futuro en enfermedades graves para las que, en muchos casos, no se dispone hoy de alternativas eficaces. De ahí que la comunidad cien-

tífica se haya volcado sobre estas nuevas líneas de investigación y haya generado expectativas muy intensas entre la población, especialmente, como es lógico, entre aquellas personas que podrían beneficiarse de tratamientos tan prometedores.

De todos modos, son aún importantes las incógnitas no despejadas y los obstáculos pendientes de superación para lograr terapias efectivas, entre otros, el control de los procesos de diferenciación y transdiferenciación –incluídos los de migración celular– para asegurar un crecimiento celular estable; el control del proceso de división-multiplicación celular, pues su crecimiento incontrolado puede dar lugar a procesos tumorales una vez implantadas estas células en el paciente; la reacción inmune, ya conocida en el caso de los trasplantes de órganos y tejidos procedentes de donante, que podría manifestarse frente a estas células una vez implantadas. El rechazo podría resolverse mediante medicación inmunodepresora, con los riesgos que ésta comporta para el paciente, o produciendo las líneas celulares destinadas a la implantación a partir de células madre provinientes del propio paciente, o incluso mediante el uso de embriones somáticos. Estos últimos se obtienen por transferencia nuclear, esto es, por la inserción en un óvulo previamente enucleado del núcleo de una célula somática del propio paciente, procediendo a su desarrollo embrionario con técnicas similares a las utilizadas con la oveja *Dolly*. Este procedimiento ha venido a denominarse en el lenguaje popular "clonación terapéutica", expresión inadecuada, pues en el estado actual de estas técnicas su presunta utilidad residiría sólo en la investigación; su aplicación terapéutica en pacientes es, por el momento, una posibilidad meramente especulativa.

Se ha discutido mucho sobre cuál de las líneas principales de investigación en células madre (células embrionarias y somáticas, principalmente) parece más fructífera y, en consecuencia, cuál de ellas debería priorizarse. Frecuentemente en este debate se entremezclan consideraciones no estrictamente científicas, sobre todo de índole moral. Muchos sostienen que, a la vista del estado actual del conocimiento, ambas líneas de investigación deben ser impulsadas, pues pueden aportar resultados y soluciones complementarias. Ello sin perjuicio del abordaje de los aspectos éticos y jurídicos específicos que pueda presentar cada una de ellas, como se exponen a continuación.

Cada una de las líneas de investigación citadas presentan unas implicaciones jurídicas de relevancia diversa. Algunas de ellas vamos a estudiar a continuación.

3. Obtención de células madre de embriones humanos "in vitro": el estatuto ético-jurídico del embrión

Debemos recordar (nacimiento de Louise Brown en 1978) que el embrión humano in vitro es una realidad relativamente nueva para el derecho, y por ello no había ninguna reflexión previa de cómo debí actuarse en esta situación. La mayor parte de los especialistas (sobre todo del campo de la Ética y del Derecho) han intentado trasladar al embrión in vitro las mismas o semejantes percepciones y valoraciones que se venían haciendo tradicionalmente (tanto con criterios mayoritarios como minoritarios) sobre todo el proceso de la vida humana desde la concepción y la gestación hasta el nacimiento, es decir, al *nasciturus*. Esta aproximación probablemente ha sido metodológicamente incorrecta, al no tener en cuentas las características específicas que presenta el embrión in vitro.

Los problemas actuales respecto a la utilización de células madre humanas de origen embrionario se centran en la valoración ética y jurídica del recurso a las mismas como material o medio de investigación o experimentación, y no destinado a tratamientos de pacientes concretos. Cada una de las fuentes para la obtención de células madre embrionarias plantea su propia reflexión ética y jurídica. De todos modos, para la mejor comprensión de ambas es necesario adentrarse previamente en una cuestión muy compleja, que es la referente al estatuto ético y jurídico del embrión, que se presenta a continuación de forma muy breve.

La cuestión primera y previa al diseño de un posible estatuto ético –y jurídico– del embrión humano descansa en si éste encarna algún valor digno de reconocimiento y, consecuentemente, de protección. Dentro de la pluralidad ideológica y ética existente en las sociedades occidentales se ha propugnado la identificación de una ética cívica, en cuanto fundamento de los derechos humanos, que permita extraer valores éticos compartidos. En relación con el embrión, y siguiendo el parecer del Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica, tales valores podrían ser los siguientes: 1) el respeto a la vida humana desde la etapa de embrión, en el sentido de que la vida humana desde ese momento merece un especial respeto que no se reconoce a otros organismos vivos; 2) el valor intrínseco de intentar aliviar el sufrimiento humano por medio de investigaciones que vayan dirigidas a esa finalidad; 3) el valor de la libertad de investigación, siempre que no atente contra derechos humanos, es decir, siempre que exista conciencia

de que el poder técnico no coincide con el poder ético; y 4) el valor de la libertad y, por tanto, su defensa; en este caso, la libertad de las parejas afectadas y, por tanto la necesidad de pedir su consentimiento, tras una información suficiente.

Sin perjuicio de los anteriores criterios orientativos, pueden apreciarse en nuestra sociedad diferentes aproximaciones a la valoración del embrión. Una de ellas entiende que la vida del embrión encarna un valor personal, en cuanto que desde la fecundación existe ya una persona en potencia, dirigida irremisiblemente a serlo en acto. En consecuencia, el embrión debería gozar de la misma protección que la persona natural, elevando todas sus fases vitales como supuestos de personalidad y de titularidad de derechos, modificación que podría hacerse sin dificultades, al tratarse de una creación jurídica. Como habrá ocasión de comprobar más abajo, esta propuesta va más allá del marco constitucional español, pero no es, ciertamente, incompatible con él. Sin embargo, otros especialistas han recordado que esta modificación tendría un difícil encaje, tanto en relación con los atributos que se han venido confiriendo casi de forma universal en el tiempo y en el espacio a dichas categorías jurídicas, como respecto a su propia operatividad en relación con la vida prenatal. Se añade a lo anterior que tampoco reflejaría coherentemente las valoraciones jurídicas que se han venido proyectando tradicionalmente sobre la vida prenatal y las que en particular se han ido dibujando más recientemente en torno al embrión *in vitro*.

Desde otra perspectiva muy diferente, se subraya la estrecha vinculación que existe entre la vida prenatal y la madre, y que, en consecuencia, la protección de aquélla no debe ir más allá de la voluntad de la madre, al menos hasta que el feto alcance la viabilidad extrauterina; en la misma línea, se ha puntualizado que el embrión *in vitro* no debe gozar de ninguna protección especial si pueden atenderse con él otros intereses individuales o colectivos considerados superiores. Es decir, el embrión, en cuanto que no encarna ningún interés digno de protección, no sería acreedor de ésta. Pero este criterio tampoco parece encontrar refrendo constitucional en el ordenamiento jurídico español, como habrá ocasión de comprobar.

Finalmente, existe una posición, que podríamos calificar de intermedia, conforme a la cual el embrión *in vitro* tiene un valor y merece especial respeto, pero que este valor es ponderable con respecto a otros valores. En tales términos se ha expresado el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica.

4. Marco jurídico-constitucional de la protección del embrión

Diversos tribunales constitucionales y otros órganos jurisdiccionales estatales con funciones semejantes se vienen ocupando sobre la posición jurídico-constitucional del *nasciturus* (así EEUU, 1973; Austria, 1973; Alemania, 1975 y 1993; España, 1985; etc.), y algunos de ellos, más recientemente, del embrión humano in vitro (Francia, Conseil d'État, 1994; España, 1996 y 1999; Brasil, 2008). Normalmente en estos casos estaba en discusión la aprobación de una ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto, o las técnicas de reproducción asistida o la investigación con embriones humanos.

El ordenamiento jurídico español no reconoce al *nasciturus* (embrión implantado y feto humanos) ni al embrión *in vitro* la condición de persona ni la de sujeto de derechos y obligaciones, lo cual sí ocurre después del nacimiento de acuerdo con las prescripciones del Código Civil (arts. 29 y 30). Esta doble conclusión, esto es, la falta de titularidad de los derechos fundamentales y la carencia de personalidad jurídica por parte del *nasciturus* y del embrión *in vitro*, se deduce ya de la propia Constitución española, o así lo ha entendido al menos el Tribunal Constitucional. En efecto, en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado contra la ley de despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo, dicho órgano rechazó que el *nasciturus* fuera titular del derecho fundamental a la vida proclamado en el art. 15.° de la Constitución. Esta apreciación se ha visto confirmada después por sus sentencias 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, relativas a los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, y contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, respectivamente. En estas sentencias de 1996 y 1999 el Tribunal Constitucional rechazó expresamente la condición de persona, en su dimensión jurídica, al embrión *in vitro*.

En el ordenamiento jurídico español es posible distinguir, además, la incidencia de diversas fases o estadios en el desarrollo de la vida humana, teniendo en cuenta aquellos momentos que son relevantes para determinar la capacidad de continuar y culminar el desarrollo vital (perspectiva gradualista). Esto es así porque el derecho puede matizar su valoración jurídica sobre cada una de las fases o etapas de la vida prenatal, materializándose en una protección jurídica de diferente intensidad para cada una de ellas, en atención a la culminación de esas etapas.

Esta perspectiva se aprecia en el ordenamiento jurídico español, pues constituye en él una realidad distinta el embrión *in vitro* en tanto no ha sido transferido a una mujer y no se ha producido la subsiguiente implantación de aquél, pues el cigoto resultante no tiene por sí mismo capacidad de desarrollo hasta que no ha lugar la citada transferencia. De forma similar ha concluido el Tribunal Constitucional: "como queda afirmado con reiteración, los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno" , sentencia 116/1999).

No obstante, el derecho debe ofrecer a la vida del embrión *in vitro* sus mecanismos apropiados de protección, en la medida en que constituye una forma de vida humana y puede dar lugar al nacimiento de un ser humano. Debe garantizar, además, que no será objeto de intervenciones que pueda poner en peligro la integridad o identidad del nuevo ser, sin perjuicio de que se pondere la oportunidad de admitir concretas excepciones –también discutidas–, en beneficio del propio individuo o de terceros, en este último supuesto si tal proyecto procreativo no puede satisfacerse. La falta de personalidad del *nasciturus* y del embrión *in vitro* no significa que puedan ser entendidos en el ordenamiento jurídico español como meros objetos de derecho, y por ello como cosas susceptibles de apropiación, pues gozan y han de gozar de otros privilegios diferentes y superiores a los otorgados a otras partes del cuerpo humano separadas de éste. De este modo, los conflictos que puedan plantearse en relación con el embrión *in vitro* deberán resolverse de acuerdo con el principio jurídico de la ponderación de todos los intereses presentes.

Con estos presupuestos, puede pasarse ya al estudio de los problemas que suscita la creación de embriones para obtener de ellos células madre, o la utilización de estas células con el mismo fin (embriones supernumerarios o excedentarios). Asimismo, quedan delimitados algunos conceptos o hechos que pueden ser relevantes para el Derecho Penal, con el fin de poder tomar decisiones político-criminales sobre el si y sobre los límites de su intervención, así como las ponderaciones de los conflictos de intereses que pueden emerger, según se ha visto.

5. Creación de embriones humanos

La creación de embriones tempranos –con un desarrollo no superior a los catorce días– para obtener de ellos células madre, plantea varios problemas.

Supone crear embriones para un fin no reproductivo, la investigación; en segundo lugar, pueden obtenerse no sólo por fecundación gamética, sino también mediante técnicas de transferencias de núcleos, aunque los biólogos rechazan que durante las primeras fases de desarrollo a partir de la activación del ovocito (clonación no reproductiva) estemos realmente ya ante un embrión o al menos ante un embrión viable. La reprogramación de células somáticas, técnica sobre la que se han realizado ya algunos experimentos se aleja notablemente de lo que pueda ser considerado un embrión con independencia de la potencialidad de desarrollo de la célula reprogramada.

Es cierto que estas nuevas creaciones biológicas fuerzan en muchas ocasiones las definiciones científicas previas (y, lo que es más grave, también pueden afectar a la incolumidad de nuestras valoraciones), pero no se resuelven los problemas con meros disfraces terminológicos: un embrión somático también podría convertirse en un ser humano una vez transferido en el útero de una mujer, puesto que la técnica de su creación es idéntica, sólo difieren los fines. Por consiguiente, lo decisivo es determinar la naturaleza biológica o la viabilidad de ese clon durante las primeras fases, teniendo en cuenta para ello el criterio de los expertos (los biólogos). Como veremos más abajo, la posibilidad de obtener clones con el fin exclusivo de extraer de ellos células madre con el fin de investigar con ellas no está exenta de discusión y de enfrentamientos de la comunidad científica y de otros grupos sociales, lo que ha tenido su reflejo en determinados instrumentos jurídicos internacionales y en la legislación interna de los estados.

En todo caso, la obtención de estos embriones o de otras entidades semejantes comportaría como regla general y primera la prohibición de que pudieran ser destinados a la reproducción humana, aparte otros requisitos necesarios, como el consentimiento de los donantes si se utilizan gametos, la justificación, autorización y control del ensayo, etc. Para algunos estudiosos el problema es inexistente. Cuando se recurre a la transferencia nuclear, puesto que defienden que en realidad no se trata de embriones normales de origen gamético (de un espermatozoide y un ovocito), sino de algo distinto, pues son somáticos (el núcleo proviene de una célula somática, no reproductora; y al ovocito en el que se aloja le ha sido extraído previamente el suyo propio).

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una "Declaración relativa a la clonación humana" (08.03.2005), en la que se rechaza cualquier forma de clonación humana, por tanto, no sólo la clonación

reproductiva sino también cualquier otra forma con fines no reproductivos, por ejemplo con fines de investigación o terapia (es decir, la clonación "terapéutica"): "Los Estados miembros son requeridos para prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y con la protección de la vida humana". El problema de tan absoluta prohibición radica si no se ha dejado algún resquicio abierto, al menos teóricamente, en cuanto que la clonación para que sea prohibida debe serlo "en la medida en que" ("in as much as"), lo que implica reconocer que algunas formas de clonación no lo serían. Cuáles podrían ser éstas, es una cuestión de interpretación, bien que no sea fácil.

Por lo que se refiere al marco europeo, el Consejo de Europa ha adoptado una regulación sobre la experimentación con embriones humanos en el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 1997, conocido también como "Convenio de Oviedo", y que tiene especial importancia para el derecho español, al formar parte del mismo desde el 1 de enero de 2000. Dicha regulación se manifiesta en el artículo 18 en estos términos: "1. Cuando la experimentación con embriones *in vitro* esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación." Del conjunto del Convenio y del Protocolo al mismo sobre clonación humana de 1998 se deduce un abanico de principios valorativos en torno al embrión humano in vitro, que podría constituir el germen de su estatuto jurídico, pendiente de desarrollo por medio de un nuevo protocolo.

En este Convenio no se prohíbe, expresamente, la creación de embriones humanos con fines terapéuticos directos, como sería el caso de obtener células madre. Se ha defendido que el Convenio no prohibiría la creación de embriones con el fin directo o inmediato de mejorar la salud o salvar la vida de una persona, al tratarse de una actividad radicalmente diferente a la de la experimentación. Al contrario, habría reconocido una primacía al interés de la vida del embrión frente al interés colectivo que supone la promoción de ciertos sectores de investigación, pero no en relación con la salud y la vida de personas concretas. Pero en estos momentos puede sostenerse que la clonación de embriones humanos destinada a la investigación comporta un paso muy distante de las posibilidades terapéuticas que pueda poseer; se trata de una fase de la investigación que no se corresponde realmente ni con las necesidades ni con las posibilidades actuales de la misma. Tan sólo por este motivo

no sería ya aceptable, teniendo en cuenta, además, como razonamiento decisivo la exigencia jurídico-constitucional de protección del embrión.

El país que ha dado el paso que permite la creación de embriones –tanto gaméticos como clónicos– para investigar con sus células, ha sido el Reino Unido (2001). Después lo ha autorizado Bélgica (Ley de 11.05.2003, art. 4.1). Portugal (Ley 32/2006, art. 9.4, d) y España (v. más aabjo), prohíben la creación de embriones por fecundación pero permiten las técnicas de clonación.

En el derecho español anterior al Convenio de Oviedo, la mencionada Ley 35/1988 imponía ya estrechas limitaciones a la investigación o experimentación con embriones *in vitro*. Estaba prohibida "la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana" (art. 3). Esta prohibición fue elevada con posterioridad, en sus mismos términos, al rango de infracción penal, pues constituye delito desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 (art. 160.2; pena: prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años). Sin embargo, la Ley 35/1988 ha sido derogada y sustituida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, en la que la mencionada prohibición ha sido eliminada. Por otro lado, la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre investigación biomédica, aunque prohíbe expresamente la creación de embriones humanos (art. 33.1), permite "la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines de terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear" (art. 33.2). El Proyecto de Código Penal de 2007, hoy decaído, pretendió introducir algunas reformas en los delitos relacionados con estas materias.

6. Células madre de embriones supernumerarios

Más arriba se indicó cómo conforme al convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina los estados parte en el Convenio pueden autorizar por ley la experimentación con embriones humanos (art. 18.1). Se deja a la decisión discrecional de los estados que autoricen o prohíban tal actividad. La autorización consiste no en crear embriones con tales fines –ya se vio tal prohibición–, sino en utilizarlos. ¿Qué embriones, entonces? Precisamente los sobrantes de técnicas de reproducción asistida. De autorizar la experimentación, se impone la obligación de que la

ley debe garantizar una protección adecuada del embrión, es decir, debe incluir alguna forma de garantía con el fin de dar cumplimiento a tal objetivo. Resulta complejo determinar cuáles pueden ser esas garantías, puesto que el Convenio no aporta ninguna orientación al respecto, como tampoco el Informe Explicativo del mismo, el cual se limita a señalar que: "El artículo no adopta una postura sobre la admisibilidad del principio de investigación sobre embriones *in vitro*." Además, la utilización del embrión para la investigación descarta ya, de entrada, su destino para la procreación, aunque, no se olvide, son embriones que ya no podían ser destinados a la procreación.

En un contexto procreativo, la ponderación del interés del bienestar de la paciente frente al riesgo de que queden embriones sobrantes se ha resuelto a favor de aquélla; es decir, para el ordenamiento jurídico que así lo haya establecido, son más valiosos los intereses representados por la mujer paciente con problemas de fertilidad, es decir, para lograr la maternidad, que los que se refieren al embrión, incluso aunque implique el riesgo de que éste, el embrión, no pueda ser destinado al inicial propósito reproductivo.

Entonces surge la pregunta de qué hacer con estos embriones "sobrantes". La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida española apuntó las únicas vías factibles, sin perjuicio de lo que pueda prever la legislación aplicable a este respecto:

a) Destinar estos embriones a la procreación de otras parejas distintas de la pareja de la que proceden, cuando aquéllas presentan similares problemas de infertilidad. No obstante, por diversas razones, se ha comprobado que esta posibilidad no absorbe todos los embriones crioconservados disponibles.

b) Destruirlos una vez superado el plazo máximo de crioconservación marcado por la ley. Algunos de los partidarios de esta solución han propuesto, probablemente con el fin de suavizarla, que se proceda a la descongelación de estos embriones y que se deje que la naturaleza siga su curso... que, como es fácil suponer, conduce precisamente a su destrucción.

c) Destinarlos a la investigación, añadiendo un conjunto de requisitos que pueden ser restrictivos en medida muy diversa. Esta última opción es la que enlaza con la cuestión que se está exponiendo aquí.

En derecho comparado puede apreciarse una gran disparidad de soluciones.

En algunos estados se autoriza la investigación con embriones supernumerarios y por ello también la obtención de células madre de ellos (Bélgica, Brasil, Ley 2005; España, Ley 14/2006, arts. 14 y 15, y Ley 14/2007, art. 32.2; Finlandia Grecia, Países Bajos, Portugal, Ley 32/2006, art. 9.4, a, b y c; Reino Unido y Suecia, entre otros).

Otros países, por el contrario, han optado por una rigurosa prohibición, incluso bajo amenaza penal (por ejemplo, Alemania, Ley 1990; Austria; Dinamarca; Francia, Ley 04.08.2004; Italia, Ley 47/2004, de 10 de febrero, arts. 4.3 y 13; Irlanda e Islandia, entre otros). No obstante, uno de ellos ha autorizado por ley la importación y la utilización de células madre embrionarias bajo ciertas condiciones (Alemania, Ley 2002). Y en tro de ellos se ha establecido una moratoria respecto a la disposición que prohíbe la investigación con embriones excedentarios (Francia, Decreto de aplicación de 06.02.2006, por cinco años). Debe señalarse que los sistemas jurídicos que han optado por la prohibición han recurrido con frecuencia a la vía penal como reforzamiento de dicha decisión normativa.

Finalmente, un número no determinado de países no dispone en la actualidad de normativa específica alguna en relación con la investigación con embriones humanos.

En el Derecho español está permitida la crioconservación de embriones con fines reproductivos por un período indefinido, que deberá ser fijado con base en criterios técnicos por los médicos, una vez que se llegue a la conclusión de que no reúnen los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida (Ley 14/2006, art. 11.3), frente al plazo máximo de cinco años que preveía la legislación anterior (art. 11.3 de la Ley 35/1988). Estas previsiones posibilitan la generación de embriones sobrantes, por ejemplo si se produce el fallecimiento de los progenitores o si éstos se separan o renuncian al proyecto procreativo u otras circunstancias. Una vez tomada la decisión sobre su inaptitud clínica para la reproducción uno de los destinos previstos por la Ley (Ley 14/2006, art. 11.4, c), es su donación para la investigación, debiendo mediar el previo consentimiento informado (art. 11.5 y 6).

Sobre esta cuestión de la crioconservación de embriones y de la eventual existencia de embriones supernumerarios o sobrantes el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia 116/1999 que " de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones –expresión utilizada por la ley– necesario

para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando, lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias".

7. Células troncales de cordones umbilicales, embriones y fetos abortados

Desde el punto de vista ético la obtención de células madre de estas procedencias apenas si plantea objeciones.

7.1 Cordón umbilical

En relación con la obtención de células troncales del cordón umbilical se han originado diversos problemas, más allá del uso con fines de investigación, sino también cuando, presuntamente, el uso es pretendidamente clínico.

En efecto, desde hace unos años se han ido extendiendo las ofertas de recoger y almacenar algunos tejidos o células con el fin utilizarlos terapéuticamente en el futuro en la misma persona (implantes autólogos). Estas ofertas provienen en la actualidad sobre todo de establecimientos privados ubicados en el extranjero ("biobancos"), que actúan con ánimo de lucro. Cada vez con más frecuencia la obtención de información al respecto se está produciendo a través de Internet. Sea dicho de forma incidental, estos dos factores pueden poner en entredicho la operatividad de la normativa interna específica relativa a estas actividades.

El procedimiento más común consiste en poner a disposición del centro con el que se establece el contrato células sanguíneas procedentes del cordón umbilical (sangre del cordón umbilical: SCU), en condiciones adecuadas; el centro recibe una cantidad pecuniaria por los gastos iniciales de procesamiento y preservación del material, y una cantidad periódica –normalmente anual– en concepto de almacenamiento del mismo en buenas condiciones para la eventualidad de que el hijo del que provienen esas células pudiera necesitarlas a lo largo de su vida para su propio tratamiento (implantes autólogos).

Por el momento, el espectro de patologías a las que pudieran dar respuesta estas células es muy limitado, por lo general para enfermedades vinculadas con la médula ósea congénitas o adquiriadas (leucemias y aplasias medulares), pero al tratarse de células madre (o troncales), se han generado expectativas –a veces interesadas y no suficientemente fundadas– sobre la posibilidad de que en el futuro puedan permitir el tratamiento de otras enfermedades, en particular las degenerativas, mediante la transformación de estas células en otras diferenciadas (es decir, con morfología y funcionalidad específicas) que pudiera necesitar el paciente. Indudablemente, sobre el desarrollo de estas técnicas se está investigando en la actualidad, pero todavía no hay bases sólidas para poder hablar con seriedad de que sea factible en el presente la creación de una especie de reservorios para la derivación universal de células somáticas.

Esta materia se ha regulado por medio del Real Decreto sobre el uso clínico de tejidos y células de origen humano, que sería finalmente aprobado como RD 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación. La apuesta del Gobierno español ha sido la de restringir por diversos medios la proliferación de estos centros privados en nuestro país sin prohibirlos formalmente, habiéndose decantado por un sistema público (sin perjuicio de su desarrollo estructural en lo que sea necesario para acoger la donación y la demanda existentes), de forma coherente con el sistema y estructura creada en torno a la donación y trasplante de órganos (la Organización nacional de Trasplantes, ONT). En efecto, esta estructura pública se basa en los principios de solidaridad y altruismo que marcó la vigente Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, que es la que da cobertura legal al RD 1301/2006. Estos principios se han de compartir personalmente, así como los demás que redondean el perfil jurídico de los trasplantes en nuestro país: los de acceso universal, confidencial y gratuito a los órganos y tejidos –y ahora también células– disponibles por parte de todos los ciudadanos que los necesiten, buscando entonces el material idóneo de acuerdo con el criterio de máxima compatibilidad inmunológica, con el fin de prevenir el rechazo del material biológico. Una variante que se ha venido considerando consiste en que la SCU se depositaría en centros públicos, quedando una parte de la misma reservada para la persona de la que

procede, a fin de garantizar su eventual uso autólogo, y el resto entraría en la red general de donación y distribución para receptores no emparentados.

El RD 1301/2006 citado toma, pues, posición explícita sobre esta cuestión e incluye una regulación específica sobre el procesamiento y almacenamiento de las SCU y otras semejantes en centros privados. Ya en su EM se quiere dejar bien clara tal posición: "Esta norma prevé, además, la posibilidad de que existan establecimientos entre cuyas actividades figure la preservación de células y/o tejidos para un eventual uso autólogo. Aunque no existe una base científica actual ni respaldo de las instituciones europeas a dicha práctica, se ha considerado necesario regularla dada la presencia y progresiva implantación de este tipo de establecimientos en los países de nuestro entorno. Este real decreto establece las condiciones que tales establecimientos deben cumplir."

El instrumento más eficaz de que se vale el RD para eliminar el mercado de material biológico ha sido imponer que los establecimientos actuarán sin ánimo de lucro, lo que ha frenado en seco su proliferación –la de centros privados– en nuestro país, pero no ha logrado cerrar el recurso a centros privados que operan en el extranjero: "Las actividades de los establecimientos de tejidos no tendrán carácter lucrativo, y exclusivamente podrán repercutirse los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas" (art. 3.5). Como desarrollo y concreción de este principio, el art. 15.3 añade lo siguiente: "Según lo previsto en el artículo 3.5, las autoridades competentes de las comunidades autónomas establecerán el régimen de compensación y cargo de los costes que podrá aplicarse a los tejidos y grupos celulares distribuidos para poder cubrir los gastos derivados de su actividad. Estos cargos sólo se podrán aplicar al centro o unidad de aplicación una vez finalizada la actividad de procesamiento o preservación y distribuido el tejido o grupo celular."

Aparte de que se detrae de los propios establecimientos la decisión sobre la cuantía de los costes que se podrán repercutir, éstos sólo podrán ser efectivos una vez que se haya distribuido el tejido o grupo celular, lo que en el supuesto de usos antólogos eventuales se convierte en impracticable.

Además, se establece un régimen muy minucioso y un control estricto de las actividades por parte de los establecimientos (art. 14 y ss.).

7.2 Embriones y fetos abortados

Ciertamente, la protección de la vida, la integridad y el buen desarrollo de los embriones y fetos durante el curso del embarazo frente a intereses ajenos es el principal motivo que justifica la intervención del derecho cuando se pretende obtener y utilizar células u otros elementos que provengan de ellos. La vida humana en gestación está protegida constitucional y penalmente.

Se está de acuerdo sobre que, en principio, será suficiente el consentimiento de la pareja de quienes provienen, aunque podrían adoptarse otras soluciones más flexibles, semejantes a las previstas para la extracción de órganos de personas fallecidas para su posterior trasplante, y que consisten en que se estima suficiente que no conste la oposición a la obtención de los componentes biológicos oportunos. Otros condicionamientos pueden estar relacionados con la seguridad y calidad de estos materiales biológicos, lo que exige un registro y documentación del origen de los mismos. Inicialmente, sería aplicable el régimen jurídico previsto para la obtención y utilización de tejidos de origen humano, sin perjuicio de los procesos de actualización que se están realizando en el marco europeo para actualizar y armonizar tal normativa.

El rechazo que por motivos éticos manifiestan algunos a la utilización de material biológico proviniente de fetos abortados de acuerdo con la ley, no alcanza al ámbito jurídico, y en principio será lícita siempre que se observen los requisitos que marque la normativa correspondiente.

7.3 Obtención de células troncales de adultos

La extracción de muestras biológicas de adultos se considera inocua, tanto por lo que se refiere a la muestra extraída, siempre que no recaiga sobre partes vitales del organismo, como a las técnicas usuales empleadas para su obtención. Raramente podrá afectar a la vida, a la integridad o a la salud de los afectados, por lo que sólo de forma excepcional podría incurrirse en alguna responsabilidad penal o civil por imprudencia.

En este caso las preocupaciones por asegurar un procedimiento que permita garantizar la calidad y seguridad de los elementos biológicos obtenidos son todavía mayores, y también aquí la perfecta identificación de su origen constituye un requisito esencial. Es cierto que esta preocupación se acentúa cuando se pretende destinar dichas sustancias a terceras personas, en particular si provienen de un cadáver humano. Por el momento esta inquietud es menor en relación con las células

troncales, en la medida en que los protocolos sobre estas prácticas parten de la obtención de dichas células del propio paciente. Los demás requisitos para poder extraer células de donantes vivos se refieren al consentimiento del donante y a la confidencialidad (en particular por la información genética que puede generarse respecto al donante), así como a la gratuidad de estas donaciones.

8. Los ensayos clínicos

Por lo general, suele olvidarse en los debates en torno a las células madre que las investigaciones en el laboratorio dirigidas a lograr líneas celulares determinadas (de islotes pancreáticos, de la piel, del músculo cardiaco) no podrán agotarse en sí mismas sino que deberán probarse en seres humanos (ensayos clínicos) con el fin de poder comprobar los efectos terapéuticos y de valorar los efectos secundarios. De hecho se han descrito ya en la literatura especializada algunos ensayos aislados con pretendidos éxitos inmediatos, pero sin haber comunicado los resultados a medio plazo, en particular en relación con la supervivencia de los pacientes sometidos a estos ensayos. En todo caso, las aplicaciones clínicas realizadas hasta ahora han sido exclusivamente con células troncales de adultos, no con células embrionarias.

Es cada vez más frecuente la intervención de la sociedad, a través de las autoridades y órganos administrativos correspondientes, en algunas prácticas de investigación y experimentación con estructuras biológicas de origen humano. La razón de tal control encuentra probablemente su explicación en la voluntad de asegurar la seriedad de los objetivos y metodologías de investigación, debido al respeto que se otorga a todo lo humano, con mayor motivo si se trata de embriones y fetos. La ausencia de explotación económica de las estructuras biológicas y la protección de la información genética que contienen otros principios que también se tienen en cuenta en las investigaciones con material humano. Las investigaciones preclínicas con embriones *in vitro* o con sus células están sometidas a un régimen especial en la Ley 14/2006 (art. 14 y 15) y en la Ley 14/2007 (art. 34 y ss.).

La investigación clínica, es decir, la que se realiza sobre seres humanos, debe estar sometida a unos principios, límites y controles marcados por el ordenamiento jurídico, con el fin de prevenir los riesgos que pueden comportar estos ensayos sobre los sujetos sometidos a ellos y de asegurar que se realicen con un escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de estas personas, y con la observancia de los demás prin-

cipios éticos que han de presidir toda experimentación sobre humanos. Entre los derechos implicados se encuentran el derecho fundamental a la vida y el derecho a la integridad física y moral, así como la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes frente a hipotéticas prácticas de cobayismo (art. 15 de la Constitución).

De acuerdo con lo señalado más arriba, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina en vigor en España nos ofrece asimismo un marco general: "La investigación científica en el ámbito de la biología y de la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano" (art. 15). Fija además un conjunto de principios y condiciones básicas para la experimentación con personas: *a*) que no exista un método alternativo al experimento con seres humanos de eficacia comparable; *b*) que los riesgos en que pueda incurrir la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento; *c*) que el proyecto de experimento haya sido aprobado por la autoridad competente después de haber efectuado un estudio independiente acerca de su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del objetivo del experimento, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético; *d*) que la persona que se preste a un experimento esté informada de sus derechos y las garantías que la ley prevé para su protección; y *e*) que el consentimiento a que se refiere el artículo 5 se haya otorgado expresa y específicamente y esté consignado por escrito. Este consentimiento podrá ser libremente retirado en cualquier momento (art. 16). Asimismo, se establecen medidas especiales de protección para las personas que no tengan capacidad para prestar su consentimiento a un experimento (art. 17).

Pautas semejantes a las anteriores vienen aplicándose desde hace años en relación con los ensayos clínicos de medicamentos y otros productos asimilados a ellos. Así ocurre en España por medio de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (arts. 58 y ss.); y en lo que no se oponga a esta Ley, el RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. Uno de los requisitos que no debe excusarse de ningún modo es el sometimiento previo de estas investigaciones a la aprobación de los comités éticos de investigación clínica cuando se vean involucrados seres humanos, comités que fueron creados para supervisar, aprobar y hacer el seguimiento de los ensayos clínicos con medicamentos.

En conclusión, todo ensayo clínico con células madre de cualquier origen debería ajustarse hoy a las pautas jurídicas previstas para los ensayos clínicos con medicamentos y otros productos asimilados, con el fin de asegurar que también estos ensayos satisfacen los principios de respeto de los derechos fundamentales del sujeto de la experimentación, la relevancia científica del ensayo propuesto, y la autorización, seguimiento y control oportunos por parte de las autoridades y comités correspondientes. También es cierto que hay algunos aspectos relevantes de las investigaciones clínicas con células madre que requieren una regulación específica con el fin de contar con prescripciones jurídicas mejor adaptadas a sus propias peculiaridades. Y lo mismo sucede con otras investigaciones biomédicas, como por ejemplo la terapia génica o los xenotrasplantes. En todos estos casos al final se va a requerir su contraste, aplicándolas directamente al ser humano.

Si en el futuro estos materiales biológicos y los procedimientos de su transformación fueran aceptables como estándares terapéuticos, sería complejo jurídicamente poder asimilarlos a medicamentos, a especialidades farmacéuticas en cuanto producto comercial, o a otros productos semejantes. En efecto, de acuerdo con las hipótesis científicas que se vienen manejando en la actualidad, sería necesaria una preparación específica de líneas celulares para cada paciente en particular, partiendo incluso de sus propias células.

9. ¿Qué función puede corresponder al Derecho Penal en relación con la biotecnología humana?

Esta cuestión está siendo objeto de especial discusión en la actualidad, en el contexto del futuro del Derecho Penal en relación con otras manifestaciones nuevas de la criminalidad.

9.1 Derecho penal preventivo o derecho penal meramente simbólico frente a las biotecnologías

Se ha puesto en duda la conveniencia e, incluso, la eficacia misma del recurso del Derecho Penal para hacer frente a los comportamientos indeseables socialmente que pueden derivarse de las biotecnologías. Esta discusión habría que situarla en otra más amplia en la que se discute la legitimidad de la intervención del Derecho Penal para hacer frente a los nuevos peligros y riesgos vinculados con actividades más complejas en

la vida social:[2] la actividad económica y financiera, que se ampara en organizaciones criminales opacas en las cuales es imposible determinar las personas físicas responsables; las actividades industriales y biotecnológicas, con sus aparentemente imprevisibles riesgos para la vida y la salud humana y el medio ambiente; la expansión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, etc.

La percepción de que en relación con muchas de estas actividades es difícil perfilar bienes jurídicos concretos, los cuales presentarían unos contornos más vagos o imprecisos, en especial si son de carácter colectivo (bienes jurídicos difusos); de que lo que se pretende es prevenir conductas de mero e indeterminado riesgo y no de lesión para los bienes jurídicos, alejando así al Derecho Penal del principio de lesividad; de que en realidad se ha convertido así en un Derecho Penal de mera gestión punitiva de riesgos generales, y en esa medida, se habría "administrativizado",[3] pues estas funciones corresponderían al Derecho Administrativo. Todo ello ha dado lugar a que se haya rechazado que el Derecho Penal sea el instrumento adecuado para prevenir los nuevos riesgos a los que se están viendo sometidas las sociedades postmodernas. Con esta forma de proceder el Derecho Penal carecería de efectividad preventiva, quedaría relegado a una mera función simbólica y perdería con ello su legitimidad.[4]

2. Denuncian la inoperatividad del Derecho Penal en relación con las nuevas manifestaciones de la criminalidad, propugnando la permanencia de un Derecho Penal "nuclear", y proponiendo para aquélla una tercera vía, menos garantista pero también de consecuencias jurídicas menos graves, la llamada "Escuela de Frankfurt". Así, W. Hassemer, *Kennzeichchen und Krisen des modernes Strafrechts*, en "ZRP", 1992, 378 y ss.; el mismo, Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, en "Strafen in Rechtsstaat", Baden-Baden, 2000, 271; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur krise von strafrecht und kriminalpolitik in der risikogesellschaft*. Frankfurt am Main, 1993; así como algunos trabajos de la obra editada por Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Ed. Comares, 2000.
3. J. M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, 100.
4. Sobre esta discusión en la actualidad, véase ampliamente L. Arroyo Zapatero, E. Neumann, J. Nieto Martín (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003.

Este discurso despenalizador insiste en que los caminos que hay que transitar en los sectores indicados más arriba –por consiguiente, también en la biotecnología humana– son muy diferentes: controles sociales, formales y no formales, de muy diversa naturaleza y recursos jurídicos vinculados fundamentalmente al Derecho Administrativo, de modo que quedaría un espacio muy angosto para el Derecho Penal, incluso ninguno, para las posiciones más firmes.

9.2 *¿La tipificación de delitos orientados al futuro como síntoma de un Derecho Penal meramente simbólico?*

La valoración de la oportunidad de la intervención del Derecho Penal (merecimiento y necesidad de pena) en el ámbito de la biotecnología humana y, sobre todo, de si puede cumplir realmente una función preventiva eficaz, no se limita a las dificultades que comparte con otras actividades propias de la sociedad postindustrial, como son la identificación de los bienes jurídicos que pueden verse afectados de la forma más precisa posible; el problema tampoco radica tan sólo en la descripción practicable de los comportamientos punibles que habrían de incorporarse al tipo penal correspondiente y la idoneidad de los procedimientos tradicionales de imputación en estos nuevos ámbitos. En relación con las biotecnologías se añade un problema específico, nada irrelevante por lo demás.

En efecto, numerosas manipulaciones genéticas que describe la literatura científica se admiten como posibles desde una perspectiva teórica o hipotética, pero todavía no son técnicamente realizables,[5] lo que suscita la cuestión de si esa función preventiva debe adelantarse incluso a la manifestación misma de tales hechos. Esta peculiaridad puede ser origen de una posible objeción a la intervención del Derecho Penal en este ámbito, creando "tipos penales dirigidos al futuro", cuyo peso no es pertinente obviar, puesto que supone la incriminación de conductas que en el momento de la promulgación de la ley no son susceptibles de realización. ¿Cómo puede prevenirse la realización de una acción que es irrealizable *per se*, podría objetarse? ¿No es el ejemplo más evidente de ineficacia del Derecho Penal, de aportar una respuesta sustitutiva –p.

5. Sobre lo que sigue, v. C. M. Romeo Casabona, *Del gen al derecho*, Serv. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996, 431 y ss.; el mismo, *Límites penales de la manipulación genética*, 184 y ss.

ej., para tranquilizar a la sociedad ante las percepciones de temor que pueden suscitar las biotecnologías– a un problema que *tal vez* pueda plantearse en el futuro?

A la vista de lo anterior la cuestión controvertida se refiere pues a si el Derecho Penal no quedará supeditado a cumplir tan sólo una mera función simbólica antes que preventiva,[6] renunciando de este modo a su efectividad, con las consecuencias de la pérdida de la confianza de los ciudadanos en su función protectora y de que carezca de legitimidad. En efecto, se ha señalado que si bien de modo inmediato "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'... puede considerarse ya que las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del Ordenamiento jurídico", pues en aquélla se hallan ausentes las funciones preventivas que habrían de legitimarlo.[7]

También ha sido objeto de crítica el recurso a la sanción penal de estas conductas, en este caso por su falta de eficacia, por la previsible circunstancia –se apunta como argumento– de que la realización de tales conductas no va a ser descubierta por lo general y en consecuencia no podrán ser perseguidas judicialmente, dado que los potenciales autores pertenecen a la comunidad científica y los hechos van a quedar resguardados en la reserva de los laboratorios.

6. Cfr. J. L. Díez Ripollés, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en "AP", 2001, 16 y ss., quien denuncia este carácter respecto al delito de clonación; García González, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*. Madrid: Edersa, 2001, 228 y ss., donde muestra cierto escepticismo sobre la idoneidad de la vía penal; Luzón Peña, *Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética*, en Romeo Casabona (Ed.), Genética y Derecho Penal. Previsiones en el CP español de 1995, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2001, 49 y ss. (considera que este efecto es evitable en estos delitos).
7. En este sentido, J. M. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, 306.

9.3 *El Derecho Penal sobre las biotecnologías, más allá de su valor simbólico*

Debe aceptarse como punto de partida que el Derecho Penal comporta siempre un contenido y proyección simbólicos, al expresar el rechazo y desaprobación social que merecen las conductas incluidas en la ley como delito. Incluso no me parece objetable la función educativa y ético-social del Derecho Penal que se le vincula como parte de su efecto simbólico.[8] Al contrario, éste es un efecto que irradia de la propia norma penal, en su vertiente de norma de valoración (positiva, en relación con los bienes jurídicos objeto de protección; negativa, en relación con las conductas que pueden atentar contra aquéllos, al haber sido tipificadas penalmente), sin que por ello se abandone o se pierda su faceta primaria preventiva, pues es un procedimiento de promoción de acciones de respeto a los bienes jurídicos y por ello no se aleja de la función del Derecho Penal concebida todavía en lo esencial como de protección de bienes jurídicos.[9]

También es cierto que no debe ser ésta la única o principal función del Derecho Penal, de modo que el legislador sienta cumplida su misión con la sola configuración y aprobación de nuevos tipos penales, a pesar de la conciencia de la inoperatividad e ineficacia de la ley penal. Su tarea principal consiste en prevenir los más graves ataques a bienes jurídicos de relevante valoración social, incluso aunque éstos aparentemente queden relegados a un segundo plano, como ocurre con los delitos de peligro abstracto o de acción peligrosa, en lo cuales la protección de aquéllos es la *ratio legis*, pero en los que la adecuación de la acción al tipo no requiere ni la lesión ni la puesta en peligro de los mismos.[10] Como ha señalado acertadamente Hassemer, la cuestión que se plantea en realidad no es si el Derecho Penal ha de tener o no efectos simbólicos, sino hasta dónde es aceptable que lleguen tales efectos.[11] "'Simbólico' en sentido crítico es por consiguiente un derecho penal en el cual las funciones latentes

8. Recuérdense a este respecto las objeciones recogidas más arriba opuestas por Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 306.
9. J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español, PG I*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996, 15; C. Roxin, *Strafrecht, AT, I*, 3. Aufl., C. H. Beck, München, 1997, 19 y s.
10. Roxin, *Strafrecht, AT, I*, 19.
11. En este sentido Hassemer, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos* (trad. Larrauri), en "NFP", n. 51, 1991, 17 y ss. (23 y s.)

predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella".[12] Dicho de otro modo, únicamente nos encontraremos ante unos efectos simbólicos rechazables cuando dominen en la intervención penal otros efectos no confesados o no advertidos conscientemente por el legislador distintos a los preventivos de protección de bienes jurídicos frente a determinadas agresiones.

Por consiguiente, la pregunta es si en el ámbito de las biotecnologías es posible construir nuevas figuras delictivas a través de la cuales el Derecho Penal pueda satisfacer razonablemente su función preventiva, sin que se superpongan de forma predominante otros aspectos o intereses "simbólicos". Desde luego, es preciso diferenciar dos planos para obtener respuestas aceptables a la anterior pregunta. En primer lugar, debe resolverse desde el estudio de la propuestas de reforma legislativa (perspectiva *de lege ferenda*), a la vista de la política criminal que se haya asumido previamente en relación con las biotecnologías, si realmente es posible cumplir la función manifiesta de proteger bienes jurídicos, lo que comporta la identificación de los mismos y de las conductas idóneas para lesionarlos. En segundo lugar, deben contrastarse las conclusiones que se obtengan de las anteriores reflexiones con las plasmaciones legislativas reales de estos delitos que nos ofrece el Derecho comparado, lo que permitirá comprobar si el escepticismo que pueda existir sobre la eficacia del Derecho penal en relación con las biotecnologías reside más bien en un defectuoso abordaje por parte del legislador (perspectiva *de lege lata*). Con tal propósito se presentan asimismo más abajo los aspectos que son relevantes para una correcta tipificación. Dejaremos para apartados posteriores las propuestas personales sobre las pautas para la intervención del Derecho Penal y el diseño de algunos bienes jurídicos.

9.4 *La satisfacción razonable de la función preventiva del Derecho Penal en relación con la biotecnología humana*

Puede en efecto asumirse, sin que ello comporte en principio motivo alguno de objeción, la vertiente simbólica del Derecho Penal se acrecienta considerablemente con la introducción de delitos como los relacionados con la biotecnología humana, y la novedad para el Derecho Penal radica precisamente en que se trata de conductas todavía no realizables en todos los casos, pero que el legislador ha identificado como especialmente graves

12. Hassemer, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, 24.

en el futuro. A este respecto indica con acierto Mantovani que corresponde al jurista no sólo racionalizar el presente, sino también programar el futuro, puesto que el acelerado progreso de la biomedicina tiende siempre a transformar el "futurible" en "futuro" y el "futuro" en "presente".[13] Siendo acertado el diagnóstico en esta materia de la Biomedicina, y estar justificada entonces la ponderación del recurso a los instrumentos jurídicos, incluidos los penales, el problema radica en saber anticipar qué acontecimientos científicos que se adivinan como posibles van a experimentar una evolución en esa dirección y a partir de qué estado del avance científico deberá intervenir entonces el Derecho penal.

El Derecho Penal no se limita a irradiar ese efecto en relación con las biotecnologías, pues no está desprovisto de un relativa y razonablemente importante significado preventivo,[14] en cuanto se incriminan conductas especialmente graves y peligrosas para bienes jurídicos especialmente importantes, y la potencialidad efectiva de que dichas conductas sean practicables en el futuro es asimismo razonablemente previsible, potencialidad que indudablemente constituye un mínimo irrenunciable para que la intervención punitiva esté legitimada. Por consiguiente, no es descartable en cuanto tal la creación de delitos dirigidos al futuro. Esta afirmación es compatible con la observación de que por la propia naturaleza de estas técnicas al Derecho penal corresponde en este sector una función más modesta o limitada,[15] sobre todo en comparación con las funciones de control preventivo que atañen a diversos agentes sociales, en particular a través del Derecho Administrativo, sin olvidar la utilidad multidimensional que puede extraerse del principio de precaución.[16]

13. F. Mantovani, *Manipolazioni Genetiche*, en "Digesto". Penale. 40. ed. Torino: UTET, 1993. vol. 7, 6.
14. D. M. Luzón Peña, *Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética*, en Romeo Casabona (ed.). *Genética y Derecho Penal*. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano Fundación BBVA. Bilbao-Granada: Diputación Foral de Bizkaia y Editorial Comares, 2001, 49 y ss.
15. Roxin, *Strafrecht*, *AT*, *I*, 22.
16. V. C. M. Romeo Casabona. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, 77 y ss.; Romeo Casabona (ed.). *El principio de precaución*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, Bilbao-Granada: Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, 2004.

Recuérdese a este respecto que la AIDP llegó a la conclusión en su Congreso celebrado en Viena en 1989 sobre la conveniencia de introducir algunos delitos relativos a la manipulación genética y a la clonación reproductiva,[17] en un momento en el que ni siquiera la comunidad científica se planteaba como practicable sobre mamíferos la técnica que unos años más tarde dio lugar al nacimiento de la oveja Dolly (la transferencia del núcleo de una célula somática a un óvulo previamente enucleado). En relación con otros delitos más tradicionales que no son cometidos nunca o lo son muy raramente, no se duda (como ocurre, p. ej., con los delitos contra la seguridad exterior del Estado, cuya comisión, no obstante, sí es hipotéticamente posible), sin embargo, de la importante tarea preventiva que corresponde al Derecho Penal.

En cuanto a la afirmación relativa a la impunidad de que gozarán los autores de estos hechos en virtud de su desconocimiento mismo por parte de las autoridades competentes para su detección y persecución, delata el escaso conocimiento de cómo se desenvuelven los científicos del sector, que se hallan presionados para dar a la luz pública los logros de sus trabajos antes de que otros científicos se les adelanten, y que de estos resultados puede depender que adquieran notoriedad, reconocimiento y con ello prestigio y la posibilidad de obtener apoyos para poder continuar con sus investigaciones. Si bien es posible que los pasos previos de la investigación resulten desconocidos (p. ej., manipulando gametos o, incluso, embriones humanos obtenidos in vitro), no es razonable pensar que los resultados vayan a permanecer para siempre encerrados en la más absoluta ocultación, pues en los resultados se encuentra la prueba más fehaciente del "éxito" científico logrado.

He aquí, en conclusión, la advertencia que dirige el Derecho Penal, de que en adelante las investigaciones o, más correctamente, determinadas aplicaciones biotecnológicas fruto de la investigación, no deben discurrir en una determinada dirección o con ciertos propósitos, sin que ello signifique una criminalización general de la investigación en este sector, pues encuentra su marco adecuado –de licitud, para ser más exactos– en el conjunto del ordenamiento jurídico y en particular en las disposiciones normativas no penales que la regulan específicamente.[18]

17. V. AIDP. Droit pénal et techniques biomédicales modernes. *RDPC*, 1988.

18. Así, en el Derecho español, el art. 20 de la Constitución, y las Leyes 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y 14/2007, sobre investigación biomédica.

La clonación humana reproductiva ofrece un claro ejemplo de eficacia preventiva –al menos aparente–, dado que tanto su prohibición penal como su rechazo institucional y social generalizado han provocado que quienes afirman que están en condiciones técnicas de practicarla en el ser humano, habiendo sostenido incluso haber utilizado ya con éxito esta técnica, ocultan los verdaderos hechos que pretenden realizar o que sostienen haber realizado y siempre señalan como lugar de su ejecución un territorio inmune a cualquier forma de persecución (por el momento y a la vista de las importantes dificultades técnicas que presenta la clonación en el ser humano, más que de una infracción de este tenor, quienes se autoproclaman como autores estarían probablemente cometiendo un delito de estafa, que tendrían como sujetos pasivos a sus crédulos benefactores y posibles clientes).

Desde una perspectiva global no parece que a la vista de los delitos introducidos por los legisladores de los países más representativos se hayan vulnerado las exigencias mínimas de intervención del Derecho Penal, al menos no lo ha sido de forma relevante. De todos modos, el derecho comparado nos ofrece ejemplos en los que se aprecia una falta de rigor censurable por parte de los legisladores, evidenciando así no sólo el más absoluto desconocimiento del trasfondo científico de los hechos que han sido objeto de persecución penal, sino al mismo tiempo una carencia de la mínima técnica legislativa, habiendo prescindido de las más elementales reglas que dicha técnica exige.

Así, en ocasiones se ha rebasado palmariamente el límite de mínima intervención: en Alemania (Ley de 1990), Brasil (Ley de 1995, derogada y sustituida por la Ley de 2005[19]) y Francia (Ley de 2004), en cuyas leyes se han introducido figuras delictivas relacionadas con estas materias. Queda al margen de esta valoración la enorme amplitud comprensiva a la que obliga en principio la defectuosa redacción de algunos tipos penales, como ocurre con los delitos de manipulación genética en sentido estricto del CP español o el de clonación reproductiva del CP peruano.[20] Por el contrario, los mismos objetivos político-criminales que presumiblemente han llevado a los legisladores de diversos países a introducir estos delitos tenían que haberles conducido a la incorporación como delitos de algunas conductas que continúan relegadas como infracciones administrativas o que no constituyen

19. Lei 11.105, de 24.03.2005.

20. V. art. 324 del CP, introducido por la Ley 27.636 (*DOEP*, 16.01.2002).

ilícito alguno. Pero también de esta cuestión nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

9.5 Derecho Penal simbólico y técnicas de tipificación penal

Si bien hemos llegado a la conclusión de que el Derecho Penal preventivo es compatible con la punición de algunas conductas relacionadas con las manipulaciones genéticas en el ser humano cuya represión va a ser difícil y que incluso puede llegarse a la incriminación de hechos que ni siquiera son todavía realizables, pero que con toda probabilidad lo serán en el futuro, la respuesta definitiva a favor o en contra de la existencia de estos delitos queda pendiente de la valoración de cómo los plasme el legislador en el texto legal. Quiero referirme con esta observación –y lo haré muy brevemente– a las técnicas legislativas de tipificación, asunto cuyo estudio ha sido poco explorado por la doctrina y apenas apreciado por el legislador y por el prelegislador.[21]

A pesar de las dificultades que pueda entrañar la configuración de nuevos delitos en el ámbito de las biotecnologías, el legislador no puede renunciar a proceder con la máxima escrupulosidad. Precisamente, la espectacularidad y la alarma que producen en la opinión pública el mero anuncio de algunas conductas relacionadas con la biotecnología ha provocado en más de una ocasión que el legislador haya reaccionado de forma inmediata, en ocasiones sin saber qué es lo que debía prohibir y sancionar, sin percibir –ni tal vez preguntarse– cuál podría ser el interés –bien jurídico– por el que había que velar, y conformándose con tranquilizar a la comunidad (efecto simbólico del Derecho Penal en su acepción más estricta).

La efectividad preventiva de estos delitos, su justificación político-criminal y que pueda tacharse o no a los mismos por su efecto meramente simbólico dependerá, en último extremo, de que se hayan satisfecho correctamente en su tipificación unas premisas de técnica legislativa.[22]

21. Se ocupan de esta cuestión desde perspectivas e intereses diferentes, J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003; F G. Sánchez Lázaro. *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática* de lege ferenda. Granada: Comares, 2007.

22. Sobre ello v. Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, 227 y ss.; García González. *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética*, 189 y ss.; Jorge Barreiro. *Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto*, en Romeo Casabona (Ed.),

En consecuencia, el legislador deberá ajustarse a una serie de principios, que enumero brevemente a continuación: 1.° la identificación o configuración de un bien jurídico digno de tutela penal; 2.° la acotación del objeto material de la acción; 3.° selección de las conductas con merecimiento de pena; 4.° La elección de la estructura típica; 5.° la descripción específica de la acción típica y, en su caso, del resultado; 6.° la antijuricidad; 7.° las consecuencias jurídicas: proporcionalidad e idoneidad; 8.° el continente: ley penal especial versus código penal común.

Bibliografía

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. *Segundo Informe. Investigación con embriones sobrantes*. Madrid, 2000.

Comission Staff Working Paper. *Report on human embryonic stem cell research*. Comission of the Europeen Communities, Brussels, 2003.

Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica. *Informe investigación sobre células troncales*. Madrid, 2003.

Femenía López, P. J. *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. Madrid, 1999.

Romeo Casabona, C. M. *Los genes y sus leyes*. Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2002.

_____. Embryonic stem cell research and therapy: the need for a common European legal framework. *Bioethics* 16-6, 2002.

_____. El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías. *Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El derecho a la vida*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y e Tribunal Constitucional, 2003.

Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2001, 63 y ss.

2
La tutela penal del ambiente en Italia. Limitaciones legales y necesidades materiales

GIULIO ADINOLFI

Doctorando. Colaborador Universidad Miguel Hernández Elche (España).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Internacional

RESUMEN: El presente trabajo aborda la responsabilidad penal en los delitos contra el medio ambiente en Italia. La directiva de la Unión Europea, del 2003 ha establecido que todos los Estados miembros tendrán que reconocer, en estas situaciones, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Tribunal Supremo italiano, basándose en el paradigma clásico de la imputación de la responsabilidad penal, no logra encuadrar estos delitos más allá de la responsabilidad individual. Cuando emplea el instrumento de los delitos contra la incolumidad pública, aplica una sanción inferior respecto al daño efectivamente causado, considerando que los delitos ambientales son delitos con una pluralidad de víctimas.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra el medio ambiente – Responsabilidad penal – Tribunal Supremo italiano.

ABSTRACT: In modern times, the environment strongly requires penal protection. The E.U. is aware of this, and through D.Q. 80/2003, it stated that member countries must establish an environmental penal system, including also penal liability of legal entities. As a matter of fact, as it was demonstrated by the Porto Marghera situation, it is not possible to use crimes against public or individual safety for environmental protection. In general, the classic model should be abandoned in environmental penal law: that is to say, the model that comprises behaviour and event-related crimes. In this field, in order to meet the needs of modernity the reconstruction of causal link is impossible and changes to the causal paradigm is not allowed either. Yet, this has just been done by the U.S. Supreme Court in trials of medical offences through the instrument of alternative causal paths, when it succeeded in recovering causal value even for low statistic frequencies. Actually, it is impossible to exclude all endless alternative causal paths. The Judge must not allow circumstances that are different from those described in the accusations, because such circumstances cannot be object of evidence. The lack of one, one hundred or one thousand defence evidences can never be accusation evidence.

KEYWORDS: Environment – Italian criminal law – Court of cassation.

SUMARIO: Introduzione – 1. La decisione quadro U.E. 80/2003: 1.1. I reati previsti; 1.2 La responsabilità delle persone giuridiche; 1.3 Il sistema delle sanzioni – 2. Situazione concreta in Italia: 2.1 Da Seveso a Porto Marghera; 2.2 Il caso di Porto Marghera; 2.3 Inquinamento e reati contro l'incolumità pubblica; 2.4 Il nesso di causalità – 3. La sentenza delle s.u. penali 30.328/2002: 3.1 L'insussistenza di percorsi causali alternativi – 4. Problematiche e necessità materiali – Bibliografia.

INTRODUZIONE

Attualmente, la problematica della tutela penale dell'ambiente[1] vive, senza dubbio, un periodo particolarmente controverso. Ciò è dovuto anche alla circostanza che – quantomeno secondo chi scrive – le soluzioni offerte da parte della dottrina alla succitata problematica non sono forse del tutto in linea con quello che, oramai, costituisce il comune sentire delle popolazioni degli Stati europei in tema di ambiente. In taluni recenti contributi, infatti, o si giunge alla radicale soluzione dell'abbandono della tutela penale dell'ambiente,[2] oppure ci si accontenta di una tutela affidata al (superato?) modello ingiunzionale,[3] in una

1. In argomento, per quanto attiene ai profili generali, si rinvia a: BAJNO, Riccardo. Problemi attuali del diritto penale ambientale. Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1988, p. 455 e ss; CATENACCI, Mauro. La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria". Padova: Cedam, 1996; GIUNTA, Fausto. Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni? Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1997, p. 1097 e ss; INSOLERA, Gaetano. Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente. Dir. Pen. Proc., 1997, p. 737 e ss; MANNA, Adelmo. Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente. Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1997, p. 665 e ss.; ID, Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia, *ibidem*, 1998, p. 851 e ss; PATRONO, Antonio. Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale, *ibidem*, 1996, p. 1147 e ss; ID, I reati in materia di ambiente, *ibidem*, 2000, p. 669 e ss; PEDRAZZI, Cesare. Profili penalistici di tutela dell'ambiente. Ind. Pen., 1991, p. 617 e ss; PLANTAMURA, Vito. Principi, modelli e forme per il diritto penale del terzo millennio. Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 2002, p. 1025 e ss; VERGINE, Francesco. Valutazioni in tema di tutela dell'ambiente nel diritto penale, *ibidem*, 1996, p. 1193 e ss; ID, Ambiente nel diritto penale (tutela dell'). Dig. Disc. Pen., Torino: Utet, 1995, p. 755 e ss.
2. Cfr. STELLA, Federico. Giustizia e modernità. Giuffrè: Milano, 2002, p. 101.
3. Cfr. AZZALI, Giampiero. La tutela penale dell'ambiente. Un'indagine di diritto comparato. Padova: Cedam, 2001, p. 13.

prospettiva esclusivamente antropocentrica,[4] in cui il bene ambiente viene in considerazione solo in funzione strumentale rispetto alla tutela di altri beni,[5] quali – ad. es. – la vita, l'incolumità individuale, la salute pubblica, oppure, addirittura, il patrimonio o il corretto funzionamento del mercato.[6]

Al contrario, i cittadini europei sembrano sempre più preoccupati dall'inesorabile (e nient'affatto lento) aggravarsi della crisi ambientale. E si aspettano un rafforzamento, e non certo un abbandono, della tutela penale dell'ambiente. Inoltre, in una prospettiva tendenzialmente geocentrica,[7] l'ambiente inizia ad acquistare, appunto nel sentire comune, una sua autonoma dignità di bene, che per altro – già dalla fine degli anni settanta – gli era stata espressamente riconosciuta, in una delle più recenti Costituzioni democratiche europee.[8]

4. Cfr. WHITE, Lynn. The Historical Roots of Our Ecologic Crisis. Science 155/1203 e ss, 1967.
5. Cfr. GIUNTA, Fausto. Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ*,. 2002, p. 845 e ss. In particolare, il chiaro Autore, pur aderendo all'impostazione prettamente antropocentrica, sostiene comunque che sia necessario il superamento del modello ingiunzionale. Ed auspica, anche in Italia, il ricorso al c.d. modello misto di tutela, in cui le valutazioni di pericolo concreto sono riferite a condotte già di per sé inosservanti della disciplina amministrativa.
6. Cfr. BAJNO, Riccardo. Problemi attuali del diritto penale ambientale. Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., op. cit., p. 447.
7. Per l'accoglimento, in dottrina, di tale prospettiva, si rinvia a: ESER, Albin. La tutela penale dell'ambiente in Germania. *Ind. Pen.*, 1989, p. 245 e ss; MUSACCHIO, Vincenzo. La tutela penale della natura: spunti per una discussione e prospettive evolutive di diritto penale e dell'ambiente. *Riv. Pen.*, 1995, p. 148 e ss; PLANTAMURA, Vito. Principi, modelli e forme per il diritto penale del terzo millennio. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, op. cit., p. 1030 e ss; TALAMO, Manlio; TRAMONTANO, Luigi. Diritto dell'ambiente. Napoli: ESI, 1992, p. 77 e ss.
8. Il riferimento è, chiaramente, alla Costituzione spagnola del 1977, che ha previsto espressamente la tutela dell'ambiente agli artt. 45 (in senso naturalistico), 46 (artificiale) e 47 (estetico). In argomento, si veda Salinero Alonso, Carmen. Riflessioni sulla tutela penale dell'ambiente. In particolare i reati contro l'assetto del territorio nel codice penale spagnolo. Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1998, p. 396 e ss. Non parrebbe condivisibile, invece, la tesi secondo la quale, anche in Italia, tramite il nuovo art. 117 Cost. – che, in realtà, disciplina la legislazione esclusiva e concorrente, nelle diverse materie, di Stato e Regioni – si sarebbe operata la costituzionalizzazione del

Questo mutamento dipende certamente dall'avvenuta maturazione della coscienza ambientale della popolazione, ma anche, e non meno, dal recente succedersi di eclatanti incidenti, che hanno dato luogo a veri e propri disastri ambientali, ed hanno dimostrato – qualora ancora ve ne fosse bisogno – che il problema ambientale, pure dal punto di vista della tutela penale dell'ambiente stesso, non può trovare che una soluzione sovranazionale.[9] Ma le resistenze provenienti da una certa parte del mondo dell'imprenditoria avverso l'introduzione di un sistema penale ambientale "effettivo, proporzionato e dissuasivo", non sono di poco momento e, attualmente, non può ancora dirsi quanto saranno in grado di influire sulle scelte dei diversi Legislatori nazionali e di quello europeo.

1. La decisione quadro U.E. 80/2003

E' opportuno ricordare che, sin dal 1998, il Consiglio d'Europa ha adottato una Convenzione per la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale[10] – di cui, dal 6 novembre 2000, è firmataria anche l'Italia – che fino ad oggi, però, data la insufficienza delle ratifiche ottenute,[11] non è ancora entrata in vigore. Ma la stessa preoccupazione "per l'aumento dei reati contro l'ambiente e per le loro conseguenze, che sempre più frequentemente si estendono al di là delle frontiere degli Stati ove tali reati vengono commessi", che già aveva portato all'adozione della succi-

bene ambiente. Sull'ambiente nella riforma del Titolo V della Costituzione, si veda Cocco, Giovanni. La Legislazione in tema di ambiente è ad una svolta? *Riv. Giur. Amb.*, 2002, p. 419 e ss.

9. Bisogna ammettere, però, che il Legislatore europeo non ha dato finora in materia ambientale buona prova di sé: "*Continua, quindi, l'inquinamento da leggi, per cui non si fa a tempo a studiare (ed iniziare a applicare) un testo, che già arrivano numerose e sostanziose modifiche ed integrazioni, e si ricomincia tutto da capo... Peraltro, occorre anche dire che purtroppo si tratta di una scelta istituzionale perché sono proprio le leggi delega comunitarie a prevedere un decreto correttivo entro un anno, dando, quindi per scontato ed inevitabile che il primo testo sia, quanto meno, 'imperfetto',*" così, testualmente, Amendola Gianfranco. *Le nuovi disposizioni contro l'inquinamento idrico.* Milano: Giuffrè, 2001, p. 15 e ss.
10. Ell testo della Convenzione è reperibile in internet <http://conventions.coe.int/Traty/fr/CadreListe/Traites.html>.
11. La Convenzione in oggetto, infatti, è stata ratificata, finora, solo dall'Estonia, mentre per la sua entrata in vigore sono necessarie almeno tre ratifiche.

tata Convenzione, ha costituito, poi, il fondamento – su iniziativa del Regno di Danimarca del febbraio 2000 – della Decisione Quadro della U.E. 80/2003 (in Guce 05.02.2003 L29) in materia di tutela penale dell'ambiente: il testo della quale, per altro, "richiama" in molti punti quello della Convenzione. Inoltre, "parallelamente" – nel marzo del 2001 –, la Commissione europea aveva presentato una proposta di direttiva relativa alla tutela penale dell'ambiente basata sull'art. 175, paragrafo 2, del Trattato che istituisce la Comunità europea. Ma il Consiglio, esaminando la proposta, era giunto alla conclusione che la stessa andasse ben oltre le competenze attribuite alla Comunità dal Trattato e che lo strumento legislativo più adeguato al raggiungimento dello scopo fosse quello, appunto, della Decisione Quadro.[12]

1.1 I reati previsti

L'art. 2 (Reati intenzionali) della citata Decisione Quadro prevede ben sette ipotesi di reati intenzionali, mentre il successivo art. 3 (Reati di negligenza) specifica che i reati di cui all'articolo precedente devono essere perseguiti anche "quando sono commessi per negligenza o quantomeno per negligenza grave". Il primo dei reati previsti – alla lettera a) dell'art. 2 della D.Q. – è un reato di condotta ed evento, in cui la prima consiste nello scarico, nell'emissione o nell'immissione, nell'aria, nel suolo o nelle acque, di sostanze o radiazioni ionizzanti, ed il secondo nella morte o nelle lesioni gravi alle persone. Ma a ben vedere la norma – così come formulata – appare superflua, in quanto non "riempie" alcuno dei tanti vuoti di tutela lamentati in materia. I delitti di omicidio, infatti (e lo stesso vale per quelli di lesioni), sono (e non solo in Italia) tipicamente

12. E' opportuno segnalare che la Commissione ha presentato ricorso avanti alla Corte di Giustizia contro la citata decisione quadro, per una questione di conflitto interistituzionale di competenze. Ma quale che sia lo strumento più idoneo per un intervento legislativo dell'Unione Europea in materia penale (Direttiva o Decisione Quadro), ciò che rileva in questa sede è che, in Europa, il futuro della tutela dell'ambiente sembra destinato ad avere comunque rilevanza penale. Cfr.: COMTE, Françoise. Diritto penale ambientale e competenze comunitarie. Riv. Giur. Amb., 2003, p. 677 e ss; STORTONI, Luigi. L'ambiente: aspetti penali della legislazione europea. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998, p. 883 e ss; VAGLIARDINI, Mariagrazia. Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie. Cass. Pen., 1999, p. 269 e ss. (nota a Cass. pen., Sez. III, 28.10.1997).

a forma libera.[13] Quindi, se pur – nella formulazione della norma – si volesse riferire il requisito dell'intenzionalità solo alla condotta, e non anche alla produzione dell'evento, comunque si finirebbe per descrivere una fattispecie che sarebbe "compresa", in Italia, nel delitto di cui all'art. 575 c.p. o, al limite, in quello di cui all'art. 589 c.p. Perché non si può negare che se Tizio intenzionalmente inquinasse, accettando il rischio di provocare la morte di un uomo – morte che poi effettivamente si verificasse, in conseguenza della succitata condotta inquinante –, sarebbe chiamato a rispondere di omicidio volontario. Mentre se l'evento morte (che poi si verificasse) non fosse da Tizio stesso previsto, oppure, se pur astrattamente previsto, non fosse ritenuto concretamente verificabile, questi dovrebbe essere punito per omicidio colposo. Allora, però, avrebbe avuto maggiore portata una norma che avesse sanzionato lo svolgimento intenzionale di condotte inquinanti, non che provocano, ma che anche solo possono provocare la morte (o le gravi lesioni): così come era previsto – è importante sottolinearlo – nel testo della Convenzione del 1998. Nella Decisione Quadro, invece, il passaggio dal modello classico del reato di condotta ed evento (di danno, come nella specie, o di pericolo), a quello del reato "a condotta pericolosa" rispetto alla produzione di un evento, avviene solo per le ipotesi previste alle lettere successive – dalla b) alla e) – del citato art. 2. Ipotesi nelle quali le condotte inquinanti descritte sono caratterizzate pure dal requisito della illiceità. E cioè – ex art.1 della D.Q. – dal costituire di per sé una "*violazione di una legge, di un regolamento amministrativo o di una decisione adottata da una autorità competente, intesi alla protezione dell'ambiente, in particolare ove essi attuino disposizioni vincolanti del diritto comunitario*". La Decisone Quadro, quindi, accoglie sostanzialmente il modello c.d. parzialmente sanzionatorio, di matrice tedesca, in cui – lo si ribadisce – si ritiene punibile il soggetto che ha cagionato l'evento di pericolo, o ha tenuto la condotta pericolosa, solo se la condotta stessa abbia violato pure la disciplina amministrativa. Il "passo in avanti" che si può apprezzare, almeno rispetto alla normativa italiana, nel testo della Decisione Quadro – "passo" che, ad ogni modo, non è infrequente nelle più recenti normative europee del settore – è quello di aver preso in considerazione non solo eventi (di danno)

13. Si veda, come esempio paradigmatico, l'art. 131 (Omicidio) del Codice penale portoghese, secondo il quale "*Chiunque uccide un'altra persona è punito con la pena della reclusione da 8 a 16 anni.*". Cfr. Il codice penale portoghese, intr. di De Figueiredo Dias, trad. it. di Torre. Padova: Cedam, 1997, p. 161.

incentrati su beni tradizionali (vita, incolumità, salute pubblica, patrimonio), ma anche su nuovi beni quali l'aria, l'acqua, il suolo, la flora o la fauna. Sono ritenute costitutive di reato, infatti, le condotte inquinanti illecite che provochino o possano provocare il deterioramento durevole o sostanziale di tali elementi o beni. Inoltre, anche la scelta di prevedere reati a condotta pericolosa (ed illecita) rispetto alla verificazione di eventi di danno, appare certamente più "evoluta", e condivisibile, rispetto alla riproposizione dello schema classico di reato di condotta ed evento, magari con la sola variante dell'evento di pericolo, al posto di quello di danno: specie in considerazione del "gigantismo" che finisce quasi sempre fatalmente per caratterizzare la descrizione degli eventi di pericolo.

1.2 La responsabilità delle persone giuridiche

L'art. 6 della Decisione Quadro prevede, poi, la responsabilità delle persone giuridiche[14] che – pur mancandone una qualificazione espressa – può pacificamente ritenersi di natura penale, quantomeno ratione loci. Ebbene, secondo un modello ben articolato, la responsabilità penale degli enti – e cioè, ex art. 1 della D.Q., di "*qualsiasi entità che sia tale in forza del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche*" – è suddivisa in una responsabilità "diretta",

14. In argomento, si rinvia a: ALESSANDRI, Alberto. Commento all'art. 27, comma 1.° Cost. Commentario della Costituzione, *a cura di Branca e Pizzorusso*. Bologna, 1991, 150 e ss; BRICOLA, Franco. Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970, p. 951 e ss; CASTELLANA, Agata Maria. *Diritto penale dell'Unione Europea e principio "societas delinquere non potest"*. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1996, p. 747 e ss; DE SIMONE, Giulio. Il codice penale francese e la responsabilità penale delle persones morales. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 189 e ss; PALAZZO, Francesco. *Associazioni illecite e illeciti delle associazioni*. Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1976, p. 418 e ss; PALIERO, Carlo Enrico. Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano. Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1996, p. 1173 e ss; STORTONI, Luigi. Profili penali delle società commerciali come imprenditori. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, p. 1163 e ss; ROMANO, Mario. Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola), *ibidem*, 1995, 1031 e ss; STELLA, Federico. Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998, p. 459 e ss; TIEDEMANN, Friedrich. La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 615 e ss.

per i fatti costitutivi dei reati di cui agli artt. 2 e 3 della D.Q. commessi, a vantaggio delle persone giuridiche in questione,[15] dai soggetti che detengano una posizione dominante in seno alla stesse, in quanto dotati di poteri di rappresentanza, decisione o controllo. Ed una responsabilità "indiretta", o per omesso impedimento, nei casi in cui la carenza di sorveglianza o di controllo da parte di uno dei succitati soggetti dominanti (o apicali) abbia reso possibile la commissione, sempre a vantaggio dell'ente, dei menzionati reati, da parte di una persona soggetta all'autorità e al controllo dei soggetti apicali stessi. Attenzione, però: nelle ipotesi di responsabilità "diretta" – in cui i reati ambientali, cioè, sono stati commessi da persone "in posizione dominante" – non è contemplata per l'ente la possibilità di essere esentato da responsabilità – come previsto invece, ex art. 6 d.lgs. 231/01, dal modello italiano[16] – provando

15. Siccome – dato il riferimento all'art. 3 della D.Q. – nel novero dei reati presupposto sono compresi pure quelli colposi, risulta evidente che, quantomeno in tali casi, l'espressione "commessi a vantaggio" dev'essere riferita alla condotta colposa voluta, e non, chiaramente, agli effetti non voluti della condotta stessa.

16. Sul modello italiano vi è ormai una vasta letteratura: AA.VV. Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, *a cura di Garruti*. Padova: Cedam, 2001; AA.Vv. La responsabilità amministrativa degli enti – d.lg. 8 giugno 2001, n. 231. Milano: Giuffrè, 2002; ALESSANDRI, Alberto. Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 3 e ss; DE MAGLIE, Cristina. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità. *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1348 e ss; ID, L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società. Milano: Giuffrè, 2002, p. 25-37; DE VERO, Giancarlo. Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della legge delega. *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1126 e ss; MAIELLO, Vincenzo. La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua? *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 799; MANNA, Adelmo. La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme, *ibidem*, 2002, p. 501 e ss; ID, La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista. Cass. Pen., 2003, p. 1101 e ss; MUSCO,Vincenzo. Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. Diritto & Giustizia 23/8 e ss, 2001; ID, Gli amministratori disonesti producono sanzioni alle società. Diritto & Giustizia 15/9 e ss, 2002; PATRONO, Antonio. Verso la soggettività penale di società ed enti. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 183 e ss; PELISSERO, Paolo. Disposizioni sostanziali. PELLISSERO,

positivamente che il soggetto dominante (o apicale) abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione – idonei a prevenire reati del tipo di quello effettivamente verificatosi – diligentemente predisposti, e resi operativi, dall'ente stesso. Secondo la Decisione Quadro, inoltre, non è possibile che si possa prescindere, per l'attribuzione della responsabilità alla persona giuridica, dall'individuazione della persona fisica autrice materiale dei reati presupposto. Possibilità prevista invece – ex art. 8 D.lgs. 231/2001 – dal modello italiano che, pure sotto questo punto di vista, appare senza dubbio "più avanti" di quanto proposto in sede Europea, specie in considerazione del tipo di organizzazione delle imprese contemporanee, che è tale da rendere spesso difficoltoso, se non impossibile, l'accertamento di una responsabilità individuale. Allora, però, non può che ulteriormente rimpiangersi la scelta operata – proprio in Italia – di eliminare dal novero dei reati presupposto per la responsabilità degli enti quelli ambientali e quelli del lavoro.[17] Perché se tali gruppi di reati, invece, non fossero stati

Paolo; FIDELBO, Giorgio. La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. *Leg. Pen.*, 2002, p. 575 e ss; PIERGALLINI, Carlo. Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 571 e ss; PULITANÒ, Domenico. La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 415 e ss; ID, voce Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche. *Enc. Dir., Agg.* 6/322, Milano: Giuffrè, 2002; ROMANO, Mario. La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali. *Riv. Soc.*, 2002, p. 349 e ss.

17. Il Legislatore, comunque, ha poi ampliato tre volte il novero dei reati presupposto. La prima, comprendendovi – ex art. 6 d.l. 350/2001 – i reati in materia di falsità in monete; la seconda, aggiungendovi – ex art. 3 dlgs. 61/2002 – i reati societari; la terza, inserendovi – ex art. 5 l. 228/03 – pure i delitti contro la tratta delle persone. Ma, a meno di non confondere i due diversi fenomeni delle associazioni illecite e degli illeciti delle associazioni, l'estensione al falso nummario o alla tratta di persone non appare particolarmente significativa. E l'estensione ai reati societari – che astrattamente avrebbe potuto avere maggiore rilievo – è stata in concreto sminuita: tanto, in generale, dalla sostanziale ineffettività dell'impianto penal societario; quanto, in particolare, dall'inspiegabile limitazione del tipo di sanzioni applicabili. Nel caso dei reati societari, infatti, risulta applicabile agli enti la sola sanzione pecuniaria. E pure con massimi edittali decisamente più bassi rispetto a quello – delle mille quote – previsto dall'art. 10 del d.lgs. 231/2001. Sul punto, si rinvia a DE FRANCESCO, Gianvittorio. Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute dalla

"all'ultimo" eliminati nella formulazione del decreto legislativo delegato – bisogna ricordare, infatti, che la loro inclusione era espressamente prevista dalla legge delega – avrebbero forse potuto costituire l'occasione più propizia, per consentire che, vincendo l'inerzia iniziale, i pubblici ministeri prendessero in considerazione questo nuovo, potente ed "evoluto" strumento fornito loro dal Legislatore italiano. Strumento che è stato generalmente negletto, invece – almeno fino a questo momento –, proprio da coloro i quali erano chiamati ad adoperarlo.

1.3 Il sistema delle sanzioni

Secondo l'indicazione della Decisione Quadro, le sanzioni[18] previste per le persone fisiche (art. 5) e per quelle giuridiche (art. 7) devono essere "*effettive, proporzionate e dissuasive*". In particolare, poi, per quanto attiene alle persone fisiche, le pene privative della libertà devono essere contemplate "*per lo meno nei casi più gravi*". Quindi, si può rite-

politica criminale. *Dir. Pen. Proc.* 8/929 e ss, 2003; nonché a PALIERO, Carlo Enrico. La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione. AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*. Milano: Giuffrè. 2002, p. 47 e ss.

18. In argomento, si rinvia a: AA.VV. Una ricerca sulle fonti del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo, *a cura di Dolcini, Padovani e Palazzo*. Milano: Giuffrè, 1994; AA.VV. L'effettività della sanzione penale. Milano: Giuffrè, 1998; ALESSANDRI, Alberto. *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 11 e ss.; CONTENTO, Gaetano. Osservazioni sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna, ID, Scritti 1964-2000, a cura di SPAGNOLO, Bari, 2002; DOLCINI, Emilio. Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, p. 777 e ss; EUSEBI, Luciano. Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1995, p. 741 e ss; GRASSO. Un codice di tipo europeo con sanzioni miti ma effettive. Diritto & Giustizia, 2000, 35, p. 9; MARINUCCI, Giorgio. Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforme. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, p. 160 e ss; MOCCIA, Sergio. L'illusione repressiva – La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni novanta. *Dei delitti e delle pene*, 1998, f.1, p. 91 e ss; MONTICELLI, Luca. Prospettive di riforma del sistema penale e nuove tipologie sanzionatorie. *Ind. pen.*, 2000, p. 1005 e ss; PADOVANI, Tullio. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 114 e ss; PEPE, Emilio. Note sul principio di sussidiarietà: tra sanzione penale e sanzione amministrativa. *Foro amm.*, 1994, 728 e ss; PIERGALLINI, Carlo. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale. *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1353 e ss.

nere che, nella concezione del Legislatore europeo, le pene detentive dovrebbero essere previste principalmente, se non esclusivamente, per quei reati intenzionali che mettono a rischio la vita o, quantomeno, l'incolumità individuale. Questo dato, però, non parrebbe indicativo di una diminuzione della tutela, ma solo una scelta di campo – qui condivisa – a favore di sanzioni di tipo interdittivo che, per altro, rispetto alla commissione di reati economici, sembrano dotate di maggiore efficacia general e special preventiva. In particolare, le sanzioni interdittive indicate sono: il divieto di esercitare attività che richiedono particolari autorizzazioni o licenze ed il divieto di fondare, gestire o dirigere enti. Non è specificata, però, la durata di tali divieti che, conseguentemente, potrebbero pure essere previsti, nei casi più gravi, come perpetui. Ebbene, non può esservi dubbio che tali sanzioni si attaglino meglio della pena detentiva – e pure di quella pecuniaria – alla prevenzione, ed alla punizione, dei reati economici. Anzi, è la pena detentiva che, se riferita ad un certo tipo di crimini economici, pare quasi assumere un carattere "arcaico".[19] Il limite, però, che ancora si riscontra (anche) nel modello proposto in sede europea è quello di concepire le sanzioni interdittive solo come accessorie, e non come principali. Ma, in difetto di autonomia, tali sanzioni seguirebbero necessariamente il destino di quelle, appunto, principali, detentive o pecuniarie che siano: circostanza che automaticamente le "candiderebbe" – e non solo in Italia – alla sospensione condizionale, con crollo conseguente dell'efficacia preventiva.[20]

19. "Noi ci proponiamo di studiare se una pena, in particolare la pena carceraria, la pena detentiva, la pena restrittiva della libertà personale, oggi non abbia già fatto, almeno in parte, almeno entro certi limiti, il suo tempo, così come oggi noi consideriamo relitti del passato determinate sanzioni criminali che pure appartengono alla nostra storia, che pure sono state praticate, che hanno tipizzato i caratteri di una civiltà, in un certo periodo, nella vita dei popoli", così CONTENTO, Gaetano. Osservazioni sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna, *ID, Scritti* 1964-2000, op. cit., p. 5.
20. "E non parlo poi dell'abuso della condizionale; da che cosa è determinato questo abuso? Non è anche questo un riflesso psicologico del fatto che la pena carceraria, così come oggi è strutturata è pericolosa? Pensate ancora come potrebbe essere molto più efficace della reclusione, nei congrui casi, la pena della sospensione definitiva dell'esercizio della professione, immaginate quale possa essere il valore di questa pena rispetto alla possibilità della pena di reclusione con condizionale... che non fa più paura a nessuno!", così CONTENTO, Gaetano. Osservazioni sui limiti

Mentre, se tali sanzioni fossero considerate pene principali,[21] potrebbero certamente essere dotate di minimi edittali elevati,[22] tali da metterle al sicuro da rischi di sospensione. Né in tal caso potrebbe lamentarsi un eccesso di severità: perlomeno, cioè, se solo si considerasse quanto sia più fortemente restrittiva della libertà individuale una pena detentiva, rispetto ad una interdittiva. Un altro limite, poi, delle sanzioni interdittive, così come previste in sede europea, sarebbe quello di essere legate, nella loro accessorietà ed eventualità, ad un giudizio di tipo prognostico: dovrebbero essere comminate, cioè, solo quando i fatti compiuti dal condannato siano tali da indurre "*a temere che possa esser nuovamente intrapresa un'iniziativa criminale analoga*". Ma una simile previsione, rendendo quantomeno difficoltosa l'applicazione di tali sanzioni, rischierebbe di svuotarle definitivamente della propria efficacia preventiva. Per le persone giuridiche, invece, oltre alle tradizionali sanzioni pecuniarie, di natura penale o amministrativa, è previsto un ventaglio veramente ampio. Praticamente, infatti, a parte la confisca, sono "suggerite" tutte le sanzioni che la scienza penalistica ha ideato per gli enti: dall'esclusione dal godimento di sovvenzioni pubbliche, al divieto temporaneo, o permanente, di svolgere una data attività industriale o commerciale, dall'assoggettamento alla sorveglianza giudiziaria, all'obbligo di dotarsi di compliance programs, fino al provvedimento definitivo dello scioglimento, la c.d. "pena di morte" dell'ente. Anche sul punto, però, si deve segnalare una mancanza della Decisione Quadro. Non è prevista, infatti, una norma che consenta – come l'art.17 del nostro D.Lgs. 231/2001 – di utilizzare le sanzioni in chiave premiale – nel senso che il premio dovrebbe consistere, chiaramente, nella mancata comminazione delle sanzioni stesse –, per incentivare gli enti ad una integrale, e tempestiva, riparazione delle conseguenze del reato. Norma che, invece, sarebbe stata particolarmente significativa, e d'indubbia utilità, proprio nel diritto penale ambientale, in cui si pone con prepotenza il problema della bonifica dei siti inquinati.

naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna. *ID, Scritti* 1964-2000, op. cit., p. 15.

21. Sul punto, conformemente a quanto qui sostenuto, si è espresso Grosso, *Su alcuni problemi generali di* diritto penale. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 36.

22. Alternativamente, potrebbero prevedersi sanzioni interdittive non sospendibili condizionatamente.

2. Situazione concreta in Italia

2.1 Da Seveso a Porto Marghera

L'incidente verificatosi nell'ormai lontano luglio del 1976 a Seveso, presso lo stabilimento industriale della società Icmesa, è stato forse il primo caso in cui gli italiani si sono resi conto, sulla propria pelle, della pericolosità delle nuove tecnologie, possedute e gestite dagli imprenditori industriali, non sempre con le cautele dovute e proporzionate all'eccezionale capacità lesiva propria degli incidenti eventualmente verificabili. In particolare, accadde che, durante la pausa per il raffreddamento di un reattore, a causa della rottura di un disco di sicurezza, fuoriuscì, per ben venti minuti, un forte getto di vapore bianco, che formò una nube densa ed estesa, composta da una sostanza micidiale: la diossina. Tale nube, raggiunta una notevole altezza nel cielo, si diffuse nell'ambiente circostante, provocando danni alle colture ed agli allevamenti, nonché, soprattutto, lesioni alle persone. Nella specie fu contestato il disastro colposo (art. 449 c.p.), aggravato – ai sensi dell'art. 61 n. 3 c.p. – per la previsione dell'evento. Né vi furono eccessive difficoltà, per la Pubblica accusa, nel dimostrare la sussistenza degli elementi tutti del reato contestato. Piuttosto, da un punto di vista giuridico, la sentenza della Cassazione penale,[23] conclusiva della vicenda giudiziaria penale in oggetto, si distinse per l'attribuzione della responsabilità del fatto costitutivo di reato, non già al legale rappresentante della Icmesa, ma al direttore tecnico di tale società, che a sua volta però, non riuscì a far attribuire valore esclusivo della propria responsabilità, alla delega effettuata nei confronti dei responsabili dello stabilimento. Questo perché si era ingerito di fatto nella gestione dello stabilimento stesso, ed era – in quanto a competenza tecnica – certamente il soggetto più qualificato, il quale doveva aver agito nonostante la previsione dell'evento.

Quindi, la Suprema Corte – nell'occasione – statuì l'importante principio della rilevanza – sempre che ne fossero accertati rigorosamente i presupposti – della delega di funzioni in materia penale, non solo nellospecifico campo antinfortunistico, ma pure nel settore più ampio dei delitti contro l'incolumità pubblica, dove spesso entrano in gioco gli interessi diffusi, pure economici, di un'intera collettività. Al fine di far valere tale delega, però, è necessario che il delegante

23. Cass. Pen., 23.05.1986, Cass. Pen., 1988, 1250.

non si sia mai ingerito nell'attività del delegato, e che, comunque, non sia venuto a conoscenza dell'eventuale inosservanza delle norme, giuridiche e tecniche, di sicurezza. E' chiaro, poi, che in applicazione del principio della esigibilità – che regola la responsabilità penale per colpa –, un dirigente, nonostante la delega, non potrà mai essere ritenuto estraneo ai fatti, nel caso in cui – come quello di specie – sia stato perfettamente a conoscenza di una particolare situazione di pericolo: la quale situazione, per altro, date le sue notevoli competenze tecniche in materia, non poteva non aver apprezzato in tutta la sua potenziale lesività.

2.2 *Il caso di Porto Marghera*

In Italia, un esempio paradigmatico di sito inquinato – anche, ma non solo, dal cloruro di polivinile monomero ivi prodotto – è rappresentato sicuramente da Porto Marghera. Sito che, oramai, rappresenta altresì l'emblema dell'inadeguatezza dell'attuale normativa penale rispetto alla tutela dai fatti e dalle condotte di inquinamento ambientale. Come è noto, infatti, il Tribunale di Venezia[24] ha prosciolto da tutte le accuse gli amministratori e i dirigenti della Montedison e dell'Enichem che si erano succeduti – in un intervallo temporale di circa trent'anni (dal 1969 al 2000) – alla guida del complesso industriale petrolchimico, appunto, di Porto Marghera. E questo nonostante la molteplicità delle persone offese (ben 263) e la considerevole gravità delle accuse contestate. Per altro, in riferimento al caso di specie non si può neanche evocare la nota immagine della "montagna che partorisce il topolino", perché pure i pochi reati di lesioni colpose ritenuti sussistenti (10 sindromi di Raynaud-acrosteolisi) sono stati "neutralizzati" dall'avvenuta estinzione per intervenuta prescrizione. Un completo nulla di fatto, quindi, per la pubblica accusa, che evidenzia chiaramente l'esigenza di una nuova disciplina del settore.[25]

24. Trib. Ven., I sez. pen., 29.05.2002, *Riv. Giur. Amb.*, 2002, 119 e ss, con note di Centonze – D'Alessandro, La sentenza del Tribunale di Venezia sul petrolchimico di Porto Marghera, *ibidem*, p. 156 e ss e Prati, Luca. La responsabilità per l'inquinamento pregresso e la posizione di garanzia nella normativa sulla bonifica dei siti contaminati, ibidem, p. 159 e ss.

25. Sul tema della salubrità dei luoghi di lavoro, si veda Stella, Federico. La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 55 e ss. Galicia.

2.3 *Inquinamento e reati contro l'incolumità pubblica*

Inadeguati alla tutela delle vittime e dell'ambiente dai fatti di inquinamento sono risultati, infatti, oltre ai reati di lesioni ed omicidio colposi, quelli contro l'incolumità pubblica e, in particolare, la contestata "strage colposa" (artt. 449 e 422 c.p.), il disastro innominato colposo (artt. 434 e 449 c.p.), la rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (art. 437 co.2 c.p.), nonché l'avvelenamento colposo (artt. 452 e 439 c.p.) – o, comunque, l'adulterazione o contraffazione colposa (artt. 452 – 440 c.p.) – di acque o sostanze alimentari. Con tali delitti, quindi, non è riuscita l'operazione ermeneutica evolutiva[26] che la giurisprudenza ha portato a termine con successo, invece, con una contravvenzione contro l'incolumità pubblica – l'art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose) – che viene comunemente ritenuta applicabile ai fatti di inquinamento idrico ma, non altrettanto comunemente, a quelli di inquinamento elettromagnetico. Stante, infatti, l'astratta configurabilità dell'art. 674 c.p. nel caso di emissioni di onde elettromagnetiche,[27] resta da verificare in concreto l'attitudine di tali onde a recare offesa, o anche solo molestie, alle persone: attitudine sulla quale non v'è identità di vedute in giurisprudenza,[28] pure quando risultino superati i limiti di intensità previsti dalla normativa speciale.

26. E' chiaro, comunque, che la "via maestra" da percorrere rimane sempre quella della riforma legislativa, perché i fenomeni di supplenza giurisprudenziale, pure quando non sconfinino in vere e proprie interpretazioni analogiche vietate, come noto, in materia penale –, hanno sempre delle controindicazioni dovute, tra l'altro, alla circostanza che, ad una certa inevitabile elasticità della parte descrittiva di ogni norma incriminatrice, non fa riscontro una corrispondente elasticità della parte sanzionatoria. In argomento, si vedano le acute osservazioni di CONTENTO, Gaetano. Interpretazione estensiva e analogia. *ID, Scritti,* cit., p. 267 e ss.
27. Da un lato, infatti, la condotta emissiva può pacificamente rientrare in quella di "getto" (di cui, appunto, all'art. 674 c.p.); dall'altro, invece, in virtù di quanto disposto dall'art. 624 co.2 c.p., ogni energia avente valore economico dev'essere considerata "cosa" – si badi – "ai fini della legge penale", e non, solo, ai fini del delitto di furto o, comunque, dei reati contro il patrimonio.
28. "L'emissione di onde elettromagnetiche di intensità superiore ai limiti fissati dalla vigente normativa non è riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 674 c.p., giacché... il superamento dei limiti in questione, essendo stati questi fissati solo in via meramente cautelare, non può essere riguardato come idoneo, di per sé, a produrre fastidi alle persone o pericoli per la loro

Ad ogni modo – come accennato –, i delitti contro l'incolumità pubblica hanno dimostrato una minore "versatilità" della succitata contravvenzione. Ed invero non si può non convenire con quanto ritenuto dal Tribunale di Venezia che, in primis, ha escluso l'esistenza nel nostro ordinamento del delitto di strage colposa.Infatti, il fine di uccidere ha una posizione così centrale, e caratterizzante, nell'ambito del delitto di strage, che non ne rende possibile la "conversione" in delitto colposo statuita dall'art. 449 c.p., per i disastri previsti dal Capo primo del Titolo VI del codice penale (appunto: Dei delitti contro l'incolumità pubblica), nel caso in cui – beninteso – siano commessi per colpa e non per dolo. Il linguaggio, quindi, resiste e "si vendica": perché se – appunto nel linguaggio comune - il disastro può essere voluto o meno dal suo autore, non altrettanto può dirsi del fatto di strage, che si intende sempre come volontario, tanto che la stessa espressione "strage colposa" potrebbe pure ritenersi, senza esagerazione, una sorta di ossimoro. Altrettanto seccamente, poi, è stata ritenuta infondata l'accusa di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.). A tal proposito,a parte i pur condivisibili rilievi operati dal Giudice del dibattimento sulla mancanza, nel caso di cui trattasi, dell'elemento soggettivo dell'ipotizzato reato (dolo) – ma si ricorda che di tale delitto esiste pure il "corrispondente" colposo (art. 451 c.p.) –, ciò che in questa sede appare opportuno sottolineare è che l'ipotesi accusatoria è stata ritenuta infondata in quanto l'art. 437 c.p. – secondo la condivisibile interpretazione offerta dal Tribunale – è applicabile solo nel caso di violazione dolosa di specifiche disposizioni "*che prescrivano precisi doveri di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro*". Mentre la pubblica accusa aveva contestato la violazione di un generico dovere di prevenzione di eventi lesivi o di danno[29] dei singoli lavoratori

salute", Cass. pen., Sez. I, 30.01.2002, p. 255 e ss con nota di RAMACCI, Fabrizio. *Inquinamento elettromagnetico: nuovi interventi della Cassazione*. In senso contrario, si veda però *Cass. Pen.*, Sez. I, 14.03.2002, in Ced Cass., rv. 221653 8m), per cui "E' configurabile il reato previsto dall'art. 674 c.p. nelle emissioni di onde elettromagnetiche generate da ripetitori radiotelevisivi, purché siano superati i valori indicativi dell'intensità di campo fissati dalla normativa specifica vigente in materia, a nulla rilevando la concreta idoneità delle emissioni stesse a nuocere alla salute umana."

29. E' stata utilizzata, quindi, una nozione ampia di infortunio professionale, in cui rientrerebbe anche la c.d. malattia-infortunio, come ritenuto da parte della dottrina e della giurisprudenza. Cfr. FIANDACA, Giovanni; MUSCO,

esposti alla produzione del cvm-pvc: violazione che, per altro, è stata ritenuta in fatto infondata (ma che, invece, secondo l'accusa, costituiva una delle cause dei contestati reati di lesioni e omicidio). In definitiva, si può affermare che la fattispecie incriminatrice ha retto: non si è prestata, cioè, all'operazione di "allargamento" tentata dal Pubblico Ministero. Relativa migliore fortuna ha avuto, invece, l'imputazione per disastro innominato colposo. Il Tribunale, infatti, se pur esclusivamente in relazione alle condotte degli imputati titolari di una posizione di garanzia tra il 1969 e 1973 – successivamente, infatti, v'era stata una drastica riduzione delle esposizioni –, ha ritenuto sussistente l'elemento oggettivo del contestato reato, ma ha escluso la sussistenza dell'elemento soggettivo, in quanto all'epoca "*non era noto, sulla base di esaurienti conoscenze scientifiche, fondate su affidabili verifiche sperimentali, il rischio oncogeno sull'uomo e le lesioni epatiche indotte dal cvm non avevano manifestato segni patologici inequivoci*". Lo stesso Tribunale, quindi, ha valutato infondate le tesi difensive che asserivano l'incostituzionalità del c.d. disastro innominato – per violazione del principio di determinatezza di cui all'art. 25 co.2 Cost. – e la necessità che l'evento costitutivo del delitto stesso, dal quale deve derivare il pericolo per la pubblica incolumità, sia determinato da cause violente e contestuali "*con una estrinsecazione di energia fisica in un processo concentrato nel tempo (come nel caso di incendio, inondazione, frana, valanga, naufragio, disastro aviatorio, ferroviario, crollo di costruzioni), così da far insorgere un pericolo concreto per la pubblica incolumità, e cioè per una serie indeterminata di persone*". Conseguentemente, l'assoluzione appare episodica e, per così dire, legata a motivi contingenti. Mentre resterebbe salva – almeno nella concezione del Tribunale – l'astratta applicabilità del disastro innominato (a seconda dei casi colposo o doloso) alle condotte di inquinamento dalle quali – beninteso – sia derivato un pericolo per l'incolumità pubblica.

Ma è proprio così? Probabilmente no. Ed infatti le difesa avevano in parte colto nel segno eccependo l'indeterminatezza – e, quindi, l'incostituzionalità – del c.d. disastro innominato, in quanto di tale reato può anche darsi un'interpretazione incostituzionale, così come ha fatto il Giudice del dibattimento. Alla fine, cioè, delle due l'una: o si ritiene che l'espressione "altro disastro" sia in qualche modo caratterizzante, e limitativa, dei fatti e delle condotte che possono risultare tipiche rispetto

Vincenzo. *Diritto Penale*, Parte Speciale. Bologna: Zanichelli, 1988, p. 387, vol. 1; nonché Cass. pen., 14.09.1990, *Dir. Prat. Lav.*, 1990, p. 2703.

al reato di disastro innominato; oppure, praticamente, si interpreta la norma come se prevedesse che chiunque commette un fatto diretto a cagionare un qualsiasi fatto è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità. Ma la seconda interpretazione – che poi, praticamente, è quella offerta dal Tribunale – è manifestamente incostituzionale per violazione, appunto, del principio di precisione. In definitiva, nel caso di Porto Marghera la giurisprudenza ha commesso lo stesso errore, rapportato al delitto di cui all'art. 434 c.p., che la dottrina già contestava in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 734 c.p. E' chiaro, infatti, che l'espressione "in qualsiasi altro modo" – per altro molto più ampia di "altro disastro" – contenuta nella succitata contravvenzione non può essere interpretata in maniera omnicomprensiva, finendo così per ritenere tipici, ai sensi di tale articolo, anche condotte omissive o, comunque, condotte attive che siano assolutamente eterogenee rispetto alle attività di costruzione o demolizione espressamente previste dalla norma.

In tal modo, infatti, si finisce per interpretare la contravvenzione in questione in modo violativo dell'art. 25 co.2 Cost. Mentre, proprio nel caso di cui trattasi, si imporrebbe un'interpretazione restrittiva della norma che prendesse in considerazione solo condotte omogenee a quelle, appunto di costruzione o demolizione, espressamente descritte nella fattispecie incriminatrice: lo svellimento di piante – ad es. –, l'esecuzione di scavi per materiale, la trasformazione agricola, ecc.[30] Per altro, poi, si osservi che aderendo alla tesi opposta sostenuta dalla giurisprudenza, per cui tale reato sarebbe a forma libera, indifferentemente attiva o omissiva, si arriva ad una interpretatio abrogans delle condotte nominate (di costruzione o demolizione). Infatti al reato si attribuisce lo stesso identico ambito di operatività che avrebbe se tali condotte non fossero state espressamente previste. Allora, però, risulta evidente che se le condotte nominate hanno una funzione – e devono averla –, può essere solo una funzione limitativa della condotta innominata, che chiaramente può (e deve) essere diversa, ma non del tutto eterogenea, rispetto alle prime. Nello stesso senso, quindi, volendo interpretare l'art. 434 c.p. alla luce dalla Carta costituzionale, per "altro disastro" deve intendersi – come giustamente eccepito dalle difese – un fatto in

30. Sull'interpretazione dell'art. 734 c.p., si è aderito alla tesi espressa da CONTENTO, Gaetano. Interpretazione estensiva e analogia. *ID, Scritti,* cit., 267 e ss.

qualche modo omogeneo al crollo di una costruzione, ad un naufragio, ad una valanga, ecc.[31] Ma il Giudice del dibattimento non è stato dello stesso avviso, ed è arrivato alla conclusione che anche l'inquinamento di un sito, avvenuto magari in decenni di attività industriale, possa astrattamente integrare gli estremi dell'espressione "altro disastro" di cui al delitto di disastro innominato: interpretazione, quest'ultima, che proprio non si riesce a condividere.

Del resto, non appaiono del tutto convincenti neppure i risultati ai quali il Tribunale è giunto nell'interpretazione dei delitti (colposi) di avvelenamento, oppure di adulterazione, di acque o sostanze alimentari (previsti, rispettivamente, dagli artt. 439 e 452 c.p. il primo, e dagli artt. 440 e 452 c.p. il secondo). Ed infatti, i delitti in questione non sono stati correttamente considerati entrambi di pericolo concreto: perché se il delitto di adulterazione è stato ritenuto – così come inequivocabilmente è – di pericolo concreto,[32] quello di avvelenamento è stato definito invece, testualmente, di "pericolo reale". Quindi, se pur giustamente si sostiene in motivazione che, per ritenere l'avvenuta integrazione del delitto di avvelenamento, non sarebbe sufficiente – come affermato, invece, dalla pubblica accusa – che le acque o gli alimenti avvelenati contengano sostanze tossiche in misura superiore alle soglie previste nella normativa speciale penale o extra penale, non si ritiene necessario, però, che sia accertata in concreto la pericolosità per la salute dell'uomo delle acque o degli alimenti presunti avvelenati: costituendo il c.d. pericolo reale una sorta di via di mezzo tra quello concreto e quello astratto. Questa nuova nozione di "pericolo reale" – che, in verità, non brilla in chiarezza – non deve confondersi però con quella, già da tempo formulata in dottrina, di pericolo astratto concreto – sull'autonomia concettuale

31. Anzi, per quanto fin qui sostenuto a tale conclusione interpretativa – che quindi appare, a fortiori, obbligata – si sarebbe dovuti giungere perfino se, per ipotesi, il Legislatore, con una tecnica normativa meno felice, avesse utilizzato l'espressione "altro fatto" invece che "altro disastro". L'unica altra possibilità, infatti, sarebbe stata quella della dichiarazione di incostituzionalità della norma.

32. In argomento, il contributo principale è forse quello di Angioni, Francesco. Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. Sassari, 1981 e 1984. vol. 1 e 2. E' doveroso, però, pure il riferimento a Fiandaca, Giovanni. La tipizzazione del pericolo, *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 441 e ss; nonché a Grasso. L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, p. 689 e ss.

della quale, per altro, non v'è unanimità di consensi[33] – anche perché solitamente è proprio l'art. 440 c.p., e non l'art. 439 c.p., ad essere considerato un esempio di reato di pericolo, appunto, astratto concreto, "*in quanto la legge non indica, lasciandoli del tutto indeterminati ed incerti, sia i concreti beni giuridici, sia gli specifici soggetti titolari (cioè i futuri consumatori) di questi beni contro cui si dirige il fatto tipico vietato*".[34] Viceversa, sol perché nella fattispecie descrittiva del delitto di avvelenamento non è previsto espressamente il requisito del pericolo per la salute, non è possibile ritenere che per integrare gli estremi del delitto di adulterazione – in cui tale requisito è invece previsto – sia necessario un quid pluris rispetto a quanto necessario per il delitto di avvelenamento. Anzi, deve affermarsi esattamente il contrario. In quanto, perché vi sia avvelenamento, è necessario che le acque o gli alimenti, appunto avvelenati, abbiano assunto delle caratteristiche nocive assai più gravi, rispetto a quelle sufficienti perché possa ritenersi consumata la condotta di corruzione, alternativamente prevista come tipica nel delitto di cui all'art. 440 c.p.: semanticamente, infatti, "*corrompere è un* quid minus *di avvelenare*".[35] Se, cioè, è pure possibile che un alimento corrotto o adulterato non sia, per questo, necessariamente pericoloso per la salute dell'uomo, lo stesso non può dirsi per un alimento avvelenato: che è per definizione pericoloso per la salute. Altrimenti non è avvelenato. Diversamente, poi, non potrebbe proprio spiegarsi perché, tanto nel minimo quanto nel massimo, il delitto di cui all'art. 439 c.p. è punito con pene sensibilmente più elevate di quello di cui all'art. 440 c.p. Ad ogni modo, e con riferimento alla specie, il Giudice del dibattimento non ha ritenuto che fosse sufficiente verificare se la concentrazione delle diossine, e delle altre sostanze tossiche indicate dall'accusa, nell'ittofauna (vongole) lagunare fosse superiore (o meno) ai valori soglia. Ma, piuttosto, ha inteso accertare se un eventuale consumatore dell'ittofauna stessa corresse (o meno) un pericolo per la propria salute, senza porsi però il problema – trattandosi di c.d. pericolo reale e non concreto – "*di considerare di volta in volta, quali persone e quante persone siano in contatto della fonte*

33. Cfr. FIANDACA, Giovanni. *Note sui reati di pericolo. Il Tommaso Natale,* 1977, p. 182 e ss.

34. Così, testualmente, CANESTRARI, Stefano. Reato di pericolo. *Enc. Giur. Treccani* 26/4, 1991.

35. Così ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*, Parte speciale II. 13. ed., aggiornamento a cura di Conti. Milano: Giuffrè, 2000, p. 34.

materiale del pericolo". Sul punto, comunque, il Tribunale – visti gli esiti della corposa istruttoria – ha dato risposta negativa, escludendo che il biota in oggetto potesse costituire un pericolo per la salute dell'uomo, pure nel caso di un suo ipotetico "forte consumatore". Anche se – a onor del vero – lo stesso Tribunale, in riferimento all'aneddotico "*piatto di spaghetti alle vongole*" provenienti dai canali lagunari – di cui, come detto, aveva escluso la pericolosità per la salute – non ha saputo esimersi da un giudizio di "non consigliabilità". Ma davvero nulla di più.

2.4 Il nesso di causalità

Non si può non rilevare però che, probabilmente, il giudizio di assoluzione dai delitti di avvelenamento e di adulterazione sarebbe stato formulato ugualmente (magari "per non aver commesso il fatto"), pure se fosse stata provata la pericolosità per la salute dell'uomo del consumo del biota vivente sul sedimento dei canali dell'area industriale. Ed infatti, il Tribunale ha affermato che "*l'assoluzione è coerente, inoltre, con l'evidenza probatoria che non permette di individuare nel catabolismo del Petrolchimico (quello dei tempi storici interessanti l'imputazione) la matrice della contaminazione del sedimento dei canali dell'area industriale*". E siamo così arrivati al "cuore" del provvedimento, ad un tema, cioè, che ha interessato quasi tutti i capi di imputazione: il criterio di accertamento del nesso di causalità.[36]

A tal riguardo, la sentenza del Tribunale di Venezia costituisce una decisa "bocciatura" della c.d. causalità generale, o causalità per aumento del rischio[37] – intesa come idoneità della causa (attività industriale del Petrolchimico) a produrre certi tipi di evento (morti, lesioni, inquina-

36. In argomento, vi è vastissima – e ben nota – letteratura. Recentemente, però, un contributo di particolare pregio è stato apportato da Di Giovine, Ombretta. Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 634 e ss.

37. In tal senso, l'aumento del rischio non sarebbe valutato, con funzione limitativa della punibilità, come elemento ulteriore nell'ambito di una sussistenza del nesso causale già accertata, ma come vero e proprio metodo di accertamento del nesso causale – ritenuto, altrimenti, troppo "sfuggente"–, con la conseguenza di ottenere, per tale via, una (inaccettabile) estensione della sfera del punibile. A questo proposito, è stato acutamente osservato che, generalmente, il rischio di una tale inversione risulta più concreto nell'eventualità in cui trattasi di reati omissivi impropri, privi di una causalità reale, che non in quelli commissivi, con trasformazione conseguente dei

mento dei canali) – che aveva costituito, invece, il fondamento delle ipotesi accusatorie. Il Tribunale, infatti, accoglie sostanzialmente il modello "classico" nomologico deduttivo, ma accetta – e questo, secondo quanto affermato in sentenza, dovrebbe consentire di affrontare la sfida della c.d. società del rischio – che le leggi utilizzabili in sede processuale penale siano, oltre a quelle universali, anche quelle statistiche: sempre che consentano di arrivare ad affermazioni di responsabilità quasi certe. L'assoluta certezza, per altro, sarebbe di per sé esclusa dal continuo mutare delle leggi scientifiche. E quindi dovrebbe interessare il filosofo della scienza, più che il Giudice penale.

Per quanto riguarda, poi, la rilevanza da attribuire agli studi epidemiologici, la motivazione non sembra offrire segnali univoci: da un lato, cioè, i risultati di tali studi non vengono ritenuti sufficienti per l'affermazione della sussistenza di un nesso di causalità, dall'altro, però, si continua ad attribuirgli una certa rilevanza nel processo penale quando siano corroborati da altre fonti, magari in una sorta di "intreccio" con i risultati delle scienze sperimentali vere e proprie. Questa ambiguità, o contraddittorietà, della parte motiva è la chiave di lettura per l'affermata sussistenza di quei pochi reati di lesioni, per altro prescritti – di cui già s'è detto – e, più in generale, della ritenuta sussistenza del nesso di causalità tra l'esposizione al cvm-pvc e di alcune patologie tumorali dei lavoratori più esposti: affermazione che si basa, in buona parte, su studi epidemiologici. Non bisogna dimenticare, infatti, che - in tali casi - l'assoluzione dalle imputazioni è stata dovuta – per usare le espressioni del Tribunale – ad una non coincidenza tra l'epoca della colpa e quella della causalità. In quanto, all'epoca in cui le esposizioni dei lavoratori al cvmpvc erano così elevate da causare – secondo la motivazione, e in base pure agli studi epidemiologici – gli eventi dannosi, non si conosceva ancora la pericolosità della sostanza in oggetto. Mentre, quando tale pericolosità sarebbe stata accertata, sarebbe pure stata, conseguentemente, diminuita l'esposizione dei lavoratori alle sostanze nocive. In definitiva, quindi, anche dalla "messe di assoluzioni" della sentenza di Porto Marghera, il paradigma causale non esce completamente indenne, ma si vede costretto a subire una certa torsione, poi "compensata" sul piano della colpa in modo, per altro, non del tutto convincente. Secondo chi scrive, infatti, sul piano della colpa non pare condivisibile quanto

reati omissivi impropri in reati di mera condotta, così FIANDACA, Giovanni. Causalità (rapporto di), *Dig. Disc. Pen.*, Torino: Utet, 1988, p. 128.

sostenuto dal Giudice del dibattimento, cioè che i soggetti imprenditoriali – quando si tratta della salute dell'uomo – possano ignorare quelli che il Giudice stesso ha definito "campanelli d'allarme" della comunità scientifica e – nel dubbio sulla cancerogenità (o meno) di un sostanza – possano andare avanti con gli stessi metodi di produzione, come se nulla fosse. Ma a prescindere dai rilievi sull'elemento psicologico, il dato incontestabile che emerge dal processo di Porto Marghera è quello relativo all'inadeguatezza dei reati di condotta ed evento ad affrontare le sfide della modernità.

3. La sentenza delle S.U. penali 30.328/2002

Com'è noto, però, la tematica dell'accertamento del nesso di causalità sta assumendo sempre maggiore importanza, non solo in riferimento ai reati ambientali, ma anche nei casi di colpa medica e di responsabilità da prodotto: tutti ambiti caratteristici della società contemporanea (c.d. società del rischio), in cui l'accertamento, appunto, del nesso di causalità, appare particolarmente controverso. Ed è proprio nel campo della responsabilità (penale) per colpa medica che è stata pronunciata l'ultima sentenza in argomento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite,[38] nella quale si assumono posizioni in gran parte coincidenti con quelle espresse, qualche tempo prima, dal

38. Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio-11.09.2002, n. 30328, Guida al dir., 2002, f. 338, 62 ss, con nota di Maccioni, Per l'accertamento del nesso causale non bastano coefficienti di probabilità, *ibidem*, 71 ss; nonché in Foro It., 2002, II, f. 11, 601, con nota di Di Giovine, Ombretta. *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, *ibidem*, 608 ss; *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 1357 ss, con nota Di Martino, Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento, *ibidem*, 2003, p. 50 e ss; *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 1133 e ss, con i relativi contributi Di Stella, Federico, Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema corte di Cassazione, *ibidem*, p. 767 e ss, e ID, Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi, *ibidem*, p. 1215. Non è superfluo ricordare che, in tale sentenza, le S.U. hanno ritenuto che "le statuizioni dei giudici di merito risultano sostanzialmente rispondenti alle linee interpretative sopra enunciate in tema di rapporto di causalità e trovano adeguata base giustificativa, in una motivazione, in fatto, immune da vizi logici ...e i rilievi del ricorrente si palesano privi di fondamento": quindi, se non fosse stato per la maturazione della prescrizione, la sentenza in oggetto sarebbe stata di conferma, e non di rinvio.

Tribunale di Venezia nel caso di Porto Marghera. Entrambe le sentenze, infatti, bocciano decisamente la c.d. causalità generale, o per aumento del rischio, ma, allo stesso tempo – se pur con motivazioni diverse –, sembrano voler "far rientrare dalla finestra quanto è stato cacciato dalla porta", finendo per risultare inevitabilmente contraddittorie. Per quanto specificamente attiene alla sentenza delle S.U., prim'ancora di entrare nel merito dell'accennata contraddizione motivazionale, bisogna affrontare una diversa questione, che potrebbe apparire solo terminologica, ma che, in realtà, può avere notevoli riflessi di tipo pratico ed applicativo. Bisogna domandarsi, cioè, se sia possibile spiegare il particolare (caso singolo) mediante un procedimento logico di tipo induttivo. Secondo le S.U., infatti – così come già ritenuto in precedenza in altre sentenze della Suprema Corte[39] –, ciò sarebbe in alcuni casi possibile. Quindi, secondo quanto parrebbe affermato in sentenza, non solo mediante il procedimento deduttivo si sarebbe in grado, partendo dal generale (legge), di spiegare o prevedere il particolare (caso singolo), ma pure mediante quello induttivo. In tal senso, la differenza tra i due metodi o tipi di ragionamento, potrebbe sembrare solo di tipo quantitativo, e non qualitativo. Per cui la deduzione sarebbe caratterizzata dalla certezza, mentre all'induzione sarebbe propria la probabilità, ma entrambe opererebbero nello stesso modo e con gli stessi fini. Ma è condivisibile questo assunto? Secondo chi scrive no. L'induzione, infatti, è il procedimento diametralmente opposto alla deduzione. In quanto, tramite la deduzione, dalla verità generale si ottiene quella particolare, mentre, al contrario, tramite l'induzione, da più verità particolari si ottiene quella generale. E' chiaramente corretto, poi, sostenere che l'induzione è sempre, per sua stessa natura, necessariamente probabilistica; mentre la deduzione, se applicata ad una legge universale, porta a risultati certi (ed in questo senso sono indubbiamente corrette le espressioni "certezza deduttiva" e "probabilità induttiva"). Ciò non toglie però che, anche quando il Giudice penale abbia a sua disposizione solo leggi probabilistiche, e non universali, il tipo di ragionamento che deve porre in essere, per spiegare un dato evento alla luce delle leggi scientifiche in gioco, è sempre di tipo deduttivo (dal generale al particolare), e non

39. Cfr. Cass. pen., 23.01.2002, Orlando, Foro it., 2002, II, 420 ss, con osservazioni di Fiandaca.

induttivo (dal particolare al generale).[40] Ovviamente si tratta di una deduzione che, per la caratteristica propria della legge (probabilistica) alla quale è stata applicata, ha perso il suo carattere di certezza ed è divenuta solo probabile: non per questo, però, dev'essere chiamata induzione.[41] Altrimenti si corre il serio rischio che nel Giudice penale – e nell'operatore del diritto in genere – possa sorgere l'idea errata che, nel caso in cui, appunto, si abbiano a disposizione solo leggi probabilistiche, l'interprete, per verificare la sussistenza del nesso di causalità, sia autorizzato a fare qualcosa di essenzialmente diverso (induzione) – e, per altro, non esattamente specificato –, rispetto a quello che è solito fare (deduzione) nell'eventualità in cui abbia a disposizione leggi universali.

3.1 L'insussistenza di percorsi causali alternativi

Proprio tramite il ricorso all'induzione, poi, le S.U. arrivano a giustificare la possibilità – nell'ipotesi in cui sia stata esclusa la sussistenza dei c.d. percorsi causali alternativi – di accontentarsi di leggi probabilistiche "deboli", che esprimono frequenze basse o medio basse, per l'accertamento del nesso causale.

Ed è questo il punto cruciale della motivazione – che riprende e sviluppa le argomentazioni esposte per la prima volta in Italia in un caso di contagio del virus Hiv tramite rapporti sessuali non protetti[42]

40. In senso opposto, però, si veda DI GIOVINE, Ombretta, Il contributo della vittima nel delitto colposo. Torino: Utet, 2003, p. 267 e ss.

41. "Già i difensori del modello nomologico-deduttivo della spiegazione si erano resi conto della difficoltà rappresentata dalla presenza, nelle scienze anche fisiche, di leggi non rigorosamente universali, ma esprimenti solamente delle probabilità più o meno elevate... Ne avevano quindi concluso che, applicando tali leggi, in presenza di date condizioni iniziali e al contorno, non era possibile dedurre logicamente con assoluta certezza il presentarsi di un evento E... Questo fatto veniva tradotto dicendo che la legge in questione, unitamente alle condizion iniziali e al contorno, consente di dedurre E soltanto con una certa probabilità... Ecco perché, soprattutto quando lo schema nomologico-deduttivo viene applicato alla ricerca delle cause dell'evento singolo, gli autori che trattano questo tema sono concordi nell'esigere che la probabilità frequentista espressa nella legge di copertura sia molto prossima ad 1, ossia alla certezza", così AGAZZI, Evandro. La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli), *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p. 400 e ss.

42. Trib. Cremona, 14.10.1999, *Foro it.*, 2000, II, 348, con nota di Nicosia.

– con il quale non si può in alcun modo essere d'accordo. In quanto, pure tralasciando i risvolti pratico processuali del metodo indicato dalle S.U., è già da un punto di vista logico che si deve dichiarare l'impossibilità di aderire ad una simile impostazione. Per il semplice motivo che ottenere la prova della non sussistenza dei c.d. percorsi causali alternativi non è soltanto difficile,[43] ma è addirittura impossibile. Si valuti, a tal proposito, la notevole differenza in cui si incorre nel voler rispettivamente provare che – ad es. – Tizio era a conoscenza di una determinata circostanza, oppure che, al contrario, Tizio non era a conoscenza della stessa determinata circostanza. Nel primo caso, infatti, basterà anche un solo testimone che affermi di aver riferito la circostanza in questione a Tizio, per aver raggiunto la prova della conoscenza. Mentre, pure l'affermazione di cento testimoni che sostengano di non aver riferito la circostanza a Tizio non può provare in alcun modo la mancata conoscenza, da parte di Tizio, della circostanza di cui trattasi. Tizio, infatti, può essere venuto a conoscenza della circostanza in questione in infiniti modi. E per provare la mancata conoscenza bisognerebbe poterli escludere tutti, e non solo alcuni. Per questo, la prova della mancata conoscenza di un fatto rappresenta una classica probatio diabolica, ed appare quantomeno "stravagante" che, sul punto, la giurisprudenza – contraddicendosi palesemente –, da un lato, ritenga giustamente che il querelante non sia tenuto a provare (e come potrebbe mai?) di non aver avuto conoscenza del fatto costitutivo di reato in epoca di tre mesi precedente alla presentazione della querela, e che sia piuttosto il querelato, se eccepisce l'intempestività della querela, a dover provare la "conoscenza precedente";[44]

43. "In via conclusiva, si deve ritenere che, nell'ambito di una impostazione corretta della causalità, sull'accusa incombe l'onere di provare le catene causali o la concretizzazione della legge di copertura. Solo se questa prova riesce si potrà dire che la causalità individuale è dimostrata, e dimostrata senza bisogno di prove relative alla esclusione dell'intervento di altre, possibili, cause. Se la prova non riesce, sarà inutile che l'accusa si avventuri sul terreno della pluralità delle cause, perché la causalità di un comportamento individuale non può essere desunta solo dalla prova, tra l'altro assai difficile, che non è intervenuta qualche altra possibile causa."; così, testualmente, STELLA, Federico, ID, Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* op. cit., p. 1238.

44. Plurimis: Cass. pen., Sez.V, 06.06.1996, n. 7.346, Giur.it., 1997, II, 666, con nota di Tirabassi.

dall'altro, sostenga invece che il terzo sequestratario istante la richiesta di riesame sia tenuto a provare positivamente (in che modo, poi, non è chiaro) di non aver avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro prima di dieci giorni dalla presentazione dell'istanza stessa.[45] Due pesi e due misure. Allo stesso modo, però, un medesimo evento (costitutivo di reato) può essersi prodotto in infiniti modi, e per infinite cause, ed il Giudice penale non può che riuscire ad escludere dal novero delle infinite cause possibili di un dato evento solo alcune di esse (così come può ottenere la prova che Sempronio o Mevio non abbiano riferito la circostanza x a Tizio), ma questo non avrà provato affatto l'esclusione di tutti i possibili (infiniti) percorsi causali alternativi. Tornando al citato caso del supposto contagio da virus dell'Hiv da parte del marito sieropositivo nei confronti della moglie, con la quale aveva rapporti non protetti, a ben vedere, anche nel caso di specie, il Giudice del dibattimento avrà potuto escludere solo alcuni dei possibili percorsi causali alternativi: ma come escludere – ad es. – che la defunta avesse avuto un rapporto occasionale con uno sconosciuto (sieropositivo), mai confessato perfino alle sue più care confidenti; oppure, come escludere che, durante una passeggiata a piedi nudi sulla spiaggia, la defunta stessa si fosse ferita con una siringa infetta abbandonata sulla sabbia (e purtroppo se ne trovano), e non si fosse resa conto dell'oggetto con la quale s'era punta o, resasene conto, non avesse riferito l'episodio ad alcuno? La verità è che il Giudice (e non solo quello penale) deve valutare la prova di come si sono svolti i fatti per cui è causa, e non interessarsi affatto, invece, di come gli stessi non si sono svolti. E se per convincersi di questo l'esposto argomento logico non è risultato sufficiente, allora si ricorrerà a quello normativo. Perché, se l'art. 299 del vecchio codice di rito consentiva al Giudice penale infinite strade cognitive, attualmente l'art. 187 c.p. – con chiaro intento limitativo – statuisce che "*sono oggetto di prova i fatti che riferiscono all'imputazione*". Ma il fatto che l'evento costitutivo del reato per cui si procede non sia stato prodotto da una causa diversa da quella indicata nel capo d'imputazione, non può essere in alcun modo ritenuto un fatto che riferisce all'imputazione. Anzi, a ben vedere, è per definizione un fatto che non riferisce all'imputazione, la prova del quale, conseguentemente, dovrebbe essere ritenuta inammissibile. Perché le prove a discarico (e tale dev'essere senza dubbio considerata la prova

45. Ex multis: Cass. pen., Sez. I, 10.08.1998, n. 3.330, rv. 211299.

che l'evento si è prodotto per cause diverse da quelle descritte nel capo d'imputazione) sono ammissibili – e devono essere ricercate, ex art. 358 c.p.p., pure dal pubblico ministero – solo in quanto siano appunto a discarico, mentre è veramente impossibile poter considerare che la mancanza di una, dieci o cento ipotetiche prove a discarico costituisca una prova a carico dell'imputato.

4. Problematiche e necessità materiali

Inoltre, per quanto attiene specificatamente al settore dei reati ambientali, non bisogna dimenticare che l'accertamento del nesso di causalità è reso vieppiù difficoltoso dalla cd. serialità delle condotte costitutive di reato. Infatti, le attività economico-industriali (potenzialmente) inquinanti hanno generalmente natura seriale e, il più delle volte, non sarebbe il singolo atto immissivo/emissivo, ma il reiterarsi dei singoli atti imissivi/emissivi, a cagionare l'evento (dannoso o pericoloso) costitutivo di reato. Tale circostanza, unitamente al fatto che solitamente i soggetti attivi inquinanti che svolgono la propria attività all'interno della stessa zona d'impatto sono molteplici, ha chiaramente un peso notevole in tema di causalità. Né le proposte per risolvere la succitata problematica sostituendo – come nell'art. 102 del Progetto Pagliaro – l'espressione "cagionare un evento" con quella "contribuire all'evento"[46] sembrano aver colto veramente nel segno. Conseguentemente, in campo ambientale si pone in modo prepotente la questione della scelta del modello di tutela: modello classico, sanzionatorio, parzialmente sanzionatario (come quello previsto nella citata Decisione Quadro) o qualcosa di ancora diverso? E, nel caso in cui il modello di tutela prescelto consentisse di prevedere fattispecie delittuose, sarebbe opportuno prendere in considerazione solo ipotesi dolose o pure colpose? Ma non finisce qui. Allo stesso modo, infatti, si pone in modo sempre più pressante – sempre in campo ambientale – il problema della delega di funzioni, che è poi intimamente connesso all'altro grande problema del diritto penale dell'economia contemporaneo: cioè quello della responsabilità da reato degli Enti. Ed ancora, il "punto dolente" della scelta di sanzioni veramente adatte e dissuasive, tanto per le persone fisiche, quanto per quelle giuridiche. Tutte questioni complesse, e tra loro connesse, alle

46. In dottrina, però, la soluzione indicata è stata accolta da Catenacci, Mauro, La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria", op. cit., p. 274 e ss., e p. 300 e ss.

quali bisognerebbe tentare di dare finalmente una risposta organica ed unitaria.

Bibliografia

Ajno, Riccardo. Problemi attuali del diritto penale ambientale. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1988. p. 455 ss.

Alessandri, Alberto. Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002. p. 3 e ss.

_____. Reati d'impresa e modelli sanzionatori. Milano: Giuffrè, 1984.

_____. *Commento all'art. 27, comma 1.° Cost. Commentario della Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna, 1991. p. 150 e ss.

Amendola, Gianfranco. *Le nuovi disposizioni contro l'inquinamento idrico*. Milano: Giuffrè, 2001.

Angioni, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*. Sassari, 1981 e 1984. vol. 1 e 2.

Antolisei, Francesco. *Manuale di diritto penale*, Parte speciale II. 13. ed., aggiornamento a cura di Conti, Milano: Giuffrè, 2000.

Aa.Vv. *L'effettività della sanzione penale*. Milano: Giuffrè, 1998.

Aa.Vv. *La responsabilità amministrativa degli enti* – d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, Milano: Giuffrè, 2002.

Aa.Vv. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garruti. Padova: Cedam, 2001.

Aa.Vv. *Una ricerca sulle fonti del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo*, a cura di Dolcini, Padovani e Palazzo. Milano: Giuffrè, 1994.

Azzali, Giampiero. *La tutela penale dell'ambiente. Un'indagine di diritto comparato*. Padova: Cedam, 2001.

Bricola, Franco. Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970.

Canestrari, Stefano. Reato di pericolo. *Enc. Giur. Treccani*, 1991. vol. 26, p. 4.

Castellana, Agata Maria. Diritto penale dell'Unione Europea e principio "societas delinquere non potest". *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1996. p. 747 e ss.

Catenacci, Mauro. *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*. Padova: Cedam, 1996.

Cocco, Giovanni. La Legislazione in tema di ambiente è ad una svolta? *Riv. Giur. Amb.*, 2002. p. 419 e ss.

Comte, Françoise. Diritto penale ambientale e competenze comunitarie. *Riv. Giur. Amb.*, 2003. p. 677 e ss.

Contento, Gaetano. Osservazioni sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna. *Contento Gaetano*, Scritti 1964-2000, a cura di Spagnolo, Bari, 2002.

De Francesco, Gianvittorio. Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute dalla politica criminale. *Dir. Pen. Proc.* 8/929 e ss, 2003.

DE MAGLIE, Cristina. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità. *Dir. Pen. Proc.*, 2001. p. 1348 e ss.

DE MAGLIE, Cristina. L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società. Milano: Giuffrè, 2002.

DE SIMONE, Giulio. Il codice penale francese e la responsabilità penale delle persones morales. Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1995. p. 189 e ss.

DE VERO, Giancarlo. Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della legge delega. *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2001. p. 1126 e ss.

DI GIOVINE, Ombretta. Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 634 e ss.

_____. Il contributo della vittima nel delitto colposo. Torino: Utet, 2003.

DOLCINI, Emilio. Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987. p. 777 e ss.

ESER, Albin. La tutela penale dell'ambiente in Germania. *Ind. Pen.*, 1989. p. 245 e ss.

EUSEBI, Luciano. Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1995. p. 741 e ss.

FIANDACA, Giovanni. Note sui reati di pericolo. Il Tommaso Natale, 1977, p. 182 e ss.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Vincenzo. *Diritto Penale*, Parte Speciale. Bologna: Zanichelli, 1988. vol. 1.

GIUNTA, Fausto. Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni? *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997. p. 1097 e ss.

GIUNTA, Fausto. Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002. p. 845 e ss.

GRASSO. L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986. p. 689 e ss.

GRASSO. Un codice di tipo europeo con sanzioni miti ma effettive. *Diritto &Giustizia* 35/9, 2000.

INSOLERA, Gaetano. Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente. *Dir. Pen. Proc.*, 1997. p. 737 e ss.

MAIELLO, Vincenzo. La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua? *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002. p. 799.

MANNA, Adelmo. Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1997. p. 665 e ss.

_____. Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia, *ibidem*, 1998. p. 851 e ss;

_____. La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme, *ibidem*, 2002, p. 501 e ss; ID, La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista. Cass.pen., 2003. p. 1101 e ss.

MARINUCCI, Giorgio. Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforme. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000. p. 160 e ss.

MOCCIA, Sergio. L'illusione repressiva – La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni novanta. *Dei delitti e delle pene,* 1998. f.1, p. 91 e ss.

MONTICELLI, Luca. Prospettive di riforma del sistema penale e nuove tipologie sanzionatorie. *Ind. Pen.*, 2000. p. 1005 e ss.

MUSACCHIO, Vincenzo. La tutela penale della natura: spunti per una discussione e prospettive evolutive di diritto penale e dell'ambiente. *Riv. Pen.*, 1995, p. 148 e ss.

MUSCO,Vincenzo. Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. *Diritto & Giustizia* 23/8 e ss, 2001.

_____. Gli amministratori disonesti producono sanzioni alle società. *Diritto & Giustizia* 15/9 e ss., 2002.

PADOVANI, Tullio. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *Dei delitti e delle pene*, 1984. p. 114 e ss.

PALAZZO, Francesco. Associazioni illecite e illeciti delle associazioni. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1976. p. 418 e ss.

PALIERO, Carlo Enrico. Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1996, p. 1173 e ss.

PALIERO, Carlo Enrico. La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione. AA.VV. *Il nuovo diritto penale delle società.* Milano: Giuffrè. 2002, p. 47 e ss.

PATRONO Antonio. I reati in materia di ambiente, *ibidem*, 2000, p. 669 e ss.

PATRONO, Antonio. Verso la soggettività penale di società ed enti. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002. p. 183 e ss.

_____. Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale, *ibidem*, 1996. p. 1147 e ss.

PEDRAZZI, Cesare. Profili penalistici di tutela dell'ambiente. *Ind. Pen.*, 1991, p. 617 e ss.

PELISSERO, Paolo. Disposizioni sostanziali. PELLISSERO, Paolo; FIDELBO, Giorgio. La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. *Leg. Pen.*, 2002. p. 575 e ss.

PEPE, Emilio. Note sul principio di sussidiarietà: tra sanzione penale e sanzione amministrativa. *Foro amm.*, 1994. 728 e ss.

PIERGALLINI, Carlo. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale. *Dir. Pen. Proc.*, 2001. p. 1353 e ss.

PIERGALLINI, Carlo. Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002. p. 571 e ss.

PLANTAMURA, Vito. Principi, modelli e forme per il diritto penale del terzo millennio. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002. p. 1025 e ss.

PLANTAMURA, Vito. Principi, modelli e forme per il diritto penale del terzo millennio. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, op. cit., p. 1030 e ss.

PULITANÒ, Domenico. La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002. p. 415 e ss.

PULITANÒ, Voce. Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche. *Enc. Dir.*, Agg. 6/322, Milano: Giuffrè, 2002.

ROMANO, Mario. La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali. *Riv. Soc.*, 2002. p. 349 e ss.

_____. Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola), *ibidem*, 1995. p. 1031 e ss.

SALINERO ALONSO, Carmen. Riflessioni sulla tutela penale dell'ambiente. In particolare i reati contro l'assetto del territorio nel codice penale spagnolo. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998. p. 396 e ss.

STELLA, Federico. Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998. p. 459 e ss.

_____. *Giustizia e modernità*. Milano: Giuffrè, 2002.

_____. La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003. p. 55 e ss.

STORTONI, Luigi. Profili penali delle società commerciali come imprenditori. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971. p. 1163 e ss;

_____. L'ambiente: aspetti penali della legislazione europea. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998. p. 883 e ss.

TALAMO, Manlio; TRAMONTANO, Luigi. *Diritto dell'ambiente*. Napoli: ESI, 1992. p. 77 e ss.

TIEDEMANN, Friedrich. La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995. p. 615 e ss.

VAGLIARDINI, Mariagrazia. Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie. Cass. Pen., 1999. p. 269 e ss. (nota a Cass. pen., Sez. III, 28.10.1997).

VERGINE, FRANCESCO. Ambiente nel diritto penale (tutela dell'). *Dig. Disc. Pen.*, Torino: Utet, 1995. p. 755 e ss.

_____. Valutazioni in tema di tutela dell'ambiente nel diritto penale, *ibidem*, 1996. p. 1193 e ss.

WHITE, Lynn. The Historical Roots of Our Ecologic Crisis. *Science* 155/1203 e ss, 1967.

3

Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal Universidad Pompeu Fabra.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: El principio de la personalidad de las penas exige la verificación de identidad del agente que cometió el delito y la persona a quién se destina la condena penal. El trabajo enfoca los criterios para la verificación de identidad del sujeto en el tiempo. El autor sustenta la insuficiencia de la concepción de identidad como una simple "identidad corporal", demostrando que la identidad es eminentemente un concepto normativo que se le imputa a los individuos. Constata que siempre habrá cierta "desidentidad" entre el sujeto agente del delito y el sujeto a quién se le aplica la pena. Tal "desidentidad" puede tener impacto sobre la medición de culpabilidad en el momento de juzgar, cuando alteraciones sustanciales de la identidad como la no imputabilidad que sobreviene, siempre que desaparece cualquier utilidad en la pena, la cual seria injusta si se aplicara.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal – Personalidad – Identidad – Tiempo – Culpabilidad.

ABSTRACT: The principle of penalty character requires identity verification of the person who committed the crime and the person who is sentenced for that crime. This paper focuses on time, as criteria for verification of the person's identity. The author argues that the concept of identity as mere "corporal identity" is insufficient, showing that identity is mostly a normative concept attributed to individuals. He establishes that there will always be certain "shifting identity" between the person who has committed the crime and the person who is convicted. This "shifting identity" may have an impact upon the measure of guilt at the moment of sentencing, when substantial changes to the identity, such as the supervenience of unimputability, lead to the inexistence of any usefulness to the penalty, which would be unfair if applied.

KEYWORDS: Criminal law – Personality – Identity – Time – Culpability.

SUMÁRIO: 1. Aproximación al principio de *identidad personal* en Derecho penal – 2. Las premisas filosóficas: 2.1 Introducción; 2.2 Los términos del debate – 3. Identidad personal, inidentidad y exclusión o atenuación de la responsabilidad penal: 3.1 Introducción; 3.2 Un dato de la realidad: La identidad personal no excluye una cierta *inidentidad*; 3.3 La valoración normativa de la dimensión de inidentidad – 4. La ubicación sistemática de las causas de exclusión o atenuación de la responsabilidad de S en t-2: 4.1 Introducción; 4.2 ¿Solución procesal?; 4.3 De nuevo: la cuestión del merecimiento o necesidad de imputación y pena para S en t-2 – 5. Apéndice: elementos de inidentidad tras la condena.

1. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE *IDENTIDAD PERSONAL* EN DERECHO PENAL[1]

1. En la operación del sistema del Derecho penal no se efectúan juicios meramente "históricos". Sus enunciados no se limitan a afirmar que tuvo lugar un cierto hecho –pasado– realizado responsablemente por un sujeto –del pasado–. Los juicios jurídico-penales son, en este sentido, distintos de los que se pueden formular en los libros de historia, o en las "comisiones de verdad". Son juicios de presente en cuya virtud se imputa responsabilidad a un sujeto presente. Lo que sucede es que esa imputación –que tiene lugar en el momento presente– de un hecho a una persona se refiere a un acontecimiento pasado. Sin embargo, es más que una forma de la memoria: no se limita a mantener el recuerdo de la acción pasada que vulneró las normas y de la persona que entonces actuó. Mientras la memoria hace presente el hecho pasado en tanto que pasado, el juicio de imputación penal hace presente el hecho pasado como *todavía* presente. Para la persona del presente, la declaración de su culpabilidad en la actualidad del proceso significa que se la tiene por *idéntica* a (se la *identifica* con) la que realizó el hecho pasado.[2]

2. En el Derecho penal de nuestros días no se suele discutir la vigencia de un principio llamado de *personalidad de las penas*, según el cual la pena debe ser impuesta al sujeto considerado *responsable* del

1. O presente artigo constitui a síntese da palestra proferida pelo autor durante o 14.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.

2. K. Günther, Der strafrechtlicher Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie, en G. Smith/ A. Margalit (Hrsg.), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, Frankfurt a.M. 1997, p. 48 y ss., 81-82.

delito, que es quien tiene que soportarla.[3] Tampoco se discute que este principio complementa al de *responsabilidad por el hecho propio*, según el cual sólo cabe considerar responsable, en su caso, al sujeto que realizó el hecho antijurídico. Ambos se integran comúnmente en el *principio de culpabilidad en sentido amplio*. El principio de personalidad de las penas se vulnera, de entrada, cuando la pena se le impone a un sujeto distinto de aquél a quien se consideró responsable del delito. Por su parte, el principio de responsabilidad por el hecho propio se lesiona cuando se considera responsable a un sujeto distinto del que realizó el hecho antijurídico.[4] En cambio, aparentemente, no habría motivo para apreciar vulneración alguna cuando la pena recae sobre el *mismo sujeto* que fue considerado responsable. Ni cuando se hace responsable al *mismo sujeto* que realizó el hecho antijurídico. Pues en ambos casos se habría respetado la exigencia que denominaremos *identidad de sujeto* entre el agente del hecho y el sujeto pasivo del juicio de imputación y de la pena. Una exigencia que es patente en la formulación de las normas secundarias en los tipos de delito: "*El* que matare a otro, (*él mismo*) será castigado...".

3. La cuestión es determinar cuándo el sujeto pasivo de la imputación y de la pena es *el mismo* sujeto que cometió el delito y cuándo, en cambio, uno *distinto*. En el manejo de los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de las penas, la doctrina dominante se limita a la siguiente constatación: Son *sujetos distintos* los *individuos distintos*. Luego si la imputación y la pena recaen sobre un individuo distinto de aquél que realizó el hecho antijurídico, se vulnera la exigencia de identidad de sujeto. Ésta se concibe, por tanto, como requisito de *identidad individual*, lo que, en realidad, no significa otra cosa que *identidad corporal*. El alcance de los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de las penas, en la concepción de la doctrina dominante, se limita, pues, a requerir que la imputación y la pena recaigan sobre el *mismo cuerpo* que "produjo" el delito.

3. Cfr. por ejemplo Hillenkamp, Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe, en Festschrift für K. Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1987, p. 455 y ss., con amplias referencias y las correspondientes matizaciones en lo que respecta a la pena de multa.

4. Como puede advertirse, a este universo de cuestiones pertenece también la presunción de inocencia: los casos en que no se ha probado que el acusado realizara el hecho antijurídico. Pero aquí se alude, de entrada, sobre todo, a los casos en que queda claro positivamente que el sujeto a quien se hace responsable no realizó el hecho antijurídico.

4. Ello es mucho más de lo que se exige en otros sectores del Ordenamiento jurídico.[5] Más aún: como es sabido, ni siquiera resulta consustancial a cualquier modo de concebir la responsabilidad penal. Dejando aparte las concretas excepciones que la vigencia de los referidos principios tiene en sistemas jurídicos distintos al nuestro, como el francés o los anglosajones, basta adoptar una perspectiva histórica o etnocultural para advertirlo. Así, es cierto que el delito genera siempre la necesidad de imputación (y de imposición de una u otra forma de *pena*) a uno o varios sujetos determinados, a los que se califica como responsables de aquél:[6] como sujetos a costa de los cuales se reafirmará el ordenamiento jurídico puesto en cuestión por el delito. Pero es sabido que para ello no siempre se han seguido los mismos criterios: en concreto, por ejemplo, han sido usuales los criterios que permitían imponer la sanción a individuos (entes corporalmente) distintos de aquél que realizó el hecho antijurídico. No es infrecuente, por ello, que se señale que la determinacion del sujeto de la imputación de responsabilidad por un hecho histórico se halla condicionada culturalmente e incluso que se llegue a indicar que existe un elemento de arbitrariedad en ella.

5. Con todo, parece que la referida exigencia de identidad individual, esto es, de que la imputación y/o la pena no recaigan sobre individuos distintos del que realizó el hecho antijurídico, se vincula a la idea de merecimiento –de imputación justa– que constituye el criterio fundamental de legitimación de la asignación de responsabilidad penal en nuestro sistema. Por ello mismo, sin embargo, si se procediera a dicha asignación de responsabilidad desde perspectivas distintas, de exclusiva prevención general intimidatoria o incluso de exclusiva prevención de

5. Cfr. Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, en Festschrift für K. Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, p. 559 y ss., 562: "El cuerpo de una persona (...) puede (...) generar consecuencias jurídicas para otra persona, aunque la otra persona no esté vinculada de modo natural con el cuerpo de la primera; la vinculación es una pura construcción jurídica". Pero (p. 566) no existe una culpabilidad penal transmisible (*übertragbare Strafrechtsschuld gibt es nicht*).

6. Cfr., sobre este punto, la obra de Paul Fauconnet, *La résponsabilité. Étude de sociologie*. 2. ed. Paris, 1928. Resumidamente, Fauconnet, Warum es die Institution "Verantwortlichkeit" gibt, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. Bd. 1 Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik, Frankfurt 1975, p. 293 y ss.

integración, el criterio podría ser naturalmente distinto. Baste aludir, a mero título de ejemplo, al caso de ciertas reacciones que las autoridades israelíes han aplicado en ocasiones contra las familias de los terroristas suicidas.[7] Ni los padres ni los hijos de quien realizó el hecho antijurídico merecen sanción alguna. Pero obviamente no se puede afirmar taxativamente que su sanción sea innecesaria en términos de prevención intimidatoria o de integración.

6. La *identidad individual*, entendida como identidad corporal entre el sujeto del hecho (antijurídico y culpable) y el destinatario del juicio de imputación y de la pena, es, desde luego, un componente esencial de la identidad del sujeto.[8] Por ello, también es *condición necesaria* de la atribución de responsabilidad penal.[9] Pero no parece que la mera iden-

7. Que constituyen, ciertamente, reacciones funcionales. O el conflicto suscitado por el atentado suicida se procesa con cargo al entorno del suicida o habría que aceptar que la sociedad ha de pechar con él. En efecto, si el terrorista es suicida y no se adopta reacción alguna tras el atentado, la expectativa normativa de no verse afectado por atentados terroristas queda desprovista del mínimo cognitivo que precisa para subsistir como tal. En consecuencia, se transforma en una pura expectativa cognitiva que, como corresponde a su naturaleza, hay que modificar ante la defraudación.

8. Por tanto, la identidad de la persona no puede constituirse sólo sobre la base de una identidad psíquica (unidad de conciencia como unidad de la conciencia actual y los recuerdos, experiencias: autoconsciencia) en los términos de J. Locke. Por el contrario, la identidad corporal es un elemento ontológico constitutivo de la identidad del sujeto y no un puro criterio de aproximación epistemológica a la referida identidad. El planteamiento de Locke se resume en su famosa frase: "For should the Soul of a Prince, carrying with it the consciousness of the Prince's past Life, enter and inform the Body of a Cobbler as soon as deserted by his own Soul, every one sees, he would be the same Person with the Prince, accountable only for the Prince's Actions: But who would say it was the same Man (Body)?" Sobre el planteamiento de John Locke, cfr. Lawrence A. Locke, *Personhood and moral responsibility, law and philosophy*, 9, 1990, p. 39 y ss., 44 y ss.; Cuypers, Das Problem der personalen Identität in der analytischen Philosophie, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52, 1998, p. 568 y ss., 570, nota 4, 572 y ss.; una breve alusión en Jakobs, FS f. Lüderssen, p. 569. Cfr., por lo demás, Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Berlin 1997, p. 29 y ss.

9. Frente a lo que opinan quienes, de nuevo con ejemplos de ciencia ficción, pretenden fundamentar la hipotética responsabilidad penal de "duplicados" instantáneos (cuerpos con cerebros cuya materia se programara con la

tidad corporal pueda ser *condición suficiente*. Así, por poner de momento un ejemplo de ciencia-ficción, parece que un clon no podría responder penalmente por hechos realizados por el individuo clonado, pese a la identidad corporal existente entre ambos.

7. Así pues, la responsabilidad penal parece requerir, además de una mera identidad individual (corporal) entre el sujeto activo del hecho antijurídico y el sujeto pasivo del juicio de imputación y de imposición de la pena, algún elemento adicional.[10] En este punto es obligado advertir que una realidad innegable del devenir humano es la existencia del cambio permanente y, en ocasiones, de cambios especialmente acentuados. Si llegáramos a la conclusión de que un mismo individuo, por el paso del tiempo, o en particular por la producción de determinados accidentes especialmente intensos en su acontecer vital, ha experimentado algún cambio radical, una ruptura existencial ¿Podría afirmarse, pese a todo, que el mantenimiento de su individualidad hace de él un mismo sujeto? ¿Valdría ello en concreto para el Derecho penal? ¿Sería incontestable que recibiera el juicio de imputación y la imposición de la pena por un hecho realizado antes del *cambio radical*, de la *ruptura existencial*? Expresado de modo general: ¿En qué condiciones puede fundamentarse o, por el contrario, excluirse la responsabilidad de un individuo en el presente por hechos cometidos por el mismo individuo en el pasado?

8. La respuesta a esta cuestión tiene que ver, de nuevo, con el fundamento en que se pretenda asentar la asignación de responsabilidad. Ya se indicó más arriba que, desde una perspectiva exclusivamente intimidatoria,[11] o de integración,[12] podría no haber obstáculos para imputar la responsabilidad e imponer la pena a un individuo distinto de quien

información constituida por los recuerdos, experiencias, etc., de un sujeto). En donde cabe la variante de que el cuerpo originario se mantenga o se destruya. Sobre la fundamentación de la responsabilidad penal de tales duplicados, en un contexto en el que los delincuentes optaran por esa vía para eludir la sanción, Herrmann, *Identität und Moral. Zur zuständigkeit von personen für ihre vergangenheit*, Berlin, 1995, p. 106 y ss.

10. Sobre la imposibilidad de reducir la identidad a la dimensión corporal, cfr. Cuypers, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52, 1998, p. 569.

11. Cfr. sobre ello, Herrmann, *Identität*, p. 86, 88.

12. Cfr. Bosch/Sayer, Personal Identity and Social Responsibility in the Process Thought of Alfred North Whitehead, en *Philosophisches Jahrbuch* 110/112 y ss., 2003, 119.

realizó el hecho antijurídico. Por tanto, menos los habría, desde la misma perspectiva, para imputar responsabilidad y pena al mismo individuo por un hecho antijurídico realizado por él en el pasado. Ello, por mucho que entre el individuo S en el pasado (llamémosle S-1, es decir, S en t-1[13]) y el individuo S en el presente (S-2, es decir, S en t-2) haya habido rupturas existenciales, cambios radicales. En cambio, si el merecimiento, la idea de "imputación justa", desempeña alguna función en dicha asignación de responsabilidad, la cuestión podría llegar a verse de modo distinto.[14] En efecto, si, tomando como punto de partida la idea de merecimiento, se pudiera además llegar a afirmar que, pese a tratarse del mismo individuo (de la misma materia corporal), S-1 y S-2 son personas distintas, la atribución de responsabilidad penal podría hacerse extremadamente problemática. Pues ¿por qué habría de responder una persona de lo que hizo otra, aunque ambas se sucedieran en el mismo individuo, si prescindimos de fundamentaciones instrumentales (e instrumentalizadoras)?

9. Plantear la cuestión en estos términos conduce, necesariamente, a precisar qué significa "identidad personal", si se puede llegar a apreciar la ruptura de la identidad personal en el devenir histórico de un único individuo concreto, y qué consecuencias puede tener esto en la configuración de la responsabilidad penal.

2. Las premisas filosóficas

2.1 Introducción

1. Resulta imposible (y, además, probablemente es innecesario, en lo que aquí interesa) examinar con un mínimo de detalle la discusión filosófica sobre la posibilidad y las condiciones de la afirmación de que un individuo mantiene identidad personal a través del tiempo.[15] Simplificando al máximo, sin embargo, parece que cabe aludir a la existencia de dos grandes líneas de opinión. Por un lado, la de los *empiristas* (en

13. t-1= tiempo 1.

14. Bosch/Sayer, *Philosophisches Jahrbuch*, 110/115, 2003, 1.

15. R. Merkel, *Personale identität und die grenzen strafrechtlichen Zurechnung*, JZ 1999, p. 502 y ss., 505 nota 17, alude a lo inabarcable de la bibliografía en la filosofía analítica sobre este punto; cfr. también Kawaguchi, Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht–eine Einführung–, en Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, p. 139 y ss.

este contexto denominados *reduccionistas*).[16] Los reduccionistas, a partir de la constatación de los cambios físicos y mentales que los individuos van experimentando a lo largo de su existencia,[17] niegan la propia posibilidad de afirmar la persistencia en éstos de una identidad personal en sentido estricto a través del tiempo. No existiendo identidad personal, lo más que podría constatarse, a su juicio, sería una cierta conexidad e incluso una mera *continuidad*[18] de estados mentales sucesivos, fases o etapas personales.[19] Naturalmente, en el marco de esa continuidad las conexiones entre unas fases y otras mostrarían una magnitud indeterminada y graduable.[20]

2. Pues bien, a partir de un dato así, sería ineludible plantearse, a los efectos de la asignación de responsabilidad a un individuo por hechos pasados, al menos dos cuestiones: a) si podría acaso legitimarse la imputación de responsabilidad y la imposición de una pena a un individuo, sobre la base exclusiva de que la *fase personal* (S-2) que representa es *sucesora* de la fase personal (S-1) que realizó el hecho antijurídico;[21] y b) en el caso de que ello pudiera legitimarse, a partir de qué grado de cambio entre S-1 y S-2, podría hablarse, pese a la continuidad existente entre ambos, de un factor reductor e incluso impeditivo de dicha imputación.

16. Ya lo eran Locke o Hume. En la discusión moderna, existe acuerdo en atribuir un especial significado a la obra de Derek Parfit; concretamente, aunque no sólo, a su libro *Reasons and Persons*, New York, 1984, passim, en particular p. 199 y ss. Referencias a otros autores contemporáneos en Dresser, *Personal identity and punishment*, B. U. L. Rev., n. 70, 1990, p. 395 y ss., 408, nota 62; también en Cruz, *Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia*. Barcelona, 2005, p. 31 y ss. Una crítica global a estos planteamientos ofrece Kobusch, Die Entdeckung der Person. Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild, 2. ed. Darmstadt, 1997, p. 268 y ss.
17. Herrmann, *Identität*, p. 14.
18. Sobre la diferencia entre conexión y continuidad cfr., por todos, Lawrence A. Locke, *Law and Philosophy* 9/54 y ss, 1990.
19. Cfr. una descripción y crítica general de estas posiciones en Cuypers, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52, 1998, 571 y ss. Cfr. también la descripción de Dresser, B. U. L. Rev., n. 70, 1990, p. 406-408.
20. Cfr. Dresser, B. U. L. Rev., n. 70, 1990, p. 398 y ss., 409, con interesantes referencias a las observaciones de *Parfit* sobre la racionalidad de los agentes en este modelo de (graduable) falta de conexión e incluso de discontinuidad con "su" futuro.
21. Cfr. sobre esto, Herrmann, Identität, p. 75 y ss.

3. Una perspectiva radical, partiendo de la premisa sentada, podría llegar a negar la propia posibilidad de una responsabilidad del agente por hechos pasados (que serían hechos de "otro").[22] Sin embargo, lo más común ha sido afirmar dicha posibilidad en línea de principio,[23] atendiendo fundamentalmente a consideraciones pragmáticas. Dado lo indeterminado, lo graduable del dato empírico de la conexión personal, la decisión sobre el si y el cuánto de la responsabilidad[24] de S-2 por un hecho realizado por S-1 habría de ser el resultado de una adscripción de naturaleza convencional.[25]

22. Vid. la exposición y crítica de esta posición en Parfit, *Reasons and Persons*, p. 324-325, quien se adscribe a una postura "compatibilista".
23. Escéptico ante la tesis del "yo múltiple, discontinuo, heterogéneo, que no tiene obligación alguna de reconocerse en ese agente del pasado al que terceros están atribuyendo un determinado comportamiento" se muestra Cruz, ¿A quién pertenece lo ocurrido? Acerca del sentido de la acción humana, Madrid, 1995, p. 198 y ss., 201 y ss.; *El mismo*, Hacerse cargo. Sobre responsabilidad e identidad personal, Barcelona, 1999, p. 38. Su escepticismo frente a la tesis de la "pluralidad de yoes" deriva del hecho de que ésta no se esgrima de cara al futuro, como alivio cuando las expectativas del "yo actual" se ven amenazadas; ni tampoco de cara al pasado cuando de lo que se trata es de la atribución de bondad o de mérito.
24. Y no sólo ella, sino cualquier determinación que pretendiera asociarse a la noción de identidad. Comentando la postura antiesencialista de *Quine*, señala *Inciarte*, La identidad del sujeto individual según Aristóteles, en Anuario Filosófico de la Universidad de Navarra, 1993 (26), p. 289 y ss., 296: "Sócrates, para seguir con el ejemplo clásico, siempre se encuentra en algún estado determinado, siempre es Sócrates blanco (pálido) o Sócrates tostado (si lleva tiempo al sol), etc. Pero si no hubiera nada que perdurara a través de esos estados cambiantes e independientemente de ellos, la identidad de Sócrates sería ficticia, a lo sumo un producto de las conveniencias del tipo que sea (por ejemplo científicas) de aquellos que tuvieran que ver con ese trozo de materia (cambiante) que estamos acostumbrados a llamar Sócrates. Serían los propósitos asociados con él (con el trozo de materia) los que decidirían dónde eso que llamamos Sócrates empieza y dónde acaba, sea temporalmente o en el sentido que sea".
25. Por ejemplo, para Cruz, ¿A quién pertenece lo ocurrido?, p. 201, "la continuidad del yo es una hipótesis fundamentalmente práctica, no ontológica"; en la misma línea, *Herrmann*, Identität, p. 3, indica que lo decisivo no es si alguien es o se ve como una unidad a través del tiempo, sino si los demás tienen buenas razones para tratarlo como una unidad. En sentido similar, Bosch/Sayer, 115. A su juicio (p. 119), "punishing someone accused of having committed a crime in the past presupposes a

4. Frente al sector empirista, las posiciones *metafísicas* acogen la tesis de la existencia de una identidad personal sustancial basada en la permanencia de los componentes corporal y espiritual del sujeto.[26] Ello es mucho más que continuidad espacio-temporal y mental: se trata de una permanencia esencial. Así concebida, la identidad sustancial no es nunca indeterminada ni graduable, no se quiebra en virtud de rupturas psicológicas, pérdidas de recuerdos, ni cambios de intereses. Estas posibles modificaciones accidentales no afectan a la identidad sustancial que se basa en la permanencia de la esencia.[27] Pues bien, a partir de tales consideraciones, la identidad no precisa ser regulada mediante convenciones pragmáticas, puesto que pertenece a la ontología de lo real.[28] En términos de atribución de responsabilidad moral, y en particular jurídico-penal, desde este punto de vista, como puede apreciarse, no existe dificultad alguna en fundamentar la imputación a S-2 de lo hecho por S-1 (pues siempre se trata de un S personalmente idéntico). El problema es aquí el inverso: sentado que la identidad sustancial es condición necesaria de la imputación ¿debe verse también como condición suficiente? O, expresado en otros términos, sentado que la imputación presupone identidad (si no hay identidad, entonces no puede haber imputación)

certain degree of continuity in our personal existence. Yet to deem a person accountable for a past crime requires merely that we can ascribe a course of action to a personal history: personal existence does not consist in subjective endurance; it is sufficient that a relative stability be demonstrable on objective grounds". Estos puntos de vista saltan de la perspectiva empirista a una relativista-culturalista. Críticamente, Cuypers, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52, 1998, p. 579, 581 y ss.

26. Cuypers, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52, 1998, p. 583, expresa el contenido de esta posición en los siguientes términos: "Esta persona de hoy es exactamente la misma que aquella persona del pasado o del futuro cuando entre ellas existe identidad sustancial".

27. Cfr. Inciarte, Anuario Filosófico, 1993 (26), p. 293: "Permanecer a través del tiempo significa seguir siendo lo mismo no tanto a pesar del cambio ("a pesar del tiempo") sino cambiando ("al pasar tiempo"). Con otras palabras, permanecer idéntico a través del tiempo requiere poder ir adquiriendo (y perdiendo) nuevas propiedades".

28. Crítico también sobre este punto de vista Cuypers, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, p. 585, por razones conceptuales y epistemológicas, concluyendo que si desde el planteamiento empirista la identidad resulta ser una ficción existencial, en el metafísico acaba siendo una ficción ontológica.

¿debe concluirse que la identidad implica imputación (si hay identidad, entonces ha de haber imputación)?[29]

2.2 Los términos del debate

1. No es necesario ser muy perspicaz para advertir que el contenido de las dos posiciones referidas, y los problemas que una y otra plantean, guardan un estrecho paralelismo con los términos tradicionales –y actuales– de la discusión sobre el significado de la libertad en la moral y, en concreto, en el sistema jurídico-penal de atribución de responsabilidad. Ese paralelismo ciertamente no es casual, pues libertad e identidad personal están asimismo estrechamente vinculadas en el juicio jurídico-penal de imputación. La constatación de la libertad (dejando de momento abierta la cuestión del sentido exacto que ésta haya de tener) en el sujeto activo del hecho antijurídico (S-1) es presupuesto del *juicio* "histórico" *(o de pasado) de imputación de responsabilidad* a dicho sujeto: esto es, de la afirmación "S-1 obró culpablemente". Por su parte, la constatación de la identidad personal (dejando de momento abierta la cuestión del sentido que ésta haya de tener) entre el sujeto activo del hecho antijurídico (S-1) y el sujeto sometido a enjuiciamiento (S-2) es presupuesto adicional del *juicio* "jurisdiccional" *(o de presente) de imputación de responsabilidad e imposición de pena* a este último.[30] En otras palabras, de la afirmación "S-2 debe responder por lo realizado en su día por S-1". A este respecto, conviene reiterar que el Derecho penal no promueve meros juicios históricos de imputación (no tiene por objeto la responsabilidad de sujetos pasados por hechos pasados),[31]

29. Dada naturalmente la comisión de un hecho antijurídico y culpable por el sujeto en el pasado.

30. La estructura de este juicio es la siguiente:
a) El sujeto histórico X realizó el hecho histórico de modo culpable
b) El sujeto hoy acusado es idéntico con el sujeto X
c) Por tanto, el hoy acusado realizó el hecho histórico culpablemente y debe recibir la pena por el hecho realizado culpablemente por X
Lo mismo vale para el juicio de ejecución:
a) El sujeto X fue condenado a cumplir una pena
b) El sujeto hoy sometido a ejecución es idéntico al sujeto X
c) Por tanto, el sujeto hoy sometido a ejecución debe cumplir la pena impuesta a X

31. Aunque ciertamente ello tuviera lugar en el Derecho antiguo, con fundamento intimidatorio o de integración (es decir, las mismas razones que

sino sólo juicios jurisdiccionales de imputación (que tienen por objeto la responsabilidad de sujetos presentes por hechos pasados). Pues bien, el juicio jurisdiccional de atribución de responsabilidad e imposición de pena (de culpabilidad y condena, si se quiere) exige *libertad del sujeto histórico e identidad personal entre el sujeto procesal y aquél.*[32]

2. Así, es razonable que tanto en la cuestión de la libertad como en la de la identidad personal se discuta si nos hallamos ante *construcciones sociales* cuyo contenido y alcance puede variar en función de cuál sea la teleología del sistema que constituya su contexto (lo que en Derecho penal significaría: conceptos puramente normativistas) o ante *realidades sustanciales* que pertenecen al plano ontológico.

3. Según se ha indicado, la perspectiva reduccionista sobre el tema de la identidad personal, al rechazar la existencia de identidad ontológica entre S-1 y S-2, podría llegar a la conclusión de que este último no puede responder moralmente –y, por tanto, tampoco penalmente– de lo hecho por el primero. Sin embargo, es general la posición que, a partir de la constatación de una *relativa* vinculación mental y corporal entre las "etapas personales" de un individuo, admite la posibilidad de que "fases personales" posteriores respondan por las acciones de etapas personales precedentes.[33] A tal efecto, se opta por construir un *concepto normativo*

podrían justificar que se imponga una sanción a un individuo por el hecho de otro). Cfr. Kühl, Der Tod des Beschuldigten oder Angeklagten im laufenden Strafverfahren, en Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, München 2001, p. 716 y ss, 720 y ss., sobre los antiguos juicios a cadáveres y la ejecución de la sanción sobre ellos (y su fundamentación intimidatoria: p. 725), incluyendo la referencia a Feuerbach, que lo admitía para la pena de multa (p. 722). Actualmente, por el contrario, la muerte se entiende como una causa de extinción de la responsabilidad criminal (así, en el art. 130, 1.º CP) que, en la práctica, constituye una causa de exclusión de la responsabilidad (declarada), pues ni siquiera se concibe el proceso contra fallecidos, con lo que es imposible atribuirles una responsabilidad que, simultáneamente, devendría extinguida.

32. La idea de que el juicio de imputación penal contiene un "juicio de identidad" entre el sujeto activo de la acción y el sujeto pasivo del proceso puede verse sugerida ya en A. Merkel, Über "das gemeine deutsche Strafrecht" von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, en Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 2. Hälfte, Straßburg 1899, p. 429 y ss., 442: *ése eres tú, reconócete en el espejo de tu hecho.*

33. Cfr. Herrmann, *Identität*, p. 110.

de identidad personal,[34] que derivaría del hecho de que la conformación de una "unidad de la vida" a partir de una sucesión de fases personales constituye asimismo una *exigencia normativa*.[35] Expresado en otros términos: La identidad personal se imputa. Aunque esto no excluye que, a medida que S-2 va perdiendo conexión con S-1, el merecimiento de castigo pueda disminuir e incluso que, si tal conexión es muy débil, no proceda imponer castigo alguno.[36]

4. Dicho concepto normativo (constructivista) de identidad personal se pretende fundamentar, básicamente, en necesidades funcionales. El punto de partida es la constatación de la existencia de expectativas sociales que trascienden a cada una de las concretas *fases personales* de un individuo y la exigencia de estabilidad en la orientación de las conductas. A partir de ahí, se considera que resulta posible y necesario construir, a partir de los diversos estadios personales vinculados de modo continuado en el tiempo, una *unidad moral* (una unidad de imputación).[37] Por lo demás, de modo adicional a estas razones puramente pragmáticas de simplificación de la praxis moral,[38] se apela también al dato psicológico de la autocomprensión de los individuos, quienes se

34. Herrmann, *Identität*, p. 112.

35. Idem, ibidem, p. 154; Schulz, Strukturen von Verantwortung in Recht und Moral, en Schulz (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung, ARSP Beiheft 75, Stuttgart, 2000, p. 175 y ss., 191, subrayando la dimensión procedimental de tal atribución.

36. Cfr. Fields, Parfit on Personal Identity and Desert, *The philosophical quarterly* 37, n. 149, oct. 1987, p. 432 y ss., 436. Aquí se utiliza el ejemplo de Parfit, *Reasons and Persons*, p. 326: A, ganador del premio Nobel, de 90 años, confiesa que fue él quien, a la edad de 20 años, hirió a un policía en una reyerta alcohólica, pero se considera que ya no merece castigo alguno por lo que hizo.

37. Herrmann, *Identität*, p. 168, 169, 171 y ss., aludiendo a la existencia de roles sociales, de los que uno no puede separarse arbitrariamente; Cruz, *Las malas pasadas*, p. 48 y ss.

38. Feinberg, Harm to Self (*The moral limits of the criminal law*, vol. 3), Oxford/New York etc. 1986, p. 83-84, aludiendo a que el primer yo y el posterior son la misma persona en diferentes momentos, de modo que el hablar de un primer yo (*the earlier self*) y un posterior yo (*the later self*) es sólo una útil *façon de parler*. En efecto, tanto nuestras nociones ordinarias acerca de la responsabilidad, como prácticas morales tan básicas como el valor de los compromisos, se asientan en esa idea de la continuidad de la identidad personal.

identificarían con una *cadena* de etapas personales y no con una mera sucesión de fases personales separadas.[39]

5. La cuestión es si acaso dicho concepto normativista de identidad personal –que, como puede verse, resulta absolutamente paralelo a las concepciones normativistas o funcionalistas de la libertad (culpabilidad)– carecería de límite externo alguno. En efecto, en el marco de un concepto puramente normativista de identidad personal, regido por necesidades de estabilización, no se advierte por qué la construcción "identidad personal" habría de detenerse en un determinado contexto psicológico-corporal. Exigencias de orientación podrían conducir a afirmar la responsabilidad penal (como de hecho sucede con la responsabilidad civil) de un S-2, hijo de S-1, por los hechos de éste, pues en realidad tampoco cabe cuestionar la existencia de una relativa *continuidad* corporal, mental y social entre padres e hijos.[40] Que, según parece, esto no se acepte de entrada, parece apuntar, pese a todo, a la existencia de algunos límites externos de la construcción normativa *identidad personal*. En este sentido, pueden hallarse algunas formulaciones que resultan menos normativistas,[41] afirmándose expresamente que las normas constituyen "mecanismos sociales que son adecuados para producir, a partir de una cadena de etapas personales vinculadas psicofísicamente entre sí, una unidad social".[42] Lo que permite afirmar asimismo que tal *identidad*

39. Herrmann, *Identität*, p. 168. Desde una perspectiva de "common sense", *McInerney*, Conceptions of Persons and Persons Through Time, American Philosophical Quarterly, vol. 37, n. 2, April 2000, p. 121 y ss, 122-124, 128, observando cómo las representaciones de uno mismo y de los demás parten de la continuidad en el tiempo, lo que se refleja en los procesos de motivación e interacción (creencias, sentimientos, deseos, actitudes, emociones, etc.).

40. Cfr. otros ejemplos en Fields, *The philosophical quarterly*, vol. 37, n. 149, oct. 1987, p. 438-439. Se trata de casos de ciencia ficción en que a un sujeto se le transplanta todo o parte del tejido cerebral de otro.

41. Herrmann, *Identität*, p. 157: "En una sociedad de etapas personales, la historia de una etapa personal puede ser interpretada como parte de la historia continuada de sus predecesores y sucesores. Así, a la sucesión de diversas etapas personales se le asigna, por lo menos en la interpretación, pero en cierto sentido también en la realidad, la unidad de un curso vital. Esa unidad debe permitir extender reacciones de imputación (zurechnende Reaktionen) de unas etapas personales a sus sucesoras". Aludiendo, por lo demás (p. 167), a que la imputación a fases personales posteriores es expresión de la propia naturaleza de las etapas personales.

42. Herrmann, *Identität*, p. 176.

normativa podría romperse cuando, por circunstancias excepcionales, la continuidad quedara por debajo de lo *normal*.[43]

6. Luego, como en el concepto de culpabilidad,[44] también aquí la normativización (cuya existencia y necesidad resultan innegables) tiene límites. Son esos límites los que nos conducen a considerar, en principio, justo que un "estadio personal" posterior reciba el juicio de imputación por el hecho realizado por un estadio personal anterior y no, en cambio, que un estadio personal de un hijo reciba dicho juicio de imputación de responsabilidad por lo realizado por un estadio personal de su padre. No se trata aquí de meros cambios acerca de la representación de lo justo (variables en función del espacio y del tiempo), sino de la exigencia de una identidad personal estricta (esencial) entre agente y acusado como presupuesto de la imputación justa de responsabilidad a este último.

11. Naturalmente, ello no significa que, a partir de la afirmación de la existencia de la reseñada identidad personal esencial, cualquier imputación de responsabilidad a S en t-2 por lo realizado por S en t-1 resulte justa y necesaria. Ciertamente, a diferencia de lo que implica la producción de la muerte (que supone la ruptura esencial de la identidad personal en este mundo), es discutible que haya límites ontológicos adicionales que impongan una limitación de la imputación. Pero en todo caso sí se dan, desde luego, situaciones en las que pueden existir razones normativas para prescindir del juicio jurisdiccional de imputación y asignación de pena. A continuación, me ocupo de la naturaleza de estas razones, así como de cuál ha de ser su ubicación en el sistema de la teoría del delito.

3. Identidad personal, inidentidad y exclusión o atenuación de la responsabilidad penal

3.1 Introducción

1. Lo anterior puede resumirse del siguiente modo. La doctrina dominante exige, para la formulación del juicio de responsabilidad, una identidad individual (corporal) entre el sujeto de la acción y el sujeto de la responsabilidad. Una responsabilidad asentada sobre la idea de mereci-

43. Idem, ibidem, p. 105.

44. El planteamiento de Jakobs, FS f. Lüderssen, p. 571, apunta claramente a la idea de que la culpabilidad presupone una persona que se sabe libre y no es un mero centro de imputación (que no sufre la personalidad).

miento, sin embargo, no se acaba de fundamentar convincentemente sin la constatación de una auténtica identidad personal entre ambos sujetos.

2. Lo anterior no plantea problemas para quien acepta la tesis metafísica de la identidad personal como identidad esencial. Sí, en cambio, para quien la rechaza, afirmando que lo único constatable en el devenir vital de un individuo es una sucesión de fases físicas y mentales. Pues ello, de entrada, debería conducirle a la tesis de la irresponsabilidad por el pasado.[45] Por este motivo, quienes se sitúan en la tesis de la mera continuidad se ven, pese a todo, obligados a construir un concepto normativo de identidad personal, sobre bases funcionales, que permita formular el juicio jurisdiccional de imputación.

3. Sin embargo, un concepto normativista de identidad personal plantea el problema –general de los conceptos normativistas– de que carece de la posibilidad de poner límites a las exigencias funcionales. De ahí que, implícitamente, incluso quienes lo proponen acaben introduciendo tales límites externos (¡incluso quienes hablan de S-1 y S-2 no tienen más remedio que utilizar S!). La acogida de un criterio esencial de identidad personal, por su parte, no plantea los problemas referidos. Pero, en cambio, suscita la cuestión de si, apreciada la identidad personal, la imputación de responsabilidad a S-2 por hechos realizados por S-1 será siempre inevitable, por resultar justa y necesaria.

3.2 *Un dato de la realidad: La identidad personal no excluye una cierta inidentidad*

1. La identidad personal no excluye la existencia de una cierta discordancia permanente con uno mismo. Esta discordancia se hace más patente en algunos momentos,[46] de los que da cuenta el lenguaje

45. Pues, como afirma Habermas, El futuro de la naturaleza humana (trad. Carbó), Barcelona 2002, p. 82-83, "la persona sólo puede verse como autor de acciones imputables y fuente de pretensiones auténticas si supone la continuidad de un sí mismo que se siente idéntico consigo mismo a lo largo de su biografía".

46. Cfr. Innerarity, Convivir con la inidentidad, Anuario Filosófico de la Universidad de Navarra, 1993 (26), p. 361 y ss., 361: arrepentimiento, perplejidad, decepción, autoengaño, etc. El recurso a la expresión "inidentidad", como elemento consustancial de una identidad finita, me parece preferible a la alusión de Bosch/Sayer, *Philosophisches Jahrbuch* 110, 2003, p. 112 y ss., 114, a una cierta sensación de "alienación" en nuestras

ordinario: decimos "ya no soy el mismo"[47] o "he cambiado" y hablamos de "crisis de identidad". Pero es una constante de nuestra existencia. De hecho, al propio concepto de persona pertenece la idea de que ésta es un proceso abierto y no un estado concluido. La persona halla expresión en la personalidad que se desarrolla y despliega en el tiempo. Por ello, "la identidad no es perfecta y el hombre ha de aprender a convivir con esa finitud de una identidad siempre insuficiente".[48] En lo que aquí interesa, la propia historicidad, consustancial al ser humano,[49] determina que sea posible constatar la existencia de cambios significativos en aquél entre el momento en que se realizó el hecho delictivo y el momento del juicio de imputación, la imposición de la pena e incluso la ejecución de ésta. Se da el caso de que quien cometió un delito ha sufrido alteraciones mentales de diversa naturaleza en el período anterior a su enjuiciamiento; o el de quien ha experimentado una profunda conversión; o el del transcurso de un largo período de tiempo entre el momento del hecho y el de su sometimiento a juicio; etc.

2. Todo ello no afecta ciertamente a la identidad personal.[50] De hecho, si tenemos presente que la historicidad (finitud) –como la socia-

representaciones ordinarias cuando miramos hacia el pasado y recordamos nuestros errores, cambios de opinión, etc.

47. Para Feinberg, Harm to Self, p. 84, ello podría constituir una descripción seria de la situación y no ser una mera forma de hablar. Pese a lo cual habría que seguir hablando de identidad, p. 85.

48. Innerarity, Anuario Filosófico 1993 (26), p. 362, para quien en cualquier biografía "quedan desvelados los deslizamientos de la identidad que han tenido lugar en la vida de un sujeto particular y finito, de identidad limitada" (p. 372). De este modo, "el perfeccionismo de la identidad no hace justicia a esa inidentidad que cada hombre es. Esta es la razón por la que una exigencia incompatible con una condición finita conduce a la apertura de espacios de inimputabilidad". También Cuypers, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52 (1998), 579-580 subraya que hay que admitir que el sujeto histórico y el presente son en parte idénticos y en parte distintos.

49. Estos elementos de inidentidad, que son constantes, y que revelan que al hombre no le es propia una identidad perfecta, se corresponden con los elementos de i-libertad, que ponen asimismo de relieve que al hombre no le es propia la libertad perfecta. Ello tiene seguramente que ver con el hecho de que la identidad, como la libertad, se "vayan realizando" en la sociedad y en la historia (en la finitud y en la contingencia).

50. Cfr. Tugendhat, *Identidad personal, particular y universal*, 1992, en El mismo, Problemas, Barcelona, 2001, p. 15 y ss, 17-18: "Casi todos los que se

lidad– son consustanciales al hombre, todos esos espacios de inidentidad no pueden contemplarse como rupturas, sino como expresión de la propia naturaleza humana, elementos del proceso de realización personal. De nuevo, nos encontramos ante un análisis paralelo al que tiene lugar con la idea de libertad. Los evidentes condicionantes que ésta tiene no sólo no son contrarios a la existencia de libertad, sino que constituyen expresión del único modo en que es posible que tenga lugar la libertad (imperfecta) de un sujeto finito, histórico y social.

3.3 La valoración normativa de la dimensión de inidentidad

1. El delito puede concebirse de forma sustancialmente distinta en función de que se lo defina sólo como el "conjunto de elementos constitutivos de la infracción de la norma primaria" o bien, de forma completa, como el "conjunto de presupuestos de la aplicación de la norma secundaria".[51] Desde el primer punto de vista, el delito es el injusto culpable del sujeto histórico destinatario de la norma primaria. Desde el segundo punto de vista, el concepto de delito abarca más elementos, entre los que se cuentan la "declaración" de la infracción de la norma primaria producida en su día, así como otros presupuestos de la imputación del hecho –como punible– al sujeto presente.

2. La distinción entre ambos conceptos de delito no se reduce, sin embargo, a una diferencia de extensión. Implica, de entrada, una diferencia de naturaleza. Cabe entender que el concepto de delito como injusto culpable tiene una naturaleza estrictamente sustantiva. Pero es inevitable admitir que el delito como conjunto de presupuestos de la aplicación de la norma secundaria tiene una naturaleza *juris-diccional*

ven confrontados por primera vez con el concepto de identidad individual creen descubrir un problema que les parece profundo y paradójico: ¿Cómo puedo yo, que estoy ahora en Barcelona, ser el mismo que estuvo antes en Berlín? ¿Cómo puedo yo ser el mismo teniendo ahora pelo blanco que alguien que antes lo tenía negro y que cuando nació era calvo? ¿Cómo puedo ser el mismo siendo distintas las células que constituyen mi cuerpo de cómo eran cuando nací? (...) Nos enfrentamos aquí con otra confusión: entre no-identidad y cambio. El hecho de que algo cambie no significa que algo termine y algo otro empiece (...); en el cambio, una y la misma cosa tiene características diferentes en momentos diferentes".

51. Cfr. sobre ello Silva Sánchez, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, en el mismo, *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, 2003, p. 15 y ss., 33 y ss.

(en sentido etimológico) y, por tanto, dependiente de la declaración judicial en el marco del proceso. Es, pues, un concepto sustantivo-procesal.[52] Esto implica, además, una distinción temporal. El delito como infracción de la norma primaria concurre en el momento del hecho histórico (t-1). El delito como conjunto de presupuestos de la norma secundaria concurre sólo en el momento de dictar sentencia (t-2). En esa medida, requiere una congruencia entre el sentido del hecho cometido en t-1 y el sentido del hecho enjuiciado en t-2;[53] así como entre el sujeto que cometió el hecho en t-1 y el que es juzgado en t-2.

3. Pues bien, se ha dicho que una relativa inidentidad –como el carácter condicionado de la libertad– son constantes en la vida de las personas. Pero es cierto que hay situaciones concretas, como también se indicaba más arriba, en las que los condicionantes que pesaron sobre la conducta del sujeto histórico del hecho antijurídico, o los elementos de inidentidad entre el sujeto procesal y el referido sujeto histórico se hacen especialmente intensos y patentes. El *análisis normativo* que, partiendo de dichos *condicionantes de la libertad*, tiene lugar en el marco del *juicio histórico de culpabilidad* (responsabilidad) resulta ya conocido. Aquí se trata de poner de relieve cómo puede (debe) tener lugar un *análisis normativo similar* a propósito de las dimensiones de *inidentidad personal* en el marco del *juicio jurisdiccional de responsabilidad* e imposición de pena.

4. El criterio rector del análisis normativo de la libertad concreta, propio del juicio histórico de culpabilidad, era el merecimiento y necesidad de pena de dicho sujeto histórico. El criterio rector del análisis normativo de la inidentidad concreta propio del juicio jurisdiccional de responsabilidad ha de ser, constatado que el sujeto histórico mostraba dichos merecimiento y necesidad de pena por el hecho histórico, si el sujeto actual también los muestra, en relación con tal

52. Cfr. Pastor, *D.R.*, Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin, Córdoba (Argentina) 2002, p. 793 y ss., 798, 801, poniendo de relieve la inseparabilidad del Derecho penal sustantivo y el procesal, a partir de la suma dificultad de la separación de las condiciones de punibilidad y los presupuestos procesales.

53. Sobre este extremo, cfr. Silva Sánchez, *Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito*, en Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid/Barcelona, 2004, p. 15 y ss., 20-21.

hecho histórico.[54] Por tanto, las preguntas a las que conviene intentar dar respuesta son las siguientes: cuándo la medida de inidentidad de S en t-2 con respecto a S en t-1 puede fundamentar la ausencia de merecimiento de sanción de S en t-2 por lo realizado por S en t-1; cuándo, existiendo merecimiento, puede fundamentar la ausencia de necesidad de sanción; y cuándo, existiendo ambos, puede determinar la disminución de uno u otra.

5. Ello no es exclusivo de la imputación de responsabilidad a título de demérito. Puede plantearse también en la imputación a título de mérito. Así, por ejemplo, cabe plantearse si un sujeto S, que en t-1 realizó un hecho positivo, puede merecer la imputación (a título de mérito) de aquel hecho en t-2, con las correspondientes consecuencias premiales, cuando han mediado cambios sustanciales en la conformación de su personalidad. Por ejemplo, cuando ha tenido lugar la realización posterior de hechos deshonrosos y el sujeto aparece como un indeseable a los ojos de todos.

6. ¿Merece S en t-2, cualesquiera que sean las circunstancias, la imputación, la condena y la ejecución de la sanción por el hecho antijurídico y culpable realizado por S en t-1? La posibilidad de efectuar –en t-2– la declaración histórica de que S realizó en t-1 el hecho antijurídico de modo culpable no implica automáticamente que S, en dicho t-2, merezca la atribución de responsabilidad y la pena por aquel hecho. Para que pueda efectuarse una imposición de responsabilidad y pena merecidas por S en t-2 (y no meramente un anacrónico juicio de responsabilidad y condena merecidas por S en un t-1 ya pasado), es preciso, de entrada, que S en t-2 no constituya un mero objeto que "sufre" tales juicios como daños, sino también un sujeto que los "entiende" como reacciones con sentido a un "hecho propio" que asimismo expresaba sentido.[55]

54. Como se observa, la relación del sujeto procesal con el hecho histórico pasa por la relación del sujeto histórico con tal hecho histórico y la del sujeto procesal con aquel sujeto histórico.

55. Cfr. Jakobs, Lüderssen-FS, p. 569: "...un Derecho penal que asienta la culpabilidad en la vertiente comunicativa del comportamiento, al igual que un Derecho penal que parte de un concepto normativo de culpabilidad, debe entender los delitos como expresiones de personas a las que se les atribuye conciencia, y en concreto no sólo en el momento del hecho, sino también en el del juicio y en el de la ejecución de la pena".

7. La exigencia de que el sujeto "entienda" la imputación de responsabilidad y la pena como reacción con sentido[56] puede verse afectada por *déficits cognitivos* existentes en el momento de la atribución judicial de responsabilidad (o en el momento de ejecución de la condena). Este puede ser el caso cuando entre el momento del hecho histórico (t-1) y el del proceso (t-2) hayan tenido lugar enfermedades o alteraciones mentales: por ejemplo, amnesia,[57] enfermedad de Alzheimer, etc.[58] A este fenómeno se ha referido *Lampe* con el término "inimputabilidad" (*Unzurechnungsfähigkeit*), cuya concurrencia excluiría, a su juicio, la "punibilidad" (*Strafbarkeit*) del sujeto. Para *Lampe*, dicho concepto no se identifica con la falta de capacidad de culpabilidad en el momento del hecho, sino que designa la incapacidad del sujeto "en el momento de la imputación, esto es, durante el proceso penal, de comprender lo injusto de su hecho o de defenderse de modo adecuado frente a la acusación (*capacidad de responsabilidad*). Por tanto, el concepto abarca el aspecto jurídico sustantivo de lo que la doctrina dominante entiende hoy erróneamente sólo en términos procesales como capacidad procesal (*Verhandlungsfähigkeit*), esto es, como la pérdida por el acusado de la capacidad de "representar sus intereses de modo razonable, de defender sus derechos y de dirigir su defensa de modo comprensible y sensato".[59] Añadiendo que "si al causante (Urheber) del injusto le falta la necesaria

56. Cfr. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig 1885 (reimpr. Aalen 1991), p. 811: el sujeto "debe sentir la pena como tal".

57. Cfr., por ejemplo, Candeub, *Consciousness & Culpability*, 54 Ala. L. Rev. (2002-2003), p. 113 y ss., 126-127.

58. Tales situaciones patológicas, en las que una persona pierde el sentido de identidad individual con respecto a su pasado, no afectan, sin embargo, a la subsistencia de la identidad personal como tal: cfr. Tugendhat, Problemas, p. 19. El problema es, en este punto, similar al de la esquizofrenia, con la diferencia de que ésta lo plantea ya en el plano sincrónico y aquéllas más bien en el diacrónico. Pero el paralelismo es evidente: ciertas alteraciones psíquicas se describen en el lenguaje ordinario indicando que el sujeto *estaba fuera de sí* o que *no estaba en sus cabales*. Ello muestra hasta qué punto se halla ya en el trasfondo del lenguaje ordinario la noción de identidad (diacrónica y sincrónica). Una interesante dimensión de la cuestión, en la que no es posible entrar aquí, es la relativa a los trastornos de personalidad múltiple: cfr., por ejemplo, Braude, *Multiple personality and moral responsibility, philosophy, psychiatry & psychology* 3.1, 1996, p. 37 y ss.

59. Lampe, Strafphilosophie. *Studien zur Strafgerechtigkeit*, Köln, 1999, p. 221.

capacidad de comprensión para reconocer la pena como sanción justa, entonces la pena no le puede alcanzar, le falta la capacidad de pena o de responsabilidad pasiva".[60]

8. Lo decisivo no es, pues, la capacidad procesal. Ésta puede faltar ciertamente como consecuencia del mismo fenómeno psíquico; por ejemplo, en los trastornos degenerativos, como la enfermedad de Alzheimer u otras patologías neurológicas. Pero puede que no sea así: el padecimiento de un accidente que haya ocasionado una amnesia en relación con el t-1 en que se produjo el hecho antijurídico y culpable no obsta a que, en t-2, S mantenga intactas todas sus capacidades de representar sus intereses y dirigir su defensa. Sin embargo, precisamente en estos casos se plantea también la cuestión de si la imposición de responsabilidad y de pena puede considerarse merecida.

9. Más problemáticos todavía resultan aquellos supuestos en los que el sujeto ha experimentado *profundos cambios vitales* entre t-1 y t-2. El lenguaje ordinario da cuenta de estas situaciones poniendo en boca del hablante expresiones como las de "ya no soy el mismo", o bien "soy un hombre nuevo".[61] El cambio de actitud vital puede deberse a razones distintas: por ejemplo, a una intervención médico-terapéutica;[62] a una desprogramación;[63] a una conversión religiosa o

60. Lampe, Strafphilosophie, p. 222.

61. Aunque centrado en las decisiones que habrían de tomarse en el ámbito penitenciario, es interesante la caracterización de este fenómeno en *Delgado*, Organically Induced Behavioral Change in Correctional Institutions: Release Decisions and the "New Man" Phenomenon, S. Cal. L. Rev. 50 (1977-1978), p. 215 y ss

62. Delgado, S. Cal. L. Rev. 50 (1977-1978), p. 216 narra el caso de una intervención de cirugía craneal que permitió eliminar la presión de un fragmento óseo sobre cierta zona del cerebro, eliminando la propensión violenta de un determinado sujeto; pero también alude a modificaciones en virtud de medios químicos o electrónicos (p. 217-218). Designa estos casos como de "organic rehabilitation".

63. Se trata de supuestos en los que S, en t-1, cometió el delito en condiciones de plena imputabilidad pero en una situación de "lavado de cerebro" por parte de una secta o grupo terrorista: Delgado, Ascription of Criminal Status of Mind: Toward a Defense Theory for the Coercively Persuaded ("Brainwashed") Defendant, Minn. L. Rev. 63 (1978-1979), p. 1 y ss., 9 y ss., 11 y ss. La posterior "desprogramación" determina que S, en t-2, se haya alejado de los modos de pensar y actuar en t-1, volviendo a los propios de épocas anteriores (de normalidad). La propuesta del autor, sin embargo, se

ideológica;[64] a un cambio radical de circunstancias; o al transcurso de largos períodos de tiempo. En supuestos así no cabe duda de que puede disminuir hasta incluso desaparecer la necesidad preventivo-especial de pena, dada la ausencia de peligrosidad futura del sujeto. Asimismo, que puede verse afectada la necesidad preventivo-general (positiva) de pena. La cuestión es si, además, la inidentidad constatada entre S en t-1 y S en t-2[65] podría tener alguna relevancia en términos de merecimiento de la sanción.[66] Al respecto señala *Cruz* que "no basta con disponer de un hipotético agente a quien endosarle la autoría de lo ocurrido: eso equivaldría a convertir el discurso ético en un ciego mecanismo de atribución de responsabilidades. Se precisa asimismo que haya alguien dispuesto a reclamar ese acto como suyo, a hacerse cargo de él".[67] En cualquier caso, no existe respuesta fácil al respecto.

10. Lo importante es, en todo caso, que tales elementos de inidentidad, si bien dejan plenamente subsistente la culpabilidad histórica, pueden constituir la base del juicio normativo de exclusión o atenuación de la responsabilidad de S en t-2. La expresión "causas de extinción de la responsabilidad", aunque puede inducir a confusión, expresa de algún modo esta idea. No obstante, quizá sería preferible hablar de "causas de exclusión del juicio jurisdiccional de atribución de responsabilidad". La tarea pendiente es determinar de modo distintivo en cuáles de estos casos

centra en construir una eximente que concurriría en t-1 y que se basaría en una supuesta transferencia de *mens rea*, lo que le aleja de lo que nos interesa en este texto.

Una mera atenuación, comentando el famoso caso de Patricia Hearst, proponen para estos casos Lunde/Wilson, Brainwashing as a Defense to Criminal Liability: Patty Hearst Revisited, *Criminal Law Bulletin* 13-5/341 y ss, sep.-oct. 1977.

64. Parfit, *Reasons and Persons*, p. 325; Cruz, *Las malas pasadas*, p. 50 y ss.

65. Sobre la resocialización sobrevenida como elemento de distanciamiento con el "estadio personal" que realizó el hecho, Delgado, S. Cal. L. Rev. 50 (1977-1978) p. 257 y ss., 259, lo que podría hacer que la retribución perdiera su fuerza intuitiva; Herrmann, *Identität*, p. 99, 101.

66. Parfit, *Reasons and Persons*, p. 326, sólo se atreve a afirmar genéricamente que "when some convict is now less closely connected to himself at the time of crime, he deserves less punishment. If the connections are very weak, he may deserve none".

67. Cruz, *Las malas pasadas*, p. 52.

puede tratarse de una cuestión de falta de merecimiento; en cuáles, de una de falta de prevención especial (o de otras modalidades de prevención excluyentes de la necesidad de pena); y en cuáles, incluso, de meras consideraciones de perdón o gracia.[68]

11. Sea como fuere, la responsabilidad del sujeto procesal por el hecho histórico no es algo que simplemente pueda "ser afirmado" o "ser negado" en su totalidad, sino que admite grados. Esto significa que, en función del juicio normativo que se realice sobre los elementos de inidentidad constatados, también será posible que se afirme una responsabilidad *atenuada* del sujeto procesal.[69]

4. La ubicación sistemática de las causas de exclusión o atenuación de la responsabilidad de S en T-2[70]

4.1 Introducción

1. Como se ha indicado de modo reiterado, la aparición de elementos de inidentidad entre el sujeto histórico y el sujeto procesal no afecta al injusto culpable histórico. Por el contrario, afecta exclusivamente a la posibilidad de hacer responsable, por dicho injusto culpable histórico, al sujeto procesal (y, en su caso, a la determinación de la medida de dicha responsabilidad). Desde un punto de vista político-criminal ello se enmarca en el principio de culpabilidad en sentido amplio, en tanto que éste proscribe la instrumentalización punitiva del sujeto. La cuestión es cuál ha de ser la ubicación sistemática, en el marco de la teoría del delito, de dicho juicio de responsabilidad del sujeto procesal con respecto al hecho histórico. Todo parece conducir a tratarlo en el –ciertamente– oscuro ámbito de la punibilidad, al que se reconducen, entre otros elementos, todos aquellos que, siendo posteriores al hecho histórico, repercuten en el *si* o en el *quantum* del juicio jurisdiccional de imputación e imposición de pena.

68. Cfr. sobre el debate Dresser, B.U.L.R 70 (1990), p. 422-423, 432, con referencias.

69. Sobre la subsiguiente posibilidad de graduar la pena, Herrmann, *Identität*, p. 79 y ss.; también Lawrence A. Locke, *Law and Philosophy* 9 (1990), p. 58 y ss., aludiendo a expresiones con pretensión disculpante como, por ejemplo, las de *sólo tenía dieciséis años cuando lo hice* o bien *hace mucho tiempo de eso*.

70. Esto es del sujeto pasivo del juicio procesal de imputación e imposición de pena.

2. En efecto, está claro que el concepto clásico de culpabilidad, que analiza sólo el hecho histórico, no puede acogerlo en su seno. En cambio, un concepto funcional de culpabilidad, que se defina por la posibilidad de resolver de uno u otro modo el conflicto generado por el delito (como hecho histórico) sí podría integrarlo. Y, seguramente, concepciones como la de *Roxin*, que distinguen entre culpabilidad y responsabilidad, habrían de situarlo en esta última. Es decir, comprenderlo como elemento de la determinación de la necesidad o no de pena. Sin embargo, estas soluciones no acaban de resultar satisfactorias, pues suponen dejar de lado, al menos, los casos en los que lo excluido sería el propio merecimiento de pena; ello, dejando aparte que ninguna de ellas ha tratado explícitamente del problema que nos ocupa aquí.

4.2 ¿Solución procesal?

1. Algunos de los casos en que se plantea el problema de la inidentidad entre S en t-1 y S en t-2 se abordan tradicionalmente desde una perspectiva procesal, negando que en tales situaciones pueda hablarse de capacidad procesal de S en t-2. La capacidad procesal, que constituye una condición de la perseguibilidad del hecho, presupone ciertamente que el imputado esté en condiciones de percibir razonablemente sus intereses, dirigir su defensa, así como de emitir y contestar declaraciones procesales.[71] En otros términos, que pueda ser concebido como un "sujeto" y no como un mero "objeto" del proceso. Para ello sería preciso, en primer lugar, que dispusiera de la capacidad de recordar el hecho que se le imputa y de concebirse como sujeto de éste.[72] Por su parte, dicha capacidad estaría ausente en el caso de la amnesia, debido al padecimiento de un accidente o enfermedad, al que por lo demás se vinculan todas aquellas patologías degenerativas que, de uno u otro modo, influyen sobre el recuerdo de lo realizado en el pasado.[73] Asimismo, en segundo lugar, tal capacidad faltaría cuando el sujeto no pudiera comprender los diversos elementos del reproche que se le dirige desde perspectivas normativas.[74]

71. Rath, *Zum Begriff der Verhandlungsfähigkeit im Strafverfahren*, GA 1997, p. 214 y ss., 215.

72. Rath, GA 1997, p. 221, 227. Cfr. también R. Merkel, JZ 1999, p. 509 y ss.

73. De hecho, ya Locke indicaba que quienes han olvidado su delito no merecen castigo, aunque tal afirmación haya dado lugar a no pocas críticas: Parfit, *Reasons and Persons*, p. 325-326.

74. Rath, GA 1997, p. 221, 227.

2. La cuestión es, entonces, distinguir los casos en los que la propia celebración del proceso y el juicio ya sería instrumentalizadora en sí (casos en los que debería negarse, por tanto, la propia capacidad procesal de S en t-2) y aquéllos en los que tal instrumentalización sólo podría predicarse de la imputación de responsabilidad y de pena (en los que lo negado habría de ser la capacidad de imputación y pena de S en t-2). Naturalmente, el primer aspecto que debería ser precisado es si –como pienso– se dan supuestos en los que puede existir capacidad procesal y no capacidad de imputación y pena.

3. Por lo demás, los juicios normativos sobre las inidentidades derivadas de déficits cognitivos del sujeto procesal, como ya se ha indicado, no tienen por qué reducirse a un sí o a un no, sino que admiten grados. A estos grados no cabe atender, en principio, desde la perspectiva procesalista, pues habrán de manifestarse en una mayor o menor responsabilidad del sujeto procesal, siendo necesarios a tal efecto, por tanto, el proceso y el juicio.

4. Pero ello no se ciñe al caso de las situaciones intermedias. En cualquier caso en que se plantea la posibilidad de una cierta inidentidad parece necesario el proceso para determinar si ésta se da y en qué medida. Lo que significa: sin proceso penal y sin juicio resulta prácticamente imposible dilucidar si hay o no inidentidad así como si ésta debe dar lugar a una exclusión de responsabilidad total del sujeto procesal, una exclusión parcial o, en su caso, a la plena responsabilidad. Por lo demás, obviamente es necesario el proceso para determinar la culpabilidad del sujeto histórico.

5. Este último es un aspecto fundamental que debe oponerse a la pretensión de abordar el problema desde la exclusiva perspectiva procesal. En efecto, en el marco de las funciones comunicativas que cumple el proceso penal, a pesar de que la función esencial de éste sea la imputación de responsabilidad e imposición de pena al sujeto procesal, no debe menospreciarse el significado que puede tener la declaración de la culpabilidad del sujeto histórico en el momento de la realización del referido hecho histórico. Lo que exige necesariamente el recurso al juicio oral.

4.3 *De nuevo: la cuestión del merecimiento o necesidad de imputación y pena para S en t-2*

1. La exigencia de identidad entre el sujeto que comete el delito, el que es enjuiciado y el que sufre la condena debe vincularse con el

principio de que la pena "comunica", esto es, expresa sentido; y ello, no sólo para la colectividad, sino también para el propio sujeto a quien se le impone. Formulado de otro modo, si la pena tiene una dimensión contrafáctica, expresiva o simbólica, parece que el sujeto condenado y la sociedad en su conjunto deben captarla no sólo en su dimensión de facticidad (como daño), sino también en su dimensión de validez (como mal merecido). Por ello, la imputación de responsabilidad por el hecho y la imposición de la pena exigen una doble conexión de sentido: el hecho (antijurídico y culpable) histórico debe seguir contemplándose en el presente del proceso como hecho actualmente antijurídico y culpable; por su parte, el sujeto culpable del hecho histórico debe seguir viéndose en el presente del proceso como actualmente responsable de aquel hecho.

2. Ciertamente, pueden darse casos en los que la imposibilidad de establecer la conexión de sentido entre el hecho histórico, por un lado, y la imputación y condena del sujeto presente, por otro, coincida con una incapacidad del sujeto incluso para defenderse de lo relativo al propio hecho histórico. En tales casos, puede ser razonable la negación de su *capacidad procesal*, de modo que no tenga lugar ni siquiera el juicio sobre el injusto culpable histórico. Sin embargo, como se ha indicado, el problema de la responsabilidad del sujeto presente por el injusto culpable histórico trasciende con mucho a tales situaciones. Así pues, en todos los demás casos está perfectamente justificado que, una vez declarada la culpabilidad por el hecho antijurídico, se plantee dicho problema de la responsabilidad del sujeto presente.

3. El problema de la responsabilidad del sujeto presente por el injusto culpable histórico resulta relativamente fácil de abordar si se considera desde la perspectiva de las necesidades de prevención general positiva o de prevención especial. Así, por ejemplo, cuando, contempladas las circunstancias de dicho sujeto presente así como su amplia desvinculación con respecto al sujeto histórico, se llega a la conclusión de que no hay necesidad preventivo-general (positiva) de pena. La exclusión de pena por razones preventivo-generales no rompe en absoluto el modelo según el cual el merecimiento de pena se halla contenido por completo en el injusto culpable (histórico), de modo que los demás factores que incidan sobre la imposición de la pena han de responder a consideraciones de (falta de) necesidad de pena. La cuestión sufre escasas variaciones si, contempladas las circunstancias del sujeto presente y su desvinculación con respecto al sujeto histórico, se llega a la conclusión

de la total ausencia de peligrosidad y, por tanto, de necesidad preventivo-especial de pena. Ello quizá no pueda dar lugar, por sí solo, a la exclusión de la pena, pero sí a una amplia atenuación[75] y, eventualmente, a la adopción de medidas de gracia. Es decir, de nuevo, a la entrada en juego de consideraciones ajenas al merecimiento de pena. En realidad, la mayoría de los casos de inidentidad mencionados más arriba podrían analizarse exclusivamente desde esta perspectiva, que sólo excluiría la imposición de sanciones innecesariamente instrumentalizadoras.

4. Sin embargo, parece que el problema de la responsabilidad del sujeto presente por el injusto culpable histórico en ocasiones trasciende el plano de las consideraciones de necesidad de pena. En tales ocasiones, cuya existencia no parece posible excluir de antemano, la pena, aun cuando se reputara necesaria en términos sociales, sería injusta. Y lo sería por no expresar el castigo merecido por un sujeto, sino manifestarse como la intervención manipuladora sobre un objeto.[76]

5. Si lo anterior fuera cierto, habría que concluir que el merecimiento de pena tiene, en algunos casos, exigencias adicionales a la realización culpable de un hecho antijurídico.[77] En concreto, la exigencia de que no puedan apreciarse determinados e intensos factores de inidentidad entre el agente del injusto culpable histórico y el sujeto del proceso. La identidad, en los términos expuestos, aparecería junto a la libertad como condición del merecimiento de sanción.

6. Sea como fuere, no resulta fácil identificar los casos de falta (sobrevenida) de merecimiento frente a los de mera falta de necesidad o de disminución de uno y otra. Por un lado, porque los elementos de falta de merecimiento y de falta de necesidad aparecen, en general, entremezclados. Por otro, porque la intensidad que deben alcanzar las inidentidades para producir un efecto de exclusión, y no de mera atenuación, es discutible. La urgencia de una sistematización en este punto, en términos paralelos a la llevada a cabo en el ámbito de la culpabilidad es, por ello, evidente. Entre tanto, sí conviene que quede claro que la imposición de pena pese a la constatación de elementos de inidentidad constituye

75. Cfr., por ejemplo, el art. 376, párrafo segundo CP.

76. Lo que lo situaría más cerca de la venganza.

77. Frente a lo planteado por Wolter, Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (trad. Benlloch), en Wolter/Freund (eds.), El sistema integral, p. 31 y ss.

una vulneración del principio de prohibición de exceso (de entrada, en sentido amplio); y que, por tanto, como afectación desproporcionada de la libertad, habría de reputarse lesiva del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE).

5. Apéndice: elementos de inidentidad tras la condena

1. El hecho de que nos hallamos centrado en las dimensiones de inidentidad que pueden suscitarse entre el momento del hecho (t-1) y el momento del juicio (t-2) no debe ocultar la posibilidad de que tal inidentidad se suscite en un momento posterior: el de la ejecución de la condena impuesta (t-3). Es posible, en efecto, que los elementos de inidentidad aparezcan una vez condenado el sujeto procesal pero antes de la ejecución, o incluso durante la propia ejecución.

2. En todo caso, entre otros muchos aspectos, como el relativo al tratamiento de otras variantes de la inidentidad distintas de la demencia, el texto sigue dejando abierta la cuestión de qué es lo que procede hacer cuando la aparición de la dimensión de inidentidad[78] tiene lugar una vez que el sujeto ha sido condenado, pero antes de que se ejecute la pena de multa, por ejemplo. Si la ejecución requiere la dimensión de identidad consistente en que el sujeto conozca el sentido de pena que tiene ese mal que sufre, entonces parece que en tales casos debería excluirse. Aparte, por supuesto, se halla la cuestión de la inidentidad sobrevenida por la larga duración de la pena privativa de libertad. Esta puede llegar a un punto en el que el penado se contemple a sí mismo como mero objeto de una causación de daño y ya no como sujeto de la ejecución de la pena como proceso dotado de sentido.[79] A partir de ese momento no puede sostenerse conceptualmente que está sometido a una pena.

78. En realidad, habría que plantearse de entrada qué sucede cuando en ese momento tiene lugar el fallecimiento del sujeto.

79. "las penas privativas de libertad de larga duración, por su parte, aunque no se les añadan circunstancias agravantes de humillación, se contemplan como un problema de dignidad humana, debido al riesgo de lesión de la identidad, de fractura de la personalidad individual, que se asocia a ellas": Seelmann, *Menschenwürde zwischen Person und Individuum. Von der Repräsentation zur Selbst-Darstellung?*, en Jus humanum. Grundlagen des Rechts und des Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin, 2003, p. 301 y ss., 309.

4
Lei de anistia: um debate imprescindível

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP. Professor-Doutor da USP. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. Coordenador regional do IBCCrim.

IGOR TAMASAUSKAS

Corregedor Administrativo (2002/2003) e Procurador Geral (2003/2005), ambos do Município de São Carlos. Subchefe Adjunto para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2005/2007). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O trabalho visa destacar os principais pontos do debate sobre a interpretação e abrangência da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/1979). Trata-se de avaliar se, sob os auspícios da ordem constitucional vigente à época da promulgação da lei e atual, os atos praticados pelos agentes do governo militar estão abrangidos pela exclusão de punibilidade prevista na lei. Para tal, propõe-se uma reflexão sobre a natureza dos crimes políticos e daqueles a eles conexos, e dos princípios constitucionais que regem o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Anistia – Regime militar – Crimes políticos – Conexão – Prescrição.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to highlight the main debating points on the interpretation and scope of the Amnesty Law of Brazil (Law 6.683/1979). The main scope is to analyze if, under the auspices of the constitutional order in force at the time the law was enacted and now, acts made by agents of the military government are covered by the exclusion of punishability pursuant to law. To this end, it proposes a reflection on the nature of political crimes and those related to them, and the constitutional principles governing the subject.

KEYWORDS: Amnesty – Military regime – Political crimes – Relation – Prescription.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Da Lei 6.683/1979 e suas possíveis interpretações: 1.1 Da Lei 6.683/1979; 1.2 Conceito de crimes políticos; 1.3 Crimes políticos afetados pela Lei de Anistia; 1.4 Extensão da anistia aos crimes conexos – 2. Da interpretação conforme a Constituição: 2.1 Dos preceitos fundamentais violados; 2.2 Da inadmissibilidade da auto-anistia – 3. A questão da prescrição – 4. Conclusão – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Em 28.08.1979 o Presidente da República do Brasil promulgou a Lei de Anistia (Lei 6.683/1979), que concedia o benefício da extinção de punibilidade "a todos aqueles que, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares".

Seguiu-se discussão política e jurídica sobre a abrangência da extinção de punibilidade prevista na norma em comento. A lei fixou as fronteiras da anistia de forma genérica, remetendo ao conceito de crimes políticos e conexos, de forma que pairou a dúvida na identificação de seus reais beneficiários: estariam compreendidos no conceito de crimes políticos, ou de crimes a estes conexos, os atos praticados pelos agentes estatais que praticaram atos como tortura, estupros e homicídios com o escopo de supostamente proteger o regime militar em vigor?

No entanto, tal discussão foi logo enfraquecida por movimentos políticos de conciliação, com o objetivo de organizar um novo modelo de Estado sem confronto ou enfrentamento. A própria debilidade das instituições públicas e das organizações da sociedade civil, após o longo período de exceção, impediu que órgãos como o Ministério Público protagonizassem um debate mais efetivo sobre o alcance da anistia, de maneira que todos acabaram se beneficiando de uma interpretação talvez excessivamente ampla dos parâmetros inscritos na Lei 6.683/1979.

Contudo, nos últimos anos, inúmeros países com passado recente semelhante ao nosso, ou seja, com um histórico de regimes militares nas últimas décadas, como Argentina e Chile, iniciaram um movimento pela revisão histórica dos atos praticados por agentes governamentais nestes períodos. O amadurecimento da democracia e o fortalecimento

das diversas instituições públicas permitiu o surgimento de inúmeros programas de publicização e reavaliação dos fatos históricos sob uma nova perspectiva. Abriram-se arquivos secretos, dirigentes de Estado pediram formalmente desculpas pelos atos praticados por agentes estatais no passado, e, por fim, iniciou-se uma discussão mais profunda do significado das leis de anistia promulgadas nestes países nos períodos de transição para a democracia.

Nesse contexto, no final do ano passado, a discussão sobre a extensão da Lei de Anistia brasileira ganhou intensidade. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou, por seu advogado, o professor Fábio Konder Comparato, uma peça de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental requerendo, em síntese, que o STF indicasse qual a interpretação mais adequada dos termos da Lei de Anistia (Lei 6.683/1979) sob a perspectiva da ordem constitucional atual e da anterior. Em seguida, a Associação Juízes para a Democracia, em petição subscrita pelos professores Dalmo de Abreu Dallari e Celso Antonio Bandeira de Mello e por nós, ingressou no feito como *amicus curiae*, trazendo mais argumentos para contribuir com a decisão da Suprema Corte.

Não se trata de buscar no direito penal a solução de embates históricos. Não se trata, ainda, de buscar a revogação de uma norma de extinção de punibilidade de forma retroativa e contra o réu beneficiado. É bem sabido que o direito penal Democrático de Direito não trabalha sob a perspectiva da vingança, mas sempre busca um fim outro, seja a proteção de bens jurídicos, seja a estabilização das expectativas sociais mediante a observância das normas jurídicas.

O que se quer, em verdade, é conhecer a extensão real da Lei de Anistia face à ordem constitucional atual e anterior. O que significa abdicar da punição de crimes políticos? Qual a definição de crimes políticos? Quais os "criminosos" beneficiados pela norma?

O debate sobre a extensão da Lei de Anistia é fundamental porque permite esclarecer a natureza jurídica de alguns conceitos jurídicos até hoje bastante vagos e imprecisos, como, por exemplo, a definição de crimes políticos. Definição cuja importância transcende a Lei de Anistia, e afeta outros setores do direito penal, do direito processual penal e do direito internacional. Basta lembrar que o termo *crime político* é mencionado na nossa Constituição para definir os limites da extradição (arts. 4.°, X, 5.°, LII, CF) e para determinar a competência recursal ordinária do STF em determinados casos (art. 102, II, *b*, CF).

Assim, pode-se dizer acerca do questionamento sobre a Lei de Anistia que esta movimentação jurídico-constitucional joga luz a uma discussão importante, tanto em termos políticos, quanto em termos jurídicos. A fixação concreta do âmbito de abrangência da Lei de Anistia tem repercussões não só no plano histórico, como também afeta conteúdo de institutos dogmáticos e legislativos atualmente vigentes, aplicáveis também em outras situações concretas em discussão nos tribunais brasileiros.

1. Da Lei 6.683/1979 e suas possíveis interpretações

1.1 Da Lei 6.683/1979

Como mencionado, toda a discussão gira em torno da interpretação constitucional do art. 1.º e do respectivo § 1.º da Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia), que dispõem:

"Art. 1.º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1.º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política."

A indagação que se coloca como a problemática central deste breve estudo: os delitos praticados pelos agentes do regime militar contra seus opositores no período assinalado estão compreendidos entre aqueles afetados pela anistia?

A resposta exige uma reflexão mais profunda do que frases de efeito óbvias que muitas vezes permeiam a discussão sobre o tema. Impõe-se, na verdade, uma análise sobre a natureza dos crimes políticos, dos crimes conexos a estes, e sua extensão, de forma a construir uma base dogmática sobre a qual se assentem as conclusões. É evidente que as conclusões sempre estarão impregnadas de orientações políticas e ideológicas, como em qualquer conclusão sobre conceitos jurídicos, mas ao menos haverá um substrato mínimo que garantirá a racionalidade dos discursos sobre o tema, dentro dos parâmetros fixados pelos princípios metodológicos que regem nosso raciocínio jurídico.

1.2 Conceito de crimes políticos

Há muito a doutrina bate-se para fixar os contornos dogmáticos dos crimes políticos, posicionando-se os autores em torno de três acepções: (a) teoria objetiva; (b) teoria subjetiva; (c) teoria mista.[1]

Entende-se por objetiva a teoria que atrela a natureza política dos crimes unicamente aos bens jurídicos violados: modelo de Estado, ordem política e social, soberania, ou a estrutura organizacional de determinado regime. A teoria subjetiva remete a definição aos aspectos motivacionais do agente. Não se trata da qualidade do bem jurídico atacado, mas das intenções políticas do autor do delito. Tal definição confere natureza política aos crimes contra a ordem política em si, e aos crimes comuns, desde que praticados com motivação de afetar a ordem estabelecida.

A teoria mista, por sua vez, aponta como políticos os delitos contra bens jurídicos essenciais à ordem legal e constitucional, mas exige a caracterização da motivação política, a intenção de transformar as bases que sustentam determinado modelo de organização pública. Não basta a simples motivação, nem a afetação objetiva de bem jurídico político. Será a soma dos aspectos objetivo e subjetivo que caracterizará o delito em tela.

A legislação brasileira sobre crimes políticos não dispõe com clareza sobre seus elementos, mas afasta qualquer possibilidade de conceituação meramente subjetiva destes, já que, ao se referir a eles destaca sempre os bens jurídicos protegidos. Assim, desde o advento do Dec.-lei 314/1967, passando por suas diversas alterações (Dec.-lei 898/1969 e Lei 6.620/1978) até a atual Lei de Segurança Nacional 7.170/1983, tem-se uma estruturação dos crimes políticos como atos que violam bens jurídicos específicos, seja a *segurança nacional* (definida como "o estado de garantia proporcionado à Nação para a consecução de seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente")[2], seja a "integridade territorial e a soberania nacional; o regime representativo e democrático, a

1. Prado, Luiz Regis; Carvalho, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual, *RT* 771/425, ano 89.São Paulo: Ed. RT, jan. 2000; Silva, Carlos Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

2. Definição presente no Dec.-lei 314/1967, no Dec.-lei 898/1969 e na Lei 6.620/1978.

Federação e o Estado de Direito; a pessoa dos chefes dos Poderes da União",[3] acompanhados da motivação política peculiar.

Logo, seja qual for a teoria que se adote para a definição de crimes políticos (puramente objetiva ou mista) é certo que, pela legislação pátria, a mera motivação não sustenta tal caráter, se a conduta principal ou preponderante não afetar bens jurídicos fundamentais para a estrutura política do país.

Nessa linha segue o STF, em inúmeros precedentes:

"A lei não define o que seja crime político, cabendo ao intérprete fazê-lo em cada caso concreto. Filio-me à corrente dos que admitem que o crime político só pode ocorrer quando presentes os pressupostos do art. 2.º da Lei de Segurança Nacional, ao qual integra o art. 1.º, como decidido no HC 73.451/RJ, *DJU* 06.06.1997, e HC 73.452, ambos da minha relatoria.

(...)

Com a vênia das duas decisões da Primeira Turma referidas, não vejo nestas disposições a possibilidade de aplicação da Lei de Segurança Nacional, seja pela *falta de motivação política* do recorrente, seja pela *falta de lesão ou ameaça de lesão aos bens que visam proteger: a materialidade da conduta deve lesar potencialmente (art. 2.º) ou expor a perigo a soberania nacional (art. 1.º), etc., fatos não cogitados nos autos*". (STF, ReCrim 1468, rel. Maurício Corrêa, *DJ* 16.08.2000, sem grifos no original).

Ou:

"Subsume-se inconcebível a configuração de crime contra a segurança nacional e a ordem política e social quando ausente o elemento subjetivo que se traduz no dolo específico: motivação política e objetivos do agente.

É de repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a soberania nacional e a estrutura política brasileira" (STF, HC 73451, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 06.06.1997, sem grifos no original).

Nos autos supra, cabe destacar trecho do voto do Eminente Min. Carlos Velloso:

"Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei 7.170, de 1983, *para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido*

3. Art.1.º da Lei 7.170/1983.

lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1.º da referida Lei 7.170, de 1983, ex vi do estabelecido no art. 2.º desta. É dizer, exige a lei lesão real ou potencial à integridade territorial e a soberania nacional' (art. 1.º, I), ou ao regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito (art. 1.º, II), ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1.º, III). O tipo objetivo inscreve-se, está-se a ver, no inc. II do art. 2.º, enquanto que o tipo subjetivo no inc. I do mesmo art. 2.º, certo que a motivação e os objetivos do agente devem estar direcionados na intenção de atingir os bens jurídicos indicados no art. 1.º" (voto Min. Carlos Velloso no HC 73451, *DJ* 06.06.1997, sem grifos no original).

No mesmo sentido pronunciou-se o Min. Marco Aurélio no RE 160841:

"A leitura da denominada Lei de Segurança Nacional revela que *o legislador pátrio combinou as teorias objetiva e subjetiva*. É que, após definir, no art. 1.º, os bens protegidos, dispôs que, estando também o fato previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para aplicação daquele Diploma, ou seja, da Lei 7.170, de 14.12.1983, *não só a motivação e os objetivos do agente, como também a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no art. 1.º*" (voto Min. Marco Aurélio no RE 160841, *DJ* 22.09.1995, sem grifos no original).

Ainda neste julgamento posicionou-se o Min. Celso de Mello:

"A natureza política do ilícito há de ser aferida em função, não só da motivação e dos objetivos do agente, mas, sobretudo, em face *da concorrente identificação da existência de lesão real ou potencial de determinados bens jurídicos* expressamente definidos pela Lei 7.170/1983.

(...)

A objetividade jurídica do crime político, tal como vem este definido pela Lei 7.170/1983, é específica, pois requer, para efeito de sua caracterização, a inequívoca constatação de que o comportamento do agente importou *em vulneração efetiva ou em ofensa potencial aos valores que compõe, em suas múltiplas dimensões, a noção de segurança nacional.*

Sem a identificação, necessária e precisa, desse núcleo material da ação delituosa, aferível em função dos preceitos inscritos nos arts. 1.º e 2.º da Lei de Segurança Nacional, não há como se atribuir índole política ao crime praticado pelo agente.

O sistema jurídico brasileiro não reconhece o delito político cuja caracterização conceitual resulte, exclusivamente, de motivação do autor

da conduta criminosa. Impõe-se, para esse efeito, que o ato criminoso também ofenda, real ou potencialmente, a segurança nacional, conceito jurídico-político este que, identificando-se nos valores referidos pelos arts. 1.° e 2.°, II, da Lei 7.179/1983, constitui o próprio objeto material da proteção penal dispensada pelo Estado aos bens jurídicos pertinentes à organização institucional vigente no Brasil" (voto do Min. Celso de Mello no RE 160.41, *DJ* 22.09.1995, sem grifos no original).

No mesmo sentido: ReCrim 1470/PR, rel. Carlos Velloso, *DJ* 19.04.2002; HC 73451/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 06.06.1997.

Na doutrina, aponta Carlos Mário da Silva Velloso que:

"*A teoria eclética que, segundo Asúa, conta com muitos seguidores, parece conceituar com maior segurança o delito político*: é o praticado contra a ordem política do Estado, contra o Estado como ente político, com base em motivação ou móvel político. Subjacente, pois, ao delito, está a motivação política, *sem que se despreze, entretanto, o bem jurídico tutelado, que é o Estado como ente político*".[4]

E Luiz Regis Prado:

"Modernamente, a doutrina majorante defende que para a caracterização do crime político faz-se imprescindível sopesar, conjuntamente, o elemento subjetivo da conduta e o bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão".[5]

Diante do exposto, nos parece que tanto a legislação quanto a interpretação doutrinária e jurisprudencial colhem no bem jurídico violado o distintivo do crime político, de maneira que sob esta perspectiva voltaremos a nos debruçar sobre a Lei 6.683/1979 (Lei da Anistia).

Dispõe tal norma que a anistia será concedida àqueles que praticaram *crimes políticos*. Se assentada a compreensão de que estes se caracterizam pela afetação objetiva da ordem instituída e do regime político que sustenta o Estado, ficam evidentemente excluídos os crimes praticados por servidores desta mesma ordem instituída, com o objetivo de garantir sua manutenção e a vigência de seus valores.

4. Velloso, Carlos Mário da Silva. A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal. In: Brant, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p.130.

5. Prado, Luiz, Regis, op. cit., p. 427.

Se crimes políticos objetivam "predominantemente destruir, modificar ou subverter a ordem política institucionalizada (unidade orgânica do Estado)"[6] por meio da turbação da segurança nacional e do modelo de Estado vigente, como apontar, sem insustentável silogismo, que os defensores oficiais desta mesma segurança, agindo para supostamente protegê-la, teriam praticados delitos desta natureza?

Em se tratando de crimes praticados por agentes de Estado no exercício de atividades repressivas, ilustrativo é o voto do Min. Célio Borja, ex-integrante do STF, nos autos da Extradição 446:

"Se verdadeiras as imputações, o extraditando teria *causado a morte e torturado prisioneiros confiados à sua guarda, quando no exercício de funções públicas de relevo, em seu país. Tal conduta é punível pelo direito comum, não se constituindo em crime político, mas em abuso de autoridade, conduta arbitrária, ou em agravante da pena cominada*" (Extradição 446, rel. Min. Célio Borja, *DJ* 07.08.1987, sem grifos no original).

Assim, afastar o elemento objetivo da definição do delito político permitiria caracterizar como tais quaisquer atos de agentes de Estado que violem direitos humanos a pretexto de evitar transgressões à ordem. Agressões e torturas policiais em delegacias e presídios seriam crimes políticos. Homicídios e execuções sumárias praticadas em operações policiais de repressão ao tráfico de droga também, da mesma forma que os massacres do Carandiru e de Carajás. Seriam todos, se condenados, poupados dos efeitos da reincidência (art. 64, II, CP), e ao mesmo tempo incidiria vedação à extradição quando da prática de atos similares no exterior (art. 5.º, LII, CF).

É evidente que tais ilações são absurdas. E sobre o mesmo preceito absurdo funda-se a pretensão de caracterizar os delitos praticados por agentes oficiais do governo militar, remunerados por este, contra seus opositores ideológicos, como crimes políticos, na acepção jurídica do termo.

Ademais, importa destacar que nenhum objetivo político exige a prática de atrocidades como: ameaça de atirar a vítima de avião, simulação de fuzilamento, ameaça de torturar filhos e cônjuge, estupro, criação de ruído intenso para impedir o sono, espancamento, garroteamento, afogamento, pau-de-arara, choques elétricos nos mamilos e genitais, dentre outros. Por mais que se argumente a existência concomitante de

6. Idem, p. 429.

objetivo de proteger um regime totalitário, tais crimes são comuns, e como tais devem ser tratados, processados e julgados pelas autoridades competentes.

1.3 Crimes políticos afetados pela Lei de Anistia

Outra razão a sustentar este entendimento é a própria estrutura da Lei da Anistia, que dispõe em seu primeiro artigo:

"É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta ou Indireta, de funções vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares."

É de se perceber que a Lei destaca, na primeira parte, os crimes políticos, e ao final menciona os servidores públicos punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Desta forma, os delitos e infrações perpetrados pelos agentes do regime, aos quais se estende a anistia, são restritos àqueles punidos nos diplomas especificamente indicados.

Trata-se de crimes ou ilícitos administrativos realizados por servidores insubordinados, inconformados com a ordem autoritária instituída, e, por isso, sancionados com base nas normas excepcionais apontadas, como, por exemplo, a centena de oficiais de alta patente expulsa pelo Ato Institucional 4.

Ora, os crimes cometidos pelos agentes de repressão em prol do regime, não seriam jamais punidos pelos Atos Institucionais. Praticaram crimes comuns, e, portanto, não são beneficiados pela anistia. Tal assertiva é reforçada diante das razões de veto do Presidente da República ao trecho final do art. 1.º da Lei de Anistia aprovada pelo Congresso. A redação original do dispositivo, excessivamente ampla, assegurava a extinção de punibilidade dos delitos praticados por servidores públicos com fundamento em "Atos Institucionais e Complementares *e outros diplomas legais*".

"Com efeito, observado que na redação dada ao art. 1.º os servidores civis e militares, como os dirigentes e representantes sindicais, são contemplados isoladamente sem necessária vinculação aos delitos indi-

cados na parte inicial do [delitos políticos], impõe-se compreender que, ali, a anistia cuidou particularmente das punições de conotação política impostas àqueles servidores e dirigentes – daí referir-se aos Atos Institucionais e Complementares –, afigurando-se imprópria, assim, qualquer generalização que despreze o motivo político.

Mantida na lei a expressão ora vetada, admissível seria entender que o perdão, para aquelas pessoas, desprezaria o pressuposto político da sanção, chegando ao extremo privilégio de alcançar todo e qualquer ilícito porventura cometido, independente de sua natureza e motivação" (Mensagem de Veto 267).

Os delitos ora em questão, cometidos por agentes do regime, não tem punição fundada em atos institucionais, mas no Código Penal e no Código Penal Militar ou na legislação penal especial, razão pela qual não assiste razão à pretensão de vê-los anistiados pela Lei 6.683/1979.

1.4 Extensão da anistia aos crimes conexos

Afastada a natureza política dos delitos praticados pelos agentes da repressão, passa-se à análise do § 1.º da Lei de Anistia, que estende o benefício aos crimes *conexos* aos crimes políticos.

Estabelece a norma, em interpretação autêntica, que "*consideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política*" (§ 1.º do art. 1.º da Lei. 6.683/1979).

A doutrina brasileira, com base no disposto nos diversos diplomas legais, especialmente no Código Penal e no Código de Processo Penal, classifica as diversas formas de conexão: (a) conexão material: concurso formal, material ou crime continuado (arts. 69, 70, 71, CP); (b) conexão intersubjetiva por simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades (autoria colateral) (art. 76, I, primeira parte, CPP); (c) conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso (com acordo mútuo), embora diverso o tempo e o local (art. 76, I, segunda parte, CPP); (d) conexão objetiva: duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas visa facilitar ou ocultar a prática da outra (art. 76, II, CPP); (e) conexão probatória: a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (art. 76, III, CPP); (f) conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (art. 76, I, última parte, CPP).

De todas as hipóteses de conexão, apenas as duas últimas poderiam fundamentar a conexão dos crimes de repressão aos crimes políticos praticados contra o regime militar. Todas as demais exigem uma unidade de desígnios ou o mesmo sentido de conduta, o que evidentemente não acontece entre o repressor e o insubordinado.

Mas mesmo a conexão probatória e a conexão por reciprocidade não se sustentam nos casos em discussão, pois são institutos meramente processuais, cuja aplicação se presta apenas à racionalidade e à eficácia do exercício da jurisdição. São regras de competência com escopo único de unificar processos, facilitar a instrução e evitar decisões contraditórias. Por isso, não se prestam a conceituar a conexão material prevista na Lei 6.683/1979.

Não faria sentido estender a anistia a um crime apenas porque a prova de sua ocorrência está ligada a outro delito beneficiado com o instituto (conexão probatória), ou porque sua realização é recíproca ao crime anistiado (conexão intersubjetiva por reciprocidade).

Ademais, em relação à última espécie de conexão mencionada, cabe destacar que sua caracterização exige a simultaneidade das agressões, no mesmo contexto fático, de forma que a reunião de feitos facilite a análise probatória e impeça decisões díspares. Ocorre, por exemplo, no caso de tumulto ou agressão entre diversas pessoas.

Assim, mesmo que este modo de conexão fosse apto a expandir a anistia aos crimes praticados por agentes da repressão militar, seria forçoso apontar a existência de simultaneidade de agressões. No entanto, tal simultaneidade não se verificou na prática dos crimes contra opositores do regime militar. Foram ações sistemáticas, planejadas, regulares, realizadas sobre vítimas já detidas, sob a custódia dos agressores, sendo que parte delas sequer foi acusada da prática de crimes antecedentes.

Como revelar, aqui, a reciprocidade ou a simultaneidade? Haveria conexão se se tratasse, por exemplo, de conflito entre estudantes e policiais, em praça pública, com agressões mútuas. Mas não faz sentido aplicar a mesma fórmula para a prática de crimes da forma supra descrita, realizados de forma metódica por agentes treinados para tal.

Como atesta Hélio Bicudo:

"Destarte, *os delitos anistiados constituíram-se não em causas, mas em meras condições para que os agentes de Estado, fossem quais fossem, impusessem, aos sujeitos abrangidos pela lei de anistia, os tratamentos cruéis e degradantes a que foram submetidos.* Então, *não há entre uns e*

outros a pretendida conexidade, que decorre de um nexo causal entre as ações praticadas por uma ou mais pessoas, objetivando um mesmo fim" (Anistia desvirtuada. *RBCCrim* 53/92. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2005, sem grifos no original).

O STF já se manifestou sobre o conceito de conexão, ao decidir que:

"Conexão afastada por ser meramente circunstancial a ligação entre as duas séries de infrações, a traduzir simples critério de utilidade forense, suprível pela extração de cópias" (STF, HC 75219/RJ, rel. Octavio Galotti, *DJ* 03.04.1998).

Mais contundente ainda, o STJ:

"Ausente a unidade de desígnios, bem como o nexo subjetivo da simultaneidade do tempo, inaplicável, à espécie, o disposto no art. 76 da Lei Adjetiva Penal" (STJ, CComp 10249/SP, rel. Fernando Gonçalves, *DJ* 06.10.1997).

Ora, em não havendo simultaneidade nem unidade de desígnio, é de se afastar a conexão entre crimes políticos e os atos praticados pelos agentes de repressão no período de exceção brasileiro, e, portanto, a incidência da anistia.

Não se argumente que a conexão estabelecida na Lei de Anistia decorre da relação entre os atos criminosos de servidores do regime e sua motivação política, no sentido de preservar a própria existência do sistema político. Tal raciocínio não se sustenta por dois motivos.

Em primeiro lugar porque, como já destacado a mera motivação política, destacada da referência ao bem jurídico *segurança nacional* ou *ordem política* não transforma o crime comum em delito político.

Em segundo lugar, mesmo que se entenda o contrário, o critério determinante da conexão é a preponderância, pelo qual o aspecto mais expressivo do delito determina sua natureza. Assim decidiu o STF:

"É inegável a delicadeza do tema concernente aos crimes comuns conexos com os crimes políticos. Essa questão resolve-se pelo critério da preponderância ou prevalência. Se os *crimes comuns*, dentro desse vínculo de conexidade, ostentarem caráter hegemônico, porque *mais eminentes e expressivos, ou subordinantes*, até, da prática de ilícitos políticos, deixará de incidir qualquer causa obstativa do deferimento da postulação extradicional.

Impende assinalar, bem por isso, naquelas hipóteses em que o *fato dominante – ainda que impregnado de motivação política – constitua, prin-*

cipalmente, infração da lei penal comum (art. 77, § 1.°, da Lei 6.815/1980), que será lícito, a essa Corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, reconhecer a preponderância do delito comum, para efeito de deferimento do pedido extradicional" (STF, Extradição 855, rel. Min., Celso de Mello, *DJ* 01.07.2005).

No mesmo sentido, STF, Ext. 615, rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* 05.12.1994.

Ora, por mais que ficassem evidentes os motivos políticos dos crimes praticados pelos agentes da repressão, o aspecto preponderante de tais condutas será sempre a hediondez dos comportamentos. A característica que salta aos olhos, que domina estas práticas será sua perversidade e nunca os elementos políticos que eventualmente mobilizaram as agressões, de maneira que estes são consumidos pela natureza comum do crime.

Por derradeiro, mesmo que se entenda que pode haver casos em que os crimes praticados pelos servidores do regime ocorreu de forma simultânea à agressão política, constituindo-se em reciprocidade (art. 76, I, ultima parte, CPP) ou que a motivação política de certas condutas predomina sobre as demais, deve admitir que tal averiguação só pode ser realizada concretamente, caso a caso. É injustificável a expansão generalizada da anistia com fundamento na eventual existência de casos excepcionais, que fogem à regra geral. A análise da incidência das excludentes sobre os delitos perpetrados por agentes da repressão exige uma minuciosa avaliação do contexto fático-probatório, inviável em sede de controle abstrato.

Em síntese, não há conectividade entre os delitos praticados pelos agentes repressores do regime militar e os crimes políticos praticados no período, de forma que não incide, nestes casos, o disposto no § 1.° do art. 1.° da Lei 6.683/1979, salvo eventuais situações concretas que merecem apuração singular pelos Juízos competentes para a instrução penal.

2. Da interpretação conforme a Constituição

A prevalência da interpretação expansiva da Lei de Anistia, já afastada pela perspectiva conceitual, colide com inúmeros preceitos constitucionais:

2.1 Dos preceitos fundamentais violados

A Constituição Federal repudia expressamente os crimes de terrorismo (art. 4.°, VIII, CF), a tortura (art. 5.°, III, CF) e o tratamento desu-

mano e degradante (art. 5.°, III, CF), considerando os dois primeiros inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e equiparando-os aos crimes hediondos (art. 5.°, XLIII, CF). Ao mesmo tempo, determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.°, XLI, CF).

O repúdio da sociedade brasileira a tais práticas ensejou sua caracterização, já no texto Constitucional, como condutas merecedoras de reprovação extraordinária, e tal desvalor fixa os parâmetros de interpretação da legislação ordinária.

Os atos praticados pelos agentes do regime militar contra seus opositores constituíram-se em uma gama de atrocidades indescritível, dentre as quais a tortura e atos odiosos e sistemáticos destinados a arrefecer qualquer contestação ao modelo político em vigor, como estupros, homicídios, ocultação de cadáveres. Tal descrição remete aos comportamentos de intensa reprovação insculpidos na Constituição Federal: tortura e terrorismo.

No que se refere à tortura, não resta dúvida. O encarceramento de militantes políticos, o uso de choques elétricos, a prática de abusos sexuais, dentre outras modalidades já descritas, causando intenso e indelével sofrimento físico e moral, consubstancia a prática de tortura.

Por outro lado, atos como a execução sumária de dissidentes a organização de atentados de perigo comum, com potencial de afetar indiscriminadamente a população civil, como forma de inibição de oposição ou de contra propaganda política, são a clara expressão do terrorismo de Estado, a forma mais covarde de terrorismo de que se tem notícia.

Sobre o caráter terrorista de tais condutas, já se manifestou o STF, em voto de lavra do Min. Celso de Mello:

"O estatuto da criminalidade política, por isso mesmo, não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos *atos delituosos que traduzam práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado.*" (STF, Extradição 855, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 01.07.2005, sem grifos no original).

Também assinala a doutrina:

"O terrorismo de Estado, portanto, deve ser tido como a conduta de determinado regime de governo, sistematicamente violenta, de modo

a atingir direitos e garantias de cada indivíduo (embora não necessariamente de todos ou da maioria) e da coletividade (ou de parcela dela), com o fim de manter a qualquer custo esse regime" (GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 38).

Como já mencionado, o terrorismo não foi objeto de tipificação específica pelo legislador ordinário, mas sua conceituação importa para estabelecer parâmetros jurídicos que têm reflexo na interpretação da Lei de Anistia. Ninguém pode ser condenado criminalmente pela prática de terrorismo, por ausência de preceito legal incriminador, mas apontar o caráter terrorista de uma conduta afasta sua natureza de crime político, o que, por conseqüência, não impede a extradição do agente (quando presentes seus pressupostos) e afasta a extinção de punibilidade pela anistia concedida pela Lei 6.683/1979, como pretende a argüição.

Caracterizados os atos dos agentes de repressão como tortura e terrorismo, não há possibilidade de interpretar a Lei de Anistia de forma a beneficiá-los sem macular a firme e cogente determinação constitucional de desvalorar e reprimir tais condutas, revelada nos dispositivos já apontados.

Não se argumente que o rechaço à tortura e ao terrorismo de Estado são novidades trazidas pela Constituição de 1988, e, por isso, não seriam aplicáveis para interpretar lei promulgada antes de sua vigência. A Constituição anterior já dispunha em seu art. 153 a garantia do "respeito à integridade física e moral do detento" (§ 14), e mesmo antes de sua vigência o Brasil já havia aderido a tratados e convenções pelos quais se obrigava a coibir a tortura e violações aos direitos fundamentais.

Tome-se, como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que, em seu artigo V dispõe que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante", ou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), que, em seu art. 7.º dispõe que "ninguém poderá será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes". Cumpre frisar, ainda, que desde 1952 o Brasil incorporou ao seu ordenamento a Convenção para a Prevenção do Crime de Genocídio, que adjetiva a prática de assassinato ou atentado à integridade física e mental de membros de grupos determinados como *flagelo* que os países signatários devem *prevenir e punir* (arts. 1.º e 2.º da Convenção, incorporada pelo Dec. 30.822/1952).

Some-se, a estes, a ampla gama de tratados aprovados e inseridos no ordenamento pós Constituição de 1988, abaixo arrolados de forma exemplificativa, e tem-se um complexo normativo denso o bastante para rechaçar a interpretação ampla da Lei de Anistia, seja sob a perspectiva do ordenamento atual (momento em que se realiza a interpretação) seja sob aquela da anterior ordem constitucional.

• *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*, incorporada em 1992, que veda a pena de morte por crimes políticos (art. 4.°, 4), a vedação à tortura (art. 5.°, 2), a detenção arbitrária (art. 7.°, 3), e assegura liberdade de consciência e pensamento (arts. 12 e 13).

• *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, incorporada em 1991.

• *Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, incorporado em 2007.

• *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, incorporado em 2002, que prevê a tortura como crime contra a humanidade (art. 7.°, 1, *f*), bem como a agressão sexual (art. 7.°, 1, *g*) e a perseguição de grupos ou coletividades (art. 7.°, 1, *h*) e o desaparecimento forçado de pessoas (art. 7.°, 1, *i*).

Independentemente do *status* hierárquico dos tratados internacionais incorporados, tema de viva e intensa discussão, resta pacífica sua plena validade normativa (ainda que em caráter ordinário) e, consequentemente, sua condição de orientar a interpretação do sentido de outras leis, de forma a garantir a sistematicidade e coerência interna do ordenamento jurídico, tanto atual quanto pretérito.

Caso a Lei de Anistia concedesse *expressamente* a extinção de punibilidade aos agentes do regime militar quando da prática da tortura e de terrorismo, já seria necessário um esforço hermenêutico intenso para afirmar sua compatibilidade com os preceitos constitucionais atuais e anteriores, e com as obrigações normativas assumidas pelo Brasil diante da comunidade internacional.

Porém, nem tal dificuldade se apresenta! A Lei de Anistia não declara, em parte alguma, que seus benefícios abarcam a prática de atos de tortura ou terrorismo de Estado praticados durante o regime militar. Não há um trecho sequer que disponha sobre tal abrangência. Se tais efeitos não constam da lei, sua existência no plano jurídico exigiria

interpretação extensiva ou analógica. Ocorre que tal interpretação, como exposto, contraria frontalmente preceitos constitucionais, legais e desconsidera toda a gama de obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Importa, portanto, destacar de forma contundente: *não é possível suprir a lacuna da lei, e ampliar sua abrangência analogicamente, por interpretação que contrarie frontalmente o texto da Constituição Federal, afastando a punição de crimes cuja reprovação é expressamente prevista na Lei Maior e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.*

Tal interpretação seria, portanto, contrária ao próprio texto legal, cujo sentido semântico sempre acompanha o sentido das normas constitucionais. Assim, além de violar o conteúdo material dos preceitos evocados, restaria maculado o princípio da legalidade e a própria independência do Legislativo (art. 2.°, CF/1988; art. 6.°, EC 1/1969), concretizada, no caso pela competência para decidir pela conveniência da concessão de anistia, e determinar seus limites e contornos. Importa ressaltar que tal atribuição revela-se na Constituição atual (art. 48, VIII, CF/1988) como na anterior (art. 43, VIII, da EC 01/1969).

A interpretação judicial que extrapole o âmbito de abrangência normativo fixado pelo Legislador, ampliando-o para além do teor literal da norma, em sentido contrário aos preceitos constitucionais, afeta a separação dos Poderes e a legalidade, causando insegurança jurídica, o que deve ser prontamente rechaçado pelo STF em sede de controle concentrado.

Aceitar a anistia a tais delitos, em afronta aos preceitos assinalados impede, ainda, que o Ministério Púbico exerça suas funções institucionais e promova a ação penal pública pertinente (art. 129, I, CF), ou que as vítimas promovam as ações penais privadas nos casos cabíveis, mitigando seu direito de acesso à Justiça, também constitucionalmente previsto (art. 5.°, XXXV, CF).

Por outro lado, não se pode argumentar que a interpretação restritiva da Lei de Anistia, que exclui de seu âmbito a prática de tortura e terrorismo, impediria a extinção de punibilidade aos militantes políticos opositores do regime pelos crimes perpetrados.

Em primeiro lugar, não há relato algum de que os opositores do regime tenham praticado tortura ou tratamento degradante a quem quer que seja. Como já mencionado, tais condutas não tem relação alguma com o caráter político dos delitos eventualmente praticados, e caso se

verifique o uso de tortura por parte da resistência à ditadura, ela deve ser apurada, sem a incidência da anistia aqui também.

Por outro lado, não se pode afirmar que os atos de resistência ao regime e de luta pela democracia, ainda que armada, são equiparados aos terroristas, e por isso não beneficiados com a anistia. Terrorismo é o ato atentatório à paz pública contrário ao Estado de Direito, com objetivo de aterrorizar a população civil com métodos de violência indiscriminada, como já decidiu o STF:

"O terrorismo – que traduz expressão de uma macrodelinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas – constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que *o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apóia o Estado Democrático de Direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas*, o que autoriza a excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5.°, LII) reservou aos atos configuradores da criminalidade política" (STF, Extradição 855, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 01.07.2005, sem grifos no original).

A insubordinação contra o Estado Totalitário instituído no Brasil não pôs em risco o Estado de Direito, mas, pelo contrário, buscou instituí-lo. Não objetivou instaurar o pavor e a desordem, mas uma ordem distinta, plural, com respeito às liberdades públicas. E, por fim, não se dirigiu contra a população civil, mas contra alvos específicos, representativos do regime ditatorial.

A própria Constituição prevê que "*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito*" (art. 5.°, XLIV, CF), deixando transparecer que o cerne da conduta criminosa é o fato de atentar *contra o Estado de Direito*.

Ora, não se pode afirmar que os atos de resistência ou insubordinação ao regime militar "atentam contra as bases em que se apóia o Estado Democrático de Direito" ou que ameacem "as liberdades públicas", quando ambos inexistem em períodos de exceção e os comportamentos visavam justamente restabelecer tais valores. Tratava-se de insurgência com o escopo de materializar a democracia e o pluralismo político, valores protegidos pela Constituição Federal atual (arts. 1.° *caput* e V, art. 3.°, I, art. 5.°, XLIV, art. 17, art. 23, I, art. 34, VII, *a*, art. 206, III,

CF) e pela Constituição Federal anterior (arts. 151, I, 152, 153, § 8.º, EC 1/1969).

Logo, tratava-se de crime político, afeito à anistia, e não de terrorismo. Como ensina a doutrina:

"*O terrorismo não se confunde com o crime político nem pode ser a ele equiparado.* E isso porque o delito terrorista revela tal *crueldade* – sobretudo na seleção de meios executórios (capazes de produzir efeitos físicos, fisiológicos e psicológicos gravíssimos) e na forma de sua utilização – que conduz à inevitável defesa não deste ou daquele Estado, mas de toda a comunidade internacional de seus efeitos altamente lesivos.

(...)

O terrorismo é delito que *atenta contra direitos fundamentais* do ser humano, plasmados no texto constitucional e reconhecidos como esteio da ordem política e da paz social. De conseguinte, compromete a estabilidade do próprio *Estado de Direito*".[7]

Ou:

"O terrorismo, ao contrário do crime político, se afasta do motivo efetiva e exclusivamente político e da ação dirigida contra a ordem política, já que seu propósito é o de ocasionar o *terror, a intimidação, o temor* na comunidade atacada, em particular, e na sociedade atingida, em geral." (GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Op. cit., p. 77).

A resistência ao estado de exceção, à tirania não atenta contra direitos fundamentais, não visa o terror. Trata-se de ato político, e, no caso, com o escopo legítimo de desestabilizar um regime autoritário e substituí-lo pelo Estado de Direito. É evidente que, se tal resistência se concretiza na prática constante de crimes comuns, contra civis, também fica afastado o caráter político do delito, razão pela qual, uma vez contatados tais elementos, não incidirá o benefício da extinção de punibilidade.

Percebe-se, então, distinção substancial entre os delitos praticados pelos opositores do regime militar (crimes políticos) e aqueles perpetrados pelos agentes de repressão (tortura e terrorismo de Estado).

2.2 *Da inadmissibilidade da auto-anistia*

Além de afrontar os preceitos constitucionais em vigor e pretéritos, a interpretação extensiva da Lei de Anistia contrasta com o princípio da

7. Idem, p. 439.

moralidade e com os parâmetros éticos estabelecidos no ordenamento nacional e em documentos jurídicos internacionais.

Isso porque validar a expansão da extinção de punibilidade aos agentes do regime militar implica legitimar a auto-anistia. A elaboração de normas legais, em estados de exceção, que eximem seus próprios integrantes da persecução penal, é condenável sob a perspectiva ética, e sob o prisma da moralidade dos atos legislativos e administrativos. As normas de auto-anistia, pelo pesado vício de probidade que carregam, não ostentam validade jurídica, e o mesmo pode ser afirmado sobre qualquer interpretação da Lei de Anistia nesse sentido.

Sobre este aspecto, cumpre trazer o voto de Eugenio Raúl Zaffaroni, magistrado da Suprema Corte argentina, que declarou a inconstitucionalidade das leis de anistia daquele país:

"Que no es válido el argumento que quiere legitimar la Ley 25.779 invocando el antecedente de la Ley 23.040 de diciembre de 1983, referida al acto de poder número 22.924 de septiembre de ese mismo año, conocido como 'ley de autoamnistía'. *En realidad, esa llamada 'ley' ni siquiera era una 'ley de facto', porque no podría considerarse tal una forma legal con contenido ilícito, dado que no era más que una tentativa de encubrimiento entre integrantes de un mismo régimen de poder e incluso de una misma corporación y del personal que había actuado sometido a sus órdenes.*"[8]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com jurisdição reconhecida pelo Brasil (DL 89/1998, promulgada pelo Dec. 4463/2002), já consolidou entendimento sobre a nulidade de leis de auto-anistia, oferecendo importante indicativo que referenda a interpretação aqui esposada.

Veja-se, nesse sentido, a festejada decisão da Corte no caso conhecido por Barrios Altos:[9]

"Esta corte considera que são *inadmissíveis as disposições de anistia*, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade *que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados*, todas elas proibidas por contrapor direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos."

8. Recurso de hecho s 1767, XXXVIII.

9. Serie C, n. 75, Chumbipuma Aguirre e outros vs Peru. Sentença de 14.03.2001.

Na mesma linha, a decisão no caso Almonacid Arellano e outros vs Chile:[10]

"119. Leyes de amnistía con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la *indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella.* Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado (47). En consecuencia, dada su naturaleza, el Dec.-ley 2.191 carece de efectos jurídicos y *no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables*, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile (48)."

No mesmo sentido, inúmeros outros julgados da Corte ou da Comissão podem ser mencionados, como o Caso Ignácio Ellacuría, S.J. e outros vs. El Salvador (Rel. 369/99, Caso 10.488) e Caso La Cantuta vs. Peru (Série C, n. 162).

Revela-se robusta a reprovação, por parte da comunidade internacional, a leis que anistiam agentes de regimes totalitários pela prática dos atos mais vis, como a tortura e outros já elencados. Vale mencionar, por derradeiro, trecho do voto do Ministro da Suprema Corte Argentina, quando da declaração da inconstitucionalidade das leis de anistia daquele país:

"14) Que conforme al criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos', ratificado en todas las sentencias que cita el dictamen del señor Procurador General, *las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano*, pero además esas leyes también resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que *no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial*, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina.

10. Serie C, n. 154, Almonacid Arellano e outros vc Chile. Sentença de 26.09.2006.

Que la verdadera legitimación de esta norma se esgrime varias veces en el debate legislativo, pero no se la destaca suficientemente ni se extraen de ella las consecuencias jurídicas que inevitablemente se derivan con formidable gravedad institucional. Se trata nada menos que de la puesta en cuestión de la soberanía de la República Argentina. *Quienes pretenden que la República desconozca sus obligaciones internacionales y mantenga la vigencia de las leyes de marras, invocan la soberanía nacional y rechazan la vigencia del derecho internacional como lesivo a ésta, cuando el derecho internacional reconoce como fuente, precisamente, las soberanías nacionales: ha sido la República, en ejercicio de su soberanía, la que ratificó los tratados internacionales* que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sobre estos conceptos, Hermann Heller, La soberanía, Contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional, México: Unam, 1965). Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta, o sea, que si no la ejerce en función del princípio territorial entra a operar el princípio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República."[11]

Não restam dúvidas sobre a posição da comunidade internacional sobre a anistia para agentes da repressão em governos totalitários, respaldadas por recente movimento judicial em países da América Latina rechaçando leis dessa natureza (Argentina, Chile, Peru e Guatemala).

Se o Brasil, em livre manifestação de sua soberania, incorporou obrigações internacionais em que se obriga a proteger valores humanitários essenciais, deverá, no momento de interpretar judicialmente o sentido de suas leis, levar em consideração estes mesmos valores. E o sentido, no caso em questão, é rechaçar a anistia àqueles que perpetraram atos bárbaros durante a vigência de um regime ditatorial, possibilitando que o Poder Público, através do regular processo legal, apure fatos e responsabilidades.

Vale mencionar, mais uma vez, que respeitar tais posições não implica abdicar do conteúdo das normas brasileiras, que nunca anistiaram expressamente os agentes do regime. Basta, para tal, conceder a

11. Eugenio Raúl Zaffaroni, Recurso de hecho s 1767, XXXVIII.

interpretação conforme a própria Carta Constitucional, como requerido na inicial da ação em comento.

3. A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO

Diante do exposto, nos parece que a Lei de Anistia não pode ser interpretada de maneira extensiva, de forma a abrigar atos que não ostentam as características de crimes políticos, nem com eles são conexos, salvo em excepcionais situações já comentadas.

Importa destacar, por fim, que o resultado do debate em tela não se confunde com outro debate, de idêntica importância, que trata da prescrição dos crimes praticados na época pelos agentes do regime. São discussões distintas, porque, ainda que se diga que os crimes praticados pelos agentes do governo militar estão prescritos, tal assertiva em nada afeta o labor de determinar os limites da Lei de Anistia.

Em primeiro lugar, um argumento de ordem pragmática e jurídica: a variedade de práticas inseridas sob a denominação *atos de repressão militar*, impede qualquer conclusão de caráter geral sobre sua prescritibilidade. Os crimes de homicídio, violência sexual e lesões corporais são crimes de resultado lesivo imediato, com data de início do prazo de prescrição evidente. Por outro lado, o crime de seqüestro e de homicídio com ocultação de cadáver (desaparecimento) exigem um esforço mais apurado para o reconhecimento da prescrição, ou porque são crimes permanentes (no primeiro caso) ou porque a data do suposto homicídio conseqüente do desaparecimento não foi fixada. Como afirmar a prescrição em tais casos, sem a apuração do contexto fático, a produção de provas, a oitiva de testemunhas, a verificação da existência de eventual sentença cível reconhecendo a morte presumida, com a data provável do falecimento no caso do desaparecimento? Dessa forma, afastar a incidência da anistia em tais casos não significa a punição imediata, mas a instauração da persecução competente em relação àqueles atos cuja pretensão punitiva ainda parece válida, nos termos da legislação.

Em segundo lugar, um argumento político: há diferença significativa entre declarar extinta a punibilidade pela anistia e pela prescrição. Na primeira há uma manifestação formal do Estado pelo perdão dos atos em comento, uma opção política pela abdicação do direito de punir. Na segunda, reconhece-se a omissão do Poder Público no exercício do *ius puniendi*, que enseja até mesmo a responsabilidade do Estado pela desídia.

Pelo exposto, não há relação entre a fixação do âmbito da Lei de Anistia, com a exclusão dos crimes de repressão militar do benefício, e a discussão sobre eventual extinção da punibilidade por prescrição, que se fará caso a caso, no Juízo competente, diante da natureza de cada delito perpetrado.

4. Conclusão

Por fim, importa destacar que a intenção da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação Juizes pela Democracia, ao instar o STF a declarar a abrangência da Lei de Anistia, é justamente conhecer a posição da mais alta corte do país sobre um tema de relevância política e jurídica. Os objetivos almejados não são punitivos, nem de vingança. Não se acredita que a incidência do direito penal terá o condão de reparar o sofrimento das vítimas, seus familiares, amigos, e de toda a comunidade que acompanhou tais atrocidades.

O objetivo central é obter o reconhecimento do caráter dos atos praticados àquela época, e da postura do Estado brasileiro frente a determinadas condutas, para inclusive evitar que tais comportamentos se repitam no futuro. É ainda, conhecer a natureza dos crimes políticos, definição esta com impacto, como já frisado, nas posteriores decisões do Supremo em temas relevantes e polêmicos, como extradição e competência para julgamento em recurso ordinário.

Enfrentar esta questão, postergada por tanto tempo, visa consolidar de uma vez por todas os valores democráticos e humanitários no seio da sociedade brasileira, e explicitar que a reconciliação nacional e a pacificação política não podem justificar o olvido, o esquecimento daqueles atos praticados para reprimir quem ousava discordar da ideologia oficial.

Bibliografia

Abramo, Isla Wendel. 20 anos: anistia não é esquecimento. *Boletim do IBCCrim* 7/3-4. São Paulo: IBCCrim, 1999.

Batista, Nilo. Aspectos jurídicos-penais da anistia. *Revista de Direito Penal e Criminologia* 26/33-42. Rio de Janeiro: Forense, jul.-dez., 1979.

Bicudo, Hélio. Anistia e crimes conexos. In: Teles, Janaina (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade*. 2. ed. São Paulo: Humanitas, 2001.

_____. Anistia desvirtuada. *RBCCrim* 53/92. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2005.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Públicos. *Direito à verdade e à memória: Comissão sobre Mortos e Desaparecidos políticos*. Brasília: SEDH, 2007.

CASSEL, Douglass. Lecciones de las Américas: lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades. San José: *Revista IIDH*, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. A despolitização da tortura: critério para definir se ação criminosa é política ou não deve ser a sua motivação. *Estado de S. Paulo*, A2, 28.08.2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Crimes sem castigo. *Folha de S. Paulo*, A3, tendências/debates, 19.11.2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Crimes sem anistia*. In: TELES, Janaina (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade*. 2. ed. São Paulo: Humanitas, 2001.

FELIPPE, Kenarik Boujikian. *Vinte anos da anistia*. São Paulo: Juízes para a Democracia, 1999. vol. 5.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sim: anistia geral e irrestrita. *Folha de S. Paulo* A3, tendências/debates, 16.08.2008.

GIOIA, Federica. *La Corte penale internazionale e il delitto político*, 2007.

GONZAGA FÁVERO, Eugênia Augusta; WEICHTER, Marlon Alberto. A Lei da anistia impede a punição dos que praticaram tortura durante o regime militar? Não: crimes contra a humanidade. *Folha de S. Paulo* A3, tendências/debates, 16.08.2008.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LANDA ARROYO, César. Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana. *Revista IIDH*. San José: IIDH, 1996.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A Aplicação da Covenção Interamericana contra o terrorismo no Brasil. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* 22. Rio de Janeiro: JFRJ, 2008.

MAIER, Julio B. J. Desobediencia debida: a propósito de la llamada ley de obediencia debida. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales* 38. Buenos Aires: Depalma, 1987.

_____. El Proyecto de punto final. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales* 37. Buenos Aires: Depalma, 1987.

MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências; um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Delito político y derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 2006.

OELSCHLEGEL, Adrian. *El informe final de la Comisión de la verdad y reconciliación en el Perú: un resumen crítico respecto a los avances de sus recomendaciones*. 2006.

PACHECO, Lorena Claudia; ROA, Pablo Javier. Un paso hacia la recuperación de la memoria perdida: comentario acerca de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida. *Revista del Instituto*

Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente 11/199-218. San José: Ilanud, 2002.

PAGLIARO, Antonio. La nozione di reato político agli effetti dell'estradizione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 26. Milano: Giuffrè, 1983.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Leis de anistia face ao direito internacional: desaparecimentos e direito à verdade*. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *RT* 771/421-447, ano 89. São Paulo: Ed. RT, jan. 2000.

SANCINETTI, Marcelo A. Validez y alcance del Proyecto de Punto Final. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, 1987.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. O advogado, o bêbado e a equilibrista: um tempo necessitado de anistia. *Boletim do IBCCrim* 7/2-3. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SILVA, Carlos Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal: problemas de validade da Lei de anistia brasileira; Lei 6.683/1979*. Curitiba: Juruá, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal. *RBCCrim* 74/170-229. São Paulo: Ed. RT, 2008.

5
La lesión al honor de la persona como lesión punible

RAINER ZACZYK

Prof. Rheinische Friedrich-Wilhelms (Universität Bonn).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: El objetivo de este trabajo[1] es discutir los delitos contra la honra, a partir del análisis del concepto de persona y su alcance jurídico, relacionándolos a la propia noción de dignidad humana, identificada con la libertad y la autonomía. Mediante examen del alcance del actual concepto de honra en las vertientes de hecho, normativa y social así como sus posibles ataques, se busca verificar la medida en que debe aplicarse sanción penal a cualquier lesión en la materia.

PALABRAS CLAVE: Honra – Bien jurídico – Dignidad humana – Intervención penal – Persona – Filosofía del derecho – Libertad – Autonomía.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to discuss crimes against honor, based on the analysis of the concept of 'person' and its legal scope, relating these crimes to the very own notion of human dignity, identified with freedom and autonomy. By examining the scope of today's concept of honor in the factual, normative and social currents as well as its possible attacks, an attempt is made in order to verify the extent to which any damage in this respect must carry criminal penalties.

KEYWORDS: Honor – Legal asset – Human dignity – Criminal intervention – Person – Philosophy of law – Freedom – Autonomy.

1. Traducción de Maria del Rosario Picasso.

1. Los actos delictivos injuriosos,[2] esto es, los delitos contra el honor, presentan dificultades específicas respecto de otros delitos en cuanto a su fundamentación. Porque a diferencia de las lesiones físicas, la privación de libertad o la violación, en el caso de las ofensas es mucho más difícil poder evidenciar dónde es que radica verdaderamente la lesión que merece sanción. Por momentos podría ganar la primera impresión, cuando el ofendido ofrece sospechas de sólo tratarse de susceptibilidad, mas no haber sido lesionado en verdad. Es conocida la frase de Reinhart Maurach cuando dice que el honor es "el bien jurídico menos eficazmente protegido por los torpes guantes del Derecho Penal de nuestro sistema jurídico".[3] Por ello tampoco sorprende que en vistas a este tipo de dificultades se haya llevado con frecuencia a la supresión de la punibilidad respecto de las ofensas al honor.[4] Pero la pregunta es si resulta una solución eficiente el desplazamiento de las resultantes de este problema al campo del Derecho Civil. En consecuencia, debe examinarse si aquí no se presenta verdaderamente una *lesión de derechos* e la persona. Se necesita esclarecer entonces si el honor está unido al concepto mismo de persona, de modo tal que su ofensa resulte un menoscabo jurídico y, por consiguiente, deba entendérsela como delito. Una investigación de este estilo resultará incluso productiva para el concepto de Persona (Jurídica) en general, y asimismo pude en principio profundizar en cuanto a la fundamentación de los delitos contra las personas.

El siguiente camino de reflexión comprende tres pasos, donde el tercero solo se expondrá a grandes rasgos: en principio se señala la posición que ocupa la persona en el Derecho (II), para luego determinar el concepto de honor y las maneras en que se lesiona (III), y finalmente

2. Véase § 185 a 220 StGB, en especial § 185, 186 y 187; véase también en sentido análogo los arts. 109 a 117 del Cód. Peno argentino.
3. La frase se encuentra aún en la nueva edición (9.) del *Tratado de Maurach*: Maurach/Schroederjmaiwald, *Strafrecht DT* 1, Heidelberg, 2003, § 24, nota marginal 1.
4. Findeisen, Hoepner, Zünkler, *Der strafrechtliche Ehrenschutz – ein Instrument zur Kriminalisierung politischer Meinungsäu3erungen, Zeitschrift fiir Rechtspolitik*, 1991, 245; Kubiciel, Winter, *Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln – ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschutzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 103, 2001, 305 y ss.; véase también Kargl. *Beleidigung und Retorsion, Festschrift fiir E. A. Wolff*, Berlín u. a., 1998, 189 Y ss.

plantear la cuestión de si una lesión de este tipo debe acarrear una sanción como consecuencia jurídica (IV).

II. 1. Las lesiones jurídicas a la persona no se dejan meramente entender como influencias empíricas observables análogamente a las del hecho natura: La cualidad particular de una lesión física no consiste en el hecho de que fluya· sangre o en sentir el dolor, ya que ello sucede también cuando un hombre en una montaña es alcanzado por una avalancha de piedras. Tampoco es así, que una lesión del estilo se entiende *en principio* como acontecimiento externo y luego se pregunte en un segundo paso si hay una persona responsable por ese hecho. Lo particularmente identificado de una lesión jurídica más bien consiste en que tiene lugar a través de otra persona de la cual puede confiarse principalmente le su conducta razonable (adecuada jurídicamente), y en la vida social también fácticamente se confía[5] en forma permanente. Con ello, la interpretación de un hecho como lesión jurídica en principio presupone siempre que se tiene elaborada ya positivamente una comprensión del mundo como ordenado jurídicamente por el hombre. La determinación de lo ilícito forzosamente presupone la determinación del derecho. Recién cuando se tienen elaborados los presupuestos y estructuración de ese ordenamiento, es que se logra una base para poder llevar a cabo una diferenciación, por ejemplo, entre aquellos sucesos naturales y los hechos jurídicamente relevantes. Dado que en este trabajo intelectual es la persona misma la que debe estar como significado central, se deduce intuitivamente entonces que el Derecho está esencialmente referido a las acciones de las personas, y desde esta perspectiva, en consecuencia, se está también en condiciones de separar el ilícito del infortunio.

2. Con estas apreciaciones sin embargo no se ha aclarado aún cómo está ordenado el mundo en atención a su estructuración jurídica, y a la posición que ocupa la persona en él. Aquí pueden plantearse principalmente dos posibilidades (que sin embargo ambas deberán seguir siendo caracterizadas en sí mismas considerablemente): por un lado, haber pensado la comunidad de personas como el origen primitivo, y la persona individual habrá de constituirse y entenderse con derechos a partir de esa comunidad. Por el otro lado, pensar como punto de partida del ordenamiento jurídico al propio sujeto individual en sí mismo, y que la fuerza intelectual

5. Comp. con el significado del concepto "confiar" en el Derecho por de pronto sólo en Wolff, E. A., *Kausalität von tun und unterlassen*, Heidelberg, 1965, 40 y ss., 72 y s.

de su conocimiento le permite construirse a sí mismo, al mismo tiempo que a la sociedad con sus otros semejantes, de modo tal de preservar su propia autonomía con respecto a ella. La primera posición comprende la antigua concepción de la polis, tal como se encontró en el término de Aristóteles.[6] En múltiples transformaciones se ha mantenido viva a lo largo de los siglos, incluso a veces sólo indiciariamente, así también como en el concepto teórico sistemático de persona, como un ser primariamente definido por la sociedad.[7] La segunda posición se aplica en el cristianismo[8] y se consolida en la época de la Ilustración, principalmente en la filosofía práctica de Kant y es desarrollada posteriormente a partir de éste.[9] Siempre que se habla de la libertad como fundamento del Derecho, debe entenderse implícita esta postura (en la primera posición – contrapuesta –, la libertad de la persona no es un fundamento independiente de la sociedad, sino que es originada por ésta, es una concesión). Esta segunda posición también ha sido diversamente fructífera en la filosofía jurídica, y en la actual jurisprudencia penal alemana con gran fuerza a través de un grupo de autores vinculados con bs trabajos de E. A. Wolff.[10]

6. Aristóteles. Obras en traducción alemana. *Politik*, Libro 1, trad. y explicado por Eckart Schtitrumpf, Dannstadt, 1991, alii. Cap. 2 (J 253 a).
7. Comp. Luhmann, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt, Main, 1993, p. ej: p. 291; particularmente conciso Jakobs, Günther. *Norm. Persono Gesellschaft*, 2. ed. Berlin, 1991, pássim.
8. Éste es el "principio profundo" ("ppio. de plenitud") indicado por Hegel, que hizo irrupción en la moralidad griega; ver Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en el mismo autor, Obras en 20 tomos, Frankfurt, Main, 1986 (u, ö), t. 7, prólogo, p. 24.
9. Kant, Immanuel. *Die metaphysik der sitten, rechtslehre*, en: el mismo autor, Obras en. 10 tomos, Darmstadt, 1975, t. 7, § B; al respecto, desde un punto de vista jurídico; Köhler, Michael. *Das angeborene Recht ist nur ein einziges*. SCHMLDT, KARSTEN (ED.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der rechtsordnung*? Berlin, 1994, 61 y ss.; el autor; Über Begründung im recht, festschrift fiir E. A. Wolff (p. 3), 509 y ss.
10. Ver junto a los trabajos mencionados en las p. 4 y 8, Wolff, E. A., Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97, 1985, 786 y ss.; el autor, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, Hassemer, Winfried (ed.), Strafrechtspolitik; Frankfurt, Main, 1987, 137 y ss.; Köhler, Michael. *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg. 1986; el mismo autor, Zur Begründung des Rechtszwangs im Anschluss an Kant und Fichte, en: Kahlo,Wolff, Zaczyk (ed.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis. Frankfurt, Main, 1992, 93 y ss.;

No han faltado intentos de unificar ambas posiciones. El emprendimiento más enérgico ha sido seguramente la Filosofía del Derecho de Hegel, quien intentó llevar a una conciliación entre el pensamiento antiguo y la conciencia de libertad de la modernidad[11] Ahora, si Hegel lo ha logrado sin con ello perder de vista ciertas aristas de la libertad de la persona, puede preguntarse fundadamente. De todas maneras, el considerado principio intelectual referido a la conciencia de la persona individual, lleva una ventaja por sobre la primera posición, en tanto ésta en su camino de fundamentación integra un análisis que no permite engaños. En su certeza lleva ventaja por sobre las demás concepciones relativas al mundo y la sociedad. Cada toma de posición respecto del mundo, cada participación sobre él y, fundamentalmente, cada acción, tiene su origen y desenlace en la unidad misma de la persona individual y su conciencia. El conocimiento de ello –una vez logrado– tiene un grado de certeza superior respecto de cada otro conocimiento, que sin embargo entraña una comprobación inmediata, a la que cada individuo puede acceder. Esta conciencia cualitativamente subjetiva por excelencia puede determinarse además en atención a las relaciones sociales, puede extenderse[12] y al mismo tiempo reconocerse sus límites, pero no puede perder su autonomía básica.

el mismo autor, Iustitia distriblltiva, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP) 1993, 457 y ss.; el mismo autor, Begriff der freiheitlichen Rechtsverfassung, Rechtstheorie, 1995, 387 y ss.; el autor, Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, Berlin, 1981; el mismo autor, Gerechtigkeit als Begriff einer kritischen Philosophie im Ausgang von Kant, en: Koch; H.-J, Köhler; M., Seelmann (ed.), *Theorien der Gerechtigkeit*, ARSP Suplemento n. 56. 1994, 105 y ss.; el mismo autor, *Staat und Strafe – Bemerkungen zum sogenannten "Insel:-Beispiel"*, in Kants Melaphysik der Sitten, en: Landwehr (ed.), Freiheit. *Gleichheit, selbständigkei. zur aktualität der rechtsphilosophie kants für die gerechtigkeit in der modernen, gesellschaft, gottingen*, 1999: Kahl o. Michael, Zur Verhältnisbestimmung von Ethik und Recht im Anschluss an die Denkbewegung von Hobbes über Rousseau zu Kant,, en Hammacher, Klaus; Reimers-Tovote, Irmela/Manfred, Walther (ed.), Zur Aktualität der Ethik Spinozas, Würzburg, 2000, 243 y ss.

11. Ver también al respecto Henrich, Dieter, *Einleitung zu G. W. F. Hegel, Philosophie des Rechts*, Die Vorlesung von 1819/1820 in einer Nachschrift, Frankfurt/Main, 1983,30 Y ss.
12. Uno de los abordajes más significativos al respecto ha sido el esfuerzo de Fichte en sostener la conciencia de sí mismo como base del conocimiento, al mismo tiempo de conectar con él un conocimiento de la interpersonalidad. Véase ai resp. Fichte, J. G., *Grundlage des naturrechts nach principien der*

No obstante, este postulado requiere seguir siendo determinado con precisión aún mayor. De este modo, debe describirse y fundamentarse cómo es que la persona puede dirigir su propia vida de modo autodeterminado, esto es, en libertad, y puede orientarse motivada por la razón (y no sólo por condiciones empíricas), cómo además organiza la vida con otros en reconocimiento a la autodetenninación ajena, por consiguiente en recíproca libertad, y cómo además coconstruye ese contexto social siempre mediante discernimiento propio (sobre la razón jurídico-práctica). De ello puede seguir desarrollándose una comprensión de cómo pensar los comportamientos sociales y cómo se efectivízan en la práctica; cómo se ubican dentro de su comunidad en relación con la persona; aquella parte de ellos que sin embargo no se disuelve en ellos mismos. Un pensamiento del estiló puede ser posible a través del principio jurídico por el cual las esferas de acción de las personas están articuladas por una "norma universal de libertad".[13]

3. Entendiendo el Derecho de este modo como "existencia de la libertad",[14] sobre dicha base pueden seguir efectuándose más aclaraciones sobré lo que simboliza la persona en el Derecho. Cuando el fundamento ye: centro de su existir es su libertad, entonces pueden diferenciarse los particulares "elementos existenciales de la libertad".[15] Son denominados habitualmente como "bienes jurídicos". Ha de señalarse, ciertamente, que esta conceptualización se nutre de la filosofia del valor, en cuanto no ha atribuido los valores mismos a su propio fundamento interno, esto es, la libertad.[16] De esta manera pueden distinguirse la vida, el cuerpo,

wissenschaftslehre, en: *Sämtliche Werke.* Berlin, 1845/1846, reimpresión 1971, 1. 3, esp. § 1-4 (S, 17-56); véase también las contribuciones en el tomo de colección de Fichte *l.ehre vnm. Rechtsverhältnis (arriba p. 9).*

13. Kant. *Metaphysik der Sitten* (p. 8), § B a. E.; para los pasos de fundamentación aquí mencionados sólo sinópticamente, véase más detalladamente las observaciones mencionadas en n. p. 9.

14. Comp. Hegel, *Grundlinien der philosophie des rechts* (véase p. 7), § 29: "esto de que una existencia es en suma existencia de la libre voluntad, es el Derecho".

15. En ref. más próxima, el autor, *Das Unrecht der versuchten' Tat,* Berlin, 1989, 165 y ss.

16. Al respecto Amelung, *Rechtsgüterschutz und schutz der gesellschaft,* 125. y ss.; a la crítica véase el autor, (p. 14), 61 y ss.; fundamental a la crítica de la teoría del valor también Heidegger, *Nietzsches Wort "Gott ist tot"* en: el mismo autor: *Holzwege.* 6. ed:, Frankfurt. M, 1980, 205 y ss.

la propiedad, así como también instituciones sociales y estatales, como elementos de existencia de libertad. Entonces, en tanto estos elementos sean considerados bajo el principio del Derecho, pierden la característica de ser meros intereses subjetivos. Éstos deben se, pensados más bien como de incumbencia recíproca de las persona', y constituidos además por su obrar. De esta manera pueden ser comprendidos como elementos de una *relación de reconocimiento,* fijados de modo válido en el Estado y sus leyes generales.

4. Recién entonces, alcanzada una base en el Derecho, es que se puede ya con precisión considerar las lesiones a ese derecho (lo ilícito), en donde la *punibilidad* del ilícito es otra cuestión aún por resolver. Muy en general, el ilícito puede describirse como daño a la libertad jurídicamente concretada, donde en algunos casos (se. piensa en la lesión del Derecho Administrativo) la invocación de libertad habrá de probarse sólo de manera muy mediata y sólo puede residir en el entorpecimiento del ordenamiento mismo. Pera por otro lado es también mediante la libertad de la persona que se encuentra un elemento medular que puede dar una medida para la gravedad de las lesiones.

III. l. Partiendo de estas consideraciones básicas, nos lleva aclarar la cuestión de si el honor de la persona es parte de su existencia como persona de derecho, o si se trata más bien de una cierta especie de sentimiento o sensación interna significativa, pero que no puede entenderse como elemento de existencia de la libertad en la relación con las otras personas. Si se encuadra la cuestión sobre ejemplos, se trata de averiguar si es lá libertad que se ve lesionada cuando a una persona se la denomina mediante un nombre de un animal (*cerdo*, *perra*) o cuando se le endilga falsamente la comisión de un delito (¡*asesino*!).

2. La traza de fundamentación a perfilar aquí exige nuevamente un conocimiento respecto a qué se denomina precisamente libertad de la persona en el Derecho. Por un lado, es la independencia respecto de otras personas, pero de este modo es des cripta sólo negativamente. Pero en esencia, ella es autodeterminación. Esto es bien expuesto en el principio moral kantiano del imperativo categórico. Éste formula: "obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal".[17] Resulta lo de menos los posibles problemas o cuestiones que puede plantear la interpretación de esta frase; ella viene

17. Kant, Grundlegung zur metaphysik der sitten. en: *Obras* (p. 8), t. 6, A/B 52 (numeración según paginación original).

a colación fundamentalmente por lo siguiente: en cumplirniento del imperativo categórico, el particular determina su obrar fundamentado en la razón misma; éste percibe y experimenta su autonomía y con ello su libertad. Pero la autodeterminación es un potencial que, a causa de su naturaleza humana, en su ejecución contra sentimientos de repugnancia concibe fuerza motriz y otros tipos de menesteres. Libertad presupone entonces –formulado de un modo algo moderno–, Yo-Fuerza.

Pero ahora bien, el principio categórico es un principio moral. Es conocida la estricta separación *kantiana* entre moral y Derecho.[18] En el Derecho se trata del comportamiento externo de los hombres unos con otros, donde el principio jurídico es en esencia no dependiente de que los particulares lo recepten como principio interno.[19] Por el contrario, señala por sí mismo su forma y validez *intelectual*. El principio adquiere virtualidad cuando se plasma en las acciones de los indivíduos y organiza su propia vida en comunidad con otros. De allí que formula Kant el principio general del Derecho también como descripción de las acciones: "una acción es *jurídica*, cuando según su máxima, la libertad de la voluntad de cada uno puede coexistir con la libertad de cada cual, como ley universal".[20] La reciprocidad en cuanto esferas mutuas de libertad, referida por el principio juridico, muestra, claramente, una vez más, el motivo por el cual se pudo hablar arriba de una situación o relación de reconocimiento, en donde los individuos constituyen ámbitos de mutua libertad.

La realidad del Derecho resulta bastante paralela en su base a la realidad de la libertad subjetiva, en cuanto es dependiente de un cumplimiento de los individuos. Las relaciones jurídicas no se establecen por sí mismas, sino que deben ser constituidas mediante acciones. Por lo tanto, este cumplimiento o prestación pasa a ser una de las condiciones de la realidad del Derecho, ergo una parte de sí mismo, y como tal entonces, las personas particulares se encuentran en condiciones de realizarla. Pero por cierto, no es así que, en el Derecho y a través del actuar jurídico, la fuerza para ese cumplimiento o prestación podría alcanzarse o lograrse en cierto modo original, natural. La estabilidad de una persona se alimenta de muchas fuentes, en especial de la llamada socialización primaria en una familia, pero también además de condiciones naturales,

18. Ver *Metaphysik der Sitien*, en: Obras (p. 8), A/B 15.8
19. Kant, *Metaphysik der Sitten* (p. 8), § C.
20. Ver n. p, 18 (resahido en el onginal).

como por ejemplo la salud psíquica. Para el Derecho esta condición básica es presupuesta en principio, pero también mantiene en él nuevamente un peso o importancia adicional. Porque en la vida social hay un saber implícito respecto al significado del actuar jurídico de las personas en cuanto a lo correcto de los comportamientos sociales. Con ello entonces, puede asociarse el entendimiento de que los particulares son igualmente importantes en su cumplimiento para el Derecho y el Derecho exige a, su vez que, en dicha significación, éstos también sean legitimados activos. Por esta razón es que en el Derecho se busca estabilizar la condición básica de la persona, que en suma le posibilita el obrar correcto. Del mismo modo, así como otros elementos jurídicos de existencia de la libertad (vida, cuerpo, propiedad, patrimonio), el reconocimiento de la persona como responsable cogenerador del Derecho en su realidad, también constituye una condición de existencia de la libertad jurídica. La autonomía personal estabilizada entonces de esta manera lo es sólo un principio íntimo, sino que en dicho contexto está instalado en forma propia sobre la interacción con otros. Esto es por consiguiente el honor de una persona según nociones jurídicas. El honor es la situación de reconocimiento por otras personas fundada o motivada en su autonomía como persona y exigida por la dignidad humana.[21]

También se verá inmediatamente claro que el honor puede efectivamente ser lesionado, y de qué manera. Cuando alguien denomina a otro mediante un nombre de un animal, le atribuye defectos intelectuales, o delitos, o cualquier otro calificativo "con relación al honor", lo que hace en ese momento es desplazar al otro fuera de una relación jurídica socialmente realizable, lesionando uno al otro.

21. Comp, el autor, en: *Nomas Kommentar zum SIGB,* nota marginal 1 antes del § 185 con demás exposiciones. Fundamentalmente a este, respecto Wolff. E. A., *Ehre und Beleidigung, ZStW* 81 (1969), 886 y ss. La crítica de Jakobs sobre este punto no es fundada (comp. Jakobs, *Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes,* en: *Festschrifi füir Hans-Heinrich Jescheck,* t. I, 1985, 627 y ss., 631 y ss.). Al respecto debe seguirse el parecer de Wolff de que el objeto de abordaje es "en verdad monstruosamente extenso", donde "autonomía" abarca todo, donde se ubica sobre el mismo ser propio. Pero el concepto motivado de la autonomía admite a través de diferenciaciones entre el núcleo de la autonomía y su periferia. Los ataques al honor apuntan a ese núcleo, y de ningún modo puede entenderse que, según la concepción también aquí receptada, cada mentira respecto del otro sea un ataque a su autonomía (ver empero Jakobs. ídem, 633).

3. Este concepto de honor se distingue en diferentes grados de la nitidez respecto de otras determinaciones conceptuales sostenidas en la jurisprudencia penal alemana.

a) El mencionado concepto fáctico de honor identifica esencialmente al honor con el propio sentir o autoestima y con la buena reputación exterior.[22] Pero es evidente con ello que la presencia de estructuraciones circunstanciales (autoestima excesiva, la reputación externa bien o mal inadecuada) incidirá como efecto determinante sobre la existencia del honor. Sobre ello no puede fundarse la obligatoriedad jurídica.

b) Mui influyente es en Alemania el denominado concepto normativo del honor. Honor es el valor del prestigio correspondiente a una persona y a ser respetado socialmente, en tanto no haya sido rebajado por el mismo portador del honor. Este concepto de honor es el mayormente aceptado en Alemania.[23] Contra él se alzó la objeción de que el honor pensado como valor no resulta pasible de lesión a través de una acción (del ofensor), la objeción de esta teoria trató de encontrar que no es el honor mismo lo que se lesiona, sino la pretensión a su correspondiente respeto.[24] Pero esta opinión sigue sin insertar el honor como tal en la realidad social. La diferencia se conserva en el núcleo: Este valor, que fundamenta al honor primero de todo, al verse abstraído de la praxis cotidiana de los hombres, por un lado se mantiene bloqueado el camino hacia el principio básico de libertad y, por el otro, la posibilidad de lesión a ese valor queda indefmida.

c) En el concepto *social* de honor sostenido por Jakobs es reflejada, una vez más, la principal diferencia arriba señalada entre el postulado aquí sostenido, y aquel otro donde la persona individual es determinada de la relación con la sociedad.[25] El honor sería "la atribución o imputa-

22. Ver por ejemplo Engelhard, *Die ehr' a/s rechtsgut im strafrecht*, Mannheim. 192, 14 y ss., 30; ver también en reminiscencias BGHSt 11, 67.

23. Ver Hirsch, *Ehre uind Beleidigung*, Karlsruhe, 1967, especialmente 45 y ss.; el mismo autor, *Festschrift für E. A. Wolff* (p. 3), 125 Y ss.; la jurisprudencia también podria medianamente representar este concepto de honor, ver BGHSt 36, 14 y ss.; OLG Dusseldorf, NJW 1989, 3030. Otras exposiciones según Nomos-Kommentar-Zaczyk, notas marginales 5 y 7 de § 185.

24. Ver Hirsch, *Festschrift für E. A. Wolff* (p. 3), 125 y ss. (133 y ss.); Ver también Amelung, *Die ehre a/s kommunikationsvoraussetzung*, Baden-Baden, 2002, 6 y ss .

25. Jakobs, *Die aufgabe des strafrechtlichen ehrenschutzes* (p. 20), 627 Y ss., las sigo citas 628, 636, 639.

ción llevada consigo y a favor de una persona, entendida como meritoria de tal". La protección del honor pasa a cumplir entonces una función pública, que sirve al "sistema, sociedad": gravita en un "interés público a información verídica" (es decir, algo así como la pregunta de si alguien ha cometido verdaderamente o no un robo). Evidentemente aquí el honor y con ello el bien jurídico de la persona queda determinado por la sociedad en que vive. Esta concepción es la crítica fundamental expuesta arriba, no hacer valer la libertad de la persona como la traza fundamental correspondiente para la fundamentación del Derecho.[26]

IV. Queda pendiente de aclarar la cuestión de si la lesión al honor debe acarrear sanción de consecuencias jurídicas. Este último paso de reflexión condiciona su fundamentación a un camino argumentativo individual que converge aquí adicionalmente, esto es, en cuanto a la sanción misma identificada como acción de deber jurídico. Aquí sólo se darán los rasgos fundamentales.

Es decisivo para ese segundo camino argumentativo tener en cuenta que la sanción estatal, como posible coacción jurídica, no puede suponerse sin fundamentos, sino que necesita por su parte deducción jurídica. El Derecho sancionatorio no puede entonces conceptualizarse como medio de poder permanente originario del Estado –entendido este último como comunidad de derecho legalmente constituida–, donde este medio de poder se pueda utilizar según y conforme a finalidades astutas. Debe haber una razón que nazca del Derecho mismo. Esta motivación sólo puede tener cabida entonces cuando se puede deducir un *derecho* a la sanción del comportamiento jurídico inicial. Emperó todas las reflexiones referentes a la sanción en este plano son en base al hecho

26. Una aproximación a esta posición muestra también el postulado de Amelung, entender el honor como presupuesto o condición de comunicación (Amelung –p. 21–, en especial 38 y s.): "honor (...) es la capacidad de una persona de comportarse de modo tal de satisfacer las expectativas normativas, las cuales debe ésta satisfacer para ser aceptada como compañero parejo en la comunicación". También aquí la persona individual es determinada desde la perspectiva de la sociedad; ésta debe satisfacer "expectativas". Pero hace falta antes que todo la fundamentación de por qué en principio son legítimas las expectativas (observadas desde el propio sujeto), por qué debe ser comunicación, y sobre todo si, por su parte; esta fundamentación no ha de guiarse por una causa que la anteceda. Ver también al repecto Dieter, Henrich, *Was ist metaphysik, was moderne*, Merkur, Cuaderno 448 (junio 1986), 495 y ss. (501 y ss.).

del autor; no hay un derecho a la sanción abstraído del ilícito. Pues si bien en un mundo ordenado jurídicamente recién se conciben como tales lesiones jurídicas, de ningún modo lleva unido que sobre todas esas lesiones jurídicas puedan recaer sanciones. Sanción es "la reducción coactivamente instituida por la comunidad jurídica del status personal de libertd, el cual es garantizado por igual jurídicamente".[27] Entre una lesión a un deber contractual, como la prestación atrasada del deudor, y un robo, debe poder señalarse una diferencia, y una diferencia según su cualidad y no ya sólo cuantitativa, y que pueda originar la sanción como coacción jurídica. Esto vale independientemente de la eventual dificultad en caso especial del trazado de fronteras. En la búsqueda de detifiniciones cualitativas puede sostenerse que, en principio, a nivel de lesión a la persona, en el ilícito civil (genuino) como por ejemplo con la mora del deudor, se afecta el patrimonio del otro contratante, pero este daño no se vincula con una intervención radical sobre la autonomía le la persona como su centro, sino que sólo es una consecuencia de la violación al deber contractual. Si se acepta que, en los casos de lesiones que implican una intervención radical sobre el núcleo personal del sujeto de derecho, al mismo tiempo se afecta el reconocimiento general de la persona en la comunidad jurídicamente constituida (Estado), deviene obvio que dichas lesiones no pertenecen ya únicamente a la esfera privada del autor y de la víctima y donde pueden decidir sobre su disposición jurídica (civil, por ej.), sino que por su parte exigen que ese status jurídico del autor sufra una disminución a efectuarse por la comunidad. Ilícito y sanción se encuentran en su sucesión temporal en relación consecutiva de uno tras otro, en su origen intelectual empero conforman un enlace internó en donde el concepto de ilícito es lo primero, que consecuentemente acarrea necesariamente a la segunda (la sanción). E. A. Wolff. trajo el perfil del delito (en sentido material) de la siguiente forma: "Delito es, a grandes rasgos, la lesión de la. confianza constituida jurídicamente como base, y supone que un otro o el Estado son lesionados de alguna manera tal, la cual –en la existencia autoencaminada y admitida por el Orden jurídico– éste no puede suspender por fuerza propia.[28] Aquí queda

27. Ver Köhler, Michael, *Über den zusammenhang von strafrechtsbegrilndung und strafzumessung*; Heidelberg, 1983, p. 13 y ss. Respecto al enlace para la fundamenlación véase en general también el mismo autor, *Der begriff der strafe*, Heidelberg. 1986, pássim.

28. Wolff, E. A., en: Hassemer (ed.), (p. 9). 213.

claro ya que en el dorninio de ciertas lesiones, el particular no puede ser dejado solo, sino que necesita de la asistencia conjunta de la comunidad jurídica. Que a dichos actos deba sucederle una reducción del status jurídico del autor, resulta de la opresión o supresión de la libertad. Ajena provocada por él: Si el Derecho reconociese como válido este acto, su autor podría gozar incólume del beneficio del poder ínsito en él.[29]

Se sobreentiende que para poder transformar estas consideraciones generales en resultados particulares, se requiere suplementariamente de pasos intelectuales intermedios.[30] Para los delitos contra el honor se deja especialmente en claro por parte de este autor que suscribe que éstas son lesiones penalmente relevantes. Porque con ellas se impide al particular el reconocimiento de poder participar en la estructuración jurídica de las relaciones sociales. Visto desde la sigficación del Derecho como existencia misma de la libertad, hecho realidad a través de las personas, lo que se lesiona es la autonomía del particular no sólo en su periferia, sino en su núcleo.

29. Véase también Hegel, *Grundlinien der philosophie des rechts* (p. 7), 1999.

30. Véase respecto de la delimitación entre ilícito y lo contrario al Orden, Wolff, E. A., ídem (p. 9), 214 y ss.; sobre especies y grados de la sanción; Kóhler, *Strafrecht aligemeiner teil*, Berlin; entre otros 1997, 37 y ss.

II PROCESSO PENAL

1
Direito ao intérprete e ao tradutor como corolário do justo processo penal

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Advogado criminalista em São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: o propósito do texto é analisar o respeito à garantia do intérprete e do tradutor no processo penal como requisitos de um justo processo. Para tanto, após separações conceituais, a metodologia escolhida será a comparação entre si, de dois documentos fundamentais de proteção aos direitos do homem, a saber: Convenção Americana de Direitos Humanos e Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem. Na seqüência da comparação entre os dois documentos, será analisado o tema no Brasil, oportunidade em que se assumirá ponto de vista crítico às previsões legais, doutrinárias e jurisprudenciais. Ao final, serão propostas algumas conclusões visando à observância da garantia conteudística, e não procedimental, e que deve acompanhar todas as fases da persecução penal para a garantia do devido processo penal.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the respect to the right of an interpreter and translator in the criminal procedure as requirement for a fair trial. For this purpose, after conceptual definitions, the chosen methodology will be the comparison of two fundamental documents for human rights protection, which are: the American Convention on Human Rights, and the European Convention on Human Rights. After the comparison between both documents, the topic will be analyzed within the Brazilian context. At this stage, critical points of view will be discussed in terms of its legal provisions, doctrines and the understanding of Courts. Finally, some conclusions will be proposed in order to observe the content-related and not procedural-related guarantees, which should follow all stages of the criminal prosecution in order to assure the due process of law.

Palavras-chave: Processo penal – Intérprete – Tradutor – Imputado – Defesa – Advogado – Convenção.

Keywords: Criminal procedure – Interpreter – Translator – Accused – Defense – Lawyer – Convention.

Sumário: 1. Direito ao entendimento da língua do processo: intérprete e tradutor: atualidade – 2. Direito ao intérprete e ao tradutor nas convenções americana e européia de direitos humanos: tentativa de harmonização: 2.1 Intérprete e tradutor: distinções; 2.2 Tradutor e intérprete como coadjuvantes da defesa; 2.3 Primeiro momento da necessidade da intervenção do intérprete e do tradutor; 2.4 Da abrangência da intermediação do intérprete à comunicação entre cliente e advogado; 2.5 Atos do processo em que é imperativa a intermediação do tradutor e do intérprete – 3. O processo penal brasileiro e a (in)observância da garantia do necessário conhecimento da língua falada (intérprete) e escrita (tradutor) como requisito do justo processo – 4. Proposições – Bibliografia.

"Na tradução propriamente dita, vige o tácito princípio segundo o qual se é obrigado ao respeito jurídico dos ditos de outrem, embora seja um interessante problema de jurisprudência estabelecer o que se entende por respeito dos ditos de outrem no momento em que se passa de uma língua para a outra."
(Umberto Eco. Quase a Mesma Coisa. Experiências de tradução. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 22)

1. Direito ao entendimento da língua do processo: intérprete e tradutor: atualidade[1-2]

É lugar-comum nos sistemas jurídicos de cada país que a língua nacional seja de utilização compulsória nos Tribunais.[3] Assim se deter-

1. Trabalho apresentado como requisito à aprovação na matéria "As Garantias Processuais Penais da Convenção Americana de Direitos Humanos", como aluno especial, junto à Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em matéria ministrada pelos Profs. Antônio Magalhães Gomes Filho (Professr Titular), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Professora Doutora), Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (Professor Doutor) e Cláudia Perrone-Moisés (Professora Doutora).
2. Agradeço, especialmente, ao Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Dedico o trabalho ao IDDD – *Instituto de Defesa do Direito de Defesa.*
3. Como regra geral se vê a Constituição Brasileira em seu art. 13. A respeito, vale conferir: "idioma oficial quer dizer que todas as manifestações oficiais,

mina, entre outras razões, por questões afetas à soberania de cada Estado, e por necessidade de uniformização, já do ponto de vista do direito interno, das formas procedimentais a partir da língua oficial.

A atualidade comprova, contudo, que como qualquer fenômeno social também a atividade de jurisdição de cada país deve atentar ao que parece ser um dos paradoxos dos nossos tempos: a pluralidade lingüística que, atrelada à *distância* cultural entre os Estados, hoje assume a *proximidade* que antes não se imaginava. É o bastante, nesse sentido, imaginar-se a *proximidade* espacial entre os países ou do *Cone Sul*, ou da *Europa*, com culturas e línguas próprias, mas que, dadas as recíprocas aberturas de fronteiras, lidam com a necessidade de se atingir *standard* comum de regras processuais.[4]

Tão próximas as pessoas, por maior que seja o espaço, deve-se-lhes resguardar condições de entendimento padronizado e igualitário no âmbito do processo de cada país, seja qual for a particularidade lingüística.

Por mais plural que seja cada cultura e uso lingüístico, a proximidade entre diversas nações e pessoas com que se concretizam atos ou negócios jurídicos impõe critério uniformizador de previsão de conseqüência jurídica. E isso não prescinde de se considerar o *procedimento* e o *processo* a se atingir a conclusão legítima sob o ponto de vista do Direito.

todo o sistema de comunicação de massa, hão de ser feitos em língua portuguesa" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209). Como exceção à regra, veja-se a Constituição da Bélgica que em seu art. 30 prevê que o uso de uma das línguas correntes – francês, holandês e alemão – é opcional. E também a Constituição Espanhola, que conquanto preveja o idioma castelhano como oficial, faculta uso das demais "línguas espanholas" às suas comunidades autônomas, inclusive tratando da multiplicidade de línguas como "patrimônio cultural que será objeto de especial respeito e proteção" (art. 3.2).

4. Se por um lado a idéia de um *Código de Processo Penal modelo para Iberoamérica* com previsões específicas ao idioma dos atos processuais (arts. 110 e 111) é salutar, não desceu, ainda, às minúcias verificadas no chamado "Livro Verde dos Direitos Humanos", sob a responsabilidade da Comissão Européia de Direitos Humanos. No último, sobre a idéia de um *standard* mínimo para a igualdade entre os jurisdicionados que tenham ou não domínio de língua para se atingir o processo eqüitativo, ver: item 5 do Livro Verde da Comissão Européia dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 10.05.2008.

Direito, aliás, que nasce da prática pessoal, isto é, deve atentar às condutas dos sujeitos. Se assim é, com o fluxo de pessoas cada vez maior mais rápido, mais fácil entre diversos Estados, a questão da *língua*, do ponto de vista da aplicação das normas jurídicas aos aloglotas, torna-se particularmente pertinente.

A tutela jurisdicional não se dirige, pois, só aos nacionais,[5] e sim, aos *estrangeiros*, residentes ou não em cada país (daí, por exemplo, necessário entendimento amplificador que deve merecer o art. 5.º, *caput* da CF, ao condicionar a fruição dos direitos aos estrangeiros aqui "residentes").

Nesse contexto, é particularmente importante a lembrança de Chiavario, pois "A importância dos intérpretes aumenta dia-a-dia, com a globalização, e necessidade de uso de línguas estrangeiras nas cortes."[6]

A língua de cada jurisdição e de cada jurisdicionado, pois, é preocupação fundamental[7] para a aplicação do processo justo.[8] Tanto no Brasil, como se comprova, por exemplo, pela Penitenciária de Itaí, no interior

5. Mesmo entre os *nacionais* o assunto é atual, na medida em que há países que reconhecem nacionalidade por duplo critério: *jus solis* e *jus sanguinis*, como por exemplo, o Brasil e a Itália. Assim, mesmo o *nacional* pode não compreender o idioma e, por isso, fazer jus à atuação, no âmbito de um determinado processo, do intérprete. A respeito, ver: BALLARDINI, Ellio. L'interprete nel processo penaleitaliano: profilo professionale e ipotesi di formazione. In: RUSSO, Mariachiara; MACK Gabriele (coords.). *Interpretazione di trattativa. La mediazione linguistico-culturale nel contesto formativo e professionale.* Milano: Hoepli, 2005. p. 167-179 (artigo gentilmente encaminhado pelo autor).
6. CHIAVARIO, Mario. Interpreters of foreign languages according to criminal procedural laws in Italy and Portugal. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; BARRETO, Irineu Cabral; BELEZA, Tereza Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz (coords.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues.* Coimbra: Ed. Coimbra, 2001. vol. 1, p. 255. No mesmo sentido: BULNES, Mar Jimeno. Un caso concreto: el derecho a la interpretación y traducción gratuitas. In: SANTOS, Andrés de la Oliva; DEU, Teresa Armenta; CUADRADO, Ma Pía Calderón (coords.). *Garantias fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeu.* Madrid: Colex, 2007. p. 95-96.
7. Disse a Comissão Européia de Direitos Humanos tratar-se de questão de "especial relevância" (*Livro Verde dos Direitos Humanos...* cit., item 5.2)
8. É o que diz, também, Stefan Trechsel: "The right to be assisted by an interpreter may be seen as part of the right to be heard which, in turn, is an essential element of the right to a fair trial." *Human Rights in Criminal*

do Estado de São Paulo, em que estão alocados exclusivamente presos estrangeiros,[9] quanto em pesquisas de direito comparado, como se vê na Itália, país em que, segundo Ellio Ballardini, em 2002, os estrangeiros presos representavam não menos que 30% da população carcerária e ainda, país que, conforme lembra Roberto Mendoza, tem quatro minorias lingüísticas reconhecidas: a alemã, a francesa, a eslovena e a ladina.[10]

Erik Hertog e Yolanda V. Bosch noticiam que, além de a necessidade do intérprete e do tradutor no processo penal decorrer, também, dos maciços movimentos de migração de pessoas, o tema ganha atualidade também à luz da necessidade de concessão de asilo político a refugiados, problema caro aos dias atuais do direito internacional. E ao lembrarem disso, os autores mencionam que, por exemplo, na Bélgica, no ano de 2000, mais de 42 mil pedidos de asilo foram registrados, enquanto que na Irlanda, enquanto em 1992 tinham ocorrido só 37 pedidos de asilo, em 2000 o número era quase de 11.000.[11]

Proceedings. Academy of European Law. European University Institute. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 328.

9. Sem distinção quanto ao tipo de prisão que os mantém ali, se decorrente de sentença (recorrível ou não) ou mesmo, se decorrente de prisão provisória a qualquer título, o que por si já joga na cara que tanto as regras da legalidade quanto as da ilegalidade valem para todos: brasileiros ou não. O Instituto de Defesa do Direito de Defesa, dentre várias outras iniciativas, expediu ofícios, em 2007, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao Presidente do TRF-3.ª Reg., ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo, ao Corregedor-Geral da Justiça Federal da 3.ª Reg., ao Secretário da Segurança Pública do Estado, à Defensora Pública Geral do Estado, ao Secretário da Administração Penitenciária do Estado, ao Defensor Público-chefe da Defensoria Pública da União em São Paulo com sugestões para melhor se resguardar os direitos dos presos de Itaí. Algumas das sugestões serão, ao final deste texto, mencionadas.
10. Roberto Mendoza. et alii (coords.). *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dotrina. Atti e prove. Libri II e III*. Milão: Giuffrè, 1997. p. 13 e ss.
11. Hertog, Erik Hertog; Bosch, Yolanda Vacen. Access to justice across language and culture in the EU. In: Hertog, Erik (coord.). *Aequitas Access to justice across language and culture in the EU*. Departement Vertaler-Tolk. Lessius Hogeschool, 2003, p. 5. <http://www.agisproject.com/Documents/Aequalitas.pdf>. De acordo com Trechsel: "os serviços do intérprete constituem a chave que abre a porta da comunicação entre o acusado e o juiz" (Op. cit., p. 329 – trad. livre).

Como questão constitucional que se coloca, também, exsurge a igualdade entre os jurisdicionados para diante do imprescindível entendimento dos atos do processo, poder estruturar reação defensiva, por si ou por advogado – o último, constituído ou nomeado.

O direito ao *intérprete* e ao *tradutor* no âmbito processual, pois, é crucial e indissociável da idéia de processo legítimo, apto a gerar aceitação tanto por seu procedimento quanto por seu resultado conteudístico. Só em se garantindo a instrumentalização da possibilidade de se entender a imputação e de se compreender e discutir, durante o trâmite processual até final decisão de mérito, o conteúdo dos elementos de prova colocados no processo, é que se possibilita a igualdade da condição entre quem fala e entende um idioma e quem não o faria não fosse o intérprete e o tradutor, preconizada constitucionalmente. Como dizem Erik Hertog e Yolanda V. Bosch em obra específica do tema, "After all, justice and language are both inalienable human rights".[12]

O processo só é justo se quem nele se defende, efetivamente, entende como ele se desenvolve e compreende o que ele contém. Nas palavras de Mario Giarrusso, "l'assistenza dell'interprete si esplica, secondo quanto espressamente previsto dalla norma, in due direzioni, dovendo consentire all'imputato, non solo na spiegazione degli atti ai quali l'imputato partecipa, ma anche la comprensione dell'accusa contro di lui formulata".[13]

E, conquanto se assuma, como premissa deste trabalho, que o *direito ao intérprete e ao tradutor* decorre de previsões constitucionais (art. 5.°, LIV e LV, §§ 2.° e 4.°, CF/1988),[14] passa-se a estudá-lo sob o prisma específico das regras de processo penal.

Almeja-se, a partir de possíveis comparações do sistema brasileiro às previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Européia de Direitos do Homem, atingir-se conclusões

12. Idem, ibidem.

13. GIARRUSSO, Mario et. alii. *Codice di Procedura Penale*... cit., p. 228.

14. No sentido do texto, ver também: Jesús J. Sebastian Lorente. El derecho a la asistencia de interprete. Actualidad penal. *Publicación técnico-juridica de derecho penal* 43-23. Madrid, nov. 1992. p. 429. Entre autores brasileiros, ver: Fauzi Hassan Choukr. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 382. A Lei Fundamental de Bonn, aliás, em seu art. 3.°, item 3, veda a discriminação por língua, pátria e terra de origem.

propositivas para o direito processual penal brasileiro com vistas a melhor tutelar os direitos fundamentais inalienáveis de quem, brasileiro ou não, esteja envolvido na persecução penal obediente às regras do processo penal brasileiro.

2. Direito ao intérprete e ao tradutor nas convenções americana e européia de direitos humanos: tentativa de harmonização

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, documento do sistema americano da proteção de direitos humanos, conquanto date de 1969, só foi ratificada pelo Brasil mediante o Dec. 678, em 1992. Dentre as chamadas "garantias judiciais" aplicáveis diretamente ao campo processual penal, advém, no que tange ao específico ponto de debate, o seguinte:

"Art. 8. Garantias Judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, se não compreende ou não fala o idioma do jurado ou tribunal; (...)

c) concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se livremente e em particular, com seu defensor".

Importa asseverar, quanto ao citado documento internacional, que mesmo antes da EC 45/2004, crescentes doutrina e jurisprudência atestavam, com acerto, possuir ele *status* de norma constitucional.[15] Com a citada emenda e a alteração nas cláusulas do art. 5.º da CF/1988, ganha corpo o entendimento segundo o qual as normas daquele documento

15. Por exemplo, além de Flávia Piovesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2006), ver, no âmbito específico do processo penal brasileiro, Grinover, Ada Pellegrini, Gomes Filho, Antônio Magalhães; Fernandes, Antônio Scarance Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT. 2007.

têm higidez, aplicabilidade imediata e eficácia plena no âmbito do direito interno.

De forma distinta, e sem a vinculação *ex vi legis*, importa tratar, ainda sob o tema da garantia do conhecimento lingüístico, por parte dos acusados ou investigados na cena processual penal, da Convenção Européia de Proteção aos Direitos do Homem, documento vigente já desde 1950 para os Estados da Europa, variando de um a outro a data de sua ratificação para fins de direito interno.

Como será visto no decorrer do estudo, conquanto esta Convenção não seja diretamente vinculante ao Brasil, ao contrário do Pacto Interamericano, o volume de precedentes firmados e a motivação específica dos estudos que têm sido feitos ao tema do conhecimento lingüístico no âmbito do direito processual penal justificam sua inserção na metodologia aqui escolhida, de estudo do direito comparado tanto quanto possível.

De acordo com este importante documento, de onde se podem extrair, inclusive, noções paradigmáticas do comprometimento do Direito às garantias individuais, exsurgem, como regras fundantes do pretendido processo équo ou equitativo, as seguintes:

"Art. 6. Direito a um processo eqüitativo.

(...)

Todo acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos.

a) ser informado, no mais breve prazo, em uma língua que compreenda e detalhadamente, da natureza e da causa da acusação formulada contra ele.

b) dispor do tempo e das facilidades necessários para a preparação de sua defesa;

(...)

e) ser assistido gratuitamente[16] por um intérprete, se não compreende ou não fala a língua empregada na audiência."

16. A gratuidade da garantia colocada aos jurisdicionados, após os precedentes a seguir referidos, nem será objeto de detido exame. De toda forma, vale a lembrança – de resto quase dispensável – de Chiavario, no sentido de que se a parte em favor de quem se nomeou intérprete tiver como pagar pelo próprio intérprete, óbvio que ela pode refutar o intérprete nomeado. *Processo e garanzie della perzona. II. Le singole garanzie.* 2 ed. Milano: Griufrè, 1982. p. 136, rodapé 70; no sentido do texto, ver também Trechsel,

2.1 *Intérprete e tradutor: distinções*

A essa altura já se pode ver que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos positivou o direito ao tradutor *ou* intérprete, conferindo, dessarte, proteção mais ampla à identidade de conhecimento lingüístico no âmbito do processo penal, o que não foi feito pelo documento congênere europeu. Daí a necessidade, na Europa, de se suprir a lacuna legislativa com precedentes emblemáticos da Corte Européia,[17] como se deu em *Kamasinski*,[18] *Luedicke*[19] e *Brozicek*.[20]

Desde estes precedentes, mesmo que o texto da Convenção da Europa não preveja a assistência gratuita do *tradutor* como inerente ao

op. cit., p. 332, segundo quem "the guarantee is absolute in its financial aspect. Interpreters' costs must be borne by the state, possibly by a private plaintiff, but never by the accused."

17. Bulnes, Mar Jimeno. Op. cit., p. 98-99.

18. No precedente, a Corte decidiu que "o direito, colocado no § 3.º (e) do art. 6, à assistência gratuita do intérprete se aplica não somente aos procedimentos orais feitos em depoimentos no tribunal mas também aos materiais documentais e nos procedimentos prévios ao julgamento. § 3.º (e) (art. 6-3 e, significa que uma pessoa 'acusada de uma ofensa criminal' que não pode entender ou falar a língua usada na corte tem o direito da assistência gratuita de um intérprete para a tradução ou interpretação de todos os documentos ou apontamentos no procedimento instituído contra ela que lhe seja necessário para entender ou para ter adentrado na linguagem da corte para o fim de se beneficiar de um julgamento justo" (Caso Kamasinski v. Áustria, *Application 9.783/1982*, j. 19.12.1989, item 74 – trad. livre).

19. A necessidade de se estender a intelecção da garantia do conhecimento da língua não somente à interpretação (oral) mas também à tradução (documental) para daí poder deduzir defesa e, com isso, ver-se assegurado o processo eqüitativo, também se viu refletida em outro fundamental precedente: Luedicke, Belkacem e Koç v. Alemanha. *Application 6.210/1973*; *6.877/1975*; *7.132/1975*, j. 29.11.1978. No caso, citou-se explicitamente a garantia prevista no artigo já referido, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

20. No caso Brozicek, em que comunicações oficiais tinham sido encaminhadas ao cidadão processado pelas autoridades italianas, entendeu-se não ser presumível o conhecimento da língua italiana escrita, ainda que o tal cidadão turco tivesse estado de passagem naquele Estado. A presunção milita no sentido oposto e não foi comprovado o domínio do idioma a ponto de poder ler e compreender a documentação que lhe tinha sido encaminhada (caso Brozicek v. Itália. *Application 10.964/1984*, j. 19.12.1989).

exercício da defesa em processo eqüitativo – pois prevê textualmente apenas a assistência do *intérprete* – não se estabelece mais dissenso quanto à sua obrigatoriedade. O já citado "Livro Verde da Comissão Européia de Direitos Humanos" trata de ambas as funções e estabelece importante parâmetro de distinção:

"Embora geralmente associados, os intérpretes e tradutores deveriam ser considerados como pertencentes a duas categorias profissionais distintas em razão das diferentes qualificações e funções que desempenham nos procedimentos penais.

a) Os intérpretes intervêm na fase do inquérito policial (interrogatório do suspeito e, eventualmente, das testemunhas), bem como durante todas as audiências perante o tribunal. Além disso, o argüido pode necessitar da presença de um intérprete no momento da constituição do seu defensor (nas esquadras de polícia, na prisão, caso se encontre detido, no gabinete do advogado e no tribunal).

b) Os tradutores devem traduzir todas as peças processuais (auto de notícia, acusação) que constem dos autos, mas igualmente as deposições escritas das testemunhas e os elementos de prova da acusação e da defesa.

Todos os sistemas de registo nacionais deveriam ter em conta esta distinção, sendo talvez mais eficaz que os Estados-Membros organizem dois sistemas de registo separados."[21]

O dissenso, isso sim, ainda reina quanto à amplitude da garantia da tradução, pois não se estabelecem quais os documentos que devam ser traduzidos.[22] Aí já se vê, parece, razão para a comparação entre os dois pactos internacionais e, após isso, partir-se para critério uniformi-

21. *Livro Verde...* cit., item 5.2.2., "b".

22. A título de exemplo, Claus Roxin expõe o que lhe parece como opinião dominante, segundo a qual ao processo justo basta a tradução correta da *acusação*, e que é prescindível a tradução escrita da *sentença*. (*Derecho procesal penal*. 25. ed. Trad. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Rev. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 175). A questão também foi enfrentada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, como se vê no caso *Kamasinski* e a votação majoritária no sentido de suficiência ou não de acusação *oral* para pleno entendimento do acusado. Em alguns dos votos vencidos objetou-se com a exigência de que a própria acusação já devesse ser escrita *e* traduzida. Sobre essa claudicância da Corte, ver: Irineu Cabral Barreto. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. p. 166, rodapé 431.

zador da garantia da assistência do intérprete e do *tradutor*, em ambas as perspectivas. Nesse ponto, aliás, conquanto a garantia da *tradução* esteja prevista no Pacto interamericano, não se viu precedente da Corte Interamericana acerca da matéria.[23]

Conquanto seja nítida a distinção entre *traduzir* e *interpretar*, ressente-se, ainda hoje, de entendimentos segundo o qual o Código de Processo Penal brasileiro unificou as duas categorias. Por todos os autores, vale lembrar, nesse sentido, de Tornaghi: "Intérprete, no Código de Processo Penal, é sinônimo de tradutor."[24]

2.2 Tradutor e intérprete como coadjuvantes da defesa

Por outro lado, é o texto europeu que confere segurança quanto à amplitude *temporal* das garantias afetas ao conhecimento da língua em que o processo criminal se desenvolve, mesmo que em sua fase extrajudicial. Prevê que o informe em língua que compreenda deva se dar "no mais breve prazo".

Mais uma vez, pois, possível harmonização dos dois textos pode possibilitar melhor entendimento das garantias aqui estudadas, e mais uma vez é possível se atingir tal conclusão a partir de precedentes europeus, como foi o caso, ainda, de *Kamasinski*[25] e outros.

Certo é que, vista a participação do intérprete e do tradutor como co-partícipes do processo penal justo, não se lhes pode ver como insossos auxiliares do Juiz. Antes, e sem prejuízo do dever de fidelidade que têm para com o andamento do feito e a tradução e a interpretação do quanto

23. Em verdade, a única menção, ainda que pálida, no processo penal à garantia lingüística e o conseqüente conhecimento da língua oficial para daí se deduzir direito a um processo justo, consta do caso "López Alvarez v. Honduras", em que se discutiu o direito de um integrante do povo garífuno fazer uso de sua língua mãe no âmbito do processo penal, especificamente para se comunicar com seus parentes durante o período em que estava cautelarmente preso, observada a pluralidade lingüística imperante em Honduras. A respeito, ver deste caso, os itens 54.1, 157,158, 159. Caso julgado em 01.02.2006.

24. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1959. vol. 1, p. 401.

25. Ver, também MAHONEY, Paul. Right to a fair trial in criminal matters under art. 6 ECHR. *Judicial Studies Institute Journal*. 4-2/128. Acesso em: <http://www.jsijournal.ie/>.

dito e escrito, a função precípua, até para dar a legitimidade do processo, é de auxílio ao imputado[26] no âmbito da persecução penal desde a fase prévia à colocação da questão em juízo[27] ou, como quer Curtotti Nappi, comporta-se como um coadjuvante indispensável ao acusado que não compreende a língua do respectivo tribunal.[28]

Ao que parece, nem foi por outra razão que se considerou, no âmbito da Comissão Européia de Direitos Humanos, a necessidade de, em sendo o caso de *conflito de interesses*, nomear-se mais de um intérprete: "um para a defesa e outro para a acusação (ou para o tribunal, dependendo do ordenamento jurídico)".[29]

No particular, disse-o Chiavario, que o auxílio do intérprete se liga ao "exercício de uma muito eficaz defesa do acusado",[30] razão pela qual, conquanto não seja lícito ao intérprete (e ao tradutor) emitir opinião, a eles não se lhe pode opor dever de probidade, e se lhe impôr juramento.[31]

Importante matizar: dar-se ao aloglota ou àquele que, por outra razão – *surdo-mudo*, *por exemplo* –, não compreenda a língua falada ou escrita do Tribunal a possibilidade de amplo conhecimento do conteúdo

26. Não é à toa a lembrança de Chiavario, a partir dos Códigos de Processo Penal Italiano e Português, no sentido de que: "Neither in Italy nor in Portugal interpreters are bound to swear" (Op. cit., p. 261).
27. No sentido do texto, Ellio Ballardini, com remissão à doutrina italiana mais recente.
28. Donatella Curtotti Nappi. Il Diritto all'Interprete: dal dato normativo all'applicazione concreta. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 1. Milão: Giuffrè, gennaio-marzo 1997, p. 468.
29. *Livro Verde*... cit., item 5.2.1, "c".
30. *La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*. Milão: Giuffrè, 1969. p. 327. Ver, ainda, de Chiavario. Garanzie linguistiche nel processo penale ed escamotages riduttivi. *Revista Italiana di Diritto Processuale Penale*, nova série, ano 16. Milão: Giuffrè, 1973. p. 884-902.
31. Nada obstante o Código de Processo Penal português, no art. 91, 2, determina que o intérprete, para assumir a função, salvo se for funcionário público e intervir no exercício de sua função (art. 91, 6, *b*), deva assumir o seguinte compromisso: "comprometo-me, por minha honra, a desempenhar fielmente as funções que me são confiadas". Diferentemente, o Código de Processo Penal alemão demanda juramento a ser prestado pelo intérprete como condição de validade do processo.

do processo implementa ainda outra garantia, tratada em ambos os documentos internacionais de proteção de direitos humanos, qual seja: a ciência prévia da acusação (art. 8.°, 2, *b*, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; art. 6.°, 3, *a*, da Convenção Européia).[32] Mais que isso, implementa necessária igualdade, em concreto, entre esses e aqueles que, porventura no mesmo processo, entendam a língua falada e escrita.

É, então, proposital lembrar que "em Estados mais marcados por pluralismo étnico estrutural (Bélgica, Itália), se comprova uma tendência a reconhecer 'estatutos lingüísticos especiais' até a criação, dentro de certos limites, de uma espécie de 'processo penal plurilingüístico' (compreendido o direito à troca de língua à vista da pertinência étnica das partes privadas). O fenômeno é de uma importância considerável e de um notável interesse. Sem prejuízo disso, desde a perspectiva de umas regras comuns – aplicáveis especialmente aos estrangeiros – é como melhor se pode medir o crescimento na consciência jurídica européia de uma sensibilidade para o problema de assistência 'lingüística' como elemento do direito de defesa".[33]

2.3 *Primeiro momento da necessidade da intervenção do intérprete e do tradutor*

Desde que momento processual é de se observar a garantia aqui tratada? Eis um ponto sobre o qual, conquanto na Convenção Européia se tenha feito menção à aplicabilidade *no mais breve prazo* (art. 6.°, 3, *a*) e o Pacto Interamericano tenha sido omisso no ponto específico, sustenta-se o entendimento segundo o qual, a partir do momento em que existe uma acusação de fato que pode gerar futura decisão criminal condenatória ou que possa acarretar a privação de direitos, notadamente o de liberdade – seja na fase policial da *persecutio criminis*, seja propria-

32. Na decisão STC 1811994, o Tribunal Constitucional espanhol fez reconhecer que: "El nombramiento del intérprete no está vinculado a la nacionalidad o al origen geográfico del inculpado, sino a la circunstancia real de no comprender el idioma empleado en el proceso" (Bulnes, Mar Jimeno. Op. cit., p. 107).

33. Delmas-Marty, Mireille. *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*. Association de recherches pénales européennes (Arpe). Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Edijus, 2000. p. 568-569.

mente na judicial – deva ser resguardado o direito indisponível ao entendimento lingüístico da acusação.

Não parece ser por outra razão que, na Inglaterra, a polícia judiciária já não possa nem mesmo interrogar o investigado sem a presença de intérprete.[34] Tem-se conhecimento, por outro lado, de que o Tribunal Constitucional espanhol, ao interpretar a cláusula do art. 24, 1, daquela Constituição,[35] asseverou na decisão STC 5/1984, 24 de janeiro, que "debe interpretarse extensivamente a toda clase de actuación que afecta a um posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importância para la defensa no es necesario ponderar".[36]

Aliás, em favor da elasticidade temporal pré-judicial aqui defendida, prevê a Convenção Européia, em seu art. 5.º, 2, que: "Toda pessoa detida deve ser informada, no prazo mais breve possível e em uma língua eu compreenda, dos motivos de sua detenção de qualquer acusação formulada contra ela." E, por outro lado, a Convenção Americana prevê, no art. 7.º, item 4, que: "Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões de sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela."

No sentido da generalização desse *standard* temporal de aplicação da garantia, pontua a professora Mar Jimeno Bulnes: "La extensión que presenta este derecho al intérprete: Así y en primer lugar, se garantiza a partir de ahora la gratuidad de este derecho y, en segundo lugar, se contempla su aplicación también en sede preprocesal, esto es, en el curso de las actuaciones policiales como es el caso concreto de la detención y donde la puesta en práctica de este derecho tendrá especial relieve para llevar a cabo el interrogatorio y declaración del imputado."[37]

34. Parágrafo 12, 3, do *Code of practice*, citado por Delmas-Marty, op. cit., p. 189. No sentido do texto, também, Chiavario: Interpreters of foreign languages... cit., p. 256. E também Trechsel, op. cit., p. 337-338.

35. "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

36. Outros precedentes daquele Tribunal a respeito do âmbito temporal de incidência da garantia: 74/1987, 25 de maio; 30/1989, 07 de fevereiro; 188/1991, 03 de outubro; 181/1994, 20 de junho.

37. Op. cit., p. 98. No sentido do texto: Curtotti Nappi, op. cit., p. 473-474.

2.4 *Da abrangência da intermediação do intérprete à comunicação entre cliente e advogado*

Pondera-se, de outro lado, sobre o tratamento que os dois documentos internacionais dão – *ou não dão* – à necessidade da intervenção do intérprete e do tradutor às comunicações havidas entre advogados e imputados. Afinal, se a Convenção Européia visa resguardar as "facilidades" necessárias à preparação da defesa (art. 6.°, 3, *b*) e a Americana se preocupa com "os meios adequados à preparação da defesa" (art. 8.°, 2, *c*), só a última prevê como prerrogativa defensiva o direito de se comunicar "livre e em particular com seu defensor" (art. 8.°, 2, *d*).

Ao se efetuar a comparação entre eles, pois, o que se vê é que, conquanto a garantia do conhecimento lingüístico seja instrumental à noção de exercício de defesa – e, daí, com seus *meios* ou suas *facilidades* – só o texto americano possibilita se chegar à conseqüência da utilização do *intérprete* ou *tradutor* na comunicação entre acusado e advogado.[38]

Utilizando-se, pois, já agora do paradigma interamericano, parece ser possível, à luz do reconhecimento da atuação atrelada ao exercício da defesa, que, se necessário à melhor e mais desimpedida comunicação entre advogado e cliente, também nessa seara deve ser resguardado – a ambos, note-se bem! – o intérprete ou o tradutor. E é isso o que pontua Trechsel, ao afirmar que "as the accused must be assisted by an interpreter to the extent that it is necessary for him to have a fair trial, the services of the interpreter must also be available to enable him to communicate with his counsel."[39]

Afinal, por muito que se queira, *não há como se implementar defesa se nem a comunicação com o defensor é inteligível ao principal sujeito processual penal ou àquele que, no Tribunal, manifesta-se em nome dele.*

No sentido desse texto, e afirmando-se a vinculatividade da garantia para a comunicação advogado-cliente, decidiu o Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença STC 71/1988: "adecuada defensa y asistencia letrada exige el previo requisito de una comunicación interpersonal inteligible e incluso fluida en asunto tan crucial como la transmisión al

38. A claudicância se reflete na doutrina, pois há quem, como Roxin, não se situe sobre a intervenção do intérprete – a bem da defesa e suas "facilidades" na comunicação entre acusado e defensor. *Derecho procesal penal...* cit., p. 175. Concorda com ele Ellio Ballardini, op. cit., p. 170-171.

39. Trechsel, op. cit., p. 338.

abogado no sólo de hechos, sino de vivencias y apreciaciones por parte del acusado, y ante la perspectiva de su juicio oral, aparte de su colaboración para la propuesta de pruebas".[40]

Enfim, quer porque prevista expressamente num dos documentos internacionais aqui referidos (Pacto Interamericano de Direitos Humanos – item 8.°, 2, *d*), quer porque reconhecido nos precedentes do continente europeu (ainda que a Convenção Européia não seja tão clara a esse respeito), a comunicação imputado – advogado, se necessário, deve ser otimizada com intermédio do intérprete. E, se o cliente puder arcar com despesas de intérprete de sua própria confiança, não é mister a nomeação de intérprete estatal, gratuito. Afinal, já se disse: a função precípua, nesse prisma, é de coadjuvante da defesa.

Não faria sentido se assim não fosse, observado que o defensor é o "garante jurídico-constitucional da presunção de inocência para o acusado".[41] Mesmo no cenário europeu, em outras palavras, "um

40. Mar Jimeno Bulnes, op. cit., p. 107. Já a Corte Européia de Direitos Humanos enfrentou a matéria sob outro prisma. No caso Lagerblom *v.* Suécia (*Application 26.891/1995*), de 14.01.2003, foi mencionado que: "A Corte reitera que o direito garantido sob o art. 6.°, § 3.°, *e*, para um acusado que não compreende ou fala a língua usada no tribunal para ter a assistência gratuita de um intérprete se estende a todos os documentos e colocações no procedimento criminal que sejam necessários ao acusado para entender ou se integrar na linguagem da corte para ter o benefício de um julgamento justo. A assistência de intérprete deve ser tal para propiciar o acusado a ter conhecimento do caso contra ele e de se defender, notadamente por ser apto a expor diante da corte sua versão dos fatos". (item 61). Neste caso, o Tribunal poderia ter enfrentado a necessidade de a garantia abranger a comunicação entre advogado e cliente, mas não enfrentou e, no item 62, passou a fundamentar a denegação do pleito: "a corte aceita que o conhecimento de sueco do aplicante deve ser limitado em alguma medida, apesar do longo tempo no qual ele já mora na Suécia. Ainda assim, notando que ele descreveu sua proficiência como 'sueco de rua' e que por isso teve um certo comando da língua, a Corte não entendeu que ele estivesse em desvantagem tal que o impedisse de se comunicar com H. ou de o entender" (no caso, o tal "H", era advogado nomeado pelo Estado, que não entendia a língua do aplicante e que só se comunicava com ele por intermédio de intérprete).

41. Roxin, Claus. Presente e futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho. In: _____. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal.* Bogotá: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 39. Colección Autores de Derecho Penal.

processo penal adequado ao princípio do Estado de Direito deve permitir ao defensor a salvaguarda dos legítimos interesses da defesa do acusado de maneira ótima."[42]

2.5 *Atos do processo em que é imperativa a intermediação do tradutor e do intérprete*

Já agora importa pensar em outro recorte da temática: em qual ou quais atos deve se implementar a assistência do *intérprete* e do *tradutor* no processo penal, observando-se, como se viu atrás, que a Comissão Européia de Direitos Humanos – no que parece poder ser seguida de parâmetro ao se concretizar a normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos – separa ao primeiro atividade ligada à *oralidade* do procedimento e ao segundo, afeta a documentos *escritos*.

A recomendação, contudo, ao que se vê, não é seguida à risca nos principais ordenamentos que, segundo Chiavario, debruçaram-se sobre a previsão de *interpretação* e *tradução* no processo penal europeu, quais sejam: o Português e o Italiano.[43]

De acordo com o primeiro, o *intérprete* atua quer na intervenção da audiência, quer na tradução de "documento em língua estrangeira e desacompanhado de tradução autenticada" (art. 92, 2 e 3). Da mesma forma, o art. 143, do Código de Processo Penal italiano generaliza a atuação do "intérprete" a casos em que o acusado "não compreende a acusação contra ele formulada", como também quando se fizer necessário "traduzir um escrito em língua estrangeira ou um dialeto não facilmente inteligível ou quando a pessoa que quer ou deve fazer uma declaração não conhece a língua italiana."[44]

A generalização do que é *oral* e do que é *escrito*, e a junção dos tratamentos não passou despercebida por autores como Ellio Ballardini, que criticou a indistinção da lei italiana. Como exemplos, cita ele que o intérprete, à luz do art. 143 do Código de Processo Penal italiano, poderia atuar no interrogatório, nas indagações preliminares, na audiência, na ciência da prisão, na audiência preliminar, na audiência de debates. Mas o intérprete também poderia, segundo Ballardini, ser chamado a

42. Idem, p. 70.

43. De acordo com Chiavario, Interpreters of foreign languages... cit., p. 255.

44. De toda forma, diz o art. 61.1 do Código de Processo Penal italiano que "os direitos e as garantias do imputado se estendem à pessoa investigada na fase preliminar" (trad. livre).

intervir quando o aloglota exercesse direito de pedir incidente probatório (art. 392.1), formulasse deduções escritas (art. 396), assistisse ao exame e, com permissão do juiz, a qualquer outro incidente (art. 401.3), e também quando o imputado tivesse direito de consultar o *fascicolo del dibattimento* em seguida à pronúncia do decreto que dispõe o juízo (art. 416), ou quando o imputado quisesse fazer declaração espontânea em *dibattimento* (art. 494).[45]

Importante separar o que é documental do que é oral para, a partir daí, tratar-se do *intérprete* e do *tradutor* e, depois, delimitar, com se vem tentando fazer, quando se inicia a função de um e a do outro.

Como os dois documentos internacionais obrigam o pleno conhecimento da acusação ou da razão da prisão no mais breve tempo possível, parece sustentável que a atuação, neste caso, é do *intérprete,* sobretudo no interrogatório preliminar à fase judicial, perante a polícia judiciária. De outro lado, como se demanda que os atos escritos – a partir da própria motivação da prisão, mas principalmente na fase judicial – também sejam conhecidos e entendidos na integralidade pelo acusado, essa a seara do *tradutor.*

O *intérprete* só atua quando o interrogado é ouvido, ou deve abranger também os depoimentos das testemunhas, notadamente as indicadas pela acusação, ou que de qualquer forma venham a fazer carga contra ele, acusado?[46] E de qualquer forma, a atuação pressupõe a instância judicial ou engloba também a fase preliminar da investigação?

E, como se tem visto no decorrer do texto, sustenta-se o entendimento segundo o qual nem todos os atos escritos devem ser traduzidos para que se garanta um processo eqüitativo. Se não o devem ser, quais minimamente o deveriam?

45. Op. cit., p. 171. O autor ainda vai além na ampla exemplificação: "sottoporsi a esame (503), esercitare Il diritto ad avere l'ultima parola al termine della discussione finale (523.5) e, ovviamente, Il diritto di ppellare La sentenza (571)". A respeito, ver ainda, na legislação infraconstitucional da Itália: normas de atuação do Código de Processo Penal: arts. 52, 63 e 201.

46. Parece óbvio que em casos de co-autoria o intérprete deva estar presente junto ao acusado – e seu advogado – que não domina a língua em interrogatório de co-réu – ainda que o interrogado na oportunidade domine o vernáculo. É que das respostas ao interrogatório podem surgir elementos de prova contra o acusado que não domina a língua e que, portanto, deve entendê-los no mais breve espaço de tempo possível.

Conquanto aqui se afirme que o *intérprete* deve estar presente em qualquer ato de instrução nos quais haja a possibilidade de ser produzida prova contra ou a favor do acusado, isto é, a atuação supera a presença específica ao interrogatório,[47] a indagação de quais atos devam ser *traduzidos* não consegue esconder problema de natureza prática, qual seja: a incerteza acerca de, efetivamente, *quais* os documentos que devem ser traduzidos.

Tem razão, para que se possa responder a ambas as indagações, Irineu Cabral Barreto, segundo quem "a dispensa do intérprete (ou tradutor, conforme o caso) só é admissível quando o acusado fala e compreende a língua utilizada, não sendo por isso suficiente que ele tenha um conhecimento passivo dessa língua ou que o seu defensor a domine; o grau desse conhecimento é deixado à apreciação das jurisdições nacionais. Este direito estende-se não só à audiência de discussão e julgamento mas ainda a todos os actos do processo que o acusado tenha necessidade de compreender para beneficiar de um processo eqüitativo".[48]

Algum parâmetro pode ser identificado no item 5.2.1 do *Livro Verde* da Comissão Européia dos Direitos Humanos, inclusive a ser aplicado ao sistema processual penal adotado a partir das previsões do Pacto Interamericano de Direitos Humanos:

"O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem declarou que o item 3, *e*, do art. 6.°, não chega ao extremo de exigir uma tradução escrita de todas as peças das provas documentais ou dos documentos oficiais do processo.

No que diz respeito à tradução, o TEDH defende que as peças documentais devem ser traduzidas, mas que este dever se limita aos documentos que o argüido deve compreender por forma a ficar garantido que o seu processo seja eqüitativo. As regras quanto à quantidade de peças documentais que se traduzem são diferentes em função dos

47. De fato, como diz acertadamente Trechsel, a comunicação dos atos processuais é poligonal, o que envolve "todos os que dela participam, incluindo testemunhas." Daí, segundo opiniões daquele autor, no caso em que o acusado domine o idioma do tribunal mas suas testemunhas não, a garantia do intérprete se estende a elas. Se assim é, obviamente a recíproca, como se tem visto no trabalho, é verdadeira. O acusado que não entende a língua do tribunal tem direito indisponível de entender o que as testemunhas dizem sobre os fatos que lhe são imputados. (Trechsel, ob. cit., p. 333).

48. Op. cit. p. 177. Acrescentamos nos parênteses para que não se repita a imprecisão de tomar *tradutor* por *intérprete*.

Estados-Membros e da natureza do processo. Estas diferenças são aceitáveis desde que o procedimento continue a ser 'eqüitativo'."[49]

Em síntese, enquanto se reconhece que a *interpretação* deve ser assegurada em todos os procedimentos orais e em todas as fases do processo, a mesma segurança não está demonstrada na *tradução*, circunscrita a – observada a particularidade de cada caso concreto – cada documento que se repute fundamental ao acusado para conhecer a acusação e dela se defender, expondo sua tese com completude perante o órgão julgador.

Nesse particular, conquanto os parâmetros europeus levem a ver certa relativização na exigência de *tradução* da documentação constante dos autos e com isso se esforçando em chegar a certa uniformidade quanto ao mínimo de documentos a serem traduzidos, a Convenção Interamericana prevê que "durante o processo" o acusado terá direito, como garantia mínima, à assistência gratuita de "tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal."

Melhor e mais clara, portanto, a previsão americana, que tem vinculação direta no Brasil, pois ao não distinguir a atuação, em momentos processuais, de *interpretar* e *traduzir*, leva à conclusão de maior amplitude no uso dos dois instrumentos operativos da defesa.

A título de exemplo, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, na manifestação encaminhada a várias autoridades acerca dos presos de Itaí, entendeu que a tradução concernia a "todos os atos de chamamento ao processo (notificações); de ciência pessoal ao réu (intimações), principais peças dos autos (denúncia ou queixa-crime, deci-

49. O útimo precedente de que se tem notícia, a esse respeito, é o caso "Hermi v. Itália" (*Application* 18.114/2002), julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em 18.10.2006. Como se depreende do item 70 daquele julgamento, a Corte assumiu posição bastante restritiva quanto à amplitude da garantia aqui estudada, desdobrada na *interpretação* e na *tradução*: "Contudo, o § 3.°, *e*, não vai tão longe a ponto de requerer a tradução escrita de todos os itens da evidencia escrita ou documentos oficiais do processo. Nessa conexão, deve ser notado que o texto das previsões relevantes se refere a 'intérprete' e não a 'tradutor'. Isso sugere que a assistência lingüística oral deve satisfazer aos requerimentos da Convenção (ver Husain v. Italy (dec.), 18.913/2003, 25.02.2005). O fato remanesce, contudo, de que a assistência ao intérprete providenciada deve ser tal que possibilite ao acusado ter o conhecimento do caso contra ele e de se defender, notadamente por ser apto a colocar perante a corte sua versão dos eventos (ver Güngör v. Germany (dec.), 31.540/1996, 17.05.2001)." (trad. livre)

sões interlocutórias que impliquem privações ou restrições a direitos do réu, termos das audiências com os depoimentos das testemunhas, laudos periciais, alegações finais da acusação, sentença e acórdãos), de modo a viabilizar o pleno exercício da autodefesa e de seu direito de recorrer."

3. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A (IN)OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO NECESSÁRIO CONHECIMENTO DA LÍNGUA FALADA (INTÉRPRETE) E ESCRITA (TRADUTOR) COMO REQUISITO DO JUSTO PROCESSO

Não seria útil abordar o importante tema da necessidade do conhecimento da língua usada no tribunal sem mencionar as deficiências brasileiras, legais, doutrinárias e jurisprudenciais, e sem tentar, ao menos e no final, arriscar proposições de similitude aos paradigmas que são razoavelmente uniformes, da Convenção Americana de Direitos Humanos e sua congênere européia.

Já se falou, aqui, da aplicabilidade direta ao direito interno, do quanto consta no documento americano, vigente entre nós desde novembro de 1992, mas ainda nada ou muito pouco se falou da legislação infraconstitucional, vigente desde 1941.[50]

Importa deixar claro, de saída: as previsões da atuação, grosso modo, do intérprete, no processo penal brasileiro, se deslocadas de uma interpretação constitucionalmente adequada e se desprendidas de análise de direito comparado, fazem enxergar tão-somente o dogma da busca da *verdade material*. Assim se percebe, com clareza, pela previsão do art. 223, do CPP, *in verbis*:

"Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas."

Não foi sem propósito que primeiro se escolheu falar da *testemunha*, ao invés do *acusado*. A ótica processual penal então vigente e ainda retratada, é a da *defesa social*, e o interesse do acusado não vale tanto quanto a necessidade de o Juiz conhecer a profundidade do caso, ainda que o único sujeito processual que porventura possa nada entender das provas produzidas no processo – e com o escopo de se defender, tentar contrariá-las – seja o próprio investigado ou acusado.

50. A previsão do art. 151, do CPC brasileiro, além de não distinguir entre *intérprete* e *tradutor*, deixa claro o direcionamento da atuação: não se trata de socorrer às partes da demanda, mas de informar ao juiz da causa.

É bordão corrente em nossos Tribunais, aliás, que *os fins justificam os meios*, isto é, a defesa do "interesse público" de sinonímia forçada com interesse de segurança pública e busca da verdade, pode solapar o "interesse privado", não à toa confundido com o interesse da defesa – o que amesquinha a noção de *interesse* e amesquinha o fundamento da legitimidade do desenvolvimento válido do processo: amplitude da defesa. Algo como que se a defesa *atrapalhasse* a busca pelo *interesse público*.

Esse foi o raciocínio que parece guiar o julgamento, do qual aqui se ousa discordar, que admitiu que o escrivão de polícia que atuou como testemunha do flagrante tenha sido apontado como *intérprete* da acusada na própria fase extra-judicial, o que se renovou em juízo, quando de seu interrogatório.[51]

Por isso é que não se previu que deveria haver intérprete sempre que a *audiência* for realizada e o *acusado* não conhecer a língua nacional. Para o juiz de 1941, mais importava que ele entendesse o que a *testemunha* tivesse dito do que, em sendo o acusado estrangeiro, que *ele – acusado* – tivesse entendido o que fosse dito no curso do processo em língua que não entendesse.[52] Pouco importa o que o *acusado* entende ou não entende; a relação processual quase que lhe era (ou é...) alheia.

E parece ser particularmente sintomático no caso brasileiro, que se tenha dado atenção à garantia do intérprete, apenas e tão-somente

51. STF, HC 76935/SP, 1.ª T., j. 12.05.1998, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 05.06.1998.

52. Justiça seja feita a Espínola Filho que, neste ponto, avançou em melhor interpretação: "Quanto ao depoimento da testemunha, há a ponderar o seguinte: não só o juiz precisa saber do que está aquela dizendo, e não é ela, apenas, quem necessita inteirar-se do que lhe indaga o magistrado. As partes, tanto pessoalmente, quanto por meio de advogado, teem que acompanhar o desenvolvimento da inquirição e do depoimento, para orientarem-se nas perguntas, que poderão fazer afinal, e na contestação. Daí decorre a imprescindibilidade da intervenção do intérprete, tôda vez que a testemunha não se externar no idioma nacional, ou não o compreender" (sic) (Espínola Filho, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. vol. 3, p. 136). Da mesma forma, Tornaghi, ao sustentar que "a rigor, aliás, o intérprete não presta serviço apenas ao juiz, mas a todos quantos, no processo, têm de conhecer o conteúdo das declarações interpretadas" (op. cit., p. 401).

no momento do interrogatório. Breve amostragem de autores de tomo comprova a constatação. Assim, José Frederico Marques após expôr que "ao interrogar o réu, busca-se obter a confissão do crime de que ele é acusado", apenas menciona que "quando o réu 'não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por intérprete' (art. 193), isto é, através do intérprete, pois quem interroga, em qualquer caso, é sempre o juiz."[53] Tourinho Filho apenas lembra que "de qualquer sorte, quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por intérprete. O Juiz formulará a pergunta ao intérprete, e este, ao acusado. A resposta dada será transmitida ao Juiz pelo intérprete."[54] Greco Filho é sintético ao expor que: "Também será necessário intérprete se o acusado não souber entender ou expressar-se em língua nacional."[55]

Ao que parece, ainda se trata da garantia do intérprete como mero aspecto procedimental do ato do interrogatório, e não se vê, numa perspectiva que é a adequada, a função instrumental do conhecimento lingüístico: não é questão procedimental; mas essencial ao conhecimento da imputação por parte de seu destinatário.[56]

A garantia, pois, é além de nada procedimental, desatrelada à ocorrência de um só ato durante o processo. Ainda assim, os autores

53. Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2, p. 392.

54. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3, p. 281.

55. Greco Filho, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 203. Tão sintético quanto ele foi Borges da Rosa: "Se o acusado não falar o português, deve o Juiz nomear-lhe um intérprete, ao qual deferirá o compromisso legal" (*Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1943. vol. 1, p. 496).

56. No particular, Guilherme de Souza Nucci, com razão, aponta que nem o magistrado que conheça o idioma falado pelo interrogado pode dispensar a participação do intérprete. Aduz: "Há várias razões para isso. A primeira delas é que as partes têm o direito de assistir ao interrogatório e devem obter os dados do réu no vernáculo, fiscalizando a atividade do juiz. Se este mesmo ouvir e fizer a tradução, não se conseguirá controlar o seu grau de imparcialidade. Por outro lado, o juiz não é perito e não pode dar sua avaliação 'técnica' sobre qualquer assunto ventilado nos autos" (*Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Ed. RT. 2007. p. 407).

só se debruçam sobre esse importantíssimo problema quando tratam do interrogatório e não dão maior atenção à necessidade da *interpretação e tradução* dos atos escritos durante tantos momentos processuais distintos, em prol, mais uma vez, das garantias da defesa.

Aliás, desde o primeiro ato formal da demanda em juízo, qual seja, a denúncia, desconsidera-se a sua necessidade de vir traduzida a quem não entenda o português, até para se validar a citação.

Ainda se usa como escudo para não invalidar o processo em que não tenha sido respeitada a garantia de *intérprete* e *tradutor* no processo penal, mesmo que se considere a atuação de cada um de forma tão limitada no Brasil, como se vê a partir das próprias previsões legais, o brocardo *pas de nullité sans grief*. Segue-se regra antiga, e reprovável, dessa forma, de se jogar sobre os ombros da defesa a prova de fato negativo: provar que, se tivesse sido obedecida a garantia, o resultado do processo teria sido outro.[57]

A respeito, mesmo antes da ratificação pelo Brasil da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas com entendimento que ainda ecoa, ver:

"A ausência de intérprete, embora o paciente tenha alegado desconhecer a língua portuguesa, ao ser interrogado em Juízo (f. 60), nenhum prejuízo lhe causou. A ele foi possível entender e ser enten-

57. A respeito disso, e da "relatividade" eventualmente repetida dos prejuízos de réus condenados sem a observância de normas de garantia, por todos, ver o entendimento esposado pelo Ministro Cezar Peluso, relator do HC 87926/SP, quando, entre outras passagens, asseverou que: "Alegou-se – e, em casos análogos, se alega sempre – não ter sido demonstrado o prejuízo da defesa. Mas o dano, esse resulta do teor mesmo do julgamento contrário ao réu e, como tal, é certo e induvidoso. Tenho relevado esse fato intransponível. O prejuízo da defesa, em casos semelhantes, é sempre certo. Presumida é apenas a relação jurídico-causal entre o vício do processo e o teor gravoso do julgamento. E tal relação não pode deixar de presumir-se ante da impossibilidade absoluta de se atribuir o resultado injurioso ao réu a causa jurídica independente. (...) Todas as vezes em que, sob argüição de vício processual na sessão de julgamento ou na decisão, a defesa saia de algum modo prejudicada, não é lícito opor argumentação baseada na hipótese de que, fosse outro o procedimento adotado, segundo a lei, o resultado teria sido o mesmo. É simplesmente impossível saber como se comportariam os julgadores, ou o prolator da decisão, se houvera sido observada a ordem legal do processo garantido pela Constituição!" (STF, Pleno, j. 20.02.2008, *DJe* 25.04.2008).

dido, não só pelo Magistrado, como pela autoridade policial encarregada do procedimento inquisitório. É o que se verifica da simples leitura de seus interrogatórios, às fls. 44/45 e 50/51. (...) '(...) A língua *espanhola*, como é notório, é bastante parecida com a *portuguesa*, em vocabulário, gramática e pronúncia. É facilmente compreendida, mesmo por quem nunca a tenha estudado. Ademais, o mesmo acusado negou a autoria do fato. Logo, mesmo que houvesse nulidade, não teria havido o prejuízo (...)'."[58]

O posicionamento limitado da doutrina tem, ainda, outras conseqüências práticas na jurisprudência, o que se vê em julgamento proferido por Desembargadora convocada, em exercício no STJ: "1 – Não há necessidade de intérprete oficial, se presente pessoa que acompanhava as vítimas, quando estas levaram a comunicação do crime à autoridade policial, ajudando-as a se fazer entender, posto que estrangeiras. 2 – O Código de Processo Penal só determina a nomeação de intérprete quando se tratar de réus e testemunhas que não falem a língua nacional, não alcançando tal obrigatoriedade a tomada das declarações das vítimas. 3 – Se a pessoa tem o diploma de advogado, mas não agiu, no interesse das vítimas, nesta qualidade, nada obsta que seja ouvida como testemunha para dizer sobre o que os ofendidos noticiaram à autoridade policial".[59]

Via de conseqüência não espanta que o art. 193, do CPP preveja a intermediação do intérprete se, no interrogatório, "o acusado não falar a língua nacional."[60]

A lógica do entendimento fala demais e ainda é repetida sem preocupação:

58. STF, HC 59375/RJ, 2.ª T., j. 11.12.1981, rel. Min. Cordeiro Guerra, *DJ* 05.03.1982. Nesse mesmo sentido: RHC 65283/RJ, j. 04.08.1987, 1.ª T., rel. Min. Oscar Corrêa, *DJ* 28.08.1987; RE 94150/PR, 2.ª T., j. 02.06.1981, rel. Min. Leitão de Abreu, *DJ* 03.07.1981; Extradição 388/EU, Pleno, j. 29.04.1981, rel. Min. Soares Muñoz, *DJ* 22.05.1981.

59. STJ, HC 60382/SP, 5.ª T., j. 02.10.2007rel. conv. Des. Jane Silva, *DJ* 22.10.2007.

60. Ainda diante da previsão legal, o STJ, denegou *writ* pleiteado por cidadão alemão que vivia no Brasil há 3 anos e meio, e nem se enrubesceu ao prever, como fundamentação do voto condutor, que: "A solicitação de intérprete por ocasião do interrogatório judicial, assim, perde sua força na inferência de que ele não tinha noção do que estava fazendo por não saber o idioma de Camões e só falar o do Goethe." (STJ, RHC 4582/RJ, 6.ª T., j. 19.09.1995, rel. Min. Adhemar Maciel, *DJ* 27.11.1995).

"(...) 2. Cerceamento de defesa não configurado, eis que a ausência de intérprete na audiência de oitiva das testemunhas de acusação não prejudicou a defesa do paciente, o qual estava, neste ato, acompanhado por defensora constituída que lhe garantiu a defesa técnica. 3. Cerceamento de defesa não configurado, eis que a ausência de intérprete na audiência de oitiva das testemunhas de acusação não prejudicou a defesa do paciente, o qual estava, neste ato, acompanhado por sua defensora constituída, que garantiu sua defesa técnica".[61]

Com o mesmo direcionamento aqui apontado e criticado, no sentido de não perceber que a efetividade do direito de defesa supõe o pleno entendimento da acusação e das provas produzidas no processo, e particularmente só se reconhecendo o direito ao intérprete no interrogatório e não nas audiências, e nem mesmo na sentença:

"I – A presença de intérprete quando o réu não fala o idioma nacional só é de rigor por ocasião do interrogatório judicial, oportunidade em que este se manifesta pessoalmente e não por intermédio do seu advogado (art. 193, CPP). II – A nomeação de intérprete só é necessária quando a testemunha não conhece o idioma nacional, sendo imprescindível a sua presença para traduzir as perguntas e respostas (art. 223, CPP). III – Não havendo previsão legal de nomeação de intérprete ao acusado quando da audiência instrução e julgamento, impõe-se afastar a preliminar argüida".[62]

Ora, a nomeação de intérprete e tradutor, a depender da natureza do ato a ser vertido em língua inteligível ao acusado, engloba a noção geral de defesa em processo eqüitativo, e não se cinde à autodefesa.[63] Nesse direcionamento é que se deu o pronunciamento do Min. Celso de Mello, em elogiável decisão monocrática afeta a ponto muito específico: comunicação entre cliente e advogado. Ao analisar pedido formulado pelo advogado de cliente preso em São Paulo, e da necessidade de neste

61. TRF-3.ª Reg., HC 2001.03.00.002800-0, 1.ª T., j. 14.05.2002, rel. Des. Carlos Loverra, *DJU* 03.06.2002.

62. TRF-3.ª Reg., ApCrim 98.03.062099-1, 2.ª T., j. 17.12.1998, rel. Des. Aricê Amaral dos Santos, *DJU* 01.09.1999.

63. Foi essa uma das teses esposadas pela defesa de índio brasileiro, em rumoroso caso julgado no qual era acusado de cometimento de crime sexual. A respeito, ver, no STF, HC 79530/PA, 1.ª T., j. 16.12.1999, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 25.02.2000.

contato o advogado se fazer acompanhar de *tradutor juramentado* e não *tradutor de sua confiança*, disse Sua Excelência:

"(...) Nada justifica, portanto, a exigência administrativa de que o Advogado, para entrevistar-se reservadamente com o seu cliente estrangeiro que não conheça a língua portuguesa, tenha que se fazer acompanhar de 'intérprete juramentado', pois este profissional só deve intervir, como auxiliar do Juízo, quando se tratar da prática de atos oficiais no processo, como ocorre, v.g., nas hipóteses de interrogatório do acusado (art. 193, CPP) ou, ainda, de inquirição de testemunhas que não conheçam o idioma nacional (art. 223, CPP). Essa exigência de intérprete juramentado, além de introduzir um fator de burocratização inadmissível nas relações privadas entre o Advogado e o cliente que se encontra sujeito ao poder de custódia do Estado, permitirá, ainda que de maneira reflexa, a interferência do Poder Público num domínio que, por referir-se à esfera de intimidade que se estabelece entre aquele profissional do Direito e a pessoa presa que o constituiu para defendê-la, acha-se necessariamente excluído de qualquer possibilidade de intromissão estatal".[64]

A vingar o entendimento infelizmente ainda perceptível no Brasil na maioria das opiniões e julgados, a defesa dos acusados que não dominam o idioma esgotar-se-ia no interrogatório![65]

Fauzi Hassan Choukr, a comentar decisão análoga às aqui retratadas, pondera que: "i) a exigência do intérprete não advém do Código de Processo Penal mas da Constituição da República e da Convenção Americana de Direitos Humanos; ii) tal exigência emana do exercício da autodefesa e da otimização da defesa técnica; iii) o idioma oficial do processo é o português e todos os atores processuais devem poder se comunicar com a pessoa acusada (e vice-versa) no idioma oficial, pouco importando se a defesa fala ou não com fluência a língua da pessoa acusada; iv) as manifestações da pessoa acusada devem ser registradas

64. Extradição 633/CH, j. 06.07.1995, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 03.08.1995.

65. Agora, de toda forma, além de ultrapassada no tempo, a perspectiva aqui criticada, acredita-se, não terá mais sentido lógico, na medida em que, vigente o Código de Processo Penal com as alterações da Lei 11.719/2008, não haverá justificativa para, na audiência prevista no novo art. 400 do CPP, diminuir-se tão importante garantia ao ato do interrogatório do acusado.

oficialmente e isto só se dá por meio do intérprete, e não por qualquer outro meio. Neste ponto merece consideração o provimento que considerou que 'ainda que o juiz conheça o idioma do estrangeiro, não lhe é lícito fazer as vezes do intérprete, sob pena de afronta aos princípios da publicidade e da ampla defesa.' (TRF-3.ª Reg., *DJU* 04.05.1999, p. 287, rel.(a) Juíza Sylvia Steiner)" [66]

De outro lado, já houve entendimento, também, de que "(...) a circunstância de não ter a apelante sido assistida por um intérprete quando de seu interrogatório realizado na polícia, o que estaria a violar o disposto na convenção americana dos direitos do homem, não tem o condão de inquinar de nulidade todo o processo criminal, posto que a teor do que dispõe o art. 8.º, § 2.º, *a*, do mencionado acordo, o direito de o acusado ser assistido gratuitamente por um intérprete, diz respeito à fase judicial, sendo no mesmo sentido, o disposto no nosso estatuto processual penal".[67]

Ao que parece, à luz do estágio de desenvolvimento de *standards* mínimos aqui buscados a partir da Convenção Americana e da congênere européia e, sobretudo, a partir das lições conceituais aplicáveis ao tema, entendimento como esse contraria não só a previsão da própria Convenção, mas à própria *interpretação* que se dava às previsões do Código de Processo Penal brasileiro, por mais conservadoras que pudessem ser.

Afinal, bem antes da vigência no nosso direito positivo da aludida Convenção, ninguém menos que Edgard Magalhães Noronha já dizia que o intérprete "é a pessoa que transmite a outrem – autoridade policial e partes – o conteúdo de um escrito que não está no idioma nacional, ou o pensamento de uma pessoa que não se pode entender seja por ignorar êsse idioma, seja por deficiência orgânica" (sic).[68]

Ainda uma palavra: o estágio legislativo, doutrinário e jurisprudencial brasileiro está em dessintonia não só com os parâmetros buscados nos dois importantes documentos internacionais, mas também com

66. Choukr, op. cit., p. 382.

67. TRF-3.ª Reg., *DJU* 05.09.2000, rel. Juíza Suzana Camargo (Choukr, op. cit.).

68. MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 140.

alguns dos diplomas processuais penais de países vizinhos, tais como Paraguai,[69] Costa Rica,[70] Colômbia,[71] entre outros.

A garantia da atuação de *intérprete* e *tradutor* no processo penal não pode ser vista como questão procedimental e na dependência da realização de cada ato processual. É condição imprescindível de validade do ato e do processo.

4. Proposições

O tema, no Brasil, é ainda árduo por conta de uma falha histórica de perspectiva: não se vê o direito à tradução de atos processuais, e à interpretação de atos orais levados em conta no processo, como apanágio da defesa, e nem muito menos como requisito legitimador de todo o processo penal.

Intérprete e *tradutor*, nomeados pelo Juiz e obedientes à previsão dos arts. 193, 223 e 281, do CPP, não são vistos como coadjuvantes da defesa, como aqui se defende. É tempo de, quem sabe, por se ver algum apoio nas lições de direito comparado, mesmo no direito sul-americano, mais próximo do Brasil, assumir nova perspectiva, de respeito à garantia da defesa, para se alertar doutrina e jurisprudência quanto à evidência de se estar diante não de uma previsão pura e simplesmente procedimental, mas substancial à validade do processo.

Mais que isso, e já se pode ressaltar a esta altura, não se deve contentar com *o direito* ao intérprete e ao tradutor. Antes, busca-se

69. Art. 7.° "el imputado tendrá derecho a un intérprete para que lo asista en su defensa. Cuando no comprenda los idiomas oficiales y no haga uso del derecho precedente, el juez designará de ofício un intérprete, según las reglas previstas para la defensa pública" (Lei 1.286/1998).

70. Art. 14. "Cuando el imputado no comprenda correctamente el idioma official, tendrá derecho a que se le designe un traductor o intérprete, sin perjuicio de que, por su cuenta nombre uno de su confianza" (Lei 7.594/1996).

71. De acordo com o art. 8.° do Código de Processo Penal colombiano, é direito fundamental do acusado "(...) ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él" (Lei 906/2004).

a *interpretação* e a *tradução* exatas.[72] Não há, no Brasil e na maioria dos países em que se pôde pesquisar a atividade de *intérpretes* e *tradutores* no processo penal, uma profissionalização da profissão, especificamente para as atividades voltadas ao campo jurídico, o que causou aguda preocupação a Ballardini: "como resolver a contradição pela qual a categoria dos intérpretes e dos peritos ou *experts* seja a única pela qual se deve recorrer ao diletante, que é pessoa pela qual a interpretação não constitui uma atividade principal ou pelo menos prevalente?"[73]

Há notícias, contudo, de patamares mínimos a serem atingidos, na própria profissão de *intérprete* e *tradutor*, e estabelecimento de regras deontológicas, técnicas e lingüísticas, inclusive a partir dos requisitos a serem preenchidos para fins de recrutamento com vistas à futura prestação de serviços de qualidade. Como países que se têm notícia de serem pioneiros nessa discussão, podem-se citar os Estados Unidos,[74] o Canadá, a Austrália, a Suécia, a África do Sul, a Dinamarca, a Inglaterra e a Holanda.[75] O Projeto Grotius, e a publicação *Aequitas*, aqui já referidos, pensam, também, em regras deontológicas e profissionalização dessa atuação.

No Brasil, apesar de o tema nem ter sido objeto de maiores cogitações, foi sugerido, pelo IDDD, que tanto a Ordem dos Advogados do

72. "After all, non-professional interpreting or translation can lead to miscarriages of justice. (...) Without competent qualified and experienced legal translators and interpreters there cannot be an effective and fair legal process across languages and cultures". HERTOG, Erik; BOSCH, Yolanda V. Op. cit., p. 5. No mesmo sentido: SERRATS, Rosa Pascual. Determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la unión europea. In: SANTOS, Andres de la Oliva et alii (coords.). *Garantias fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeu*. Madrid: Coolex, 2007. p. 84 e ss.

73. Op. cit., p. 170-171.

74. País no qual estão em vigência regras deontológicas para a parametrização de condutas e responsabilidades de intérpretes, por exemplo, no Estado do Texas, e no qual existe, também, proposição de Código de Responsabilidade Profissional dos intérpretes e tradutores do Poder Judiciário. A respeito, consultar: BERK-SELIGSON, Susan. *The bilingual courtroom. Court interpreters in the judicial process*. Chicago: University of Chicago Press, 2002. p. 250-260.

75. Idem, ibidem.

Brasil quanto a Defensoria Pública disponibilizassem lista de advogados bilíngües para melhor comunicação com clientes; que as sentenças e acórdãos proferidos a réus estrangeiros o fossem traduzidas, e a via traduzida acompanhasse a original no momento da intimação.

À vista da importância da questão, pois, da imprescindível releitura que a garantia do *intérprete* e do *tradutor* efetivamente merecem, e tendo em conta os parâmetros internacionais – notadamente os advindos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e da Convenção Européia de Direitos do Homem, passa-se a sugerir as seguintes propostas de readequação da fundamental garantia no processo penal brasileiro:

i. previsão de atuação do intérprete no primeiro momento em que for deduzida alguma acusação em face de quem não domine o idioma adotado no Brasil, seja em fase judicial seja na extra-judicial, inclusive e notadamente nas situações de flagrância;

ii. participação do intérprete em todos os momentos em que prevalecer a oralidade no processo penal brasileiro, desde a fase pré-judicial em que se fizer necessária a presença do imputado (exemplo: *acareações*), e adiante, em todos os momentos em que for colhida prova testemunhal em Juízo;

iii. participação do intérprete, se necessário nomeado pelo Estado, nas comunicações havidas entre advogado e acusado, em qualquer momento processual, desde eventual decretação de prisão em curso de investigação pré-processual, até, se necessário, durante a fase de execução criminal, haja vista a judicialização inata, também, à última;

iv. participação do tradutor, igualmente, desde o primeiro momento em que se constituir acusação formal a quem não domine o idioma português e previsão de sua atuação em atos da fase judicial do feito, até final execução de sentença, com vistas à tradução dos atos essenciais ao acusado para o conhecimento da causa e o conteúdo da demanda contra si instaurada (*intimações, notificações, peças defensivas e acusatórias, decisões interlocutórias, mandados de prisão e sua fundamentação, cópias de denúncia, sentenças e acórdãos, laudos, exceções deduzidas pelas partes*);

v. elaboração de sistema de cadastro, perante os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais e, em sendo o caso, perante os Tribunais Superiores de lista de intérpretes e tradutores disponibilizados à atuação perante os Tribunais, e com a indicação das respectivas línguas que dominem;

vi. idealização de provas e cursos de reciclagem periódicos entre os intérpretes e tradutores, quer para atualização com o sistema jurídico brasileiro, quer para, periodicamente, permitir-se o ingresso nos cadastros de outros candidatos;

vii. sem prejuízo do quanto acima sugerido, estabelecimento, pelas Seccionais Estaduais da Ordem dos Advogados do Brasil e pelas Defensorias Públicas, de advogados e defensores integrantes dos respectivos quadros que estejam aptos a se comunicarem com seus clientes em outra língua, com indicação de em qual o farão.

Bibliografia

Antunes, Maria João. *Código de Processo Penal.* 12. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

Ballardini, Ellio. L'interprete nel processo penale italiano: profilo professionale e ipotesi di formazione. In: Russo, Mariachiara; Mack, Gabriele (coords.). *Interpretazione di trattativa. La mediazione linguistico-culturale nel contesto formativo e professionale.* Milano: Hoepli, 2005.

Barreto, Irineu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem anotada.* 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

Berk-Seligson, Susan. *The bilingual courtroom. Court interpreters in the judicial process.* Chicago: University of Chicago Press, 2002.

Borges da Rosa, Inocêncio. *Processo penal brasileiro.* Porto Alegre: Globo, 1943. vol. 1.

Bulnes, Mar Jimeno. Un caso concreto: el derecho a la interpretación y traducción gratuitas. In: Santos, Andres de la Oliva; Deu, Teresa Armenta; Cuadrado, Ma Pía Calderón (coords.). *Garantias fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeu.* Madrid: Coolex, 2007.

Chiavario, Mario. *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale.* Milão: Giuffrè, 1969.

_____. Garanzie linguistiche nel processo penale ed escamotages riduttivi. *Revista Italiana di Diritto Processuale Penale*, nova série, ano 16. Milão: Giuffrè, 1973.

_____. *Processo e garanzie della perzona. II. Le singole garanzie.* 2. ed. Milão: Giuffrè, 1982.

_____. Interpreters of foreign languages according to criminal procedural laws in Italy and Portugal. In: Figueiredo Dias, Jorge de; Beleza, Tereza Pizarro; Barreto, Irineu Cabral; Ferreira, Eduardo Paz (coords.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues.* Coimbra: Ed. Coimbra, 2001. vol. 1.

Choukr, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Conso, Giovani; Grevi, Vittorio. *Códice di Procedura Penale e norme complementari.* Nuova Edizione. Milão: Giuffrè, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille (coord.). *Procesos penales de europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*. Association de recherches pénales européennes (Arpe). Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Edijus, 2000.

ECO, Umberto. *Quase a mesma coisa. Experiências de tradução*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. vol. 3.

GIARRUSSO, Mario; MENDOZA, Roberto; GIARRUSSO, Mario; GAMBARDELLA, Marco; LOSAPIO, Mauro Domenico; NAPPI, Aniello (coords.). *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dotrina. Atti e prove. Libri II e III*. Milão: Giuffrè, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

HERTOG, Erik; BOSCH, Yolanda Vacen. Access to justice across language and culture in the EU. In: HERTOG, Erik (coord.). *Aequitas access to justice across language and culture in the EU*. Departement Vertaler-Tolk. Lessius Hogeschool, 2003. Disponível em: <http://www.agisproject.com/Documents/Aequalitas.pdf>.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica. História. Antecedentes. Exposición de motivos y texto del Proyecto*. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

Livro Verde da Comissão Européia dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 10.05.2008.

LORENTE, Jesús J. Sebastian. El derecho a la asistencia de interprete. Actualidad penal. *Publicación técnico-juridica de derecho penal* 43. Madrid, nov. 1992.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

MAHONEY, Paul. Right to a fair trial in criminal matters under article 6 E.C.H.R. *Judicial Studies Institute Journal* 4-2/128. Disponível em: <http://www.jsijournal.ie/>.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. vol. 2.

MENDOZA, Roberto; GIARRUSSO, Mario; GAMBARDELLA, Marco; LOSAPIO, Mauro Domenico; NAPPI, Aniello (coords.). *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dotrina. Atti e prove. Libri II e III*. Milão: Giuffrè, 1997.

NAPPI, Donatella Curtotti. Il Diritto all'Interprete: dal dato normativo all'applicazione concreta. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1. Milão: Giuffrè, gennaio-marzo 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROGEIRO, Nuno. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Trad. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

_____. Presente e futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho. In: _____. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Bogotá: Rubinzal-Culzoni, 2004. Colección Autores de Derecho Penal.

SERRRATS, Rosa Pascual. Determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la unión europea. In: SANTOS, Andres de la Oliva; DEU, Teresa Armenta; CUADRADO, Ma Pía Calderón (coords.). *Garantias fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeu*. Madrid: Coolex, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Academy of european law. European University Institute. Oxford: Oxford University Press, 2005.

2
Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)

FREDERICO VALDEZ PEREIRA

Ex-promotor de justiça. Ex-professor de Processo Penal junto à Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina. Ex-Coordenador do Núcleo de Cooperação e Estudos de Lavagem de Dinheiro de Santa Catarina. Pós-graduação em Direito Penal Econômico pela Unisinos. Mestrando em Ciências Criminais na PUC-RS. Juiz Federal.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Inspirada diretamente nos direitos italiano e estadunidense, a colaboração processual, também denominada delação premiada, insere-se numa lógica utilitarista de reforço das técnicas investigativas, juntamente com institutos como a entrega vigiada e o agente encoberto, sendo inserida na legislação pátria e correntemente utilizada nos tribunais com a finalidade de contribuir na aquisição de provas processuais. Nesse estudo, enfrenta-se a fundamental questão da valoração probatória das declarações dos co-réus que colaboram com a justiça. Tem-se como orientação os princípios básicos de prova em matéria criminal, com recurso às experiências e ensinamentos advindos do direito comparado. Intenta-se traçar alguns parâmetros quanto aos efeitos probatórios no processo, delineando os princípios constitucionais e processuais que devem orientar o técnico no momento de aplicar a delação processual na sua finalidade precípua e razão de ser, que é servir de fonte de provas no processo penal, como técnica de investigação e prêmio.

ABSTRACT: Directly inspired by Italian and American Law, cooperation towards legal proceedings also known as plea bargaining is inserted into an utilitarian logics of reinforcement of investigation techniques, together with institutes such as controlled delivery and the undercover agent, which are added to the Brazilian legislation and currently used in courthouses with the objective of contributing to the acquisition of evidences for legal proceedings.

In this paper, we address the fundamental question of the probative value of statements made by co-offenders who helped Justice. As for guidelines, we have the basic principles of evidence in criminal matters as well as experiences and teachings from compared law. We seek to outline parameters in terms of the probative effects in legal proceeding outlining constitutional and procedural principles that should guide the professional when applying procedural plea bargain in its main purpose, that is, to serve as source of evidences in criminal proceedings, as investigation technique and reward.

Palavras-chave: Processo penal – Prova – Delação premiada – Colaboração processual – Valor probatório.

Keywords: Criminal procedure – Plea – Bargaining – Procedural co-operation – Probative value.

Sumário: Introdução – 1. Notas de direito comparado: 1.1 Princípio da presunção de inocência – 2. Exigências para atribuir eficácia de colaboração processual às revelações de imputado: 2.1 A especificidade do objeto; 2.2 Aferição interna; 2.3 Aferição externa – 3. Conclusão – Bibliografia.

Introdução

A admissibilidade de utilização do co-imputado como fonte de prova no processo penal brasileiro é matéria de inovação legislativa que difere da valoração probatória que se irá conferir às informações trazidas ao processo pelo colaborador. Há no direito positivo brasileiro diversos dispositivos legais que instituíram a possibilidade jurídica do aproveitamento das declarações do colaborador/imputado como elemento de prova no processo penal.[1] A legislação, no entanto, é extremamente lacônica e desordenada no trato do tema, pecando principalmente pela ausência de sistematicidade na previsão legal dos benefícios pela contra-conduta dos arrependidos; constatação essa que se faz sob o prisma substantivo.

Sob a perspectiva processual, que é o objeto do estudo, o pecado não é de harmonia, mas de vacuidade. O legislador brasileiro não se preocupou em estabelecer nenhum regramento de ordem processual para a cooperação premiada, o que cria dificuldades e incertezas, principalmente na solução de questões de práxis como o procedimento a ser utilizado e a valoração dos elementos de provas trazidos aos autos pelo colaborador. Essas inseguranças afluem para ministério público e magistrado; ressaltam-se para o agente que pretende a colaboração, pois não tem previsão sobre o procedimento que será adotado para a tomada de suas declarações e extensão de benefícios; e sobrelevam-se para o co-réu chamado à responsabilidade, pela falta de certeza sobre o tratamento valorativo que será conferido aqueles elementos revelados pelo colaborador.

1. Parágrafo único, art. 8.°, Lei 8.072/1990; art. 6.°, Lei 9.034/1995; § 4.°, art. 159, CP; § 5.°, art. 1.°, Lei 9.613/1998; arts. 13 e 14, Lei 9.807/1999; § 2.°, art. 32, Lei 10.409/2002, art. 41, Lei 11.343/2006.

A questão a ser aprofundada neste estudo é se essas declarações podem, por si só, desvirtuar o estado constitucional de inocência do acusado. A posição correta é a que nega a possibilidade de um juízo condenatório fundar-se exclusivamente em declarações de co-imputado beneficiário do instituto premial. Os argumentos que levam a essa conclusão serão desenvolvidos nesta epígrafe; mas desde já adianta-se que a quase totalidade das obras e posicionamentos doutrinários consultados não admitem que este elemento de prova tenha a força de, isoladamente, sustentar decreto de condenação.[2] Analisando a doutrina sobre o tema, Cuerda – Arnau chega a afirmar que se pode considerar absolutamente isolada a opinião dos que entendem que a declaração não corroborada de um dos sujeitos do delito, ainda que dotada de lógica narrativa e coerência interna, constitui meio de prova suficiente para desmerecer a presunção de inocência.[3]

Não se pode, no entanto, chegar à conclusão de que as declarações do colaborador não terão efeitos probatórios nenhum. A opção feita pela ordem jurídica pátria em diversos dispositivos legais foi a de atribuir importância probatória à delação premiada, o que por certo não se resume na atribuição de simples efeito de *notitia criminis*. Não se pode chegar à distorção no caminho oposto de exigir que a comprovação dos fatos informados pelo delator estejam suficientemente demonstrados por outros meios de prova tradicionais, pois então esses outros elementos por si só esclareceriam os fatos, não havendo que se recorrer à colaboração processual.

O efeito de mera comunicação de crime é admitido quando não estiverem configurados os requisitos do instituto da colaboração premiada

2. Nesse sentido: Ruga Riva, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 13-5; Benítez Ortúzar, Ignácio Francisco. *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciários derivados de la conducta del "arrepentido"*. Madrid: Dykinson S.L., 2004, p. 36; Cuerda-Arnau, Maria Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995; Quintanar Diez, Manuel. *La justicia penal y los denominados arrependidos*. Madrid: Edersa, 1996; Edwards, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996; Montoya, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

3. Op. cit., p. 631.

pelo fato, por exemplo, de o acusado se afirmar inocente, excluindo-se de atuação no fato delituoso ou conjunto subjetivo dos membros de quadrilha ou organização criminal. Também terá eficácia de mera *notitia criminis* as declarações do colaborador processual que não estiverem corroboradas por outros dados externos; esse é o tema central do estudo: a necessidade de fortalecimento das informações oriundas deste peculiar meio de prova.

Para desenvolvimento do tema, classifica-se em dois itens a linha argumentativa que embasa a conclusão pela indispensabilidade de corroboração das declarações do arrependido processual para fins probatórios. Num primeiro momento com a análise do direito comparado, centrando-se na solução conferida pelos ordenamentos jurídicos que influenciaram o direito brasileiro a prever este especial meio de prova; em seguida, ocupa-se do principal fundamento para se exigir a confirmação das declarações que é o princípio constitucional do estado de inocência do acusado.

1. Notas de direito comparado

Não há equívoco em se asseverar que a utilização da cooperação pós-delitiva de co-autor de delito como elemento de prova no processo penal teve origem e desenvolvimento inicial nos ordenamentos jurídicos do *modelo anglo-saxão*, o que é facilmente explicável pelo fato de a participação do imputado com a administração da justiça penal ser considerada, em linhas gerais, um dos pilares de países como Grã-Bretanha e Estados Unidos. Nesses sistemas jurídicos as práticas negociais vêm favorecidas por um conjunto de fatores que permitem dizer-se que a colaboração processual do imputado é uma instituição típica do sistema de *common law*,[4] sendo a concessão de benefícios punitivos um dos seus componentes básicos.

4. "Quem pensa que a figura do *pentito* seja um fruto apodrecido da nossa legislação de emergência, lançado no abismo de uma lógica inquisitorial que incita fazer uso de métodos probatórios espúrios para combater o crime organizado, pode encontrar na experiência do processo anglo-americano o testemunho de uma fisiológica compatibilidade dos considerados colaboradores da justiça com o rito garantista, no qual se inspira o modelo acusatório. Tão comum e arraigado em uma gama de normas e praxes é a utilização do testemunho do co-imputado na *common law*, que induziu os estudiosos a afirmarem já no século dezoito que esse havia se tornado um *regular system of jurisprudence* e a insistir modernamente que se consolidou

O princípio regente da persecução penal nesses países: princípio da oportunidade – confere ao ministério público o poder de seleção e de condução do processo penal com ferramentas como *plea bargaining* e *guilty plea*, seguindo a linha do utilitarismo[5] inerente ao sistema que abraça negociações entre acusação e defesa direcionadas à solução do litígio penal. Faz-se relevante portanto uma mirada, ainda que breve, sobre os ensinamentos oriundos de sua larga experiência, mormente quanto à exigência de uma *corroborative evidence*, uma vez que a discussão que se aprofunda em matéria de colaboração processual não está tanto na legitimidade do prêmio (matéria central nos países influenciados pelo direito europeu continental), mas sim no grau de credibilidade e valor probatório da colaboração.[6]

Ao passo em que é comum e usual acorrer a esse meio de prova fundado nas declarações do co-imputado para respaldar imputações penais, o sistema *anglo-americano* preocupa-se em buscar garantias probatórias paralelas em benefício da posição processual dos acusados chamados em causa pelo colaborador. Os requisitos processuais de garantia ao acusado partem de uma reconhecida dúvida metódica ínsita às declarações advindas do testemunho do co-autor, pela sua natureza interessada; no entanto doutrina e jurisprudência são vacilantes na elaboração desse pretenso estatuto protetivo dos chamados em causa pelos denominados colaboradores.

como 'a part of our constitucional fabric'." (Amodio, Ennio. I pentiti nella common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 29/991-1004. Milão: Giuffrè, 2004. Tradução livre)

5. Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. 3. reimpr. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 836.

6. Nesse sentido: Benítez Ortúzar, 2004, p. 79. Com outro enfoque Amodio. (1986, p. 993-994) estabelece um paralelo referindo que na Itália há uma prevalência da preocupação garantística, com o acusado, à diferença dos países de *common law*, cuja atenção estaria mais centrada sobre a situação do colaborador, referindo que a explicação residiria nas peculiaridades do processo anglo-americano, no qual a contribuição do acusado à acusação passa por uma renúncia ao direito de não auto-incriminar-se, fazendo com que a colaboração assuma o caráter de renúncia a uma garantia, diminuindo os riscos de declarações falsas; além do que a discricionariedade da ação penal rende vasto e dificilmente controlável âmbito de atuação ao *prosecutor*, com práticas informais que não conferem a certeza do prêmio ante uma prévia renúncia da garantia.

A premissa admitida pelo sistema anglo-saxão de se estar diante de informações suspeitosas não simplifica a análise e nem leva à uniformidade na aplicação da corroboração. O processo penal inglês, reconhecendo que a valoração das provas é matéria reservada aos jurados, passou a não mais infirmar a validade da sentença condenatória embasada em colaboração de co-réu despida de elementos de confirmação. Foi elevado a requisito de validade da decisão fundada em colaboração premiada a exigência de advertência prévia aos jurados, feita pelo magistrado, dos perigos existentes na condenação de acusado tão-somente com base em informações do colaborador, sem que estejam corroborados por outros elementos probatórios.

A ausência desta advertência (*warning*) aos jurados era motivo de anulação do julgamento até meados dos anos noventa do século anterior, quando houve abolição da regra pelo *Criminal Justice and Public Order Act*, que tornou a advertência (*warning*) ao júri matéria de discrição do juiz, na mesma linha das recomendações da *Law Commission*; deixando ao discernimento do magistrado a oportunidade de instrução do júri em matéria de testemunho de co-partícipe.

Nos Estados Unidos prevaleceu durante longo período o posicionamento que entendia não ser função do juiz instruir o jurado acerca do valor das provas, inexistindo a figura do *warning*. A partir da segunda metade do século XX, a maioria dos estados passou a editar estatutos (*accomplice evidence statute*) incluindo a necessidade de o magistrado instruir o júri dos perigos da condenação com base em informação de co-autor não corroborada. Esses estatutos consignam a impossibilidade de condenar com base somente em testemunho de cúmplice. No entanto a legislação federal americana carece de regulação e a jurisprudência federal, ainda que em diversas oportunidades tenha se orientado no sentido de exigir a *corroboration*, há recentes decisões admitindo que o testemunho de colaborador pode constitucionalmente fornecer fundamento exclusivo para a condenação.[7]

Essas inconstâncias na salvaguarda probatória buscada pela Inglaterra e pelos Estados Unidos para amenizar os riscos da utilização de informações fornecidas pelos arrependidos tornam incerta a garantia, porque embasada em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais hesitantes e indefinidos, características que podem sugestionar compor-

7. Cuerda-Arnau, 1995, p. 162. Ruga Riva. 2002, p. 235.

tamentos distorcidos de falsas colaborações processuais, ou de abuso na utilização pelos órgãos de acusação.[8] Ainda que se possa vislumbrar uma preponderância pela exigência de *corroboration*, ou ao menos de *warning*, não há uniformidade na aplicação desses institutos, tampouco legislação clara no âmbito federal que assegure a certeza de um tratamento apropriado e prenunciado no caso concreto.

Em última análise, parece que mais efetivo na busca de evitar as falsas acusações e de controlar os poderes discricionais do *prosecutor* no oferecimento dos benefícios da cooperação pós-delitiva estará no princípio do contraditório, com a sujeição do testemunho do co-autor a *cross-examination* em plenário A Constituição americana reconhece o direito de confrontação como uma das garantias básicas dos acusados, retirando a possibilidade de utilização de testemunhos indiretos, e submetendo o declarante a interrogatório com debate cruzado e contraditório com a defesa do acusado.[9]

Passando aos ordenamentos jurídicos dos Estados influenciados pelos princípios do direito europeu continental, a efetiva aplicação da colaboração processual no *Direito Italiano*, com a problemática teórica trasladada a casos práticos concretos em um país regido pelos princípios do sistema de *civil law* faz com que a experiência italiana seja referência em matéria de colaboradores com a justiça.[10] O extenso trabalho exegético doutrinário e jurisprudencial ao longo dos anos contribuiu notavelmente para o avanço da legislação processual italiana, que passou a regular de forma expressa a matéria acerca da valoração das declarações acusatórias de co-imputados no novo Código Processual Penal Italiano de 1988, na linha de conclusões já em parte antecipadas por tribunais e pela doutrina.

Na vigência do código de 1930 as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais tinham a nota da discordância, oscilando posições de

8. A doutrina vem expondo a falta de controle do exercício do poder discricionário dos órgãos encarregados da acusação nos países da *common law* como fator que amplia de forma desmedida a renúncia ao exercício da ação penal e também a utilização discutível dos acordos informais de delação (Cuerda-Arnau, 1995, p. 134 ss.)

9. A mais eficaz garantia contra abusos oriundos de um delicado mecanismo como o do co-imputado que acusa é ainda representado na *common law* pela *cross examination*, sujeitando-se o colaborador ao debate em plenário. (Amodio, 2004, p. 1000)

10. Benítez Ortúzar, 2004, p. 79.

maior rigorismo, que viam na colaboração de arrependido mera *notitia criminis*, a decisões que afirmavam a eficácia probatória plena das declarações dos *pentiti*, chegando a ser considerada a "rainha das provas" em um período de emergência penal no combate às organizações de tipo mafioso.

Não se pretende nesta breve comparação aprofundar um complexo capítulo da história processual italiana que, mesmo na jurisprudência aferida dentro de um mesmo lapso temporal, apresentava-se discordante. De forma singela, podem ser destacadas duas posições mais relevantes por evidenciarem a matização referida acerca dos efeitos probatórios da *chiamata di correo* antes da edição da nova legislação de 1988. De um lado o posicionamento que admitia fundar uma declaração de culpabilidade em colaboração processual *nua*, aquela aferida apenas na sua credibilidade intrínseca, pela coerência e exatidão dos relatos.

No entanto, não é errôneo afirmar-se que a orientação majoritária foi de exigir, além da aferição intrínseca do relato e dos móveis do declarante, a aferição da credibilidade extrínseca, oriunda de elementos objetivos externos ao agente e que conferissem credibilidade às suas declarações. Esses elementos objetivos de confirmação caracterizam a denominada chamada de co-réu *vestida*.[11]

Essa singela referência histórica serve ao menos para se entender a importância da evolução da matéria da eficácia probatória da delação. O art. 192, § 3.º do novo Código de Processo italiano[12] consagrou legalmente o princípio assentado majoritariamente pela Corte de Cassação Italiana dispondo que as declarações realizadas pelo co-partícipe devem ser valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que lhes assegurem credibilidade.

O legislador italiano reconheceu uma presunção relativa de suspeição nas declarações dos arrependidos processuais,[13] na mesma linha que já vinha sendo adotada por doutrina e jurisprudência após a superação de posicionamentos condescendentes ao longo dos anos

11. Cuerda-Arnau, 1995, p. 223.

12. No art. 192, § 3.º, sob o título *Valutazione della prova*, consta: "As declarações realizadas por co-imputado do mesmo crime ou pelo sujeito imputado em procedimento conexo serão valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que confirmem sua credibilidade."

13. Conso, Giovanni; Grevi, Vittorio. *Profili del nuovo Códice di Procedura Penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 249.

oitenta no auge da utilização dos *pentiti* no combate às organizações mafiosas. A previsão legal de valoração conjunta da colaboração processual com outros elementos de prova significa que o juiz somente pode levar em consideração a *chiamata in correità* quando outros elementos probatórios tiverem sido adquiridos na atividade instrutória idôneos a confirmar a credibilidade da delação.

Trata-se de importante avanço legislativo ao inserir preceito inovador em torno do valor probatório do instituto jurídico da chamada de co-réu como regra de juízo, destinada primordialmente ao julgador, ao tratar de valoração de elemento de prova no âmbito atinente à formação do livre convencimento do juiz. A imposição ditada pelo legislador exigindo elementos objetivos externos à declaração do colaborador que confirmem sua fiabilidade reconhece a origem possivelmente interessada da cooperação processual, eliminando os riscos de condenações criminais embasadas tão-somente em colaboração de arrependido.

Ao mesmo tempo em que fez a opção pela *chiamata di correo* vestida, o texto legal retira a possibilidade de que as declarações do colaborador sejam reputadas como elementos probatórios inutilizáveis. Assim é que a colaboração processual é admitida no direito Italiano como elemento probatório, que no entanto não é suficiente por si só para superar a presunção de não-culpabilidade do acusado pelo reconhecimento da sua natureza suspeitosa; exigindo o legislador a corroboração por outros elementos externos que atribuam credibilidade às informações dos arrependidos.

O ordenamento jurídico da *Espanha* não possui dispositivo legal disciplinando a eficácia probatória das declarações do co-imputado com os fins de desvirtuar o direito constitucional à presunção de inocência; tampouco se pode considerar pródiga a jurisprudência em matéria de colaboradores arrependidos, ao contrário do que se referiu em relação à experiência italiana. Entre os principais motivos dessa relativa escassez nos precedentes espanhóis, segundo a doutrina, está nos requisitos legais para a obtenção do benefício da colaboração com a justiça, ou melhor, na rigorosidade das exigências legais.[14]

Há necessidade de prévia desvinculação voluntária do sujeito arrependido das atividades delitivas, o que importa em uma decisão interna e conseqüente atuação de colaboração antes da detenção ou da atuação policial. Além disso, há discricionariedade na concessão de prêmio aos

14. Benitez Ortuzar, Ignácio Francisco, op. cit., p. 116.

colaboradores; sendo que a decisão pela concessão ou não do benefício se dará por órgão judicial e fase processual distintos daqueles em que o colaborador reduziu a termos suas declarações, mesmo que o juízo tome em consideração a colaboração, pode ainda assim decidir pela não aplicação da atenuante em função, por exemplo, da gravidade do fato ou da culpabilidade do réu, sem que possa ser objeto de recurso de cassação ao Tribunal Supremo.[15]

Voltando ao cerne do estudo, os tribunais conduziram suas decisões sobre o valor das informações do co-partícipe no processo penal espanhol na linha da influência italiana, acolhendo a necessidade de ser efetuada uma valoração complexa das declarações delatórias, tanto do ponto de vista dos requisitos internos de veracidade e credibilidade, como exigindo amparo em algum elemento externo que corrobore minimamente seu conteúdo; a prova também precisa estar submetida ao contraditório no juízo oral, permitindo a confrontação do acusado no exercício do direito constitucional de defesa.[16]

Em linhas gerais, tanto doutrina como jurisprudência reconhecem que a declaração incriminatória de um co-imputado é prova constitucionalmente legítima a ser utilizada para imputação no processo penal, no entanto é inapta para se constituir como prova de acusação suficiente com força de enervar a presunção de inocência do acusado,

15. Idem, ibidem, p. 144.

16. Transcreve-se trecho do precedente STC 147/2004, de 13.09.2004, do Tribunal Constitucional: "de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, las declaraciones incriminatorias de los coimputados, cuya valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas". (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 15 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3; 155/2002, de 22 de junio, FJ 11; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3). Esto significa, en palabras de la STC 115/1998, que "antes de ese mínimo (de corroboración) no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia" (FJ 5). (<www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2004/STC2004-147.htm>)

pela natureza em tese suspeita das informações do colaborador.[17] Isso não significa dizer-se que há exigência de outros meios de prova para permitir a condenação; o que os Tribunais Constitucional e Supremo da Espanha exigem para afastar a presunção de inocência é que a declaração premiada tenha suporte em circunstâncias, fatos ou dados externos, ainda que periféricas, que avalizem a veracidade das informações, o que por certo somente pode ser aferido caso por caso.

1.1 Princípio da presunção de inocência

O pressuposto de alicerce do processo penal clássico está na afirmação garantística de que mesmo formalmente imputado o acusado é inocente, e como tal deve ser tratado pelos órgãos de persecução estatais enquanto não demonstrada a culpabilidade mediante o desenvolvimento dos atos no devido processo. Princípio que conforma o duplo significado de regra de juízo, ao impor a absolvição em caso de dúvida, e de regra de tratamento vedando medidas restritivas de liberdade que tenham caráter punitivo antes de afirmada a responsabilidade penal em decisão judicial definitiva.

O princípio da presunção de inocência foi elevado por Francesco Carrara a postulado fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo.[18] As provas a cargo do órgão de acusação devem ser capazes de superar a presunção de inocência do acusado, premissa que revela o grau de civilidade da sociedade impondo ao poder estatal atenção à dignidade do cidadão e respeito primário a sua liberdade e segurança; ficando expresso de antemão a relação indivíduo sociedade encampada na conformação do ordenamento jurídico.

Para os limites deste estudo, releva evidenciar a mais importante conseqüência do princípio da presunção de inocência que está na disci-

17. Garcia de Paz, Isabel Sánchez. (La Criminalidad Organizada. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales. Madrid: Dykinson S. L., 2005, p. 197-198. Diaz Pita, Maria Paula. Declaración inculpatoria del coimputado en el proceso penal. y derecho de presunción de inocencia: examen de su tratamiento jurisprudencial en españa en relación con la doctrina del TEDH. (<www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/PaulaDiaz.pdf>).

18. Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8. ed. Bari: Laterza, 2004, p. 560. Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência: princípios e garantias*. Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 123.

plina da prova no processo penal: detendo-se não apenas no aspecto formal já explanado de que se impõe ao acusador a comprovação da culpa do acusado; mas explicitando o alcance substancial do princípio ao requerer que a prova da culpabilidade para fins de formação de um juízo condenatório seja segura e induvidosa,[19] podendo-se dizer que há uma imposição de absolvição quando a responsabilidade penal do imputado não tenha sido verificada com certeza, fora de dúvida razoável.[20]

Isso significa que a culpa do acusado deve ficar demonstrada acima de desconfiança justa sem o que não se cogita de desvirtuamento do princípio da presunção de inocência.

Decorre do postulado uma exigência de qualificação nos elementos advindos da atividade probatória de incriminação e que precisam ficar destacados. Dizer-se apenas que a prova da culpabilidade do denunciado está a cargo da acusação pode não ser suficiente para se embasar a conclusão de que a colaboração processual não tem a força de, isoladamente, permitir ao julgador a formação de um juízo condenatório; e precisa ficar assentado como premissa, na tentativa de análise de problemas e censuras ao instituto, o fato de que a delação premiada nua não tem essa qualidade.

O entendimento da presunção de não-culpabilidade como princípio-garantia que impõe limites à atuação estatal, sendo um deles a exigência de que nenhuma condenação será proferida sem prova segura e induvidosa da culpa,[21] inserta qualidades na aferição da atividade probatória de incriminação que são a certeza e segurança da prova.

As declarações acusatórias de co-imputado arrependido serão avaliadas neste quadro delineado pelo postulado da presunção de inocência, e a esse meio de prova, pela sua especificidade anteriormente mencionada, não se poderá racionalmente conferir os atributos de certeza e segurança, pois as informações do colaborador advêm de pessoa interessada no processo. Daí porque se conclui que não há como se afirmar a responsabilidade penal de acusado, desvirtuando sua presunção de inocência, com base tão-somente em delação processual.

Pelo que está sendo exposto surge por certo a questão da convicção do julgador a ser desenvolvida no processo pela persuasão racional. Mas

19. Gomes Filho, Antonio Magalhães, op. cit., p. 131.

20. Maier, Julio B. J., op. cit., p. 493.

21. Gomes Filho, Antonio Magalhães, op. cit., p. 131.

o fato é que, referindo-se a Roxin,[22] a mera certeza subjetiva do juiz não é suficiente para dissipar a presunção de inocência do acusado quando o resultado objetivo da apreciação da prova não admita uma conclusão racional e convincente sobre a autoria do denunciado. Desse postulado garantidor, e é por isso que se diz garantista, infere-se que o julgador não está tão livre na formação do seu convencimento a ser exarado na decisão de condenação; a certeza pessoal do magistrado basta desde que ela possa ser demonstrada racional e objetivamente com base nos elementos de prova disponíveis no processo.[23]

Com base nesse correto entendimento superam-se várias críticas comumente feitas na doutrina no sentido de que a previsão normativa abstrata da colaboração premiada como meio de prova incriminatória já atentaria a garantias constitucionais básicas do acusado e a princípios basilares de valoração da prova;[24] o que não é acertado quando se reconhecem limitações substantivas na valoração dos elementos probatórios pelo julgador decorrentes do princípio da presunção da inocência. Para condenar, superando o postulado, o juiz deverá apresentar de forma

22. Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 104.

23. Jorge de Figueiredo Dias diz que a apreciação da prova com base na convicção do julgador há de ser, em concreto, recondutível a critérios objetivos, devendo ser, portanto, objetivável e motivada. *Direito processual penal*. reimpr. da 1. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 200-202.

24. Dentre outros: Mittermaier, C. J. A. *Tratado de la prueba em materia criminal*. 10. ed. Madrid: Reus, 1979, p. 293. Prado, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCrim* 13-159/10-12. São Paulo, fev. 2006. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda; Carvalho, Edward Rocha. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Jurídica* 344/91-99, ano 54. Porto Alegre, jun. 2006. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3, p. 276. Em sentido contrário, admitindo a utilização da delação premiada, entre outros: Silva, Eduardo Araújo da. Breves considerações sobre a colaboração processual na Lei 10.409/2002. *Boletim IBCCrim* 121, ano 10, dez. 2002. Akaowi, Fernando R. Vidal. Apontamentos sobre a delação. *RT* 707/430-432, ano 83. São Paulo: Ed. RT, set. 1999. Monte, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/1999, à luz dos princípios constitucionais. Rev. da *Ajuris* 26-82/234-248, Porto Alegre, jun. 2001. Azevedo, David Teixeira de. A colaboração Premiada num direito ético. *RT* 771/448-453. São Paulo: Ed. RT, jan. 2000.

racional e objetiva os elementos probatórios seguros e concludentes que levaram ao seu convencimento, e uma delação processual isolada, ainda que plenamente crível intrinsecamente, não preenche as exigências de certeza para superar a presunção constitucional de inocência.

Procurando reduzir-se um pouco a importância das conclusões particulares referidas à delação, tem-se que, superada a fase do sistema da prova legal, o raciocínio que vem sendo desenvolvido aplica-se a outros meios de prova no processo penal. É improvável, ou mesmo inadmissível, que um meio de prova isolado possa permitir uma conclusão segura e induvidosa sobre a culpabilidade do acusado. A doutrina comumente refere que não se há como embasar uma condenação em meio probatório único despido de qualquer outro elemento de prova, ou ao menos indício que permita uma aferição conjunta dos elementos probantes e a conclusão pela culpabilidade, ainda que se esteja diante de confissão detalhada e coerente.[25] Todas as provas, isoladamente, são relativas, e só o exame crítico do seu conjunto pode levar a uma razoável certeza, que jamais será a certeza ideal e absoluta, muito além da contingência humana,[26] mas será a certeza da condenação ou da absolvição.

O que precisa ficar manifesto é que em relação à colaboração processual, pela sua especificidade decorrente da origem interessada, deve-se afirmar a impossibilidade de sua adoção como elemento apartado de convencimento para fins de condenação criminal. Resta então apreciar, nos itens seguintes, os passos na análise da veracidade das declarações e alguns aspectos acerca das qualidades dos elementos de corroboração das declarações acusatórias do acusado aos efeitos da formação do convencimento do juiz.

2. Exigências para atribuir eficácia de colaboração processual às revelações de imputado

Em razão do exposto, é possível dizer-se que a mera previsão legal da utilização de colaboração premiada como instrumento de prova no processo penal, a par de discussões éticas, não viola princípios consti-

25. "Com o limite da unicidade, relativamente à confissão, nós não afirmamos senão que a confissão do acusado como única prova indicadora dele como réu, não é julgada suficiente para gerar legítima certeza" (Malatesta, 2005, p. 459).

26. Coelho, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 19.

tucionais de garantia do acusado ou regras processuais sobre aferição da prova. No aspecto processual, os problemas não estão na simples previsão normativa da cooperação pós-delitiva, mas sim na forma de sua efetiva utilização; portanto o mais relevante na matéria será a adequada aplicação do instituto com a observância de enunciados fundamentais que decorrem da particularidade desse meio de prova e de sua correlação com o princípio da presunção de inocência.

O que se fará adiante é uma tentativa de racionalização objetiva do que até então foi dito, transpondo a análise para uma correlação com hipóteses reais, no intuito eminentemente ilustrativo, pelas dificuldades naturais de se teorizar fazendo abstração do caso concreto.

2.1 A especificidade do objeto

A questão em análise no presente estudo não tem a complexidade ou grau de inovação que aparenta, o que se pretende é responder à seguinte indagação: quando se poderá conferir às declarações do colaborador a força de desfazer o direito fundamental à presunção de inocência do acusado no seio do processo.

Resumindo-se dessa forma, vê-se que nada mais é do que o cerne do tema da prova no processo penal, conhecido e tratado amplamente pela doutrina e jurisprudência. Novidade é a utilização do imputado como fonte probatória e técnica de investigação de um lado, e, ao mesmo tempo, instrumento de direito premial ao colaborador, com efeitos de atenuação ou remissão de pena.

O juízo de valor sobre os elementos de prova deve sempre ter por norte os princípios processuais básicos já conhecidos e conformados na doutrina. Na espécie, a especificidade do tema está no próprio objeto da valoração, que tem peculiaridades a ser consideradas pelo intérprete e influência sobre o juízo de valor.

Do ponto de vista técnico, é incorreto estender o tratamento jurídico do testemunho, da confissão, ou de qualquer outro meio de prova a esse tipo de declaração, sem cautelas prévias.[27] Isso porque não se está

27. É nesse sentido a observação de Diez no sentido de que a declaração de colaborador no processo penal não se pode considerar *stricto sensu* nem confissão e nem puro testemunho. "E isso basicamente porque a primeira requer que os fatos confessados prejudiquem a quem realiza a declaração e não a um terceiro (...). Mas, por outro lado, tampouco cabe a sua qualificação

diante de testemunho, qualificado como um terceiro alheio ao objeto do processo. Também não se está diante de confissão pura e simples; a sua natureza jurídica é diversa, havendo imputação de fatos a terceiros, portanto a valoração desse objeto de prova não pode desconsiderar essas circunstâncias a seguir explicitadas.

As declarações do colaborador advêm de pessoa interessada na solução do processo, e não se pode dizer que seja mero interesse extraprocessual como o que podem ter os familiares, amigos ou inimigos do imputado. O colaborador tem interesse, ao menos, na obtenção dos benefícios advindos do instituto, mas não se pode descartar também a provável existência de circunstâncias advindas das próprias relações internas entre os membros de uma quadrilha ou organização criminosa que estão em julgamento e que influam sobre os móveis do arrependido.

Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova, e que será aprofundado mais adiante, é a necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos objetivos e externos ao instituto. Significa que, como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só.

Outra inferência da particular tipicidade da delação está em que o delator não deve, e não pode, submeter-se ao compromisso legal de dizer a verdade sob pena de crime de falso testemunho: não porque tenha o direito constitucional ao silêncio, uma vez que renunciou a ele expressamente ao fazer a opção pelos benefícios da colaboração premiada, que exige do beneficiário a confissão integral de todos os fatos em que participou; mas sim por ser sujeito interessado no objeto do processo.

Questão também importante é a necessidade de confrontação do colaborador com a defesa do acusado. Uma das exigências para se conferir valor probatório às declarações do delator no processo, desfazendo o direito à presunção de inocência do acusado, é a necessidade de se submeter esse elemento de prova ao contraditório. É necessário trazer ao processo as declarações reveladoras do beneficiário da delação, permitindo que a defesa do acusado produza prova em contrário no

como pura prova testemunhal, já que o genuíno testemunho é o que procede de uma verdadeira testemunha, quer dizer, de um terceiro alheio ao objeto do processo, e não de quem é um imputado nele e, portanto, sujeito interessado" (QUINTANAR DIEZ, Manuel. *La Justicia Y...*, p. 315). No mesmo sentido: ORTÚZAR, Ignácio Francisco Benítez. *El colaborador...*, p. 176.

curso do procedimento. Sem isso, a colaboração premiada não pode ter o efeito de afastar a presunção de inocência.[28]

No que pertine a essa questão da preservação do contraditório, o colaborador terá que depor em juízo confirmando as suas declarações para ter direito ao grau de benefício mais elevado, alcançando até o perdão judicial. Mas, e é aqui aonde se queria chegar, o colaborador será submetido às perguntas da defesa e não poderá se esconder atrás da proteção do direito ao silêncio, pela renúncia que fez no caso concreto.

No entanto, pelo fato de não estar compromissado a dizer a verdade, em virtude da condição *sui generis* de interessado no objeto do processo, a sua recusa em responder às perguntas da defesa terá efeitos sobre a medida dos elementos de corroboração que o magistrado deverá levar em consideração ao aferir a prova de incriminação destinada a desfazer a presunção de inocência, além, é claro, de poder refletir no grau de redução da pena ao delator.

Por certo que as perguntas da defesa às quais o delator negou-se a responder terão que ter pertinência com o objeto da apuração, e das informações prestadas pelo declarante, destinando-se a afastar a imputação feita pelo colaborador; do contrário bastaria que a defesa fizesse uma série de indagações sem pertinência direta com o objeto da delação concreta ao defendente para retirar efeitos da colaboração processual ante o silêncio do delator. Caberá ao juiz, no caso concreto, aferir essas circunstâncias e a recusa do colaborador em responder, para extrair os efeitos daí advindos à força probante da delação e ao prêmio ao colaborador.

O que importa neste momento é deixar claro que a especificidade deste meio de prova faz com que o colaborador não possa ser obrigado a responder a todas as perguntas formuladas pela defesa, pois não estará

28. Isso porque não se está tratando aqui da colaboração meramente investigativa, que tem a característica mais próxima da *notitia criminis*, caso em que as revelações são tão-somente realizadas perante o membro do ministério público antes do procedimento penal, tendo apenas a finalidade investigativa, servindo para que os órgãos de repressão sejam hauridos com elementos para o aprofundamento de investigações destinadas a desbaratar quadrilha ou organização criminosa, conforme o art. 6.º da Lei 9.034/1995. Nesses casos, o grau de benefício ao colaborador será reduzido, pois não servirá como prova de acusação no processo penal, a contra-conduta ficará restrita a permitir que a autoridade policial aprofunde investigação para embasar futuro processo penal.

compromissado a dizer a verdade no processo. No entanto, reafirme-se que quanto mais o arrependido processual se calar, evitando as perguntas da defesa, maior terão que ser os elementos de corroboração exigidos para conferir eficácia probatória à colaboração premiada. A valoração das informações do arrependido processual é complexa, depende de dados de confirmação, e o contraditório é garantido pela oitiva do colaborador em juízo, mas principalmente pela possibilidade que se deve conferir à defesa de produzir provas que retirem a credibilidade do informante.

Resumindo, a especificidade deste meio de prova é intrínseca ao fato de não se tratar de informações oriundas de pessoa desinteressada e distante do objeto do processo, portanto não serve para, isoladamente, embasar decreto condenatório; não se deve tomar o compromisso de dizer a verdade do delator, que não se confunde com testemunha, resultando que ele não estará obrigado a responder a todas as perguntas da defesa.

2.2 *Aferição interna*

Ficou já assente que a presunção de inocência tem função de dupla garantia como regra de juízo e como regra de tratamento do investigado, atuando mesmo antes do início do procedimento penal ao restringir as possibilidades de limitação dos direitos individuais do suspeito, e exigir que o início formal das investigações se embase em *notitia criminis* minimamente razoável.

Procedida uma atuação de natureza colaborativa perante autoridade policial, a primeira providência é a imediata imposição de sigilo sobre o procedimento e então submetê-lo a intervenção do ministério público para acompanhar as revelações do suposto arrependido processual. O sigilo não se destina somente a evitar prejuízos às futuras investigações, mas principalmente, devido ao momento preliminar, preservar a dignidade do acusado e a segurança do acusador ante um depoimento, por ora, com a nota de delação somente. A atuação do agente fiscal por indispensável como órgão de fiscalização e tutela inicial da correção do procedimento, uma vez que o acusado deverá confirmar sua participação abrindo mão de seus direitos constitucionais ao silêncio e a não produzir prova contra si mesmo.

Ao ministério público cabe a tarefa inicial de sondar a presença de coerência interna nas declarações. A análise primeira do intérprete diante de acusação desse gênero será o próprio relato feito pelo pretenso colaborador, avaliando de forma crítica se as declarações reúnem os

requisitos mínimos de veracidade e início de credibilidade; se o relato é ao menos aceitável no aspecto de razoabilidade e de coerência interna, conclusão provisória que se pode extrair tendo por base a seqüência lógica dos fatos revelados.

O delator precisa fornecer dados objetivos, consistentes em detalhes da atividade criminal declarada e que possam ser aferíveis *prima facie* como verossímeis e dignos de razoável aceitação nos primeiros contatos com os órgãos de investigação. Ausente isso, verificando-se que se trata de mera acusação genérica despida de relato pormenorizado e elementos concretos passíveis de futura comprovação, não se há que dar procedimento pela manifesta falsidade ou insubsistência objetiva do relato, que não possui o intuito colaborativo, mas sim propósitos distintos que podem ir desde vingança até a tentativa de desviar o rumo das investigações, passando pelo simples interesse em auferir benefícios procedimentais.

Lembre-se que não se está diante de terceiro alheio aos fatos do processo, o que fica esclarecido ao se afirmar a especificidade do objeto. Aqui a lembrança é menos pela ausência de imparcialidade no depoente, mas para destacar a circunstância de que o declarante é um dos co-autores do fato investigado, ou ao menos membro ou colaborador da quadrilha ou organização criminosa. Essa posição privilegiada, numa comparação com pessoa neutra e apartada do cometimento dos delitos, permite inevitavelmente ao colaborador processual o conhecimento interno de alguma situação objetiva, ainda que restrita, embasada em dados e elementos concretos presenciados pelo agente, os quais devem ser explicitados e detalhados já nos contatos iniciais, para permitir a avaliação desses requisitos internos de procedibilidade da colaboração. Ainda que o informante tenha tido atuação esporádica ou mínima na atividade delituosa, poderá esclarecer a natureza de sua participação e todos os detalhes concretos que lhe permitiram o conhecimento sobre os fatos declarados ao órgãos de persecução penal.

Por isso o agente ministerial deve exigir, nas primeiras entrevistas com o declarante, uma descrição razoavelmente especificada, não se conformando com meras alegações genéricas, e submetendo a avaliação inicial da vontade de colaborar do declarante à descrição de situações concretas que tenha vivenciado e sejam indicativas da seriedade e verossimilhança interna do relato, sem o que não se dará procedimento.

No que diz respeito a denunciantes em geral, exige-se que a denúncia seja minimamente fundada para o início de procedimento

investigativo; em relação ao candidato a colaborador processual somente isso não basta, pois se deve passar de um plano abstrato no relato objeto da aferição para um início de explicitação de dados concretos ou concretizáveis, consistentes de situações que tenham ocorrido e que possam ser aferíveis nos seus dados indicativos da realidade pelos contatos que o denunciante teve com os agentes revelados.

Passa por essa análise primária a aferição também da personalidade do sujeito colaborador e das relações que precedentemente manteve com os co-partícipes delatados.[29] Nota-se que essa aferição é inerente a qualquer avaliação séria que se pretenda sobre os meios de prova existentes no processo; até mesmo a confissão para ser passível de gerar efeitos perante o confitente deverá estar dotada de coerência interna, lógica narrativa e de atenção sobre as razões internas da confissão. Por esse motivos, faz-se apenas a referência ao ponto de partida da análise.

Trata-se de um primeiro filtro, para então dar-se prosseguimento com a investigação da existência de indícios racionais de criminalidade e assunção judicial plena da imputação. Cuerda Arnau chama esse primeiro controle de "atendibilidade intrínseca" da declaração,[30] o qual servirá apenas para que se iniciem os atos investigativos destinados a busca de elementos de corroboração que possam confirmar as informações.

Conseqüência dessa premissa é que simples declaração acusatória de pretenso colaborador da justiça não pode ter ainda nenhum efeito de restrição sobre direitos do acusado que não se relacionem estritamente com atos de investigação, ou seja, com o início de uma pesquisa investigativa com vistas a colher indícios mínimos de veracidade. Não se pode embasar nenhuma medida cautelar restritiva sobre o imputado sem que se tomem as medidas necessárias a indicar a provável veracidade da delação.

A conclusão pela credibilidade interna da declaração autoriza somente a assunção da vontade séria do declarante de colaborar, com vistas a iniciar a busca de elementos externos de corroboração. Antes disso não se há como pretender embasar uma prisão cautelar apenas com base nas declarações; a suspeita que nasce da declaração a qual se conferiu credibilidade interna não é indício racional suficiente de autoria para embasar uma prisão preventiva, serve apenas para se atribuir a condição de investigado pela admissão inicial da denúncia.

29. Benitez Ortuzar, Ignácio Francisco, op. cit., p. 178.

30. Op. cit., p. 612.

Há necessidade da presença de algum elemento externo às declarações do colaborador que indiquem a sua veracidade, pois a presunção de inocência como regra de tratamento atua mesmo antes do início do processo penal e restringe as possibilidades de atuação sobre a liberdade do investigado.

2.3 *Aferição externa*

O exame da presença de elementos de corroboração extrínsecos às declarações de arrependido é a mais importante exigência na aferição da matéria, não apenas por ser a condição que faz da colaboração premiada um meio de prova peculiar,[31] mas principalmente, seguindo-se na coerência interna da exposição, por se tratar do requisito primordial na preservação da garantia constitucional da presunção de inocência na sua projeção de impedir a condenação de acusado somente com base em delação não fortalecida em dados externos.

O interesse da análise sobreleva ante a complexidade de se delimitar com precisão o conteúdo desse requisito. Partindo-se da premissa de que é necessário algum elemento exterior à colaboração processual que lhe ateste a veracidade suficiente para embasar um juízo condenatório, somente na casuística é que se poderá determinar a existência ou não dessa mínima corroboração.[32] E não é somente a natureza dos dados corroborativos que será relevante definir: isto é, se determinado elemento é de fato, pelas circunstâncias do caso concreto, confirmador da veracidade da acusação. Também sofrerá variantes a quantidade dos elementos externos que deverão concorrer no evento para conferir credibilidade à declaração.

Assim, no exemplo de se concluir que a personalidade do colaborador, ou eventuais relações precedentes que teve com os imputados, reduzem *ab initio* a confiabilidade das suas informações, tal constatação deverá ter influência sobre a quantidade dos dados externos que devem concorrer para se dar crédito à denunciação. Diferente, por óbvio, das hipóteses em que inexistam quaisquer relações anteriores pessoais ou profissionais entre denunciante e denunciado.

Não se pode afastar também a hipótese de a colaboração trazer, em um primeiro momento, efeitos de aparente convencimento mais contundentes até que uma informação de testemunha. Embora a ausência do

31. MITTERMAIER denomina de "prova composta", ob. cit., p. 293.

32. BENITEZ ORTUZAR, Ignácio Francisco, op. cit., p. 177.

dever de dizer a verdade os diferenciem, assim como o interesse na solução do caso que o colaborador tem e o testigo não, revelado pelo móvel de obter vantagens no âmbito de punição; o colaborador normalmente tem, em razão de, por exemplo, ter feito parte da preparação ou execução do delito, ou da própria associação criminosa, a possibilidade de prestar esclarecimentos mais detalhados e completos que um terceiro imparcial.[33] Essa circunstância não é definitiva na análise, pois não deixa de se estar apenas diante da inaugural aferição interna, mas poderá também influir na quantidade ou qualidade dos elementos externos de corroboração.

Nesse quadro, como diretriz basilar, não se pode exigir que os elementos de corroboração objetivos sejam de entidade suficiente a constituir prova por si mesmos da culpabilidade do imputado, pois do contrário a discussão sobre o valor probatório da colaboração processual, e o próprio instituto em si, seriam carentes de sentido. Não se pode partir de uma idéia que torne a norma da declaração premiada despida de conteúdo preceptivo, sem razão de ser; a interpretação deve considerar o princípio da conservação dos enunciados. Aceitando-se a posição de que os dados de confirmação devem ter aptidão para servir por si mesmos como meio de prova da responsabilidade penal do acusado, a disposição perderia sentido, porque nesse caso seria possível prescindir antecipadamente das declarações em questão.[34]

Os elementos de confirmação da declaração premiada podem se constituir de provas ou indícios, ou seja, dados fáticos autônomos cuja correlação lógica com a declaração acusatória reforce sua credibilidade. Relevante é que os elementos de corroboração sejam idôneos aos efeitos de constituir verificação da credibilidade dos fatos revelados pelo colaborador, mais do que constituir prova direta dos fatos declarados.[35] Não há uma restrição quanto à natureza dos dados confirmativos, podendo se constituir em outras declarações e documentos, ou mesmo em dados objetivos ou fatos confirmados que sirvam para conferir confiabilidade à narrativa do declarante.

Duas conclusões importantes podem ser extraídas das idéias acima expostas: suportes lógicos derivados da inferência indiciária são admissí-

33. Embora seja importante recordar a advertência de Ruga Riva (2002, p. 213) de que, como princípio geral o testemunho de um só sujeito é suficiente para condenar. Somente a delação, sem elementos externos, não.

34. Quintanar Diez, Manuel, 1996, p. 170; Cuerda-Arnau, 1995, p. 291.

35. Quintanar Diez, Manuel, 1996, p. 171.

veis como elementos de corroboração; e desses dados deve-se exigir que confirmem a veracidade da delação processual e não, obrigatoriamente, dos fatos imputados ao acusado. O mesmo se diga em relação a documentos ou testemunhas que venham a corroborar as informações do denunciante, o que se deve exigir é que esses elementos de prova digam respeito ao que foi relatado na delação processual, não importando para esse efeito que não se refiram ao fato criminoso em si.

Assim sendo, a comprovação dos fatos delituosos ou da responsabilidade criminal dos sujeitos chamados em causa pelos denominados arrependidos processuais resultará do conteúdo da colaboração processual vestida, corroborada por elementos extrínsecos, e não desses dados externos isoladamente considerados. Conforme referido, se esses subsídios exteriores de confirmação demonstrassem por si mesmos os fatos imputados, como típicos elementos de prova da acusação, não haveria nenhum sentido em se recorrer à delação processual, que sequer necessitaria ser referida pelo ministério público ou pelo julgador para embasar uma acusação ou juízo condenatório. Tais dados não devem necessariamente referir-se ao *thema probandum*; devem sim servir para confirmar a credibilidade da colaboração.

Busca-se exemplo para melhor aclarar a questão. Colaborador preso em flagrante quando tentava embarcar com drogas para a Europa revelou a existência de uma organização criminosa cuja finalidade seria a de traficar entorpecentes para o exterior. Referiu que foi contratado por membros da organização para transportar a substância camuflada na sua bagagem, a qual veio a ser apreendida no aeroporto. Informou ainda aos órgãos de repressão o nome do proprietário dos tóxicos, ou seja, a pessoa que lhe contratou e forneceu as passagens aéreas e dinheiro da viagem. A confirmação do relato do arrependido processual em juízo embasou-se em declaração de empregado da agência de turismo, na qual os bilhetes aéreos foram adquiridos, ratificando que as passagens do colaborador foram compradas no cadastro do agente delatado, conforme efetuado em outras oportunidades, tendo inclusive apresentado o recibo do pagamento da passagem em nome do acusado revelado pelo colaborador. Outro elemento corroborativo deu conta de que no dia do embarque do transportador houve contatos telefônicos entre colaborador e acusado momentos antes do deslocamento para o aeroporto.[36]

36. TRF-4, ACR 2005.72.00.007063-8, 8.ª T., rel. Élcio Pinheiro de Castro, *DJ* 06.09.2006.

Caso se exigisse que a corroboração da delação dependeria de outros meios de prova sobre os próprios fatos imputados ao delatado, seria necessário que alguma testemunha confirmasse a propriedade da droga como sendo do chamado em causa pelo arrependido, ou declarasse que constatou o repasse das substâncias do agente para o colaborador; ou então que uma escuta telefônica atestasse a ligação entre os agentes acertando detalhes do transporte; enfim, algum elemento de prova que ligasse diretamente o agente revelado pelo colaborador com a droga apreendida. Nesse caso, não haveria necessidade de se utilizar o instituto da colaboração premiada, pois os demais elementos de prova seriam suficientes para a imputação do fato. Por isso é que se reconheceu no processo a culpabilidade do acusado com base na delação premiada fortalecida pelos demais elementos de confirmação.

A importância da colaboração surge exatamente nas situações em que os órgãos de persecução penal não lograram obter suporte probatório suficiente para demonstrar a responsabilidade de investigado pelo cometimento dos fatos ilícitos, o que é muito comum quando se trata de criminalidade organizada, compartimentada na sua estruturação e na execução dos atos delituosos, ou então nos casos em que os organizadores e financiadores do crime não têm nenhum contato com o objeto delitivo ou a execução do fato, o que é corrente nos delitos de tráfico de drogas ou de contrabando e descaminho, nos quais o transportador, conhecido popularmente como *mula*, é quem realiza os atos de execução.

Por isso se diz que os dados de corroboração devem se relacionar com os fatos relatados pelo colaborador, permitindo que se ateste a credibilidade extrínseca de suas declarações acusatórias, firmando-se a suficiência da colaboração processual vestida, meio de prova composto, para enervar o princípio da presunção de inocência.

Outro ponto importante está em que a verificação da credibilidade da colaboração não pode se resumir somente à reconstrução objetiva do fato, deve também permitir que se qualifique a forma de participação de cada acusado singularmente, indicando de que maneira o agente delatado colaborou efetivamente para a prática do fato delituoso. Os elementos de corroboração devem alcançar a conduta que o agente revelado cometeu na organização criminosa ou no delito em análise, outorgando confiabilidade aos relatos do colaborador que individualizam a forma de participação do delatado. Não há, no entanto, necessidade de corroboração de cada detalhe singular das informações, mas sim do conjunto revelado pelo agente, com a advertência acima quanto à individualização das condutas.

Questão que gera controvérsia na doutrina é a possibilidade de colaboração processual posterior servir como elemento de corroboração de delação anterior. Em tese poderia ser admitido desde que as colaborações tenham vindo a conhecimento dos órgãos de acusação de modo independente e em procedimentos separados, em circunstâncias tais que se excluiria os riscos de acordos falsos ou de recíprocas interferências entre os colaboradores.[37] Mas, como regra geral, dever-se-ia exigir que ao menos uma dessas declarações esteja corroborada por dados externos distintos aos arrependidos, o que pareceu ser a intenção do legislador italiano ao exigir que a valoração da delação deva ocorrer com outros elementos que lhe atestem a veracidade, entendendo-se outros como distintos.

Conforme já referido acima, uma das exigências para se conferir valor probatório às declarações do delator no processo, desfazendo o direito à presunção de inocência do acusado, é a necessidade de se submeter esse elemento de prova ao contraditório. É necessário trazer ao processo as declarações reveladoras do beneficiário da delação, permitindo que a defesa do acusado produza prova em contrário no curso do procedimento. Sem isso, a colaboração premiada não pode ter o efeito de afastar a presunção de inocência.

3. Conclusão

A exigência de corroboração externa para se conferir crédito à cooperação pós-delitiva traz ao menos duas conseqüências muito importantes para a preservação dos direitos do acusado e que, portanto, merecem especial destaque. A primeira é que o magistrado deve apresentar fundamentadamente o seu convencimento em torno da credibilidade da declaração de arrependido processual; e, por segundo, essa justificativa não pode estar limitada somente a aspectos internos da colaboração, deve estar acompanhada de menção a elementos objetivos exteriores à delação.

Talvez sejam as mais relevantes afirmações, pois são o limite da preservação da presunção de inocência: fundamentar a credibilidade da colaboração processual com base em elementos objetivos externos. Não é

37. Essa é a posição de Ruga Riva (2002, p. 217). No entanto há posicionamentos em contrário como de Quintanar Diez (1996, p. 173). Cuerda-Arnau (1995, p. 653) não se posiciona, apenas refere-se à existência da controvérsia doutrinal.

suficiente na garantia dos princípios constitucionais-processuais afirmar que a acusação oriunda de co-autor é lógica, espontânea, constante, coerente, detalhada etc. É preciso a referência à mínima corroboração por dados concretos, externos e objetivos que embasem a confiança do relato.

De qualquer forma, sempre haverá um limite nessa análise objetiva, quando se dirá que o desfecho do problema apresentado depende do caso concreto; a limitação de se teorizar fazendo abstração do caso concreto é exatamente o evento real, efetivo, sem o qual não é possível uma conclusão.

O que se pretendeu foi traçar alguns parâmetros, mais do que discutir teses, para que a análise acerca da colaboração processual (delação premiada) não seja leiga ou meramente intuitiva. Ainda que se tenha de recorrer a regras de experiência, as matizes e zona de atuação do intérprete do evento concreto devem estar o mais possível claras e delineadas, formando-se os fundamentos teóricos a orientar as conclusões sobre o caso concreto, como garantia de não se desnaturar o instituto, e, principalmente, como salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado.

Bibliografia

Amadio, Ennio. Pentiti nella common law. *Revista di Diritto e Procedura Penale* 29. Milão, 1986.

Borinsky, Mariano H. e Anitua, Gabriel Ignacio. Principios de legalidad y de oportunidad en los sistemas procesales penales europeos. *Sistemas Procesales Penales Comparados*. Hendler, Edmundo S. (dir.). Buenos Aires: Ad Hoc 1999, p. 447-448.

Cuerda-Arnau, Maria Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

Da Silva, Eduardo Araújo. Breves considerações sobre a colaboração processual na Lei 10.409/2002. *Boletim IBCCrim* 121, ano 10, dez. 2002.

Diez, Manuel Quintanar. *La justicia penal y los denominados arrependidos*. Madrid: Edersa, 1996.

Edwards, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

García de Paz, Isabel Sánchez. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson S.L., 2005.

Guimarães, Isaac Sabbá. *Tóxicos. Comentários, jurisprudência e prática (à luz das Leis 10.409/2002 e 6.368/1976)*. 4. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. *RBCCrim* 27, ano 7. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____ et alii. *Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1997.

JESUS, Damásio de. Estágios Aatuais da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. *Revista Justiça e Cidadania* 64. Rio de Janeiro: Justiça e Cidadania, nov. 2005.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Apontamento sobre política criminal. *RT* 678. São Paulo: Ed. RT, 1992.

MONTOYA, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ORTÚZAR, Ignácio Francisco Benítez. *El colaborador con la justicia, aspectos sustantivos, procesales y penitenciários derivados de la conducta Del arrepentido*. Madrid: Dykinson S.L., 2004.

PASTRANA, Ángel Tinoco. *Fundamentos del sistema judicial penal en el common law*. Sevilla: LAEL/Universidade de Sevilla, 2001.

RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milão: Giuffrè, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

III Crime e Sociedade

1
O homicídio e a dádiva: um exemplo de distanciamento entre antropologia e direito

Bruno Shimizu

Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP.

Área do Direito: Penal-Processo Penal; Antropologia

Resumo: O presente trabalho discute uma das principais diferenças entre a linguagem utilizada pelo Direito e pela Antropologia. A linguagem do Direito deve garantir a decidibilidade, de modo que ela se vale da reconstrução da realidade social a fim de permitir a aplicabilidade do modelo legal ao caso concreto. A linguagem da Antropologia, por outro lado, pretende capturar a realidade, que tende a ser ilimitada. Tal distanciamento é exemplificado pelo cotejo entre dois casos concretos, envolvendo processos judiciais de crimes de homicídios motivados por bens de pequeno valor, e a teoria trazida à luz por Marcel Mauss em *Ensaio sobre a dádiva*.

Palavras-chave: Antropologia jurídica – Homicídio – Dádiva – Fato social total – Linguagem jurídica.

Abstract: This paper discusses one of the main differences between the languages used by Law and Anthropology. The language of Law must guarantee decidability, so as to reconstruct the social reality to allow the application of the legal model to the concrete case. The language of Anthropology, on the other hand, intends to capture reality, which tends to be unlimited. The main difference can be exemplified by the comparison between two real legal homicide lawsuits, which were motivated by assets of little worth, and the theory brought to light by Marcel Mauss's *Essay on the gift*.

Keywords: Legal anthropology – Homicide – Gift – Total social fact – Legal language.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A qualificadora do motivo fútil no homicídio – 2. A dádiva – 3. Dois casos concretos – 4. Conclusões – Bibliografia.

"O homem moderno chama a isso sentimentalismo; já não ama as coisas inanimadas, nem mesmo ao seu mais sagrado objeto, seu automóvel, que está sempre querendo trocar por outro mais novo. O homem moderno é enérgico, capaz, são, frio e rígido – um tipo excelente, que será um milagre de eficiência na próxima guerra."
(Hermann Hesse. O lobo da estepe)

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é proceder a uma breve análise de um distanciamento havido entre as ciências jurídicas e sociais, especialmente no que diz respeito à necessidade de reconstrução da realidade, no âmbito do Direito, a fim de que se garanta a *decidibilidade*.

Para tanto, pretende-se explorar um exemplo peculiar e específico de desarmonia entre os saberes, envolvendo a análise da imputação da circunstância qualificadora do motivo fútil nos crimes de homicídio, à luz da teoria preconizada por Marcel Mauss em *Ensaio sobre a dádiva* (2003).

1. A QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL NO HOMICÍDIO

Dispõe o inc. II do § 2.º do art. 121 do CP brasileiro que será qualificado o homicídio cometido por motivo fútil. Desse modo, caso reputado fútil o motivo pelo órgão julgador, o preceito secundário do tipo penal se altera, com substancial aumento do máximo e do mínimo legais cominados de pena.

De acordo com Hungria, o principal autor do Código Penal de 1940, "o motivo é fútil quando notavelmente *desproporcionado* ou *inadequado*, do ponto de vista do *homo medius* e em relação ao crime de que se trata" (1953, p. 159). No mesmo sentido, Bártoli e Panzeri (2007, p. 631) asseveram ser fútil o motivo banal, insignificante, desproporcional.

Não raro, entende-se perfazer a previsão legal da majorante o motivo relativo a dívidas de pequeno valor ou a disputas envolvendo bens materiais de valor irrisório. A título exemplificativo, transcreve-se trecho de recente julgado do TJSP:

"Por outro lado, matar alguém por inexpressiva dívida econômica, como consta que ocorreu na espécie, qualifica o homicídio pela flagrante desproporção entre o motivo pequeno, mesquinho e fútil que impulsiona o agente e a gravidade da reação desencadeada" (TJSP, ApCrim 360.955.3/5-00, 13.ª Câm. Crim., j. 29.05.2008, rel. Renê Ricupero).

No que diz respeito ao motivo vinculado a bens ou dívidas, o critério para a averiguação da futilidade é, invariavelmente, o valor econômico da coisa. Valores pessoais atribuídos à coisa ou ao contexto social em que as trocas e compromissos são celebrados ficam à margem da apreciação do juízo. A doutrina mais tradicionalista, aliás, chega a afirmar que "a futilidade da motivação deve ser apreciada sob um caráter eminentemente objetivo, e não de acordo com o ponto de vista do réu" (Mirabete, 2005, p. 71).

É justamente nesse ponto que se faz pertinente trazer à baila algumas considerações sobre o sistema de dádivas, sobre o qual se debruçou Marcel Mauss (2003).

2. A DÁDIVA

Em *Ensaio sobre a dádiva*, Mauss (2003) dedica-se à descrição e ao estudo de dados colhidos por etnografistas sobre as relações de troca e de reciprocidade entre povos nativos da Melanésia, da Polinésia e do Noroeste Americano. Dedica-se, ainda, ao estudo de estatutos jurídicos antigos de diversos outros povos.

Seguindo um método comparativo, Mauss concluiu que várias sociedades, às quais eram desconhecidas as categorias do contrato e do comércio, realizavam suas trocas desde uma perspectiva bastante diferente da reinante na sociedade ocidental eurocêntrica. Nas sociedades estudadas por Mauss, haveria sistemas de trocas em que as prestações são simultaneamente espontâneas e obrigatórias, gratuitas e interessadas.

Nesses sistemas de reciprocidade, os bens trocados e os serviços prestados são sentidos como presentes que, no entanto, criam naquele que recebe a obrigação de retribuir. Desse modo, a sociabilidade dos povos estudados funda-se no tripé "dar, receber e retribuir". A dádiva é "o que se deve fazer, o que se deve receber e o que, no entanto, é perigoso tomar", sendo que a "coisa dada forma um vínculo bilateral e irrevogável" (Mauss, 2003, p. 286).

Avançando em suas conclusões, Mauss percebe que os sistemas de dádivas criam sociabilidades, o que se funda na crença de que "dar

e receber implica não só uma troca material, mas também uma troca espiritual, uma comunicação de almas" (Lanna, 2000, p. 176). Aquele que dá algo seu dá também algo de si. As trocas, nessas sociedades, são o que garante a própria coesão social.[1]

Baseado nisso, Lanna (2000) chega a afirmar que a teoria maussiana inaugura um tipo alternativo de explicação contratualista para a formação das sociedades. Se para Hobbes (2002) a origem das sociedades estaria na abstração racional do contrato, em que os homens abdicam de parcela de sua liberdade em benefício da própria segurança, Mauss traz essa abordagem a um nível concreto, apontando "a circulação de valores como momento do estabelecimento do contrato social" (Lanna, 2000).

Tal constatação, contudo, não pode ser confundida com uma análise economicista da sociedade. A dádiva difere da idéia de contrato por ser uma categoria que extrapola a esfera econômico-jurídica. A leitura maussiana, aliás, pretende-se totalizante, negando as separações que a cultura ocidental faz entre as diversas esferas da vida social. Não se pode, sob pena de impossibilidade de compreensão da realidade social, pretender entender uma determinada realidade econômica sem a consideração das esferas que a circundam, como a jurídica, a política, a religiosa, a estética e a morfológica. Cada fato social, portanto, é parte de um todo, sendo que "cada instância analítica só é realmente compreensível por meio de sua remessa à totalidade" (Brumana, 1983, p. 16).

Em *Ensaio sobre a dádiva*, Mauss (2003) elabora definitivamente o conceito de *fato social total*, que seria uma de suas maiores contribuições às ciências sociais e um "conceito-chave" para o entendimento de sua obra (Oliveira, 1979).

Os sistemas de dádivas nas sociedades estudadas, longe de serem fatos sociais circunscritos ao âmbito de investigação da "economia dos povos nativos", apresentam-se como fatos complexos, onde várias instituições e esferas se misturam e onde os povos representam e atribuem significado a várias facetas de sua vida social. As trocas possuem significados muito maiores que a simples satisfação de necessidades materiais

1. Brumana (1983), ao comentar a obra de Mauss, chega a conclusões bastante similares, enxergando o princípio da reciprocidade – alçado à categoria de "princípio sintético universal" (p. 78) – como fundamento de toda sociedade. Segundo Brumana: "O que parece dizer Mauss, num extremo não expresso, é que, se existe sociedade, é porque existe um princípio operante, o princípio da reciprocidade" (p. 84).

entre as partes. O melhor exemplo dessa dimensão de significados é, sem dúvida, o *potlach*: um sistema de prestações totais, identificado inicialmente por Mauss (2003) entre os nativos do noroeste americano, marcado pelo seu caráter agonístico. No *potlach* norte-americano, os líderes demonstram rivalidade, sendo a circulação dos bens um modo de demonstração de riqueza perante o oponente. Em seu auge, o *potlach* envolve a destruição de bens valiosos – como tecidos e óleo de baleia –, que são queimados para que se mostre ao rival a riqueza de sua própria comunidade. Impossível não enxergar as implicações políticas, morais e estéticas dessa prática também econômica.

Assim pronunciou-se Mauss sobre esse caráter geral da dádiva:

"Nesses fenômenos sociais 'totais', como nos propomos chamá-los, exprimem-se, de uma só vez, as mais diversas instituições: religiosas, jurídicas e morais – estas sendo políticas e familiares ao mesmo tempo –; econômicas – estas supondo formas particulares da produção e do consumo, ou melhor, do fornecimento e da distribuição –; sem contar os fenômenos estéticos em que resultam esses fatos e os fenômenos morfológicos que essas instituições manifestam" (2003, p. 187).

O caráter tradicional e místico de que se revestem certas formas de troca, aliás, é sobejamente apontado por Mauss. De acordo com a tradição maori, as próprias coisas trocadas seriam imbuídas de um espírito, chamado *hau*. O *hau* dá à coisa uma espécie de vontade de circulação, de modo que a circulação faz parte de sua própria natureza.[2] O espírito da coisa, por outro lado, também se vinga daquele que a retém indevidamente: "É esse *hau* que vinga o roubado, que se apodera do ladrão, o enfeitiça, o conduz à morte ou o obriga à restituição" (Mauss, 2003, p. 199).

A morte, aliás, é apontada diversas vezes como uma conseqüência possível da quebra do sistema de dádivas. Isso porque às coisas é atribuído um poder mágico que emana de sua própria natureza e da natureza de seu proprietário. A coisa é sentida como um veículo do

2. Apesar do conceito de *hau* ser de origem maori, Mauss encontrou em diversas das sociedades estudadas a idéia de que as trocas são conseqüência da própria natureza do bem. Sobre o alimento na visão dos povos hindus antigos; por exemplo, Mauss afirma: "É da natureza do alimento ser partilhado; não dividi-lo com outrem é 'matar sua essência', é destruí-lo para si e para os outros" (2003, p. 282).

mana de seu proprietário, sendo esse *mana*, também na tradição maori, uma força mágica, religiosa e espiritual da pessoa. Sobre essa idéia, Mauss afirma:

"(...) aceitar alguma coisa de alguém é aceitar algo de sua essência espiritual, de sua alma; a conservação dessa coisa seria perigosa e mortal, e não simplesmente porque seria ilícita, mas também porque essa coisa que vem da pessoa, não apenas moralmente, mas física e espiritualmente, essa essência, esse alimento, esses bens, móveis ou imóveis, essas mulheres ou esses descendentes, esses ritos ou essas comunhões, têm poder mágico e religioso sobre nós" (2003, p. 200).

Nos povos estudados, Mauss percebe uma ligação bastante íntima entre os bens e as pessoas, de modo que a quebra do sistema de dádivas é algo muito mais grave e de conseqüências muito maiores que as que seriam previstas caso o dano pela quebra fosse meramente econômico. A negativa em dar, receber ou retribuir é sentida como uma *negativa de sociabilidade*. Aquele que desrespeita a circulação das coisas desrespeita o próprio fundamento da comunidade, afirmando a seu interlocutor que não deseja sociabilizar-se com ele. Nas palavras de Mauss: "Recusar dar, negligenciar convidar, assim como recusar receber, equivale a declarar guerra; é recusar a aliança e a comunhão" (2003, p. 202). A rejeição à dádiva é sentida como uma rejeição à pessoa – um ataque à sua honra – e uma rejeição à comunidade.

Percebe-se, portanto, o quanto a retenção indevida de coisas e a recusa ao sistema de dádivas possuem conseqüências drásticas. Em várias sociedades, há a crença de que a coisa indevidamente possuída por alguém se torna venenosa, matando o possuidor.[3] Mauss aponta a recorrência do tema da *dádiva funesta* (2003, p. 291-292), ou do bem que se torna veneno quando indevidamente apropriado.

Na parte final de seu ensaio, Mauss dedica-se a apontar em que medida uma parcela considerável da moral e da vida da cultura ocidental "permanece estacionada nessa mesma atmosfera em que dádiva, obri-

3. Mauss transcreve um trecho do velho Código hindu de Baudhayana, que proclama: "A propriedade do brâmane mata (o culpado) com os filhos e os netos; o veneno não é (veneno); a propriedade do brâmane é chamada veneno (por excelência)" (2003, p. 283). Entende-se que a coisa contém nela mesma a sanção por sua apropriação. Mauss ainda chama a atenção para o fato de que, em diversas línguas de origem germânica, as palavras que designam *dádiva* e *veneno* são idênticas (p. 291-292).

gação e liberdade se misturam" (2003, p. 294). Afastada uma abordagem e uma linguagem que, por vezes, revelam uma herança evolucionista (Lanna, 2000), Mauss consegue demonstrar que, com efeito, as sociedades ocidentais possuem em si a categoria da dádiva e baseiam-se no princípio da reciprocidade, ainda que as legislações atuais sejam despersonalizantes em grande medida, segmentando relações de troca e aspectos morais, éticos e religiosos.[4]

Essa idéia parece mais clara quando trazida à observação empírica da vida cotidiana. Por certo, a maioria das pessoas cumpre seus contratos e obrigações, sendo muito inverossímil assumir que o adimplemento seja fruto exclusivo da existência de uma norma jurídica que determina que os pactos devem ser cumpridos. A inadimplência, em nossa sociedade, é vista como algo infamante. O pagamento de um débito é sentido também como uma obrigação moral. Basta que se observe, como exemplo, a utilização dos protestos de títulos de crédito como forma de induzir alguém ao pagamento deixando seu "nome sujo na praça". A utilização de tal expressão não poderia ser mais sintomática da relação íntima existente, em nossa sociedade, entre economia e moral: o inadimplemento de um débito tem o condão de "sujar o nome" de alguém.

Por isso, conclui Lanna (2000, p. 189):

"Isto é, por mais que, como Marx e outros nos ensinaram, a sociedade ocidental moderna se caracterize por um desenvolvimento, sem precedentes na história humana, das relações mercantis, por outro lado Mauss nos lembra que 'não temos apenas uma moral de comerciantes'."

Segundo o próprio Mauss (2003, p. 307), não faz muito tempo desde que o homem começou a se tornar uma "complicada forma de máquina de calcular". A separação entre direitos reais e pessoais e a suposta superioridade hierárquica da esfera econômica na nossa vida social escondem um sem-número de nuances nas relações humanas que não podem ser explicadas desde uma perspectiva segmentada, que não abarque uma realidade total. As obrigações contraídas, entre nós, também formam vínculos pessoais que extravasam a esfera econômico-jurídica. O inadimplemento de um débito ou a apropriação injusta de um bem

4. Segundo Fournier (1992), Mauss sempre alertou seus alunos quanto à necessidade de que as ciências sociais desenvolvessem estudos concludentes quanto ao presente, sendo um erro que o estudioso ocupe-se simplesmente do que é fácil, curioso, bizarro, passado e sem perigo.

são formas de desonra e podem gerar entre as partes conseqüências que superem muito o próprio valor econômico da dívida.[5]

Nesse sentido, e retornando ao início do texto, deve-se questionar a legitimidade de, sem um exame mais aprofundado, atribuir a qualidade de fútil a um crime cometido em virtude de dívidas ou bens, ainda que de pequeno valor.

3. Dois casos concretos[6]

A fim de ilustrar essa análise que aponta para a superficialidade dos critérios com que os aplicadores do Direito julgam o motivo dos crimes de homicídio, especialmente no tocante à suposta futilidade dos motivos envolvendo bens e dívidas, passa-se a tecer comentários sobre dois casos concretos, relativos a processos que tramitam na Vara do 1.º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo. Por serem processos ainda sem decisão transitada em julgado, os nomes de todos os envolvidos serão suprimidos.

5. Parece, inclusive, que o próprio legislador penal pátrio sofreu profundas influências dessa idéia ao cominar penas privativas de liberdade bastante altas aos crimes patrimoniais, mesmo quando cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Desde uma perspectiva puramente *econômica* e *racional*, por certo, a única providência equânime nesses casos seria a restituição do bem e a reparação dos danos. Vê-se, portanto, que o foco da punição nos crimes patrimoniais está no desvalor da ação, e não no desvalor do resultado. O que se revela como uma inconsistência significativa, no entanto, é o fato de que alguém possa ser mantido na prisão por anos em virtude de um furto ou de um estelionato envolvendo um pequeno valor, ao passo que, caso este mesmo crime patrimonial situe-se como motivo de um crime contra a vida, ao agente desse crime será imputada a qualificadora do motivo fútil. Essa inconsistência leva a uma conclusão entre duas: ou não há real futilidade na ação do agente do crime contra a vida ou o Estado aprisiona pessoas por motivos fúteis.
6. Os casos aqui analisados foram escolhidos por meio de uma perfunctória leitura da denúncia dentre as cópias reprográficas de autos que havia no gabinete de um dos defensores públicos do Estado de São Paulo, atuante na Vara do 1.º Tribunal do Júri da Comarca da Capital. A leitura integral dos autos ocorreu apenas depois da seleção, tendo sido o único critério de escolha que o processo tratasse de crime de homicídio ao qual se imputasse motivo fútil relacionado a bem material ou dívida. A ausência de maiores critérios de seleção adveio da convicção de que invariavelmente, nesses casos, há contextos muito mais complexos na motivação criminal que aqueles enunciados pela acusação na denúncia.

O primeiro caso diz respeito a um homicídio ao qual foi atribuído pelo Ministério Público o caráter da futilidade do motivo, vez que, conforme narra a denúncia, o réu "matou a vítima em razão de uma frívola discussão em torno da posse de uma garrafa de bebida, da qual disputavam a posse" (sic).

Pela leitura dos autos, contudo, percebe-se que o contexto fático é muito mais complexo que aquele narrado pela acusação. Ao ser ouvido pela autoridade policial, o acusado afirmou que sua desavença com a vítima já durava dois anos. Ele conta a seguinte versão:

"(...) o interrogando mantém contíguo à sua residência um pequeno bar, local que a vítima costuma freqüentar, porém, quando ali surgia, consumia bebidas, jogava bilhar e saía sem pagar, sendo certo que certa feita chegou a quebrar a aludida mesa de bilhar, bem como xingou a família do interrogando, dizendo que ali existia além de 'viado' muitas 'putas'; que, nessa ocasião não deu muita atenção ao que fora dito por aquele, esclarecendo que trabalha como pedreiro e quem cuida daquele estabelecimento é sua filha e esposa; que, pela segunda vez, isto em meados do mês de janeiro do ano corrente, [a vítima] ali surgiu, novamente outra vez passou a consumir cervejas, pinga, e na hora de pagar novamente xingou sua família, bem como saiu para fora gritando para quem quisesse ouvir que não pagava ninguém, gerando novo conflito naquele local" (sic).

Todas as testemunhas ouvidas confirmaram que o ofendido era um inadimplente contumaz, atribuindo-lhe, ainda, os qualificativos: "encrenqueiro", "briguento", "violento" e "péssima pessoa". Uma das testemunhas disse: "(...) ele era assim mesmo, ele comprava na mão de todo mundo e não pagava".

Depois de narrar esses desentendimentos prévios, o acusado afirma que a vítima o teria atacado, tendo ele agido em legítima defesa. Esse fato, no entanto, é negado pelas testemunhas, que afirmam que o réu "chegou e foi atirando".

De qualquer forma, percebe-se ser temerário afirmar que o motivo do delito teria sido fútil, baseando-se simplesmente no baixo valor econômico da bebida consumida e não paga pelo ofendido. Da leitura do interrogatório e dos diversos depoimentos, vê-se que o inadimplemento não pode ser considerado isoladamente, mas sim, como exteriorização de uma rivalidade e de um sentimento hostil em relação às pessoas a quem a vítima não pagava.

As palavras do réu são bastante reveladoras no que diz respeito à impossibilidade de se apreciar o contexto desde uma perspectiva meramente econômica. Segundo o acusado, a vítima xingava sua família "na hora de pagar". A ofensa à honra significada pelo inadimplemento voluntário é simbolizada e exteriorizada pelo xingamento; este faz as vezes do pagamento. Como uma *dádiva funesta* que é, contudo, o xingamento também possui em sua natureza uma vontade de circulação, ou seja, de certo modo, a ofensa tende a retornar àquele que a proferiu.

Deve-se notar que, pela versão do réu, a vítima não se resignou a dizer que não pagaria seu débito, mas saiu do bar, "gritando para quem quisesse ouvir que não pagava ninguém". Desse modo, humilhava o acusado publicamente e demonstrava sua hostilidade perante todo seu entorno social. Nas palavras de Mauss (2003, p. 202), a vítima, recusando-se a retribuir, "declarou guerra".

Diante dessas breves considerações, já se pode perceber que o que foi descrito como "uma frívola discussão" pela posse de uma garrafa de bebida demonstrou-se, na verdade, ser um evento de complexidade inesperada, no qual se cruzam elementos econômicos (o valor da dívida), jurídicos (a inadimplência e o delito), psicológicos (a emoção suscitada pelas ofensas), sociais e comunitários (a publicização da hostilidade), morais e familiares (as ofensas à família do réu). A abordagem processual, portanto, revela-se uma visão unilateral de um fato complexo, total.

Ao final da instrução, contudo, na decisão de pronúncia, o juiz de direito limitou-se a dizer, sobre a circunstância qualificadora, que não seria o caso de afastamento, "diante da coerência entre o relato da inicial e a prova produzida".

Consta da denúncia do segundo caso exemplificativo, um homicídio consumado perpetrado por meio de disparos de arma de fogo: "É dos autos que o motivo do delito foi fútil, apenas e porque a vítima negou-se ao pagamento de um CD-*player* (aparelho toca CDs) tipo *Discman* anteriormente adquirido ao increpado" (sic). Deve-se atentar para o uso da palavra "apenas", que não tem outra função senão destacar a suposta insignificância do motivo descrito.

A leitura dos autos, contudo, revela um panorama interessantíssimo, em que relações pessoais complexas são simbolizadas pelo aludido aparelho sonoro. Tanto o acusado quanto o ofendido viveram um romance, em épocas diferentes, com a mesma mulher. Essa mulher

foi ouvida perante a autoridade policial e em juízo e conta que, primeiramente, foi casada com o acusado. O *CD player* em questão era de propriedade do irmão do acusado e foi roubado quando estava sendo utilizado pela mulher.

Tempos depois, essa mulher abandonou o réu e passou a residir com a vítima. A testemunha informou, então, que o acusado ouviu dizer que o *CD player* roubado de seu irmão estava na posse da vítima, agora companheiro de sua ex-esposa. Diante disso, o réu foi cobrar o valor relativo ao aparelho do ofendido, situação que levou ao desentendimento e ao crime conseqüente.

As outras testemunhas confirmam que o réu acusava a vítima da apropriação do *CD player*. Não consta dos autos, contudo, que o réu tivesse ciúmes por ter a vítima "se apropriado" de sua esposa. À primeira vista, o aparelho sonoro parece ter sido alvo da transferência de sentimentos e impulsos que o acusado poderia nutrir em relação à mulher. Impossível não retornar a Mauss (2003) nesse momento, especialmente à sua análise sobre a tradição maori, segundo a qual as coisas que circulam são veículos do *mana* (da força mágica) das pessoas.

No âmbito da psicanálise, essa crença identificada por Mauss de que as coisas carregariam o *mana* das pessoas foi entendida por Freud (1999) como fruto de um mecanismo egóico denominado "deslocamento". Freud (idem, p. 37), remetendo-se a Frazer, conta que um chefe maori não poderia soprar o fogo com a boca, pois seu hálito sagrado impregnaria o fogo, a panela e o alimento, terminando por matar quem o comesse.

Não há como não perceber, de qualquer forma, que a aparentemente frívola situação do *CD player* simbolizou um intrincado drama familiar, cuja relevância só pode ser julgada tomando-se por base o evento em sua totalidade. A abordagem relativa ao valor econômico do aparelho, ainda que figure como a mais superficial, foi eleita pelo órgão acusador para consubstanciar o motivo do crime.

Na decisão de pronúncia, o juiz de direito afirmou que a qualificadora do motivo fútil "encontra amparo na prova colhida e deve ser mantida para apreciação em plenário". O acusado foi julgado pelo júri popular e absolvido. Inconformado, o Ministério Público apelou da sentença, recurso ao qual o Tribunal paulista deu provimento, determinando nova realização de sessão de julgamento pelo júri, ainda não ocorrida até este momento.

4. Conclusões

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se perceber um notório distanciamento entre as ciências jurídicas e sociais. Tal temática ampla, contudo, foi aqui apenas exemplificada por meio do confronto entre a teoria maussiana e a questão da futilidade do motivo do crime de homicídio cometido em virtude de bens e dívidas.

O distanciamento entre os saberes jurídico e antropológico, contudo, reside na incompatibilidade de características estruturais que compõem o cerne destes sistemas.

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior, "uma investigação científica sempre faz frente ao problema da verdade" (2003, p. 88). Para tanto, os enunciados científicos devem ser basicamente *descritivos*, ou seja, devem transmitir uma informação precisa sobre uma determinada realidade, tomada como referencial da linguagem. A linguagem descritiva tende à universalidade, porém, traz em si a constante refutabilidade, dado que está sempre sujeita à verificação (idem, p. 89).

Os enunciados antropológicos são descritivos, buscando seu referencial em uma dada realidade, constatada empiricamente pelo cientista e, então, traduzida linguisticamente em enunciado.

Não é esse, por outro lado, o caso do Direito. O Direito compõe-se de enunciados prescritivos e proibitivos, visando a solução de problemas sociais. A função pragmática da linguagem, portanto, toma o lugar da função referencial-descritiva dos enunciados científicos.[7] Como conseqüência desejada desse emprego da linguagem, tem-se que, no caso do Direito, "seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de *decidibilidade*" (Ferraz Junior, 2003, p. 89).

Ferraz Junior (2003, p. 89) aduz que o fenômeno da positivação foi responsável por cortar a possibilidade de que o Direito pudesse trabalhar com enunciados descritivos, visto que firmou a concepção de que a norma não se confunde com o ato de vontade ou com o contexto

7. Como conseqüência disso, pode-se colocar em dúvida o caráter de ciência atribuído ao Direito. Uma solução possível seria considerar o Direito e a ciência do Direito como sistemas distintos. O primeiro, entendido como conjunto de proposições prescritivas e proibitivas, não é uma ciência. O segundo, composto por enunciados descritivos que têm como referencial as normas, pode ser considerado científico. Nesse sentido, cf. Paulo de Barros Carvalho (2005).

social que a criou.[8] A norma constitui um preceito abstrato que não pode ser refutado pela verificação empírica de sua falsidade. A norma não é verdadeira ou falsa, é válida ou inválida. O positivismo jurídico, nesse sentido, desvincula Direito e realidade social e, por conseqüência, afasta da linguagem do Direito os enunciados descritivos.

A esfera do direito positivo é composta por proposições que habitam o plano do *dever ser*, sendo, portanto, irrefutáveis por proposições advindas do plano do *ser*. A dicotomia entre os dois planos é obra do positivismo jurídico, que pretendeu dar autonomia absoluta à esfera jurídica, blindando-a contra a possibilidade de verificação empírica.

No âmbito da Antropologia do Direito, Norbert Rouland (1995, p. 54) nota que, ao contrário das sociedades ocidentais, "as sociedades tradicionais não conferem ao direito sanções autônomas, impedindo a constituição de um campo jurídico independente de outros mecanismos de regulação tais como a moral, a magia, a religião, a crença em possíveis intervenções da ordem natural e cósmica (a transgressão de uma regra pode desencadear fenômenos celestes ou epidemias)".[9]

Dessa maneira, no Direito das sociedades não conduzidas pelo pensamento positivista, as normas estão mais sujeitas à verificação quanto ao seu conteúdo de veracidade, na medida em que as conseqüências pela sua violação não advêm do próprio Direito, mas de outras instâncias da vida social.

A incompatibilidade entre as linguagens do direito positivo e da antropologia, de qualquer maneira, revela-se e exemplifica-se na situação de que trata este texto.

A antropologia, ao ater-se ao paradigma da verdade, tem como escopo destrinchar seu objeto a fim de traduzir em seus enunciados descritivos algo o mais próximo possível da realidade empírica. O

8. Hans Kelsen (2000), expoente do normativismo jurídico, sustenta que a única fonte do Direito juridicamente relevante é o próprio Direito. Desse modo, dentro de uma organização ideal hierárquica, as normas superiores validam as inferiores, sendo que todas são validadas pela "norma fundamental", um pressuposto teórico abstrato que tem como conteúdo exclusivo a imputação de validade ao ordenamento. O processo legislativo, os atos de vontade e o contexto social, comumente entendidos como fontes do Direito, são, para Kelsen, elementos que extrapolam o âmbito do saber jurídico e, portanto, escapam ao objeto de estudo do jurista.

9. Tradução livre do autor.

Direito, por seu turno, atento ao paradigma da decidibilidade, exige de seu aplicador o recorte da realidade a fim de que a norma faça-se aplicável. O direito positivo bane a possibilidade do *non liquet*.

O paradigma da decidibilidade exige do Direito a construção do que Salete Oliveira (2004) denominou de uma linguagem-fronteira, ou seja, uma linguagem imbuída de limites racionais. O processo e, mais especificamente, a prova prestam-se a traduzir em uma linguagem uniforme uma realidade multifacetada, cuja amplitude de possibilidades e de pontos de vista impediria o advento de uma decisão tida como justa relativamente a um conflito infinitamente complexo.

Por isso, a legitimidade e a justiça da decisão judicial dependem da reconstrução da verdade, ou seja, da construção de uma verdade processual.[10] Daí, por meio da construção artificiosa de uma realidade plana – bidimensional –, torna-se possível a aplicação de um enunciado proibitivo ou prescritivo sem o surgimento de muitas exceções perturbadoras.

Sobre a tradução da realidade por meio da linguagem-fronteira do procedimento, ressalta Salete de Oliveira (2004, p. 122):

"Importa pontuar para esta discussão que o saber da prova não pressupõe a pesquisa da verdade – não está em jogo qual é a verdade de determinado episódio em questão –, na medida em que o indivíduo em julgamento está posto diante de um duplo do qual não há saída, pois ao renunciar à prova perde de antemão, e, ao se submeter a ela, vence ou fracassa, não havendo outra possibilidade. O regime da prova tem por questão modelar a aplicação regular do procedimento. É a sua verdade que continua atual no sistema penal. A prova é a *fronteira-verdade do procedimento*."

Tal constatação é ressaltada como argumento abolicionista penal, no sentido da proposição de extinção das linguagens-fronteira e da instituição de linguagens-percurso, de permanente mutabilidade, vinculadas à realidade empírica (Salete Oliveira, 2004, p. 130).

A decisão condenatória no processo criminal, de caráter precipuamente punitivo e apenas residualmente reparatório, não confere uma

10. Ainda que o direito processual brasileiro seja informado pelo princípio da persuasão racional do juiz, ele, ao decidir, é vinculado à prova e aos elementos existentes nos autos, sendo válido para o ordenamento pátrio o brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, ou seja, "o que não está nos autos não está no mundo" (Grinover, Cintra e Dinamarco, 2004, p. 68).

resposta à situação-problema que foi jurisdicizada, mas reveste-se de mera eficácia simbólica. De acordo com a vertente abolicionista preconizada por Hulsman, a abolição do sistema penal propiciaria que a matéria de resolução de conflitos fosse repensada em uma nova linguagem, o que não eliminaria as situações problemáticas, mas significaria "o fim das chaves de interpretação redutoras e das soluções estereotipadas por ele impostas, de cima e de longe", permitindo que "irrompessem milhares de enfoques e soluções que, hoje, mal conseguimos imaginar" (Hulsman e Celis, 1993).

O confronto entre a teoria maussiana e a prática dos aplicadores do Direito no caso específico da qualificadora do motivo fútil nos crimes de homicídio mostra que a leitura jurídica da realidade, com efeito, tende à interpretação redutora que impõe soluções estereotipadas. A construção da futilidade no âmbito da verdade processual – verdade-fronteira – afigura-se, conforme se demonstrou, bastante dissociada do contexto social em que afloram os motivos que levam uma pessoa à prática de um crime contra a vida. Impossível não indagar, diante disso, quanto à legitimidade de que se reveste o operador da norma, de seu gabinete, para determinar o que é e o que não é fútil.

A constatação da incompatibilidade genética entre a linguagem do Direito e a linguagem das ciências sociais, contudo, não é razão para que se pretenda romper o diálogo entre os saberes. O Direito carece, indubitavelmente, da contribuição da Antropologia e das demais ciências sociais.

Ainda que não se queira pensar em uma tônica abolicionista, ou seja, ainda que se admita que, por qualquer razão, a coesão social depende da linguagem-fronteira do direito penal e da conseqüente decidibilidade propiciada por ela, o aporte das ciências sociais sobre o pensamento jurídico tem o condão de dotar o aplicador da norma de uma visão menos distante da realidade. Tal contribuição pode diminuir as distâncias entre a verdade do processo e a realidade empírica, trazendo a jurisdição para mais perto do jurisdicionado e, assim, fomentando a cidadania. O Direito, ainda que sempre vá se valer de uma linguagem-fronteira, dada a necessidade premente de decidibilidade, poderá ganhar da Antropologia e das demais ciências sociais uma linguagem de fronteiras expandidas.

Bibliografia

Bártoli, Marcio; Panzeri, André. Homicídio qualificado. In: Franco, Alberto Silva; Stoco, Rui (coords.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 630-633.

BRUMANA, Fernando Giobellina. *Antropologia dos sentidos: introdução às idéias de Marcel Mauss*. Col. Primeiros vôos. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOURNIER, Marcel. *Marcel Mauss ou a dádiva de si*. Trad. Cíntia Ávila de Carvalho. Conferência proferida na 16.ª Reunião Nacional da Anpocs. Caxambu, out. 1992. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs_00_21/rbcs21_09.htm>. Acesso em: 17.08.2008

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Herman. *O lobo da estepe*. Trad. Ivo Barroso. 32. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

HOBBES, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. vol. 5.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LANNA, Marcos. Nota sobre Marcel Mauss e o "Ensaio sobre a dádiva". *Revista de sociologia e política* 14/173-194. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, jun. 2000.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. *Sociologia e antropologia*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003. p. 183-314.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 2.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Introdução a uma leitura de Mauss. In: _____ (org.). *Mauss: antropologia*. São Paulo: Ática, 1979. Col. Grandes cientistas sociais.

OLIVEIRA, Salete. Linguagem-fronteira e linguagem-percurso. In: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 117-130.

ROULAND, Norbert. *L'anthropologie juridique: que sais-je?* 2. ed. Paris: PUF, 1995.

2
Anencefalia e razão pública no Supremo Tribunal Federal

DEBORA DINIZ

Antropóloga.

ANA CRISTINA GONZALEZ VELÉZ

Médica.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Bioética

RESUMO: Este artigo analisa o desafio jurídico e ético imposto pela anencefalia ao debate sobre direitos reprodutivos no Brasil. O fio condutor da análise é o pronunciamento de voto de um dos ministros, Cezar Peluso, por ocasião da cassação da liminar, em outubro de 2004. Dos 11 ministros do STF, 7 votaram a favor da cassação. Os argumentos pela cassação foram de duas ordens: por questões processuais e por valores morais cristãos. O texto do voto do ministro Peluso é curto, mas condensa grande parte da argumentação moral contrária ao reconhecimento da interrupção da gestação em caso de anencefalia como um direito reprodutivo no país. O artigo demonstra como o debate sobre o aborto provoca os fundamentos constitucionais da laicidade do Estado brasileiro e expõe a fragilidade da razão pública em temas de direitos reprodutivos, em especial sobre o aborto.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto – Interrupção da gestação – Anencefalia – Razão pública – Estado Laico – Suprema Corte.

ABSTRACT: This paper analyses ethical and legal challenges regarding cases of anencephaly in Brazil. The case study addressed is related to the cancellation of the preliminary injunction regarding anencephaly, voted by the Supreme Court in October 2004. From the 11 judges that comprise the Brazilian Supreme Court, 7 were in favor of the cancellation of the preliminary injunction, which authorized women to abort in cases of fetus anencephaly. Arguments for cancellation were basically two: one related to procedural reasons and the other related to Christian moral values. The vote of Cezar Peluso, one of the judges, was brief but represented the moral argument against the right to abort in cases of fetus anencephaly. This paper shows how the abortion debate forces the fundaments of the Brazilian secular state and demonstrates the weakness of the public reason to mediate reproductive rights, namely abortion in Brazil.

KEYWORDS: Abortion – Interruption of pregnancy – Anencephaly – Public reason – Secular state – Supreme Court.

"...A integridade física e biológica da vida intra-uterina também está em jogo. Depois, o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento... Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético – não me interessa – de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas..." (Peluso, 2004).

SUMÁRIO: Introdução – 1. Suprema Corte e razão pública – 2. Anencefalia, aborto e Estado laico – 3. Direitos reprodutivos no Brasil – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO[1]

Estas foram algumas das palavras do ministro da Suprema Corte brasileira, Cezar Peluso, para justificar seu voto favorável à cassação da liminar que, durante quatro meses, autorizou mulheres a interromper a gestação em caso de anencefalia no feto. Uma liminar foi concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, em abril de 2004 (Barroso, 2005). A ADPF é um instrumento jurídico pouco utilizado na jurisprudência brasileira, pois permite a que a sociedade civil interpele diretamente a Suprema Corte. O argumento jurídico e ético proposto na ação era de que, por ser a anencefalia uma má-formação incompatível com a sobrevida do feto fora do útero, a interrupção da gestação neste caso não deveria ser tipificada como crime, mas como um procedimento médico amparado em princípios constitucionais como o direito à saúde, à dignidade, à liberdade e a estar livre de tortura (Barroso, 2004). A estratégia argumentativa da ação foi a de demonstrar que outros princípios constitucionais devem fazer parte do debate público e político sobre o aborto. A anencefalia foi um recurso metodológico para a imposição de uma nova argumentação, ao permitir suplantar a retórica cristã tradicional do aborto como um atentado a uma vida humana em potencial.

A anencefalia consiste em um distúrbio de fechamento do tubo neural diagnosticável nas primeiras semanas de gestação. Por diversas razões, o tubo neural do feto não se fecha, deixando o cérebro exposto

1. Agradecemos a leitura atenta e os comentários de Samantha Buglione e Roger Rios.

(Nids, 2007). O líquido amniótico gradativamente dissolve a massa encefálica, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais. A imagem ecográfica de um feto anencefálico assemelha-se a de um sapo ou de uma coruja pelo profundo achatamento da cabeça devido à ausência dos ossos do crânio e da massa encefálica. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevida de um feto com anencefalia. Em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação, e os poucos que alcançam o momento do parto, sobrevivem minutos ou horas fora do útero. O Brasil é o quarto país do mundo em número de partos de fetos com anencefalia (Anis, 2004). Isso não significa que as mulheres brasileiras tenham uma maior propensão à gestação de fetos anencefálicos, mas sim que o Brasil possui uma das legislações mais restritivas, obrigando as mulheres a se manterem grávidas a despeito do diagnóstico da inviabilidade fetal.

O argumento jurídico e ético da ação apresentada à Suprema Corte baseou-se na certeza científica da impossibilidade da vida extra-uterina do feto. A anencefalia exige uma reconfiguração dos termos descritivos tradicionalmente utilizados no debate sobre o aborto em países com forte tradição moral cristã. Os principais argumentos morais contrários à legalização do aborto no Brasil amparam-se em valores cristãos sobre o sentido da existência ou início da vida. Muito embora uma democracia laica não necessite de consenso religioso sobre esta matéria para legalizar o aborto, o debate sobre a anencefalia foi capaz de suplantar o dilema moral paralisante sobre a moralidade do aborto ao atestar a inviabilidade fetal (Diniz, 2007d). A superação da retórica tradicional que sustenta a imoralidade do aborto no pressuposto de que seria um ato contra uma vida em potencial permitiu que novos argumentos éticos fossem colocados na mesa de discussões políticas. Não havendo expectativa ou potencialidade de vida extra-uterina, qual bem jurídico ou social se protegeria ao proibir uma mulher de interromper a gestação? O que significa "integridade física e biológica da vida extra-uterina" no caso de anencefalia no feto? Como o sofrimento involuntário provocado pelo dever de se manter grávida pode dignificar ou engrandecer as mulheres? Como estender princípios éticos como a dignidade da pessoa humana a um feto senão por valores metafísicos? Não há respostas razoáveis para estas perguntas, exceto se deslocarmos o debate do campo da razão pública para o dos argumentos religiosos, um deslocamento que, inesperadamente, a corte suprema brasileira realizou ao cancelar a liminar de anencefalia.

Este artigo analisa o desafio jurídico e ético imposto pela anencefalia ao debate sobre direitos reprodutivos no Brasil, em especial o direito à interrupção da gestação. Dado o atual cenário do debate na Suprema Corte, o fio condutor da análise será o pronunciamento de voto de um dos ministros, Cezar Peluso, por ocasião da cassação da liminar, em 20.10.2004 (Peluso, 2004). Dos 11 ministros da Suprema Corte, 7 votaram a favor da cassação, inclusive a única juíza mulher. Os argumentos pela cassação foram de duas ordens: por questões processuais e por valores morais cristãos. O texto do voto do ministro Peluso é curto, mas condensa grande parte da argumentação moral contrária ao reconhecimento da interrupção da gestação em caso de anencefalia como um direito reprodutivo no país. A passionalidade da argumentação jurídica e a metafísica cristã são duas características marcantes do voto e, por isso, permitem uma análise em profundidade dos argumentos em pauta no universo jurídico desde a apresentação da ação à Suprema Corte em junho de 2004. O objetivo do artigo é demonstrar o quanto o debate sobre o aborto provoca os fundamentos constitucionais da laicidade do Estado brasileiro e expõe a fragilidade da razão pública em temas de direitos reprodutivos, em especial sobre o aborto.

1. Suprema Corte e razão pública

O aborto é qualificado como crime segundo o Código Penal brasileiro, editado em 1940. Há somente duas excludentes de ilicitude: em caso de risco de morte para a mulher e quando a gravidez for resultante de estupro. A sustentação moral é que o aborto seria um atentado contra uma vida em potencial e, por isso, seria uma ameaça ao direito do feto a se manter vivo e se transformar em uma criança (Finnis, 1973). A tese da potencialidade fundamenta-se, por sua vez, em pressupostos morais sobre a sacralidade da vida humana: qualquer expressão biológica humana deveria ser protegida pelo Estado, mesmo as formas mais rudimentares como é o caso de um embrião ou de um feto. Este antropocentrismo está expresso na regulamentação jurídica ou legislativa das inúmeras questões reprodutivas, como é o caso do aborto, dos métodos anticonceptivos ou das tecnologias conceptivas. O resultado é que a controvérsia moral que acompanha o aborto é antes uma expressão da capilarização deste antropocentrismo em nosso sistema simbólico do que de fato um confronto de argumentos razoáveis sobre direitos ou deveres no campo reprodutivo (Diniz, 2007b).

Em matéria de aborto, a tendência legislativa brasileira é conservadora, o que pode vir a representar uma revisão dos dois permissivos legais do Código Penal, inclusive de forma a revogá-los ou torná-los ainda mais restritivos. Na última década, houve tentativas frustradas de emendas constitucionais para revogar os excludentes de penalidade do aborto ao sustentar o pressuposto moral do direito à vida do feto desde a fecundação (Baltar, 1996). Por tocar em questões constitucionais, a interpretação jurídica corrente no país é que o aborto é matéria do Congresso Nacional ou da Suprema Corte de Justiça. Ou seja, qualquer nova interpretação sobre o aborto, ou como um dever absoluto ou como um direito reprodutivo, será travada em um destes dois cenários. Muito embora o Congresso Nacional e a Suprema Corte sejam diferentes instâncias da razão pública, a compreensão corrente de democracia representativa no Brasil é o da legitimidade de um parlamentar em representar os interesses específicos de uma determinada comunidade moral. Essa é a explicação para o fato de que inúmeras frentes parlamentares suprapartidárias são de motivação religiosa. Um exemplo é a Frente Parlamentar Evangélica com 61 deputados federais, a Pastoral Católica com 110 deputados federais ou ainda os 65 deputados federais (10% do total de deputados) que aderiram a uma frente parlamentar em defesa da vida diretamente em oposição ao aborto.[2] Causa pouca controvérsia política a existência de congressistas religiosos ou com base política confessional, cuja pauta legislativa é promover e defender os interesses específicos de suas comunidades morais de origem e não uma idéia de pluralismo moral razoável.

Essa compreensão equivocada da democracia representativa associada à forte influência da moral cristã na história política e social do Brasil abre espaço para diferentes compromissos com a razão pública laica entre diferentes representantes da estrutura básica da sociedade. Diferentes teóricos da razão pública desde Rawls já argumentaram sobre a diferença entre parlamentares e juízes da Suprema Corte na compreensão e adesão à razão pública, mas a intensa presença religiosa na estrutura básica do Estado brasileiro torna esta diferença ainda mais acentuada (Rawls, 2000). No Brasil, o Congresso Nacional é considerado a expressão da democracia representativa, sendo a idéia de representação entendida no sentido estreito de cacofonia moral e não como a promoção de interesses defensáveis para a vida pública de um Estado laico a partir

2. Esses são dados da legislatura de 2006.

de uma pluralidade de argumentos. É neste contexto de pouca cultura e tradição democrática que a Suprema Corte assume um papel ainda mais preponderante para garantir não apenas a secularização do Estado, mas principalmente que o confronto argumentativo se dará em bases defensáveis e fundamentado na razão pública laica.

A compreensão de que um ministro da Suprema Corte e um parlamentar ocupam papéis políticos diferentes, mesmo que diante de casos idênticos, é uma peça-chave para analisar a cassação da liminar sobre anencefalia no Brasil. Os compromissos políticos e institucionais de um parlamentar ou de um juiz imprimem marcas em seus discursos jurídicos e éticos: é aceitável que um parlamentar represente uma determinada comunidade moral e, por isso, uma de suas missões pode ser garantir que os valores de sua comunidade estejam representados no debate legislativo. No cenário político brasileiro, é possível, por exemplo, imaginar um parlamentar cristão em defesa de um projeto de lei sobre o direito incondicional à vida do feto, ou seja, um árduo proponente do princípio moral da sacralidade da vida do feto. Não se considera ilegítimo, por exemplo, que este mesmo parlamentar fundamente um projeto de lei em termos religiosos, baseado em premissas e dogmas específicos à sua comunidade moral. A esfera legislativa brasileira é este cenário confuso de contraposição de diferentes comunidades morais e de construção do consenso sobreposto por parlamentares pouco dispostos ao diálogo democrático e muito comprometidos com suas comunidades morais de origem e, por isso, a razão pública não é um compromisso argumentativo tão claro quanto para os juízes da Suprema Corte.

A razão pública é a forma legítima de expressão argumentativa daqueles que representam a estrutura básica de uma sociedade, sejam eles funcionários públicos, parlamentares, promotores ou juízes. No entanto quanto menos secularizada for uma sociedade, como é o caso do Brasil em que símbolos religiosos estão presentes em quase todos os espaços oficiais do Estado, menor o grau de adesão à razão pública pelos estratos de menor poder político na estrutura básica. Um médico do sistema público de saúde, por exemplo, sente-se confortável para alegar "objeção de consciência" em uma situação de aborto em caso de estupro, mesmo que ocupe o cargo de responsável pelo serviço de saúde e não haja como substituí-lo de imediato (Diniz, 2007a). A objeção de consciência – um instrumento de garantia do poder médico, em geral, somente acionado contra os interesses das mulheres em questões reprodutivas – é traduzida em termos do direito à diversidade moral de crenças ou da tolerância à

diversidade moral. Assim como no caso dos parlamentares, há um equívoco nessa argumentação, pois o médico de um serviço público de saúde representa a moralidade laica da república e não sua moralidade privada. Nesse sentido, não há como se apelar para objeção de consciência diante da razão pública, o único fundamento possível dos direitos e deveres instituídos por um Estado democrático. É exatamente nesse contexto de pouca compreensão da laicidade do Estado como um bem comum, de intensa sacralização da ordem pública e de quase nenhuma adesão à razão pública em matéria de aborto, que os ministros da Suprema Corte representam o papel de principais guardiões da razão pública.

Vários são os fundamentos argumentativos da razão pública a serem seguidos por um ministro da Suprema Corte ao julgar um caso. A razoabilidade de seus argumentos e o compromisso com o consenso sobreposto são alguns deles. Um argumento é razoável quando pode ser expresso em termos públicos, o que na Suprema Corte pode ser medido pelo cumprimento dos princípios e normas constitucionais. O consenso sobreposto representa um conjunto de acordos firmados por diferentes comunidades morais de um Estado democrático e que, no caso específico do aborto em uma democracia laica, se expressaria na garantia da neutralidade confessional dos argumentos (Rawls, 2000). Isso significa que um ministro da Suprema Corte não pode ocupar o mesmo papel político que um parlamentar ao propor um projeto de lei sobre aborto no país: a razão pública e o compromisso com a laicidade são guias para o raciocínio moral e jurídico de um juiz, ao passo que muitas vezes não o é para um parlamentar.

A Suprema Corte é o ícone da razão pública em um Estado democrático. No caso brasileiro, os 11 ministros não apenas acreditam na centralidade da razão pública como pautam seus votos neste raciocínio moral, pois são subordinados ao texto constitucional. O treino moral de um juiz da Suprema Corte parte do reconhecimento de que nem todas as crenças racionais são consideradas razoáveis para um Estado democrático de direito. No campo do aborto, isso pode significar que, muito embora uma determinada comunidade moral considere o aborto um atentado contra uma lei divina, este não é um pressuposto moral defensável na esfera pública. O fato de uma crença moral ser racional, isto é, fundamentada, defendida e justificada por um grupo de pessoas e válida para uma determinada comunidade moral, não significa que seja razoável para a esfera pública de um Estado plural e laico. Por diversas razões, nem toda crença racional é considerada razoável para a razão

pública e, em matéria de aborto, grande parte dos valores que sustentam a imoralidade do aborto não respeitam o princípio da laicidade do Estado ou do pluralismo moral razoável. O resultado deste acordo de argumentação moral é a segurança política de que, apesar de um juiz participar de uma determinada comunidade moral em sua vida privada, como representante da razão pública seus julgamentos não se pautarão em suas crenças particulares.

Este raciocínio moral e ordenamento institucional são satisfatoriamente cumpridos pelos ministros que alcançam a Suprema Corte. A razão pública deve ser não apenas um instrumento argumentativo para os juízes e procuradores em sessões de julgamento, mas também uma garantia para a estabilidade democrática de um Estado constitucional. Nesse sentido, o compromisso com a razão pública – aqui representada pelo compromisso com a razoabilidade argumentativa e com a neutralidade confessional do Estado – permite uma análise dos posicionamentos dos juízes em seus próprios termos morais. A razão pública é a *língua franca* dos juízes da Suprema Corte, ao mesmo tempo em que é um instrumento de controle democrático de seus posicionamentos. Poucos temas provocaram os juízes para além do caráter instrumental e de controle da razão pública, sendo o julgamento sobre a ação de anencefalia uma rara exceção neste cenário.

2. Anencefalia, aborto e Estado laico

A liminar que autorizava a interrupção da gestação em caso de anencefalia no feto foi cassada na sessão plenária da Suprema Corte, em 20.10.2004. Após quatro meses em vigência, a liminar foi derrubada por ter sido considerado necessário o julgamento prévio do instrumento jurídico utilizado para a apresentação da ação. A ADPF é um instrumento jurídico novo e pouco utilizado no país e, segundo alguns dos juízes, era preciso primeiro um julgamento sobre seu cabimento antes da concessão da liminar. Em 28.04.2005, os juízes deliberaram pelo cabimento do instrumento e o mérito da ação ainda está por ser julgado. Indiferente aos argumentos processuais que justificariam ou não a cassação da liminar, o cerne da sessão plenária foi uma extensa discussão metafísica sobre o início e o sentido da vida humana, um tema provocativo e ameaçador para as fronteiras da razão pública em um estado laico.

O voto de um dos ministros, Cezar Peluso, é paradigmático para compreender esta tensão entre a razão pública e valores que compõem o repertório dogmático de diferentes comunidades morais. O aborto é

um tema moralmente intenso para várias comunidades e, exatamente por esta permanência e centralidade simbólica, é capaz de provocar os alicerces do pluralismo moral razoável de uma sociedade democrática e laica. Para o juiz Peluso, a liminar deveria ser entendida como uma ofensa a um valor jurídico fundamental, a dignidade da vida intra-uterina. Segundo o voto, "(...) a história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intra-uterina, independente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, como tem apresentado no curso da história..." (2004: 02). Mas o que significa dignidade da vida intra-uterina em um debate sobre interrupção da gestação de um feto fadado à morte durante a gestação ou instantes após o parto? A resposta do juiz Peluso foi de que "(...) não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos o somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas..." (2004: 02).

Na esfera da negociação pública da Suprema Corte, a única possibilidade de convencer o juiz Peluso do caráter letal e irreversível da anencefalia seria por meio de laudos médicos e científicos. A laicidade do Estado brasileiro exige que temas de intensa controvérsia moral, como é o caso do aborto, da eutanásia ou do transplante de órgãos, sejam mediados por uma narrativa publicamente aceita e considerada legítima. A ciência ascendeu a este patamar de narrativa oficial e de fundamentação da razão pública. O Estado brasileiro é uma sociedade política que reconhece na ciência o fundamento para o conhecimento, diferente de outras sociedades que, além de científicas, são também oficialmente religiosas, como é o caso do Egito ou do Peru, onde o islamismo e o catolicismo são as religiões oficiais do país. E todas as evidências científicas comprovam que um feto anencefálico não sobrevive ao parto: em mais da metade dos casos o feto não alcança o término da gestação. Não existem adultos com anencefalia, o que significa que um feto com anencefalia é um feto úterodependente ou simplesmente um feto potencialmente morto (Cremeb, 2004).

O argumento de que todos somos seres potencialmente mortos, pois "nascemos para morrer", é uma forma metafisicamente estreita de entender a gravidade da anencefalia em um feto. A ausência de cérebro é uma má-formação irreversível e letal para a qual a Medicina não apresenta qualquer alternativa paliativa ou de sobrevida. Um feto com anencefalia que alcance o parto é um sobrevivente agonizante a espera da morte

instantânea. Assumir a finitude humana não significa adotar o postulado cristão que a vida é uma passagem para a morte e, por isso, indiferente à extensão da vida, se 70 anos ou 7 minutos, seríamos todos *seres-para-a-morte*.[3] O princípio constitucional do direito à vida protege o direito das pessoas a se manterem vivas e poderem viver a vida. Ou seja, ter a capacidade e a potencialidade de viver a vida é algo fundamental para se imputar a alguém o direito à vida. Nesse sentido, o direito à vida como um princípio constitucional é uma expressão da crença que somos *seres-para-a-vida* e que a morte é uma expressão da finitude humana, mas não a razão de nossa existência.

Mas assumir que a ciência ascendeu à categoria de um dos fundamentos da razão pública não significa ignorar que a ciência é também um discurso moral (Feyerabend, 1988). O fato é que não há discurso humano que não seja uma narrativa moral, pois não há expressão humana isenta de moralidade (Rosset, 2004). No entanto, reconhecer a impossibilidade de um discurso moralmente neutro para dirimir as controvérsias morais não é o mesmo que assumir o relativismo moral do *tudo vale*. Em um Estado plural e laico, não é admissível apelar a místicas religiosas particulares para mediar os conflitos. Diversas comunidades morais possuem explicações e alternativas para o dilema do aborto, mas estas são narrativas insuficientes para a esfera pública. O consenso sobreposto é uma das tentativas de mediar os conflitos por meio de acordos firmados entre as diversas comunidades morais (Rawls, 2000). E a ciência é reconhecidamente um dos objetos do consenso sobreposto: ensina-se e pratica-se a ciência em diversas esferas da vida pública, das universidades aos hospitais.

Por ser a ciência médica um discurso moral sobre a natureza, a saúde e a doença, a narrativa científica ora esbarra nas narrativas religiosas, ora as narrativas religiosas valem-se de fatos científicos para fundamentar suas crenças. A gênese envolvida na reprodução biológica potencializa esta sobreposição entre as duas narrativas: a fecundação pode ser entendida como uma simples fusão de células isenta de sentido

3. Sete minutos foi o tempo que Maria Vida, um feto com anencefalia sobreviveu fora do útero. O caso Maria Vida e Gabriela foi tema do primeiro *habeas corpus* que alcançou o STF em março de 2004. Gabriela era uma moça grávida de um feto com anencefalia que buscou autorização judicial para antecipar o parto. Depois de uma série de decisões desencontradas, o caso estava em vias de ser julgado pelo STF quando o atestado de óbito do feto foi anexado ao processo e o caso perdeu o objeto.

ou como um sinal divino da origem da vida. Buscar na ciência evidências para os pressupostos religiosos é apenas uma estratégia autojustificadora para as crenças, pois todos os fatos científicos ou biológicos são isentos de sentido (Diniz, 2007b). Mas o discurso sobre o natural está dentre os mais sedutores para permitir a sobreposição de doutrinas morais abrangentes à estrutura básica do Estado (Rosset, 2004). O fato de o Estado brasileiro ser um estado pautado na ciência estimula o ímpeto das comunidades morais por buscar fundamentos científicos para seus dogmas religiosos e crenças morais.

A definição de morte exige uma negociação intensa entre ciência e mística religiosa, e o voto do ministro Peluso esbarra em alguns dos principais pontos desta tensão. A ação de anencefalia partiu da definição jurídica de morte encefálica adotada pela lei de transplantes para traçar uma analogia com o feto anencefálico (Barroso, 2004). Uma pessoa em morte encefálica, isto é, sem qualquer atividade cerebral, é uma pessoa considerada morta para a Medicina e para o Estado, por isso é autorizada a retirada de órgãos para transplante. Um feto com anencefalia é um feto sem os hemisférios cerebrais, portanto, sem atividade cerebral. Foi pautado neste raciocínio jurídico e científico que se afirmou que um feto com anencefalia é um feto morto ou potencialmente morto. O Conselho Federal de Medicina, um órgão da classe médica brasileira, propôs uma nova categoria jurídico-científica para descrever o feto anencefálico: um natimorto cerebral (CFM, 2005). A ciência já dispõe de recursos tecnológicos para manter uma pessoa indefinidamente em sobrevida, apesar da ausência de qualquer atividade cerebral. Ou seja, sob intensa medicalização, é possível manter uma pessoa em morte cerebral sobrevivendo. Mas por critérios científicos, uma pessoa sem atividade cerebral está morta, indiferente aos recursos tecnológicos para mantê-la respirando ou não.

Aproximar a interrupção da gestação por anencefalia da definição jurídica e médica de morte cerebral evitou o dilema moral paralisante sobre o aborto que domina o debate político brasileiro. A ação ignorou a controvérsia cristã sobre o sentido simbólico do início da vida humana, pois a definição de morte como morte cerebral já é parte do consenso sobreposto do Estado. E ao ignorar o dilema paralisante, um dos objetivos da ação era demonstrar o quanto o aborto poderia ser entendido em outros termos morais, isto é, como uma matéria de ética privada amparada em princípios constitucionais (Diniz, 2007d). Mas o fato de fazer parte do consenso sobreposto e estar pautado em argumentos científicos

não foi considerado suficiente pelo ministro Peluso: "(...) tampouco me parece consistente, para efeito desta liminar, a analogia com a autorização do aproveitamento de órgãos, em caso de morte cerebral, porque aí se trata de hipótese em que se sacrificam certos órgãos de alguém que teve ou que a lei e os cientistas chamam de 'morte encefálica', mas para salvar a vida alheia. O símile não é adequado para a hipótese, em que ninguém sustenta a necessidade de permitir o aborto para salvar a vida alheia..." (2004: 02). Ao contrário do sugerido pelo voto, a definição de morte cerebral não se aplica somente às situações de retirada de órgãos, sendo bastante utilizada para estabelecer parâmetros para a sustentação artificial da vida de pessoas em estágio terminal. Nesse sentido, a morte encefálica não é um diagnóstico atrelado à solidariedade da doação de órgãos. Não há "sacrifício de órgãos", pois a pessoa em morte cerebral está morta. A retirada de órgãos é apenas um ato médico de beneficência para quem necessita dos órgãos, mas não há qualquer possibilidade de imputar danos ou sacrifícios à pessoa de quem se retira os órgãos.

Não é possível, portanto, descrever a retirada de órgãos de uma pessoa em morte encefálica que consentiu com a doação como um ato de sacrifício. O ato da doação de órgãos é um ato altruísta e de solidariedade daqueles que, voluntariamente, consentem com a retirada de seus órgãos após o diagnóstico de morte encefálica. Mas para que haja a doação é preciso primeiro o diagnóstico de falência encefálica, pois não se provoca a morte de ninguém para retirar órgãos. Situação semelhante ocorre no caso do feto anencefálico, uma vez que a interrupção da gestação não provoca a morte de um feto com constituição física incapaz de sobreviver fora do útero. Assim como o coração pulsa e o sangue corre nas veias de uma pessoa adulta em morte cerebral, em um feto anencefálico estes mesmos fenômenos biológicos ocorrem.[4] O que é preciso entender é que a mesma definição médica de morte cerebral se aplica nestas duas situações: indiferente ao pulsar do coração, um feto com anencefalia ou um adulto em morte cerebral estão mortos.

O argumento seguinte enfrentado pelo voto foi o de que o dever da gestação de um feto anencefálico não afetaria a integridade física ou mental da mulher grávida, não se constituindo, assim, em uma ameaça ao direito constitucional à saúde: "(...) aludiu ainda Sua Excelência ao

4. A descrição do feto com anencefalia como um feto vivo porque o sangue corre nas veias e o coração pulsa foi proposta pelo então Procurador Geral da República durante o julgamento no STF (Diniz e Brum, 2004).

direito à saúde, o que me leva a pensar na possibilidade de o argumento basear-se no pressuposto de que a gravidez constitua grande risco à vida humana e, portanto, talvez fosse até melhor proibí-la. Seria mais seguro. Não vejo, pois, nenhuma ofensa próxima a direito à saúde..." (2004: 02). Na verdade, a tese da ameaça ao direito à saúde foi considerada vencida sem que qualquer evidência argumentativa contrária tenha sido proposta. O trecho é um exemplo da passionalidade argumentativa de algumas passagens do voto, onde o recurso à ironia ou ao sarcasmo substitui o diálogo jurídico. Mas a substituição do argumento razoável pelo sarcasmo não deve ser entendida simplesmente como um ato de desprezo argumentativo, mas sim como uma expressão da própria impossibilidade de se constituir um argumento razoável senão pela recusa argumentativa.

Do ponto de vista médico, a gravidez sempre implica algum risco à saúde da mulher. Mas isso não significa que a gravidez deva ser proibida. Uma tese extrema como essa não foi proposta pela ação e tampouco é considerada nos circuitos médicos. O argumento da ameaça ao direito à saúde não se baseou no pressuposto do risco inerente a qualquer gravidez, mas na evidência empírica da tortura física, psicológica e moral que o dever da gestação de um feto anencefálico impõe a uma mulher. A ameaça ao direito à saúde se dá pela obrigatoriedade de uma mulher se manter grávida, mesmo contra sua vontade, após o diagnóstico da inviabilidade fetal. A maioria absoluta das mulheres opta pela interrupção da gestação após a certeza da anencefalia no feto (Diniz e Brum, 2004) O dever da gestação se constitui em um ato de tortura do Estado contra elas, em que a gravidez passa a ser uma experiência angustiante de luto prolongado.[5] A passagem da glorificação feminina pela gravidez para o luto materno é continuamente traduzido no "dilema berço-caixão" descrito por essas mulheres.

Em geral o diagnóstico da anencefalia no feto é realizado no terceiro mês de gestação, na consulta em que as mulheres buscam conhecer o sexo do futuro bebê. Indiferente ao fato de se a gestação foi ou não

5. Tortura pode ser definida como uma ação do Estado ou uma ação desproporcional ou desnecessária. No caso do dever da gestação de um feto anencefálico, defini-la como um ato de tortura se dá pelo caráter pouco razoável, desproporcional e desnecessário da norma. A finalidade da gravidez é o nascimento de um feto vivo e capaz de viver a vida, fato que não existe na anencefalia. A gravidez é protegida pelo Estado, mas não como um fim em si mesma, mas como um meio.

planejada, esse é um momento da gestação em que as mulheres já experimentam o papel social de futuras mães e o feto já faz parte de um projeto de família. É na delicadeza desse contexto que o impacto do diagnóstico deve ser compreendido: esperam-se informações sobre sexo, altura ou peso do feto, mas parte-se sempre do pressuposto que o feto é viável. A maternidade estimula um espírito profundamente inclusivo nas mulheres, tornando-as particularmente sensíveis a acolher várias formas de expressão de diversidade física e mental em seus futuros filhos. Mas a inviabilidade do feto as confronta com uma das experiências mais dilacerantes da maternidade: o luto pelo futuro filho. A anencefalia é uma sentença que assegura a morte imediata do futuro filho. É diante dessa certeza e da total impossibilidade de recurso que se deve entender o dever da gestação como uma ameaça ao direito à saúde da mulher.

Ao contrário do sugerido pelo voto do ministro Peluso, que descreve a anencefalia como "eventuais deformidades que o feto possa apresentar", as mulheres têm total clareza da fronteira que separa um feto com deficiência de um feto inviável. A anencefalia significa a implacabilidade da morte imediata, ao passo que, para as mulheres que optam pela manutenção de uma gestação após o diagnóstico de restrições de funcionalidade no feto, a deficiência exige rearranjos sociais e familiares. Ao contrário do diagnóstico de anencefalia em que o feto jamais se transformará em um bebê com capacidade de viver a vida, uma futura criança deficiente demandará o direito de estar no mundo (Diniz, 2007c). Um feto anencefálico é um feto sem capacidade de viver a vida, ao passo que uma futura criança deficiente é a expressão da diversidade humana que provoca os limites de nossa estrutura social frente à inclusão.

A fronteira da anencefalia com a deficiência é continuamente ultrapassada por aqueles que consideram o aborto um ato de homicídio. Com algum comedimento argumentativo, o texto do voto também aproxima deficiência, denominada como *deformidade*, da anencefalia. Já há algumas décadas, há um extenso consenso entre as comunidades de deficientes e de direitos humanos que deficiência não significa monstruosidade ou deformidade. Os termos descritivos mudaram não apenas como parte de uma sensibilidade lingüística de romper com a desigualdade expressa na linguagem, mas principalmente como resultado de uma mudança de mentalidades frente à deficiência. Deficiência é uma manifestação da diversidade humana, é parte natural da biologia humana e, no caso brasileiro, corresponde a 14,5% da população (Diniz, Squinca e Medeiros, 2006). Certamente, não há qualquer novidade na expressão demográfica

de diferentes formas de deficiência e, tal como o sugerido pelo Ministro Peluso, as tecnologias médicas por imagem evidenciaram esta diversidade em um momento precoce da gestação. Inúmeras questões éticas vêm sendo suscitadas pelo acesso e impacto destes diagnósticos, em especial em países onde o aborto seletivo não é autorizado. Mas a ação sobre anencefalia não trata destas questões e tampouco sugere a imoralidade do aborto por anomalia fetal. Assim como em qualquer outra situação de aborto, a interrupção da gestação após o diagnóstico de má-formação fetal é matéria de ética privada, não devendo ser exigido ou proibido pelo Estado.

A confusão entre anencefalia e deficiência pode ser analisada como a expressão de dois mal-entendidos. Confunde-se anencefalia e deficiência intencionalmente a fim de aproximar o debate sobre a interrupção da gestação do aborto eugênico. Ao contrário da atual discussão sobre interrupção da gestação em caso de anencefalia como um direito reprodutivo, o aborto eugênico não considera princípios da cultura dos direitos humanos, como a autonomia, a dignidade ou o direito à saúde. A eugenia foi parte de um corpo ideológico que pressupunha a superioridade de determinados traços e expressões biológicas. Não há como se referir a ideais eugênicos sem evocar o nazismo ou práticas opressivas e discriminatórias. Nesse sentido, denominar a interrupção da gestação em caso de anencefalia como aborto eugênico ou a anencefalia como monstruosidade pode significar uma estratégia argumentativa perversa de tornar o debate nebuloso, aproximando-o de valores e práticas distantes dos pressupostos éticos que fundamentaram a ação sobre anencefalia. A outra possibilidade de compreender esta confusão entre anencefalia e deficiência é entendê-la como uma expressão da ignorância médica sobre o significado da anencefalia como uma má-formação inviável e letal. Dado o hermetismo do vocabulário médico e o conjunto de ferramentas necessárias para entender um diagnóstico por imagem é possível que se tome anencefalia por outras má-formações que já compõem o imaginário social do movimento inclusivo, tais como a síndrome de down.

Por fim, o voto do ministro Peluso, ao enfrentar o tema de se o dever da gestação de um feto anencefálico ameaçaria ou não a dignidade da mulher, se arvorou discutir o sentido do sofrimento na vida humana: "(...) o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento... só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que

o causem. O sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não o é de regra..." (2004: 04). Não há para quem imputar a responsabilidade pela injustiça de uma mulher gestar um feto inviável. A injustiça não está no sofrimento involuntário, mas na tortura do dever da gestação de um feto inviável provocada pelo Estado ao impedi-la de interromper a gestação.

Em um ordenamento jurídico laico e plural, não importa se há origem para essa injustiça ou se ela é imputada à loteria da natureza. Em qualquer uma dessas explicações, não há agente causador da injustiça de uma mulher gestar um feto anencefálico: natureza e acaso se confundem. Mas há, sim, mecanismos sociais de proteção ou de abandono desta mulher. Proibi-la de interromper a gestação, forçando-a a se manter grávida de um feto fadado à morte iminente, exigir que ela converta o sofrimento involuntário em uma experiência mística de sublimação de si e do luto pelo futuro filho, são tarefas que não cabem a um representante do Estado. Na ausência de recursos médicos capazes de reverter a anencefalia no feto, a única medida que resta ao Estado é proteger a saúde mental e física destas mulheres. Sofrimento, remorso ou luto, são todas expressões do acaso que é a existência humana, mas cabe a cada pessoa, da tranqüilidade de suas crenças morais, decidir o rumo do sentido de sua vida.

3. Direitos reprodutivos no Brasil

A ação sobre anencefalia foi uma pequena peça no debate sobre direitos reprodutivos no Brasil. A força argumentativa da ação não esteve apenas na novidade do instrumento jurídico utilizado, mas principalmente no palco das discussões. Pela primeira vez na história da Suprema Corte, os ministros se defrontaram como um tema de direitos reprodutivos como uma questão de direitos humanos. Apesar de ser uma corte constitucional, ou seja, habituada a enfrentar tema de direitos humanos, o aborto é uma questão que provoca os limites e fundamentos da razão pública. E essa ameaça à razão pública não decorre de uma particularidade do tema do aborto, mas sim da centralidade do aborto à moralidade católico-cristã. É exatamente no cerne desse caráter provocativo do aborto diante das fronteiras da laicidade do Estado e do pluralismo moral razoável que fundamenta as instituições democráticas é que a ação sobre anencefalia deve ser analisada.

A anencefalia é um diagnóstico raro e a regulamentação da interrupção da gestação nesse caso não irá ter maiores impactos de saúde pública para solucionar a questão do aborto Brasil. O principal resultado da ação sobre anencefalia é ter provocado o debate público em torno de valores centrais à democracia, exatamente por ter instigado a discussão no espaço oficial da razão pública, que é a Suprema Corte. Indiferente ao resultado do julgamento definitivo da ação, o debate sobre direitos reprodutivos, e aborto em particular, não será mais o mesmo. Não há como entender a imoralidade do aborto senão em termos metafísicos e essa deve ser uma premissa inaceitável para um estado laico. A clareza desse pressuposto democrático, certamente, mudará os rumos da história dos direitos reprodutivos no Brasil. Em especial a compreensão que um Estado laico é aquele que não apenas promove a diversidade de crenças e o direito à liberdade de consciência, mas principalmente aquele que se mantém neutro em matéria religiosa. E um Estado verdadeiramente laico é aquele que reconhece o aborto como matéria de ética privada.

Referências bibliográficas

Anis. *Anencefalia: pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004.

Baltar, M. I. A questão do aborto no Brasil: o debate no congresso. *Estudos Feministas* 2/381-398, 1996.

Barroso, L. R. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo* 241/93-120. Rio de Janeiro, 2005.

_____. ADPF Anencefalia. In: Cremeb. *Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres. 2004. p. 69-119.

Cremeb. *Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal*. Brasília: LetrasLivres, 2004.

Diniz, D. Introdução. In: Cremeb. *Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres. 2004. p. 7-14.

_____. e Brum, E. *Uma história severina*. Documentário. Brasília: Imagens Livres. 2004.

_____. Fórum violência sexual e saúde. Posfácio. *Cadernos de Saúde Pública (Fiocruz)* 23/477-478, 2007a.

_____. *Memorial células-tronco*. Mimeo, 2007b.

_____. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007c. Coleção Primeiros Passos.

_____. Selective abortion in Brazil: the anencephaly case. *Developing World Bioethics* 7-2/21-28, 2007d.

_____; Squinca, F; Medeiros, M. Deficiência, cuidado e justiça distributiva. In: Malu Fontes; Sergio Costa; Flávia Squinca. (orgs.). *Tópicos em bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006. p. 82-94.

FINNIS, J. The rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thomas. *Philosophy and Public Affairs* 2-2/117-145. Winter, 1973.

GOLLOP, T. Dossiê pluralidade: ciência. In: Anis. *Anencefalia: pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres. 2004. p. 23-69.

NATIONAL INSTITUTE OF NEUROLOGICAL DISORDERS AND STROKE (Ninds). Ninds Anencephaly Information Page. Bethesda, MD: Ninds Disponível em: <http://www.ninds.nih.gov/disorders/anencephaly/anencephaly.htm>. Acessado em: 25.05.2007.

PELUSO, C. *Voto ADPF* 54. STF. 20.10.2004.

RAWLS, J. Idéias Fundamentais. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

3
A produção decisória do sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro ontem e hoje: um estudo preliminar

MICHEL MISSE

Doutor em Sociologia (Iuperj). Professor Associado do Departamento de Sociologia e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ. Pesquisador do CNPq. Coordenador do Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da UFRJ.

JOANA DOMINGUES VARGAS

Doutora em Sociologia (Iuperj). Professora Adjunta do Departamento de Sociologia e Antropologia e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG. Pesquisadora do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Sociologia

RESUMO: O objeto deste estudo é a comparação da produção decisória da Justiça Criminal no Rio de Janeiro registrada em duas séries históricas. A primeira se estende de 1953 a 1957 e a segunda abarca os anos de 1997 a 2001, contemplando, portanto, dois momentos da criminalidade urbana separados por um intervalo de meio século. Um estudo desta natureza se justifica em razão, dentre outras, das limitações impostas a esta produção decorrentes da indisponibilidade de dados confiáveis organizados longitudinalmente. O propósito deste trabalho é oferecer uma contribuição comparativa para o conhecimento do processo de incriminação brasileiro do passado e de hoje: de um lado, da sua capacidade de esclarecer e

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the criminal justice decision-making process taking into account records of two different historical moments in Rio de Janeiro. The first period covers 1953 to 1957 and the second period encompasses 1997 to 2001, with a gap of half a century between both periods. Our approach is justified by the inexistence of reliable longitudinal data and makes it possible to examine the Brazilian criminalization process in the past and now, respecting its ability to clarify and prosecute crimes and violators in one hand, and also provide criminal statistics on the other. As it stands, the study of existing material will make it easy to identify possible changes and constancies in the criminalization

processar crimes e autores; de outro, da sua atividade de produção das estatísticas criminais. Buscar-se-á identificar mudanças e permanências, bem como relativizar e problematizar as discussões sobre a impunidade da justiça criminal.

Palavras-chave: Justiça criminal comparada – Fluxo de processamento criminal – Violência urbana – Criminalidade.

process and shed light on the ongoing discussions of impunity.

Keywords: Comparative criminal justice – Criminal justice process – Criminality – Urban violence.

Sumário: Considerações iniciais – 1. A capacidade de incriminação da justiça brasileira: Os estudos de fluxo: 1.1 Capacidade de incriminação da justiça brasileira: os problemas com os dados; 1.2 Capacidade de incriminação da justiça brasileira: as pesquisas e seus resultados – 2. As séries da década de 50 – 3. Comparando com as séries atuais – Bibliografia.

Considerações iniciais[1]

O objetivo deste trabalho, embora inicialmente simples, tornou-se complexo no seu desenvolvimento, pelas razões que serão apontadas. Pretendia-se comparar a produção decisória da Justiça Criminal registradas em duas séries históricas de 1953 a 1957 e de 1997 a 2001, para o município do Rio de Janeiro. As duas séries abarcam, portanto, dois momentos históricos da criminalidade urbana e de seu processamento legal separados por um intervalo de quase meio século. A comparação se beneficiaria da descoberta, por pesquisadores do Necvu-UFRJ, da série de estatísticas de registros de ocorrência produzidas pela polícia do então Distrito Federal, o extinto Departamento Federal de Segurança Pública.[2] O desconhecimento desses dados não permitira, até então, examinar criticamente e utilizar comparativamente a série de dados judiciários, organizada com base nos Boletins Individuais, referentes ao

1. Trabalho apresentado na 13.º Congresso da Sociedade Brasileira de Sociologia e no 31.º Encontro Anual da Anpocs – Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais, em 2007.
2. As estatísticas, publicadas na época, foram descobertas entre as 40 mil páginas dos Diários de Serviço do DFSP guardados na Biblioteca da Academia de Polícia Silvio Terra, no Rio de Janeiro. Ver Misse, M. (coord.). *As estatísticas criminais do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Booklink-Necvu, 2005, dois volumes (incluindo um CD). Os mesmos dados podem ser obtidos no site: <www.necvu.ifcs.ufrj.br>.

Rio de Janeiro, publicada pelo Ministério da Justiça no período de 1942 a 1967. Com a agregação dos novos dados, a série histórica de 1953 a 1957 permitiu traçar o fluxo de processamento da ocorrência policial à condenação. O mesmo não ocorre, contudo, para a série histórica mais recente, de 1997 a 2001. Conforme discutiremos mais adiante, a utilização do "boletim individual" – no qual são produzidos dados que acompanham todo o processo penal – sofreu, ao longo do tempo, graves interrupções e foi paulatinamente se tornando inviável para alimentar as estatísticas oficiais (Misse, 1999; Lima, 2004).[3] Como se diz nos meios jurídicos, "o boletim caiu em desuso". Disto decorre a impossibilidade, para os dados recentes, de se identificar com segurança as perdas do sistema de justiça criminal, de avaliar o seu processo de seleção criminal e, conseqüentemente, de se traçar o fluxo de processamento. Contudo, as séries de dados históricos e atuais que contemplam as principais fases decisórias, nos permitem descobrir padrões e tendências das taxas de processamento da justiça criminal (Coelho, 1986; Misse, 1999).

Assim, aposta-se que a reconstituição do fluxo da série antiga (publicada nas estatísticas do Serviço de Estatística Demográfica Moral e Política do Ministério da Justiça – SEDMP) e a identificação de tendências das taxas de processamento para a série recente (baseada nos bancos de dados da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça e na estatística da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro) permitirão uma análise comparada do processo de incriminação brasileiro do passado e de hoje.

1. A capacidade de incriminação da justiça brasileira: Os estudos de fluxo

Neste tópico serão discutidas as contribuições dos estudos de fluxo que visam avaliar a capacidade de incriminação da justiça brasi-

3. O preenchimento do "boletim individual", quando do indiciamento de qualquer cidadão em inquérito policial, consta como exigência no Código de Processo Penal, de 1941. Nele, as autoridades (delegados, promotores, juízes) de cada "estação" do processo de incriminação, deveriam informar dados do indiciamento e o destino dado ao inquérito, em todas as etapas, inclusive quanto ao arquivamento. Depois, uma cópia deveria ser enviada ao setor de estatística da Secretaria de Justiça de cada Estado ou ao Ministério da Justiça, no caso do Distrito Federal (mais tarde, ao IBGE). Jamais se cumpriu inteiramente essa exigência processual, que teria possibilitado ao país, desde 1942, a produção de estatísticas judiciais criminais de razoável qualidade.

leira, bem como as limitações desses estudos, especialmente aquelas decorrentes da indisponibilidade de dados confiáveis organizados longitudinalmente.[4]

A abordagem longitudinal da justiça criminal adota uma metodologia conhecida como "estudos de fluxos", que se caracteriza pelo ordenamento seqüenciado dos dados produzidos com base nas decisões tomadas nas organizações – Polícia, Ministério Público, Varas Criminais, Varas de Execução (Coelho, 1986; Fundação João Pinheiro, 1987).

Esta abordagem é relativamente recente. Nos Estados Unidos, onde os primeiros estudos de fluxo surgiram em meados da década de 70, alguns autores foram críticos em relação aos estudos sobre sentença que, àquela época, centravam-se na questão da des(igualdade) da aplicação da pena. Estes argumentaram que o tratamento desta questão requeria dados longitudinais que expressassem a experiência dos réus em seu trânsito pelo sistema (Hagan, 1975; Burke & Turk, 1975).

Já a França possui, desde 1825, estatísticas criminais coletadas e publicadas anualmente e, até 1978, o famoso "Compte Général" que forneceu os dados para o estudo de Durkheim sobre o suicídio. Contudo, se durante o século XIX algumas informações sobre a polícia judiciária e a "gendarmerie", bem como a quantificação das ocorrências, foram contempladas, durante o século XX as informações policiais desaparecem e só retornam a partir de 1972 (Aubusson de Carvalay, 1986). Assim, naquele país o processo de seleção operado pela Justiça Criminal foi desde o princípio analisado focando o "Parquet" (Ministério Público) e este foi apontado como o maior responsável por este processo. Uma análise da longa série histórica de dados sobre a criminalidade na França sugere que o crescimento dos casos tratados pelo judiciário é linear até 1960 e exponencial desde então. Os casos recebidos pelo Parquet e, em seguida arquivados constituem o indicador penal de maior crescimento, sobretudo na categoria "autoria desconhecida" e, especialmente, para o crime de roubo (Aubusson de Carvalay, 1986). Estudos mais recentes focando os dados da polícia vêm argumentando, entretanto, que a maior seleção se dá na fase policial e que os modos posteriores de gestão da justiça criminal tenderiam a alinhar-se às primeiras decisões tomadas por esta (Lévy, 1987).

4. O conceito de capacidade de incriminação aqui utilizado reúne duas noções: a da construção social do crime e a da funcionalidade administrativa desta construção. Sobre criminação e incriminação ver Misse (1999).

Posteriormente, a ênfase desses estudos (especialmente nos Estados Unidos), deslocou-se dos processos de seleção e filtragem, para a questão da eficiência do sistema de justiça criminal, que poderia ser medida com dados longitudinais, calculando-se a proporção dos casos iniciais que resultam na condenação do autor do crime. À tal medida de capacidade de processamento, quando calculada a partir das ocorrências denunciadas à polícia, convencionou-se chamar taxa de esclarecimento. Hoje essas taxas são reportadas às Nações Unidas pelos países europeus e norte-americanos para todos os crimes. O Brasil não participa deste cômputo oficial realizado internacionalmente, pois não possui este indicador a nível nacional (Cano, 2006).

No Brasil, os primeiros estudos datam de meados da década de 80.[5] Contudo, apesar de sua juventude, os estudos sobre o fluxo de processamento da Justiça Criminal vêm consolidando uma agenda de investigação nas ciências sociais e despertando o interesse dos gestores de políticas públicas. O interesse nesta área vem crescendo paralelamente à acumulação da criminalidade violenta e aos problemas dela decorrentes. Chama cada vez mais a atenção do cidadão comum, da opinião pública, dos gestores de políticas públicas e, já há algum tempo, dos pesquisadores da área, a atuação das organizações da justiça criminal responsáveis pela sua contenção. Esta atuação vem sendo percebida como ineficiente na prevenção e punição da criminalidade, provocando debate acalorado em torno da questão da impunidade. São apontadas como conseqüências mais imediatas desta percepção a perda da credibilidade da população nestas organizações e, por consequência, a busca por soluções que ameaçam o monopólio do estado no uso da violência física e na resolução de conflitos, particularmente daqueles mais graves. Diante deste quadro, tem havido forte demanda, especialmente dos gestores de políticas públicas, por estudos que avaliem a efetiva capacidade da justiça criminal de detectar, processar e punir autores de crimes.

5. A primeira investigação desta natureza foi realizada por Coelho (1986) a partir dos dados publicados pelo SEDMP sobre o movimento de inquéritos, denúncias e processos de crimes e contravenções no Rio de Janeiro no período de 1942 a 1967, levantados a partir dos boletins individuais. A proposta de investigação da justiça criminal a partir do fluxo dos procedimentos e pessoas que atravessam as organizações do sistema foi disseminada como metodologia por um diagnóstico realizado sobre o estado das artes das estatísticas oficiais e a proposta de criação de indicadores sociais de criminalidade (Fundação João Pinheiro,1987).

1.1 *Capacidade de incriminação da justiça brasileira: os problemas com os dados*

Mas as maiores incertezas, nesta área de investigação, resultam da falta de confiabilidade dos dados, mais especificamente daquela proveniente de sua organização em uma abordagem longitudinal. Tal abordagem foi adotada no passado, permitindo organizar as estatísticas oficiais construídas com base em dados coletados por meio do "boletim individual". Conforme já observado, o boletim que permitia acompanhar todo o processamento penal foi, ao longo do tempo, sofrendo graves interrupções, inviabilizando-se paulatinamente na alimentação dessas estatísticas (Misse, 1999; Lima, 2004). Em consequência, para dados referentes ao processamento de crimes e criminosos, não tem sido possível, desde meados da década de 60 e até o momento, traçar *com segurança* e com base em estatísticas oficiais, pré-construídas pelas organizações da justiça criminal, a reconstrução dos fluxos.[6] Esta circunstância vem impossibilitando o exame das decisões e, consequentemente, das perdas ocorridas em cada fase decisória da justiça criminal.[7]

A dificuldade no levantamento seqüencial ou cronológico repercutiu, nos estudos produzidos nessa área, tanto no que se refere à natureza dos dados utilizados, quanto na sua ordenação. De modo geral, identifica-se a utilização de dois tipos de bases de dados:

a) Bases relativamente pequenas, de caráter localizado (geralmente referentes a um município ou comarca) construídas pela garimpagem do pesquisador, assentadas em informações produzidas pelos órgãos da justiça criminal;

6. Buscando suprir essa lacuna, a Seade obteve a autorização das instituições da área de Justiça, de Segurança Pública e da Penitenciária do Estado de São Paulo para utilizar os dados disponíveis e trabalhou num modelo de integração longitudinal destas informações para o Estado (Seade, 2001). Apesar dos esforços dos pesquisadores em sua reconstituição esta base ainda não permite calcular *com segurança* a capacidade de incriminação da justiça paulista e nem as perdas de cada fase (Vargas, et alii, 2006). Esforços de articulação de dados vem também sendo feitos no Rio de Janeiro por iniciativa de cada uma das organizações – polícia, ministério público e judiciário, mas ainda são insuficientes.
7. Ao cálculo destas perdas se convencionou chamar taxas de atrito.

b) Grandes bases de dados pré-construídos pelas organizações, constituindo as estatísticas oficiais por elas disponibilizadas;

Tais bases foram organizadas tomando diferentes perspectivas:

1) abordagem longitudinal – do registro da ocorrência até a execução da sentença –, contendo uma ou mais variáveis-chave interligando as diferentes fases decisórias, permitindo assim acompanhar todo o movimento dos papéis e pessoas[8] em sua trajetória na justiça criminal. Esta abordagem pode ser parcial, compreendendo apenas algumas das fases decisórias;

2) abordagem transversal[9] utilizando estatísticas obtidas nas diferentes organizações, sem o acompanhamento do percurso de pessoas e papéis pelas diferentes organizações;

3) abordagem longitudinal retrospectiva, no qual os dados são levantados do final para o início do processo de incriminação. Para tanto, elege-se uma fase como ponto de partida (em geral o arquivamento final) e levantam-se os dados contidos nos processos.

Saliente-se, entretanto, que as abordagens transversal e longitudinal restrospectiva não permitem recuperar as perdas ocorridas ao longo do processamento, pois estão excluídos os casos que foram arquivados. Também é preciso atentar para o fato de que as abordagens longitudinais demandam dados obtidos ao longo do tempo, relativamente extenso no caso da justiça criminal. Em princípio, essas limitações constituem problemas, mas não inviabilizam uma análise sobre a capacidade de incriminação. Ressalte-se, ainda, que a variedade de modelos adotados também revela a extensão dos esforços despendidos pelos pesquisadores na área. Assim, face às limitações decorrentes dos problemas com os dados, enfrentadas pelos pesquisadores, a obtenção de conclusões relevantes, nessa área de estudo, vem constituindo verdadeira proeza de "tirar leite de pedras".

8. Estas são, na realidade, duas unidades de análise diferentes: pessoas – indiciados, implicados, denunciados, acusados e sentenciados –, e papéis: inquéritos, ações penais, ações com sentenças condenatórias. A consideração deste fato é fundamental na análise.

9. Os termos transversal e longitudinal retrospectiva foram cunhados por Cano (2006). A abordagem retrospectiva vem sendo utilizada também para análise do tempo de tramitação dos processos (Vargas et alii, 2006; Batittuci, 2006).

1.2 *Capacidade de incriminação da justiça brasileira: as pesquisas e seus resultados*

São apresentadas, nesta seção, as pesquisas já realizadas no Brasil segundo seus modelos de base e de organização dos dados e seus principais resultados referentes à capacidade de incriminação:

Coelho (1986), utilizando estatísticas oficiais e a abordagem longitudinal parcial (não incluía os registros policiais), identificou, para o Rio de Janeiro no ano de 1967, que 16% dos indiciados em inquéritos policiais (estelionato, furto, roubo e homicídio) e 35% dos implicados em contravenções penais (vadiagem, jogo do bicho) foram sentenciados com pena privativa de liberdade.

Soares et alii (1996), utilizando estatísticas oficiais e a abordagem longitudinal parcial, identificaram que dos inquéritos abertos pela polícia sobre homicídios registrados na região metropolitana do Rio de Janeiro em 1992, apenas 8% chegaram a se transformar em ações penais (cerca de dois anos depois de cometido o crime).

Vargas (2000, 2004), utilizando dados reconstituídos ao longo da pesquisa de 444 ocorrências de estupro registradas em Campinas nos anos de 1988-1992 e seus desfechos processuais até o ano de 2000, identificou 9% de condenação e uma alta taxa de atrito[10] para este crime, especialmente na fase policial, com 69% de arquivamento das ocorrências registradas.

Cano (2006), utilizando estatísticas oficiais e abordagens transversal e retrospectiva identificou com base em 6000 ocorrências de homicídio registradas no Estado do Rio de Janeiro entre 2002 e 2004 que estas resultaram em 10% de condenação.

Ribeiro (2006), utilizando estatísticas oficiais e abordagem longitudinal, identificou que de 1.334 registros que possuíam informações válidas para as fases mais relevantes do processamento do delito de homicídio, 12% alcançaram a fase de sentença.[11]

10. O atrito representa as perdas ou arquivamento dos casos em cada fase decisória.

11. Após penoso trabalho de limpeza e reconstrução do fluxo feito com base nos dados da Fundação Seade, a autora adverte que estes resultados também podem estar indicando a precariedade da alimentação das informações relativas ao processamento do judiciário pelas diversas secretarias dos tribunais do júri existentes em São Paulo.

Riffiotis et alii (2007), utilizando dados reconstituídos ao longo da pesquisa e abordagem longitudinal parcial identificaram, com base em 183 processos de homicídios instaurados entre 2000 e 2003 na região metropolitana de Florianópolis, que, até 2006, 20% desses processos haviam sido julgados e estimaram que 8% das ocorrências de homicídio neste período haviam sido julgados até o ano de 2006.[12]

Ratton et alii, utilizando estatísticas oficiais e abordagem longitudinal parcial, identificaram com base em 2.114 ocorrências de homicídio registradas em Recife em 2003 e 2004 que 0,8% chegam a julgamento (1 ano depois de cometido). Identificaram também que, nesse mesmo lapso de tempo, aproximadamente 34% dos homicídios foram encaminhados pela polícia ao Ministério Público (Ministério Público de Pernambuco, 2006).

Estudo em andamento sob a coordenação de Adorno (2007) estima que das mais de 600.000 mil ocorrências registradas em 16 delegacias de São Paulo menos de 5% resultarão em pena.[13]

O que salta aos olhos à primeira leitura destes resultados é a baixa capacidade de incriminação da justiça brasileira. Mas, considerando-se as limitações decorrentes dos dados utilizados na maioria destas pesquisas, tais como: base de dados referente a um universo pequeno, não permitindo a generalização dos resultados; lapso de tempo muito curto para obtenção de resultados consistentes sobre o desfecho final; resultados que não abarcam todo o processamento, isto é, não se referem à proporção de ocorrências que alcançam uma condenação, dentre outros, é prudente, portanto, reconhecer que ainda pouco se sabe sobre a dimensão efetiva dessa impunidade.

Ainda caberia perguntar, para uma melhor compreensão dessa reduzida capacidade de incriminação, se os padrões encontrados devem ser atribuídos exclusivamente à ineficiência da justiça criminal brasileira. Isto porque uma tendência, observada na maioria destes estudos, é a atribuição de todas as mazelas decorrentes da não punição ao mau

12. Os dados sobre as ocorrências de homicídios utilizados para se fazer a estimativa foram obtidos para os anos de 2000 a 2003 na Secretaria do Estado de Saúde de Florianópolis e não correspondem necessariamente aos que foram identificados na justiça.

13. Trata-se de pesquisa que está sendo realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, intitulada "Identificação e Medida da Taxa de Impunidade Penal".

funcionamento e ineficiência das organizações que compõem a justiça criminal – especialmente ao da polícia.[14] Tal tendência, além de reducionista, é etnocêntrica na medida em que não busca efetivamente comparar os resultados aqui encontrados com aqueles obtidos em pesquisas realizadas em outros países, ou em diferentes períodos históricos nacionais. Tais comparações poderiam relativizar essa conclusão ou ao menos indicar outras variáveis explicativas.[15]

Nesse sentido, Vargas (2004), por exemplo, identificou que os principais padrões encontrados no processamento do crime de estupro em Campinas, – baixa proporção de casos que terminam em condenação e grande filtragem dos casos na fase policial –, também foram encontrados em outros países pesquisados: EUA, Canadá, França, Inglaterra.[16] Na explicação do atrito foram acentuados, neste estudo, não somente a atuação das organizações responsáveis pela sua incriminação, como também outros fatores, tais como o padrão de ocorrência do estupro (ausência de testemunho, de vestígios etc.) e, principalmente, a sua definição penal ou regras de incriminação (ação privada, exigências de provas do não consentimento da vítima e do uso da força, presunção da violência, etc.). Decorre destes achados que a natureza do delito intervém de maneira decisiva na configuração que o fluxo assume e no fenômeno do atrito.[17]

14. O Judiciário, ainda que em menor medida, também tem sido responsabilizado. A organização, em geral, menos atingida pelas críticas é o ministério público.
15. Queda nas taxas de esclarecimento de crimes violentos tem sido constatada em vários países desde os anos 70. Uma das razões apontadas, além dos problemas do sistema policial, é a mudança de padrão e o aumento de crimes de difícil elucidação (como latrocínio e crimes envolvendo exclusivamente criminosos). O medo de testemunhar também tem sido lembrado. Cf., por exemplo, Roché, 2005, 13-24.
16. Estes resultados corroboram os muitos estudos sobre Justiça Criminal que afirmam que o fenômeno do atrito apresenta-se de forma bastante acentuada nos crimes de estupro (Bryden & Lengnick,1997)
17. Para o crime de homicídio, por exemplo, comparações internacionais e a análise destes crimes por tipologia (Silva, 2006) poderiam elucidar melhor o comportamento da justiça criminal brasileira frente à emergência, apontada por vários estudos nacionais, de um novo padrão deste crime decorrente da presença do tráfico de droga.

Uma primeira constatação: se a discussão da impunidade encontra-se hoje muito presente no debate público em geral e entre especialistas, ainda pouco se sabe sobre a dimensão efetiva desta impunidade. Faz-se necessária a realização de mais estudos e de comparações no espaço e no tempo para melhor avaliá-la.

A novidade do presente trabalho se deve então a inexistência de estudos que comparem, num mesmo local, o fluxo do processamento de pessoas e papéis em um intervalo de tempo significativo para avaliação de mudanças nas taxas de elucidação e, por conseguinte, para examinar as repetidas hipóteses sobre a grande impunidade do sistema criminal brasileiro e, no nosso caso específico, do sistema criminal do Rio de Janeiro. Iremos centrar a análise especialmente no processo de seleção (e atrito) que ocorre quando comparamos os registros policiais, os inquéritos com indiciados tombados na justiça e as ações penais com denunciados pelo Ministério Público, para os crimes contra a pessoa (homicídio doloso) e crimes contra o patrimônio (furto, roubo, estelionato e outras fraudes). Para tanto, iremos nos valer, para as duas séries históricas, de estatísticas oficiais. Para o período que se estende de 1953 a 1957, adotaremos a abordagem longitudinal e para o período mais recente que abarca os anos de 1997 a 2001, a abordagem transversal.

2. As séries da década de 50

No caso do Rio de Janeiro, então Capital Federal, a gestão estatística dos "boletins individuais" de crimes e contravenções, encaminhados pelas Varas Criminais ao serviço de estatística do Ministério da Justiça da época, propiciou a publicação dos dados em vários volumes, constituindo uma série consistente ano a ano, entre 1942 e 1967, com uma extensão menos consistente até 1970. Essa série, no entanto, começava pelos inquéritos policiais que haviam sido acolhidos pelo judiciário ("tombados") e não incluía o volume de ocorrências e de vítimas de crimes e contravenções registradas pela polícia que não resultaram em inquéritos "tombados" na justiça.[18]

Coelho (1986) ao realizar a primeira investigação sociológica sobre a produção decisória do sistema de justiça criminal brasileiro com base

18. Os "boletins individuais", fonte primária dessa série, começavam a ser preenchidos com o indiciamento no inquérito policial e copiavam de perto um modelo francês de cadastro do mesmo tipo (Lima, 2004).

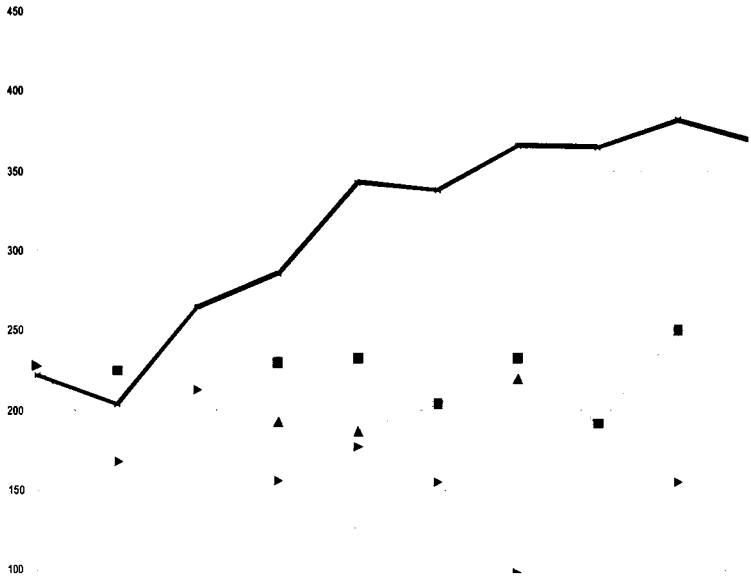
nesses dados, não pôde contar com as estatísticas de ocorrências registradas pela polícia e teve, desse modo, que ordenar longitudinalmente os dados a partir do número de indiciados, obrigando-se a desconsiderar o volume de ocorrências que não resultaram em inquéritos com indiciamento de presumíveis autores. As estatísticas policiais da época, agora disponíveis, são suficientemente razoáveis, mas cobrem apenas o período 1953 – 1959. Não se descobriram, até agora, nem as estatísticas da década de 40 nem as das décadas de 60 e 70, até a fusão da Guanabara com o antigo Estado do Rio de Janeiro, em 1976.[19]

O acompanhamento dos casos que transitaram pelo sistema, ordenados longitudinalmente, tornou-se possível para a década de 50 (com dados relativamente confiáveis, especialmente nos primeiros anos), mas acabou sendo cada vez mais impraticável nos registros estatísticos mais recentes, pelo simples fato de que os boletins individuais deixaram de ser remetidos, regularmente, para os serviços de estatística, principalmente quando se tratava de processos de longa duração, como os de homicídios dolosos.

Assim, ao contrário de indicar apenas impunidade, a queda vertiginosa de inquéritos com indiciados nas estatísticas de homicídios dolosos publicadas pelo Ministério da Justiça do final da década de 50 até o fim da série em 1967 resultava principalmente do extravio dos boletins individuais, que não chegavam aos encarregados da estatística vários anos depois de transitados em julgado (Misse, 1999; 2006), como se pode verificar no gráfico 1, quando são comparadas três fontes de dados sobre homicídios no antigo Distrito Federal.

19. Coelho (1986) analisa dados policiais referentes à Guanabara obtidos junto à Polícia Judiciária no período 1970-1974, mas a série, publicada em parte no Anuário Estatístico da Guanabara, apresenta sérios problemas (Misse, 1999).

Gráfico 1 – Homicídios no Rio de Janeiro, DF, segundo o tipo de fonte de dados: 1951-1960. Freqüências Absolutas

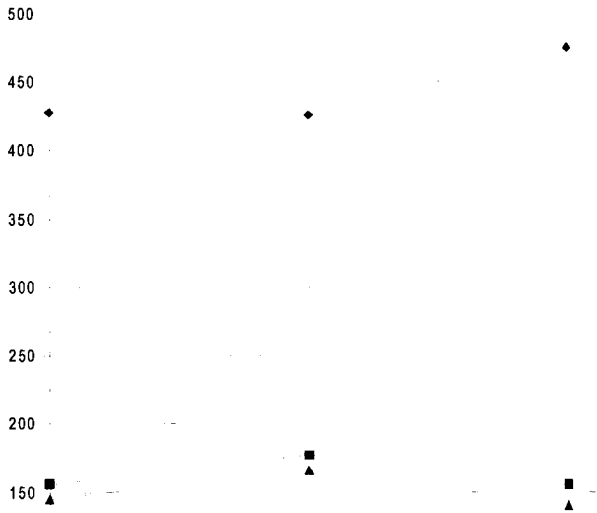


Fonte: Misse, 1999.

As estatísticas policiais do período, nos primeiros anos, aproximam-se mais dos dados judiciários que das estatísticas de mortalidade por homicídios do Serviço de Bioestatística do Ministério da Saúde, o que pode indicar não apenas a diferença entre a contagem de vítimas e de registros de ocorrência, como o fato de que, já naquela época, as estatísticas policiais não incluíam na classificação de homicídio doloso os latrocínios (roubos seguidos de morte), as tentativas de homicídio que resultavam em morte após o registro inicial da ocorrência, as lesões dolosas seguidas de morte e, principalmente, as vítimas de confrontos legais com a própria polícia. Além, evidentemente, das mortes para as quais não se havia ainda produzido uma classificação jurídica quando do registro da ocorrência e que jamais voltavam, como ainda hoje, a figurar nas estatísticas ou mesmo transformar-se em inquérito policial. Alguns anos mais tarde, passaram a ser chamadas nas estatísticas policiais de "mortes suspeitas" quando não misturadas à classificação administrativa "encontro de cadáver" ou "encontro de ossada" (Misse, 2006).

Ainda assim, podemos acompanhar o essencial do processo de seleção (e atrito) quando comparamos os registros policiais, os inquéritos tombados (que deram entrada) na justiça e as ações penais com denunciados pelo Ministério Público por homicídios dolosos e tentativas de homicídio que constam das duas séries de estatísticas para o período 1953-1957 (gráfico 2). Nesse caso, verificamos que a proporção de afastamento das curvas de registros de ocorrências e inquéritos apreciados no judiciário alcança quase quarenta vezes a que separa os inquéritos apreciados das ações penais.

Gráfico. 2 – Fluxo de processamento de Homicídios Dolosos e tentativas de homicídios – Rio de Janeiro, DF, 1953-1957



Fonte: Boletins de Serviço do Departamento Federal de Segurança Pública e SEDMP. Ministério da Justiça.

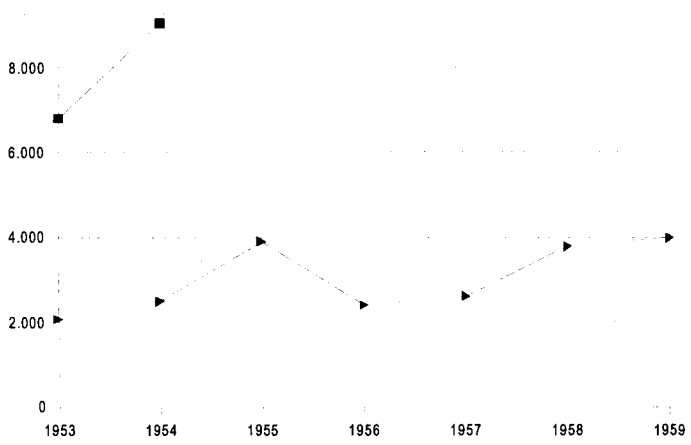
Quando observamos o processo de seleção que ocorre com os crimes contra o patrimônio (roubo, furto, estelionato, fraude, receptação, dano, etc) verificamos também uma larga diferença entre registros de ocorrência e procedimentos policiais que resultaram em inquéritos tombados no judiciário (gráfico 3). Mas, apesar das diferenças, as curvas apresentam tendências análogas em toda a série, que se estende até 1959,

o que está a indicar que os dados possuem uma razoável consistência, embora venham de fontes diferentes.

Se considerarmos, então, que a diferença entre feitos criminais tombados e registros policiais de ocorrências pode ser tomada como indicador do processo de seleção da etapa policial, poderemos chamar de "taxa de seleção da etapa policial" à taxa obtida pela razão entre feitos tombados e registros policiais de ocorrência, dado que ambos referem-se à mesma unidade de análise, o delito.

Gráfico 3 – Crimes contra o Patrimônio no Rio de Janeiro: 1953-1959

Registros policiais e inquéritos tombados no judiciário.
Freqüências Absolutas



Fonte: Boletins de Serviço do Departamento Federal de Segurança Pública e SEDMP. Ministério da Justiça.

Nesse sentido, também podemos dizer que um delito (crime, contravenção ou infração) foi "esclarecido" quando esse procedimento, apreciado no âmbito judiciário, for capaz de levar à denúncia ou a uma ação penal contra alguém. A taxa de "esclarecimento" correspondente será a razão entre o volume de ações penais e o volume de ocorrências

registradas pela polícia. Aqui também a unidade de análise é a mesma, como será a mesma quando comparada às ações penais que levaram a alguma condenação. Outra unidade de análise é o indivíduo acusado ou implicado no indiciamento policial, denunciado pela promotoria e condenado pela justiça. Também aqui podem ser calculadas taxas análogas, individualmente referidas à autoria (incriminação) e não ao evento. A taxa de condenação é calculada, nesse caso, em relação ao volume de indiciados e não de ocorrências registradas, por serem unidades de análise diversas.[20] Há também dados sobre o tipo de pena e seu cumprimento (taxa de aprisionamento), que não trataremos aqui. A tabela 1 apresenta as taxas de seleção policial, esclarecimento e condenação obtidas para os crimes de homicídio doloso (consumado e tentativa) e roubo no período 1953-1957. Como se pode verificar, a taxa de seleção policial de homicídios era maior que a de roubos, com exceção de 1957, mas a taxa de condenação por homicídios ou tentativa de homicídio, que era também maior no início do período, perde para a taxa de condenação por roubo nos últimos dois anos analisados. A taxa média de esclarecimento para roubo, 17%, foi bem menor que a de homicídio doloso, que chegou perto de 28% no período 1953-1957.

Tabela 1 – Taxas para Homicídio Doloso e Tentativa e Roubo

Homicídio Doloso e Tentativa	**1953**	**1954**	**1955**	**1956**	**1957**
Taxa de seleção policial	36,9	41,8	32,7	24,0	17,6
Taxa de esclarecimento	34,3	39,2	29,5	21,5	14,5
Taxa de condenação	47,3	52,1	53,6	44,7	34,5
Roubo	**1953**	**1954**	**1955**	**1956**	**1957**
Taxa de seleção policial	30,5	26,4	23,7	16,4	18,7
Taxa de esclarecimento	23,5	20,3	15,4	12,5	13,9
Taxa de condenação	40,2	48,9	39,9	46,8	45,3

Fonte: Boletins de Serviço do Departamento Federal de Segurança Pública e SEDMP. Ministério da Justiça.

20. É relevante sublinhar que um feito tombado (referente a uma ocorrência) pode ter mais de um indiciado pela polícia e isso pode levar (mas não necessariamente) a um desdobramento do processo pela promotoria em mais de uma ação penal. Esse fato interfere sobremaneira na produção das estatísticas judiciais, já que nem sempre é possível identificar quando isso acontece ou não nas estatísticas oficiais divulgadas.

É importante ressaltar que essas taxas podem indicar tanto uma queda constante nas taxas de seleção policial e esclarecimento, quanto refletir apenas a diminuição de envio dos boletins individuais de homicídios e roubos ao setores encarregados da estatística da época. Se for este o caso, então deveríamos esperar a continuidade da queda dos indicadores de fluxo de processamento do roubo nos anos seguintes, como vimos ocorrer com homicídio doloso. Mas não é o que parece ocorrer. (tabela 2)

Tabela 2 – Roubo (números absolutos)

	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959
Roubo (registros policiais)	524	827	1.547	1455	1.522	1.299	1.316
Roubo (tombados no judiciário)	160	218	366	239	285	383	354

Fonte: Boletins de Serviço do Departamento Federal de Segurança Pública e SEDMP. Ministério da Justiça.

O que os dados parecem indicar é um aumento considerável de ocorrências de roubo a partir de 1955 (triplicam os roubos em relação a 1953) enquanto o processamento não o acompanha, ainda que dobrando entre 1953 e 1959 o volume de procedimentos tombados no judiciário. A diferença, que já existia em 1953, de três vezes mais ocorrências de roubo que seu processamento em inquéritos tombados no judiciário, aumenta assim para mais de quatro vezes, apesar da duplicação do esforço de policiais, promotores e juizes. Essa hipótese é fortalecida quando sabemos que data exatamente do período 1956-1958 a representação, na imprensa, do aumento da insegurança na cidade e o aparecimento do primeiro "esquadrão da morte", sob a denominação oficial de "Grupo de Diligências Especiais" (Misse, 1999).

Como vimos, também na França, este mesmo crescimento foi observado, com o aumento exponencial dos casos de roubos recebidos pelo Parquet e também do arquivamento a partir de 1960 (não se tinha as estatísticas policiais para o período). No caso do Rio de Janeiro não sabemos o que aconteceu com os casos que sequer foram tombados no judiciário e nem tampouco dos motivos disto ocorrer.[21] Isto sugere que já

21. A criação das Centrais de Inquérito no Estado do Rio de Janeiro, a partir de 1990, modificou o encaminhamento previsto no Código de Processo Penal.

nesta época, uma parte crescente dos casos terminam não "elucidados" na polícia e, portanto não aparecem na estatísticas do judiciário nem como "tombados", nem mesmo como "arquivados".

3. Comparando com as séries atuais

As estatísticas criminais da série da década de 50 foram produzidas pelo Serviço de Estatística (SEDMP) que, embora subordinado ao Ministério da Justiça, vinculava-se ao Conselho Nacional de Estatística (CNE). A adoção do boletim individual tornou-se a forma encontrada de articular, de forma centralizada, as informações produzidas pela polícia e pelo judiciário e também de organizar estas informações de acordo com parâmetros classificatórios e metodológicos definidos pelo CNE e por exigência do Código do Processo Penal (Lima, 2004). Tratava-se, portanto de um sistema de organização de dados que era, de alguma maneira, orientado externamente por expert estatísticos e jurídicos e por isto não se restringia à necessidade de informação dos operadores do sistema. Como já foi dito, a coleta e sistematização desses dados não tiveram prosseguimento. Após a transferência da administração federal para Brasília, as estatísticas do SEDMP perdem crescentemente a qualidade, até se extinguirem em 1970. As estatísticas policiais desaparecem já em 1960 e reaparecem, em surtos intermitentes, irregulares e com baixa qualidade, em 1970-1974, 1977-1981 e 1984-1990, e apenas para um pequeno grupo de registros de ocorrência. As estatísticas judiciárias passam a seguir uma classificação genérica quando reaparecem, também de forma intermitente, em meados da década de 90. Agora respondem a objetivos internos aos tribunais de justiça e não seguem mais os critérios estatísticos externos que produziram a série dos boletins individuais. A primeira série consistente a que tivemos acesso começa em 1997 e se interrompe em 2001. A partir de 2002, retoma-se a série e novos critérios são introduzidos, mas continua-se a visar mais as rotinas de trabalho dos

Os inquéritos policiais deixaram de passar pelas varas criminais, onde eram anteriormente tombados, indo diretamente ao ministério público. Apenas os inquéritos que resultassem em denúncia do ministério público chegavam a ser tombados nas varas criminais, os demais permanecendo sob a responsabilidade das centrais de inquérito e depois arquivados. Uma etnografia das variantes de procedimentos em todos esses casos é necessária para uma melhor avaliação crítica da qualidade dos dados oficiais divulgados.

juizes do que uma sistemática de dados que permita conhecer o fluxo do processamento de forma estatisticamente adequada.[22]

Quando analisamos comparativamente os dados referentes às duas épocas em que possuímos séries estatísticas para o município do Rio, somos obrigados a nos restringir às taxas de seleção policial, em virtude da irregularidade de dados sobre ações penais (gráfico 4). Ao incluir os dados do atual Estado do Rio de Janeiro na análise, pretendemos observar o quanto também podem ser úteis comparativamente.

Gráfico 4 – Taxas médias de seleção policial por quinquênio no Distrito Federal (DF), Rio de Janeiro (Rio) e Estado do Rio de Janeiro (RJ)



Fonte: Boletins de Serviço do Departamento Federal de Segurança Pública e SEDMP Ministério da Justiça; relatórios estatísticos da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Rio antigo ganha, quase sempre, do novo Rio, quando se trata de comparar taxas anuais de seleção policial. É preciso, no entanto, precaver-se quanto à série de dados do Distrito Federal para homicídios, pelas razões antes apontadas: os boletins individuais chegavam cada vez menos ao serviço de estatística; do mesmo modo, a série referente ao município do Rio de Janeiro entre 1997-2004 apresenta baixo volume de

22. Essa pode ser a explicação para certas incongruências encontradas nos relatórios estatísticos da Corregedoria Geral de Justiça, principalmente nos dados sobre a Comarca da Capital nos anos de 1999, 2000 e 2001.

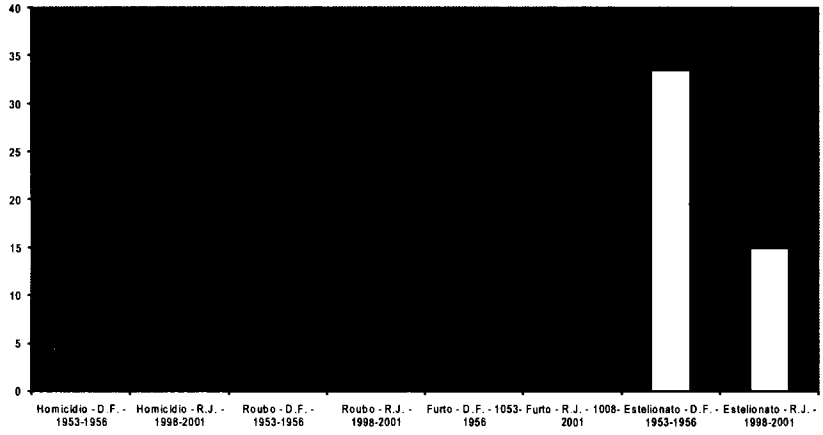
processamento em alguns anos (1999, 2000 e 2001), rompendo com a consistência da série.[23] Os dados do Estado do Rio de Janeiro apresentam consistência, mas à primeira vista não serviriam para comparações com o antigo Distrito Federal.

Entretanto, há boas razões para se usar os dados do Estado, principalmente se se leva em conta que a Capital Federal, na década de 50, tinha áreas semi-rurais, diferentemente da capital do Estado hoje, que é totalmente urbanizada. E, do mesmo modo, hoje o Estado do Rio é em grande parte urbanizado, mas ainda detém algumas áreas rurais e semi-rurais. Além disto, de todos os delitos do Estado do Rio, cerca de 70 a 80% ocorrem na região metropolitana, que concentra também o mesmo percentual da população do Estado. Isso nos leva a crer que não é um viés muito forte comparar a antiga capital, que era fortemente urbanizada, mas tinha áreas semi-rurais, como os subúrbios, Jacarepaguá, Campo Grande e Santa Cruz, além de regiões faveladas, que eram semi-rurais, com o Estado do Rio de Janeiro de hoje.

Uma última comparação poderá nos advertir quanto a essa possibilidade. A série do Estado do Rio de Janeiro possui dados sobre ações penais, tanto quanto a série judiciária da década de cinqüenta para o antigo Distrito Federal. O gráfico 5 explora as possibilidades comparativas sobre três dos principais conjuntos de dados de fluxo: ocorrências registradas, inquéritos apreciados ou "tombados" no judiciário; e inquéritos tombados que se converteram em ações penais, isto é, que levaram o Ministério Público a denunciar os indiciados em inquéritos. O gráfico 5 compara as taxas médias de esclarecimento, isto é, a razão entre ações penais e registros de ocorrências para os crimes de homicídio, furto, roubo e estelionato e outras fraudes em dois quadriênios: 1953-1956 e 1998-2001. Como se pode verificar, apenas em homicídios dolosos os dados mais uma vez indicam uma exceção que decorre das razões apontadas para a década de 50. Mas os dados estaduais parecem compatíveis com a comparação proposta e apontam para a diferença na capacidade de esclarecimento dos crimes entre as duas épocas.

23. Grande parte do nosso problema de análise desses dados decorre da imprecisão quanto a saber quantos feitos tombados resultarão em denúncias e quantos serão arquivados, já que essa diferença não é sempre fornecida nas estatísticas oficiais do período posterior a 1990. É possível que na década de 50, como observamos anteriormente, a diferença entre a seleção policial e o esclarecimento fosse menor que nos anos 1997-2004.

Gráfico. 5 – Taxas médias de esclarecimento de homicídios dolosos, roubos, furtos e estelionatos e outras fraudes
Rio de Janeiro, DF (1953-56) e Estado do Rio de Janeiro (1998-2001)



Fonte: Boletins de Serviço do Departamento Federal de Segurança Pública e SEDMP. Ministério da Justiça; relatórios estatísticos da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Muitos são os desafios que se colocam ao pesquisador brasileiro, quando pretende analisar dados dessa natureza, pois as informações produzidas, especialmente as mais atuais, são dispersas e sua ordenação apresenta confiabilidade incerta. A inexistência de um sistema de indicadores da justiça criminal, com um modelo de dados comum, que integre as polícias, o ministério público, o judiciário e o sistema penitenciário impede, como vimos, a construção e comparação de séries temporais que permitam apontar com segurança o tamanho da impunidade penal no Brasil ontem e hoje.[24]

24. Esta foi a principal conclusão do diagnóstico *Indicadores Sociais de Criminalidade* (Fundação João Pinheiro, 1987). Passaram-se 20 anos desde a sua realização e pouca coisa mudou. Em 2001, o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – realizou um seminário com pesquisadores da área para fazer uma discussão sobre bases de dados e questões metodológicas e concluiu que, no âmbito nacional, as informações produzidas ainda são precárias, dispersas e de difícil comparação.

Os dados que obtivemos mostram que as taxas mais baixas de seleção policial e de esclarecimento encontram-se na capital nos anos atuais. Estas diferenças são especialmente acentuadas para os crimes contra o patrimônio (furto, roubo e estelionato) e indicam mudanças na intensificação da repressão em relação a estes crimes. Quanto ao homicídio, ainda que uma comparação acurada fique prejudicada em razão dos problemas apontados com os dados dos anos 50 e dos dados atuais para capital, é possível observar uma taxa de seleção policial de cerca de 35% e de capacidade de esclarecimento de cerca de 33% , quando considerado todo o Estado do Rio de Janeiro. Esses dados, no entanto, parecem incongruentes com a representação que os próprios operadores têm da baixa capacidade de esclarecimento de crimes, especialmente de homicídios dolosos no Estado do Rio de Janeiro.

Estas taxas aproximam-se daquelas encontradas nos primeiros anos da série para a capital federal, quando os dados ainda apresentavam consistência. Se aceitas as condições sob as quais propomos esta análise, não há como negar uma constante nas taxas de seleção policial e esclarecimento de homicídios dolosos no Rio de Janeiro em períodos com meio século de intervalo. No mínimo, pode-se deduzir que as discussões sobre a impunidade penal não parecem refletir uma situação recente, mas uma permanência ainda não inteiramente compreendida. Uma indiferença de cinqüenta anos sobre a ausência de esclarecimento de cerca de 70% dos homicídios dolosos ocorridos no Rio de Janeiro está a exigir novos estudos e uma redobrada atenção para a compreensão do que vem se passando nessa área.

Bibliografia

Aubusson de Carvalay, Bruno. *Les filières pénales*. Paris, Cesdip. 1986.

Batitucci, Eduardo Cerqueira. O homicídio em Minas Gerais: uma análise do fluxo de processamento dos crimes contra a vida na capital mineira. *Anais da Alascip*. Campinas, 04 a 06.09.2006.

Bryden, D. P. & Lengnick, S. Rape in the criminal justice system. *Journal of Criminal Law and Criminology* 87. 1997.

Cano, Ignácio. Mensurando a impunidade no sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro. *Anais da Alascip*. Campinas, 04 a 06.09.2006.

Coelho, Edmundo Campos. A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967. Dados – *Revista de Ciências Sociais* 29-1/61-81. Rio de Janeiro: Iuperj, 1986.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Indicadores sociais de criminalidade*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. 1987.

FUNDAÇÃO SEADE. Consolidação de um sistema estadual de análise e produção de dados e constituição de um modelo de tratamento de informações que subsidie políticas públicas em justiça e segurança, em especial o Centro de Análise Criminal da SSP de São Paulo. Relatório parcial. 2001.

HAGAN, John. The social and legal construction of criminal justice: a study of the pré-sentencing process. *Social Problems* 22/620-637, 1975.

LÉVY, Réné. *Du suspect au coupable: le travail de la police judiciaire*. Genève: Editions Médecine et Hygiène, 1987.

LIMA, Renato Sérgio. *Contando crimes e criminosos em São Paulo: Uma sociologia das estatísticas produzidas e utilizadas entre 1871 e 2000*. Tese de Doutorado (mimeo). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. Violência endêmica: relatório de pesquisa homicídios na cidade do recife: dinâmica e fluxo no sistema de justiça criminal. *Revista do MPPE* 6, Recife, 2006.

MISSE, Michel. *Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Tese de Doutorado. (mimeo). Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (Iuperj). 1999.

_____. *Crime e violência no Brasil contemporâneo. Estudos de sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIBEIRO, Ludmila M. *A produção decisória do sistema de justiça criminal brasileiro: uma avaliação dos percentuais de atrito para o delito de homicídio doloso*. Cap. 3. Tese em andamento.

ROCHÉ, Sebastien. *Police de proximité*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

SILVA, Klarissa Almeida. *Tipologia dos homicídios consumados e tentados: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais – comarca de Belo Horizonte, 2003 a 2005*. Dissertação de Mestrado (mimeo). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

SOARES, Luis Eduardo (org.). *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser Relume Dumará, 1996.

VARGAS, Joana Domingues. Crimes sexuais e sistema de justiça. *IBCCrim*. São Paulo, 2000.

_____. *Estupro*: Que Justiça? *Fluxo do funcionamento e análise do tempo da justiça criminal para o crime de estupro*. Tese de Doutorado. (mimeo). Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (Iuperj), 2004.

_____; MAGALHÃES, Ismênia. B.; RIBEIRO, M. Ludmila. O Tempo e a morosidade processual na justiça criminal: discussões metodológicas. *Anais da Alascip*. Campinas, 04 a 06.09.2006.

4
Tolerância zero

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Professor Titular de Direito Penal da USP. Ex-presidente do IBCCrim.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O artigo descreve a importância do estudo da Tolerância Zero, movimento conservador surgido nos Estados Unidos e utilizado para combate à criminalidade pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani. Tal movimento, ao lado do *Direito Penal do Inimigo* e do *Movimento de Lei e Ordem*, foi uma das maneiras utilizadas para incremento punitivo na pós-modernidade. Não há, por outro lado, qualquer pesquisa empírica que tenha demonstrado a efetividade da Tolerância Zero para fazer cair índices de criminalidade, como muito se alardeou. Ao contrário, muitas críticas são feitas, por ter sido este movimento chamado de racista e discriminatório.

PALAVRAS-CHAVE: Lei e ordem – Inimigo – Intolerância – Política criminal – Tolerância zero.

ABSTRACT: The article describes the importance of the Zero Tolerance study, a conservative movement born in the United States and used by Rudolph Giuliani, mayor of New York city to fight criminality. This movement, together with the *Enemy criminal law and the law and order movement* was one of the manners used to boost the punishing system in post-modern times. However, there are no empirical studies, which have proved the effectiveness of Zero Tolerance to drop levels of criminality, a fact that is defended by many. On the contrary, there is a lot of criticism because this movement was considered racist and discriminatory.

KEYWORDS: Law and order – Enemy – Intolerance – Criminal policy – Zero tolerance.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A origem de tudo – 2. O significado da política de tolerância zero – 3. Tolerância zero e política criminal no Brasil: notas conclusivas – Bibliografia.

Introdução[1]

Um filho leva uma bronca do pai que taxativamente afirma que de agora em diante irá ter tolerância zero com aquelas atitudes. O político em campanha para governador promete tolerância zero com os criminosos.

Tolerância zero é uma frase usada em um variado contexto. Pode se referir a uma política criminal ou policial. Pode-se tratar da política do empregador com um gerente flagrado no cometimento de um assédio moral contra um funcionário subalterno. Pode revelar a postura que os pais terão com os filhos em função de suas atitudes. A frase virou parte do vocabulário oficial de agentes públicos, líderes de opinião, imprensa e – principalmente – políticos. O sentido é quase sempre o mesmo: *haverá um endurecimento das relações a partir de agora.* Da Austrália aos Estados Unidos. Do Brasil ao Japão. Da França à África do Sul. Sempre o sentido será o popular slogan dos políticos que falam sobre a dureza com que combaterão o crime.[2] Por que a expressão tolerância zero é tão persuasiva nos dias que correm? Qual a razão da expressão transpor tantas fronteiras no contexto da modernidade tardia? Pode uma política criminal no Brasil, concebido como um Estado Democrático de Direito, adotar a política de tolerância zero?

Estas são algumas das perguntas que este artigo pretende enfrentar.

1. A origem de tudo

O programa de tolerância zero tem sua origem, em grande medida, em função de um famoso artigo publicado por James Q. Wilson em parceria com George Kelling, no ano de 1982, na revista norte-americana Atlantic Montly. O artigo intitulou-se "*Broken Windows: the police and neighborhood safety*". A idéia central do pensamento ali desenvolvido é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade. A leniência e condescendência com pequenas

1. O presente artigo constitui a síntese da palestra proferida pelo autor durante o 14.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.
2. Ismaili, Karim. Explaining the cultural and symbolic resonance of zero tolerance in contemporary criminal justice. *Contemporary Justice Review* 6/256, 2003.

desordens do cotidiano não devem ter sua importância minimizada. Ao contrário. Não se deve negligenciar essa importante fonte de irradiação da criminalidade violenta. Esse pensamento é metaforicamente exposto com a teoria das janelas quebradas. "Psicólogos sociais e chefes de polícia tendem a concordar que se uma janela de um prédio é quebrada e não é consertada, todas as demais janelas serão imediatamente quebradas."[3] A Teoria é expressada através de um interessante exemplo. Dois carros foram abandonados, sem placas, com o capô aberto em duas ruas de diferentes cidades. Uma, em Palo Alto, Califórnia. Outra no Bronx, Nova York. O carro parado no bairro do Bronx é imediatamente depenado, em não mais que 10 minutos. Os primeiros a chegar ao veículo foram pai, mãe e um filho (de uma mesma família) que levaram o radiador e a bateria. Em pouco tempo, o carro foi totalmente depredado. Em um prazo de vinte e quatro horas o carro servia de playground para as crianças. A maior parte dos vândalos estava bem vestida, e eram brancos. O carro, nas mesmas condições, estacionado em um bairro de elite em Palo Alto, não foi tocado no prazo de uma semana. O pesquisador, então, destruiu uma janela do veículo com um martelo e em poucas horas o veículo foi igualmente depenado. Isto foi feito, da mesma forma, por pessoas brancas aparentemente respeitáveis.[4] Segundo os autores, a explicação da diferença das posturas das comunidades explica-se pela sensação se anomia no Bronx, pela freqüência com que carros são abandonados, coisas são roubadas e pela anterior experiência de vandalismos por quem conhece que ali "ninguém dá bola" para as coisas.[5]

Os quatro principais elementos da teoria podem ser assim resumidos: (i) Ao lidar com a desordem e com pequenos desordeiros, a polícia fica mais bem informada e se põe em contato com os autores de crimes mais graves, prendendo também os mais perigosos; (II) a alta visibilidade das ações da polícia e de sua concentração em áreas caracterizadas pelo alto grau de desordem, protege os bons cidadãos e, ao mesmo tempo, emite mensagem para os maus e aqueles culpados de crimes menores no sentido de que suas atitudes não serão toleradas; (III) os cidadãos começam a retomar o controle sobre os espaços públicos, movendo-se para o centro dos esforços de manutenção da ordem e prevenção do

3. Wilson, James Q. & Kelling, George L. Broken Windows: the police and neighborhood safety. *Atlantic Montly* (Digital edition), mar., 1982, p. 4.
4. Idem, p. 4.
5. Idem, p. 5.

crime; (IV) na medida em que os problemas relacionados à desordem e ao crime deixam de ser responsabilidade exclusiva da polícia e passam a envolver toda a comunidade, todos se mobilizam para enfrentar tais questões de uma forma mais integrada.[6]

O período de 1950 a 1973 é conhecido nos Estados Unidos como um momento de grande abundância, com marcantes crescimentos dos parâmetros sociais em termos de sociedades industrializadas. Esse período do pós-guerra deu pleno emprego à população americana, produziu condições para oferta de sucessivos aumentos salariais, assegurou segurança econômica, permitiu investimentos constantes das empresas e uma fé geral na sociedade americana. O Objetivo precípuo da política penal era a reabilitação e reinserção social dos ofensores, dentro do velho sistema de controle. A crise social que se iniciara nos anos 60 (conhecida como movimento contra-cultural) tem, no final dos anos 70 e início dos 80, uma conseqüência voltada ao plano econômico. Sucessivas recessões, conflitos sindicais e instabilidade política provocam conseqüências sociais marcantes em grandes cidades americanas. Os índices de criminalidade passam a crescer e o velho sistema construído nos anos anteriores não mais dá conta do enfrentamento do problema criminal. Nasce, assim, uma demanda de endurecimento da guerra contra o crime.

Ao final dos anos 80 e início dos 90, Nova York tinha como prefeito um defensor da velha política criminal marcada por mais tolerância (o prefeito era David Dinkins). Em 1993, o candidato pelo Partido Republicano, Rudolph Giuliani, é eleito prefeito de Nova York, com uma plataforma clara de "endurecimento" com os criminosos e de guerra ao crime. No início de 1994, Giuliani nomeou William Bratton comissário de polícia de Nova York, com amplos poderes de enfrentamento do problema criminal. Bratton fora chefe do Departamento de Trânsito de Nova York, tendo combatido com ênfase o estado de decadência do metrô. Além disso, Bratton era defensor da teoria das "janelas quebradas" e passou a adotar tal política em todos os distritos da cidade.[7]

Dentre as medidas iniciais, destaca-se a sistemática da mudança de gestão. O policiamento da cidade passou a ser descentralizado,

6. Belli, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil.* São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 65.

7. Vitale, Alex S. Innovation and institutionalization: factors in the development of "quality of life" policing in New York City. *Policing & Society* 15-2/101, jun. 2005.

cabendo ao chefe de cada distrito policial prestar contas da redução da criminalidade. Isso passa a ser possível com a introdução de um sistema computadorizado de mapeamento dos atos criminosos (Compstat da sigla em inglês: computerized mapping system). O sistema computadorizado[8] recebeu suporte de sistema câmeras de monitoramento externo, bem como de todo o material eletrônico necessário às informações dos computadores policiais. O papel de gerenciamento da central de informações tinha a função não só de controlar o processo interno de verificação dos crimes, mas também o de servir de condutor para a mudança interna e externa das pressões por mudança.[9] A idéia de produtividade e competitividade entre os distritos policiais passava a fazer parte do universo policial. O chefe do distrito estava obrigado a prestar contas de todos os seus atos e a apontar os resultados advindos de suas ações. O pilar da gestão acerca da tolerância zero foi, pois, o uso cartográfico[10] de estatísticas de delinqüência e avaliação constante das performances da polícia, com adicionais de produtividade aos envolvidos, como se fosse a melhor empresa capitalista privada.

No que concerne às atitudes iniciais de policiamento sob a égide da política de tolerância zero, passou-se a reprimir todo tipo de desordem social, ainda que isso não significasse necessariamente um crime. As pequenas infrações do cotidiano passaram a ser coibidas. Lavadores de pára-brisas foram perseguidos. Grafiteiros foram presos. Mendigos e sem tetos foram reprimidos. Alguns foram removidos das pontes, onde haviam fixado moradia, sendo mandados compulsoriamente para abrigos da prefeitura. A prática de pular roletas no metrô deixou de ser tolerada. A prostituição e a pornografia são enfaticamente reprimidas. Policiais ficavam perto de escolas para identificar alunos gazeteiros, sendo as informações levadas para os pais e direção da escola. Até mesmo sentar-se na calçada passou a ser uma infração a ser reprimida pela polícia de

8. No Estado de São Paulo, sistema assemelhado recebeu o nome de Infocrim, tendo sido implementado sob os auspícios da Coordenadoria de Assessoria e Planejamento (CAP) da Secretaria de Segurança Pública.
9. VITALE, Alex S. Op. cit., p. 103.
10. Para analisar as origens dos estudos estatísticos e matemáticos aplicados à investigação criminal, merece menção o pensamento do belga, Adolphe Quetelet, fundador da Escola Cartográfica. Para ele, havia uma regularidade dos fenômenos criminais, chegando a mencionar o postulado das relações constantes entre a criminalidade real, aparente e legal.

Nova York.[11] A política de "guerra às drogas" ganha novos coloridos, com a exacerbação da repressão. Ela se dá através da postura conhecida como *stop and frisk*, mecanismo relativamente incomum nos Estados Unidos, que permitia parar os suspeitos para revistá-los com objetivo de apreensão de drogas.

Giuliani começou, com grande alarde, a divulgar a queda das taxas de criminalidade. Ele omite, no entanto, alguns dados importantes, como a queda acentuada do desemprego nesse período, em face de uma forte recuperação econômica; a estabilização e exaustão do mercado de crack; a diminuição do número de jovens, que normalmente constituem a maioria dos delinqüentes. Também omitiu que outras grandes cidades importantes americanas tiveram substancial queda de criminalidade no mesmo período, mesmo sem qualquer medida assemelhada à Tolerância Zero. Também omitiu que a criminalidade já havia caído 20% antes da aplicação da política, porquanto o pico de criminalidade já havia atingido o auge em 1990, já sendo decrescente três anos antes da política exacerbadora de Tolerância Zero.[12] Enquanto Nova York propalava "recorde" de quedas das taxas de criminalidade, da ordem de 70,6% entre os anos de 1991 a 1998, San Diego, implementando uma política de policiamento comunitário, teve queda de 76,4% na taxa de homicídios, no mesmo período. Boston obteve índices assemelhados aos de Nova York, 69,3%, com uma política de envolvimento de líderes religiosos na prevenção de crimes. Outras cidades, sem qualquer política coerente pré-determinada, obtiveram índices grandes de redução. Destaque para os 61,3% de Houston e os 59,3% de Los Angeles.[13]

Alguns episódios inevitáveis aconteceram ao longo dos anos de implementação do programa. Entre os vários casos, podem ser destacados aqueles de brutalidade da polícia como o de Abner Louima, imigrante sodomizado com um cassetete. Ou ainda, o de Amadou Diallo, assassinado no vestíbulo do prédio onde morava com 41 tiros, 19 dos quais certeiros. A opção da polícia era clara: atingir jovens representantes de minorias, especialmente negros, latinos e imigrantes. Passou a pesar sobre o Departamento de Polícia de Nova York a grave acusação de *race profiling*, isto é, a escolha de alvos do policiamento pela cor da pele.

11. VITALE, Alex S. Op. cit., p. 110.
12. SMITH, Neil. Global social cleansing: post liberal revanchism and the export of zero tolerance. *Social Justice* 28-3/72, 2001.
13. BELLI, Benoni. Op. cit., p. 74-75.

Não obstante os casos começarem a se repetir, o apoio da mídia foi quase incondicional. Se o objetivo era infundir uma "certa atitude" para influir na consciência coletiva da comunidade, isso só seria possível com maciços apoios da opinião publicada. A publicidade não somente provia cidadãos e formadores de opinião com os temas principais de discussão e formas de compreender a realidade, mas também criou uma constante guerra publicitária para criar um grande concerto das agendas alternativas àquelas tradicionais.[14]

2. O SIGNIFICADO DA POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO

Na passagem da modernidade para a pós-modernidade, mudanças radicais atingiram o relacionamento do indivíduo com outros indivíduos. Relacionamentos individuais, casamento, relação de emprego e sentido de comunidade passaram a ter, na designação de Bauman, uma liquidez em oposição à concreção anteriormente existente.[15] Nessa situação de incerteza ontológica, parece haver uma demanda que compense o anterior acolhimento familiar e comunitário. É que as comunidades auto-sustentadas e auto-reprodutivas são exemplos de sólidos que teriam sido liquefeitos pelo capitalismo moderno e cujas destruições teriam levado à inserção da maioria da população em uma rotina artificial, sustentada pela coação e sem sentido no que diz respeito à dignidade, mérito ou honra.[16] Se uma rotina comunitária é algo natural, e que produz freios a que muitos indivíduos aderem por com eles se identificarem, a rotina artificial, coativa e ligada a um trabalho sem sentido, cria um tipo de controle igualmente artificial, imposto de cima e com o qual poucas pessoas estarão dispostas a colaborar, dada a ausência de identificação com os valores que lhe subjazem. Assim, conforme se perdem os laços comunitários, fica comprometida a naturalidade e a força das instâncias de controle social informal. A perda do sentimento de segurança humana (trabalho certo e seguro, relação familiar estável, estado de bem-estar que assegure assistência em momentos de fragilidade etc.) levará muitas pessoas a solicitar uma compensação restauradora da estabilidade, de tal

14. TÖRRÖNEN, Jukka. Zero tolerance, the media, and a local community. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 5/31, 2004.

15. A obra *Modernidade Líquida* talvez seja aquela de Zigmunt Bauman que melhor expressa essa angustiosa relação.

16. BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 33.

forma a clarear os papéis de vida comunitária. Uma das formas, dentre muitas, é o de se demarcar clara e rapidamente os limites e categorias da vida comunitária. A crença na rápida eliminação do crime e da criminalidade baseia-se em duas típicas ilusões: uma pode ser descrita como cosmética e a outra como simplificadora da realidade social.[17]

Na realidade, o programa de Tolerância Zero não é a única faceta desse fenômeno. Muito mais do que ser uma estratégia policial, é a expressão de um contexto em que prevalece a descrença na reinserção do egresso do sistema punitivo, na busca da identificação das razões sociais últimas do crime, na transcendência das estruturas sociais, na superação do processo de exclusão produzido e reproduzido diariamente nas relações sociais. "É expressão, portanto, de uma oposição visceral, no dia-a-dia e no senso comum, à descoberta central de Durkheim: a de que a sociedade é mais do que a simples soma dos indivíduos que a compõem."[18]

A sociedade atual passa por um processo criativo extremamente acelerado a que muitos chamaram de sociedade pós-moderna. Se a modernidade tem como tônica a industrialização, a divisão social do trabalho, a distinção do proletariado como classe que se constitui em motor da história e o nascimento epistemológico da individualidade, a sociedade pós-moderna passa por uma forma transnacional de produção, pela acentuação da concorrência no âmbito do mercado de trabalho, pela existência de um processo comunicativo global, pelo surgimento de modos transnacionais de vida, processos econômicos percebidos como globais, destruição ambiental que transcende as fronteiras territoriais de países e continentes, crises e guerras vivenciadas por todos os povos.

A esse processo que reflete o momento vivido por todos os povos de diferentes Nações, convencionou-se denominar de *Globalização*. Diante deste quadro, globalização significa "os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais".[19] A rigor, o fenômeno reflete-se na economia de maneira acentuada. "Os traços principais

17. Törrönen, Jukka. Op. cit., p. 29.

18. BELLI, Benoni. Op. cit., p. 76.

19. Beck, Ulrich. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999, p. 30.

desta nova economia mundial são os seguintes: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminências das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, México e América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Européia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte da África."[20]

Podem ser citados, dentre outras formas de expressão desse sentimento de insegurança (apropriado por uma nova direita), alguns mecanismos de exacerbação da punição, movimento comum à pós-modernidade de um mundo dito globalizado: o Direito Penal do Inimigo; o Movimento de Lei e Ordem; e a Tolerância Zero, com as várias formas de fobias raciais. Embora apresentem facetas distintas, há uma interpenetração dessas categorias, o que será objeto de análise.

No plano do direito e em particular no âmbito do Direito Penal, não se deixam de sentir os reflexos desse movimento global, ainda que com os naturais matizes continentais. A situação vivida pela Europa, com o renascimento das fobias contra estrangeiros, imigrantes e grupos étnicos não originariamente europeus, deu ensejo à criação de uma concepção denominada *Direito Penal do Inimigo*. Günther Jakobs, seu principal mentor, assevera que "denomina-se 'Direito' o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação."[21] Com essa premissa, ancorada na obra de Jean Jacques Rosseau, *O Contrato Social*, passa-se a constituir dois "Direitos". Para o cidadão asseguram-se todas as garantias inerentes ao processo penal dos Estados Democráticos de Direito. Para os inimigos – e esse conceito será flexibilizado conforme as necessidades – aplica-se somente a pura e simples coação. Por mais que a idéia matizada de inimigo seja defendida, o que se estabelece é uma dualidade em que se criam *cidadãos*, reconhecidas como *pessoas*,

20. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Os processos de globalização. Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Afrontamento, 2000, p. 35.

21. JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25.

e *inimigos*, declaradamente *não pessoas*. Assim, inicia-se um processo de coisificação do ser que faz menção a certos seres humanos que pela ilicitude de seu ato deixam de ser considerados pessoas. Certamente que "o Estado pode privar alguém da sua condição de cidadania, porém isso não pode implicar que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo".[22] Não é necessária uma ampla reflexão para se identificar a origem desse tipo de pensamento. O combate aos atentados de 11 de Setembro justificará toda ordem de arbitrariedades contra os inimigos, sejam eles pobres, negros, árabes, imigrantes e até quem sabe – também – os terroristas. O Estado Democrático irá se travestir de Estado Gendarme, e seus objetivos passam a ser o combate do inimigo, não importa quem ele seja.

A segunda grande esfera de reação a maximizar a intervenção punitiva foi o *Movimento da Lei e Ordem*. A idéia central é dar uma resposta ao fenômeno da criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais. Nas duas últimas décadas crimes atrozes são apresentados pelo mass media e por muitos políticos como uma ocorrência terrível, geradora de insegurança e conseqüência do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcrada no velho regime punitivo – retributivo, que recebe o nome de Movimento da Lei e da Ordem. Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização dos criminosos. Seria mais, permitiria fazer justiça às vítimas e aos "homens de bem", ou seja, àqueles que não cometem delitos.

João Marcello de Araújo Júnior, logo após o advento da Lei de Crimes Hediondos, elencava as principais características desse pensamento, da seguinte forma. (i) "a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos retribuição jurídica; (ii) os chamados crimes atrozes devem ser punidos com penas severas e duradouras

22. Zaffaroni, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro:Revan, 2007, p. 19.

(morte e privação de liberdade longa); (iii) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, devendo ser o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; (iv) a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; (v) deve haver uma diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução, que, na hipótese, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente, para as autoridades penitenciárias".[23]

Tais idéias encontram eco, principalmente, na legislação de alguns Estados norte-americanos. Entre nós, vemos um preocupante avanço de tal movimento com a criminalização mais gravosa de determinadas condutas delituosas e com o aumento da repressão estatal, sem quaisquer critérios científicos. Para tanto, basta que se vejam os efeitos das famigeradas Leis de *Crimes Hediondos* e do *Regime Disciplinar Diferenciado*, unanimemente criticadas pela doutrina.

O Movimento de Lei e Ordem, associado ao pensamento de Tolerância Zero, produziram o maior índice de encarceramento que se tem notícia na história recente. O ano de 2008 inicia-se nos Estados Unidos com 2.319.258 pessoas nos cárceres, o que significa dizer que um em cada cem adultos estava encarcerado nos Estados Unidos no início de 2008.[24] O ensinamento disciplinar, tão importante no início do movimento de substituição das penas corporais pelo sistema prisional, não tem mais sentido na sociedade pós-moderna ou pós-fordista, porque não há mais ensinamento a propor. Resta aquilo que se denomina *warehousing*, o armazenamento de sujeitos que não são mais úteis e que, portanto, podem ser administrados apenas por meio da neutralização.[25] Até mesmo porque, como já se disse alhures, tem razão

23. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. *Sistema penal para o 3.º milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 70; também SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORREA Jr., Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciências criminais*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 141.

24. One in 100: behind bars in America 2008. Disponível em: <www.pewcenteronthestates.org>. Acesso em: 05.04.2008.

25. GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 15-16.

Bauman ao afirmar que é mais barato excluir e encarcerar pessoas de que incluí-las no processo produtivo.[26] O fato é que tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos os índices de encarceramento aumentaram de forma absurda, sem necessariamente um aumento dos índices de criminalidade.[27] Destaque-se, por exemplo, que enquanto a população brasileira aumentou cerca de 21% de 1994 a 2007 (157 milhões para 190 milhões) a população carcerária no mesmo período aumentou mais que 320%! Em 1994, ano do primeiro censo penitenciário do Brasil, a população carcerária brasileira era de 129.169 encarcerados, perfazendo um índice de 88 condenados por 100 mil habitantes. Em 2008, a população carcerária passa para 435.551 presos, com índice superior a 345 presos por 100 mil habitantes.

O Movimento de Tolerância Zero, além de ser parte do processo encarcerador, junto com os outros movimentos acima mencionados, é aquele que mais evidentemente implementa a idéia do Darwinismo Social. "Aqueles que não se encaixam na sociedade de consumo são os responsáveis pelo seu próprio destino". O cerne de tal pensamento é que as instituições do Estado de Bem-Estar Social não poderão premiar a indolência parasitária de uma sub-classe proletária. Cortam-se os serviços públicos assistenciais ou são eles privatizados, diminuem-se os direitos trabalhistas e sociais, quebram-se os poderes sindicais, enfim, há um desmonte do Estado Social para se ter, no lugar, um Estado Penal. Os indivíduos excluídos deixam de ser funcionais para a economia capitalista, tornando-se até mesmo obstáculo ao bom funcionamento dos negócios e do turismo. A lógica de recolher mendigos para abrigos, localizados longe das áreas mais valorizadas e freqüentadas por turistas, explica-se nesse contexto. Hordas de disfuncionais precisam ser punidos, não tanto pelos supostos efeitos dissuasórios da pena (prevenção geral), mas porque a função da pena se esgota na punição enquanto neutralização e exclusão.[28]

26. Bauman, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 50.

27. A população carcerária americana passa de 400.000 presos em 1975 para 750.000 em 1985, alçando dois milhões ao final da década de 90. A média de encarceramento nos EUA é cinco vezes superior à Européia. Se somarmos os presos a todos aqueles que têm controle carcerário (liberados condicionais, pessoas em *probation* etc.) chega-se a uma população controlada de 5 *milhões de pessoas*! Giorgi, op. cit., p. 94.

28. Belli, Benoni. Op. cit., p. 79.

Há também, nesse eixo, a idéia de pobres negros e favelados como naturalmente propensos ao crime, aquilo que se convencionou denominar de *Race profiling*. Se for verdade que muitos pobres foram presos nos Estados Unidos, também não é menos verdade que cerca de 10% da população afro-descendente americana está sob controle penal (presos, liberados condicionalmente ou sob prova). No Brasil, o racismo tem sido identificado por inúmeros estudos, de diferentes fontes. São cruzamentos de dados que envolvem analfabetismo, média de salário percebida por brancos e negros, número de negros que têm acesso à Universidade, disparidade dos índices de mortalidade infantil, diversidade dos dados no que concerne a quantos são mortos "em confronto" com as polícias estaduais etc.[29] Mas parece que, mesmo hoje, os operadores do direito não se convenceram disso. Lilia Schwarcz tem curiosa observação sobre o tema. Diz que, quando pesquisas são feitas junto à população em geral, chega-se à seguinte perplexidade: pergunta: a) Você é preconceituoso? 99% das pessoas responderam *não*; b) Você conhece alguém preconceituoso? 98% das pessoas responderam *sim*!

Pode parecer que tais práticas não produzam conseqüências no âmbito do Judiciário. Ledo engano. O próprio *Boletim do IBCCrim* já publicou uma pesquisa constatando tal fato: os negros têm penas mais longas e processos mais curtos (pelo fato de responderem ao processo presos, já que os magistrados concedem mais liberdades provisórias aos brancos).[30] De outra parte, o *race profiling* não é algo estranho ao pensamento brasileiro. Nina Rodrigues propunha, ancorado no pensamento de Garófalo, que a diferença que separava as raças inferiores e superiores era determinada pela intensidade com que os sentimentos de piedade e probidade estavam presentes. Portanto, para que um povo pudesse vir a participar democraticamente das escolhas políticas e sociais e viesse a ser considerado como agente político no âmbito de um processo demo-

29. Alguns desses dados podem ser verificados em SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 410 e ss.

30. "Os resultados da pesquisa são incontestáveis em apontar a maior punibilidade para negros, tanto se considerarmos a sua progressiva captação e manutenção pelo sistema (mais condenados do que indiciados), como se levarmos em conta a categoria prisão no processo: além de serem mais presos em flagrante (do que indiciados por portaria, como a maioria branca), seus processos correm num prazo menor, o que é indicativo de maior incidência de prisão processual". LIMA, Renato Sergio de et alii. Raça e Gênero no funcionamento da justiça criminal. *Boletim do IBCCRIM* 125/4, abr. 2003.

crático, era indispensável que ele formasse uma agremiação social muito homogênea, chegada a um mesmo grau de cultura mental média.[31] Não por outra razão chegou a propor diferentes códigos penais para as diferentes raças brasileiras. Esse movimento racista explícito encontrará guarida no Congresso Brasileiro de Eugenia,[32] de 1929. Lá, Renato Kehl e Miguel Couto chegaram a insistir em medidas restritivas à entrada de mão-de-obra asiática no Brasil, tendo a firme oposição de Roquete-Pinto, que entendia que a questão brasileira era uma questão de higiene e não racial.[33]

O tema suscitou inúmeras abordagens, inclusive literárias. Monteiro Lobato, conhecido escritor de livros infantis, em um de seus livros menos conhecidos, *O choque das raças ou o presidente negro*, publicado em 1926, três anos antes do Congresso Brasileiro de Eugenia, afirmava, em uma trama futurista que se passaria em 2.228, que "os três pesos mortos, responsáveis pelos males do mundo que sobrecarregavam a sociedade, haviam sido eliminados: o vadio, o doente e o pobre. Em vez de combatê-los com o castigo, o remédio e a esmola, adotaram-se três medidas distintas, respectivamente: a eugenia, a higiene e a eficiência."[34]

A identificação racial é evidentemente perceptível na atividade policial. O critério supostamente objetivo nas abordagens feitas nas cidades brasileiras para identificação dos "suspeitos" nada mais é do que o resultado da perspectiva de discriminação quando se faz a associação

31. Duarte, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 327.

32. O termo eugenia foi criado por Francis Galton (eu: boa; genus: geração) e visava a proibir casamentos inter-raciais para conduzir à melhoria das raças. Tal pensamento teve inúmeras repercussões no plano legal, especialmente nos Estados Unidos da América, com a adoção da castração química. O assunto, submetido à Suprema Corte Americana, no ano de 1927, encontrou a decisão da lavra no Juiz Oliver Wendel Homes Jr, que autorizou a esterilização da jovem Carrie Buck para que não viesse a existir mais gerações de degenerados e imbecis. Sobre o tema: Black, Edwin. *A guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha norte-americana para criar uma raça superior.* São Paulo: A Girafa, 2003, p. 134-135.

33. Scharcz, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870 a 1930*. São Paulo: Cia das Letras, 2001, p. 96.

34. Diwan, Pietra. *Raça Pura: uma história da eugenia no Brasil e no mundo*. São Paulo: Contexto, 2007, p. 108-109.

de pobres, negros e favelados como propensos ao crime. A visão de que a violência do Estado é aceitável, quando diferencia trabalhadores e bandidos, é o claro resultado racial de uma proposta de políticas de Tolerância Zero. Assim como a identificação dos imigrantes negros e árabes significa a escolha de um antagonista imaginário do *Direito Penal do Inimigo*, a adoção de políticas discriminatórias da Tolerância Zero tem os seus próprios inimigos: pobres, negros e imigrantes.

O sucesso no Brasil da política de Tolerância Zero, especialmente quando se está diante de políticos em véspera de eleições, não pode ser visto como uma mera adaptação daquele discurso. A influência norte-americana possibilita inserir nas práticas tupiniquins de violência desmedida contra as classes populares, pobres, negros, favelados, um novo discurso dotado de credibilidade e reconhecimento mundial. A suposta aura de credibilidade, a mística de eficiência em torno dos "modernos" instrumentos da política consagrada em Nova York, autoriza os políticos locais a legitimarem as práticas de violência contra as classes de baixa renda. Tem-se, pois, um adicional na defesa de políticas de segurança pública voltadas exclusivamente para a repressão dirigida aos alvos tradicionais: os criminosos de sempre.

3. Tolerância zero e política criminal no Brasil: notas conclusivas

No caso brasileiro, seria admissível, a adoção de uma política de Tolerância Zero? A resposta só pode ser *não*. A popularidade desse programa oculta uma questão central. Toda política dessa natureza, que produz mais encarceramento, aprofunda as desigualdades vivenciadas pelos grupos perseguidos. É de fácil compreensão a constatação do aprofundamento da pobreza em decorrência do encarceramento. "Ora, a prisão só contribui para intensificar a pobreza e o isolamento: 60% dos que deixam a prisão são desempregados, comparados com 50% dos que entram; 30% não são ajudados nem atendidos por ninguém; mais de 25% não dispõem de dinheiro para arcar com as despesas ao serem soltos, e um em oito não tem moradia ao sair da prisão."[35] O impacto danoso do encarceramento não age apenas sobre o detento, mas também, e de modo mais insidioso e injusto, sobre a sua família: deterioração da situação financeira, desagregação das relações de amizade e vizinhança, enfraquecimento de vínculos afetivos, distúrbios na escolaridade dos filhos e

35. Wacquant, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *Revista de Ciências Sociais* 47-2/221, 2004.

perturbações psicológicas graves decorrentes do sentimento de exclusão aumentam o fardo penal imposto aos pais e cônjuges de detentos.[36]

Política criminal (qualquer que seja) é uma espécie do gênero das políticas públicas. O substantivo *política*, acrescido do adjetivo *pública*, expressa o projeto dos programas de ação governamentais utilizados para a realização de objetivos sociais relevantes.[37] Há políticas públicas direcionadas à saúde, à educação, ao transporte urbano, ao desenvolvimento tecnológico ou ao preparo da infra-estrutura. Isso sempre significa uma forma de intervenção na realidade.

No âmbito das políticas públicas relativas à criminalidade, podem existir as que articulam política social de prevenção à violência com políticas criminais propriamente ditas. Na prevenção da violência, foca-se a melhoria de vida da população lato senso. Uma boa política de emprego, com capacitação profissional e educacional – associada às políticas sociais de diminuição das diferenças sociais e regionais – é forma de diminuição da criminalidade. Acesso à cidadania – só concebível se pensarmos em política para cidade e o cidadão, seu habitante – é algo que se pode conseguir com articulação de União, Estados e Municípios. Os projetos que utilizam o instrumental existente nas cidades, com a utilização de quadras, bibliotecas, jardins etc. das escolas públicas, municipais ou estaduais, nada mais é do que a extensão das ferramentas pedagógicas destinadas ao ensino para a prevenção da criminalidade através da utilização do concerto entre Estado e comunidade. Recentemente, o governo federal lançou um programa bastante compreensivo de segurança pública, denominado, Pronasci, que articula as políticas preventivas de violência com políticas criminais. Que articula o controle formal com o informal.

Entende-se por política criminal, definida desde Von Liszt, como o *conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com estas*

36. Op. cit., p. 221.

37. As políticas públicas são ferramentas que servem para dar vigência às funções estatais frente à demanda social, segundo Edgardo A., Amaya Cóbar y Ricardo Vladimir Montoya Cardoza. *Propuesta de política criminal y seguridad ciudadana para el salvador*. 1. ed., San Salvador: Fespap Ediciones, 2005, p. 4-5, apud SAENZ, Fabiana Eduardo. *Política criminal e limite etário de responsabilidade penal*, trabalho inédito.

relacionadas[38] ou como entendemos: *Disciplina que estuda as estratégias estatais para atuação preventiva da criminalidade, e que tem por finalidade estabelecer a ponte eficaz entre a criminologia, enquanto ciência empírica, e o direito penal, enquanto ciência axiológica.*[39]

A política criminal de um país pode sofrer alterações conforme o ato constitutivo básico em determinado momento. É assim que a Constituição Federal, por ser dirigente, estabeleceu o norte da tônica da intervenção admissível no Estado Democrático de Direito. Observe-se que estamos sob a égide de uma Constituição dirigente, garantista e programática. Não importam as modificações havidas com a pós-modernidade – que em grande parte questionaram conquistas sociais e políticas do Estado Democrático de Direito – pois, nas candentes palavras de J. J. Gomes Canotilho, "os filhos não se enjeitam. Crescem, reproduzem-se e morrem como qualquer mortal. Cabe, pois, explicar *per suma capita*, a atual situação do dirigismo e programaticidade constitucionais."[40] Quer isso dizer que a estrutura medular, a espinha dorsal do Estado só se modifica com a modificação de sua Constituição. Não obstante todas as modificações havidas pós-88, este fato, entre nós, não aflorou. Por isso entende-se que a perspectiva de "Construção de uma sociedade solidária e justa (art. 1.°, I) que quer erradicar a pobreza e a marginalização" (art. 3.°, III) alça a política criminal a não mais exercer um papel de auxiliar do direito penal, mas sim de transcendência face à própria dogmática. Veja-se que a política criminal passa a ser, nos termos do art. 64 da LEP, em seus diversos incisos, a tarefa do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – compreendendo, dentre outras: estimular a pesquisa criminológica; propor políticas criminais de prevenção do delito; sugerir metas e prioridades da política criminal e penitenciária (penal), conforme art. 64, I, II e III.

Se for verdade que políticas radicais e intransigentes – como *Tolerância Zero, Movimento da Lei e Ordem, Direito Penal do Inimigo* – induzem à uma intensificação da pobreza, como se entende que induzem, por

38. Dias, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 24.

39. Para Mireille Delmas-Marty é o conjunto de métodos com os quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, conforme *Modelos e movimentos atuais de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 19.

40. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4 (da resenha inicial).

contrariedade constitucional aos arts. 1.°, I e 3.°, III, não há que se admitir seja ela implementada na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

De outra parte, superada a visão da inconstitucionalidade da política de Tolerância Zero, talvez se devessem precisar as acepções que a palavra tolerância comporta. A idéia de tolerância traduz a tendência a admitir, nos outros, maneiras de pensar, de agir e de sentir diferentes ou mesmo diametralmente opostas às nossas. A idéia de tolerância nasceu e se desenvolveu no terreno das controvérsias religiosas. Dessa origem dos litígios religiosos, passou para o plano das controvérsias políticas e ideológicas. Foi ela o princípio inspirador do Estado Liberal e também o é no que concerne ao Estado Democrático de Direito.[41] Não obstante a idéia de tolerância comportar uma perspectiva cristã que indica uma regra de convivência, o que só se obtém com respeito, as duas palavras traduzem acepções distintas. A idéia de tolerância "é entendida em sentido limitativo, como aceitação, por razões de conveniência, de um erro. Ao passo que respeito é dirigido àquilo que se considera um bem, a tolerância é exercida perante aquilo que se considera um mal, mas que por razões de prudência não se impede, ainda que se possa impedir".[42]

No âmbito das idéias, no entanto, nasce uma visão de todo sustentável a defender a tolerância como um respeito pela consciência alheia. A distinção entre a tolerância em sentido negativo, como pura aceitação do erro, e tolerância em sentido positivo, como respeito pela consciência alheia dá-nos algo a pensar em qual será o limite da intolerância. No mundo atual não há sociedades absolutamente intolerantes como não há sociedades absolutamente tolerantes. O núcleo da idéia de tolerância é o reconhecimento do igual direito a conviver que se reconhece a doutrinas opostas.[43] Ou, em outras palavras, todas as idéias devem ser toleradas, menos aquelas que negam a idéia mesma de tolerância. Parafraseando Santo Agostinho, quando dizia *odeia o pecado, mas ama o pecador*, podemos dizer hoje: *odeia a intolerância, mas tolera o intolerante*. Ou, como asseverou o Editorial do *Boletim do IBCCrim* 53/2, de março de

41. Basta que se veja que dentre os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, estatuído no art. 1.° da CF/1988, está o pluralismo político, cuja essência aponta para a tolerância de opostos.

42. Bobbio, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002, p. 150.

43. Op. cit, p. 153.

1997, quando se pensou em implantar uma política de Tolerância Zero na cidade de São Paulo, já em seu título garrafal: *Intolerância: nota zero*!

Bibliografia

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. Sistema penal para o 3.º milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha norte-americana para criar uma raça superior*. São Paulo: A Girafa, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos atuais de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

DIWAN, Pietra. *Raça Pura: uma história da eugenia no Brasil e no mundo*. São Paulo: Contexto, 2007.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá, 2006.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ISMAILI, Karim. Explaining the cultural and symbolic resonance of zero tolerance in contemporary criminal justice. *Contemporary Justice Review* 6, 2003.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, Renato Sergio de et alii. *Raça e gênero no funcionamento da justiça criminal. Boletim do IBCCrim* 125, abr. 2003.

ONE IN 100: behind bars in America 2008. Disponível em: <www.pewcenteronthestates.org>.

SAENZ, Fabiana Eduardo. *Política criminal e limite etário de responsabilidade penal*. Trabalho inédito de mestrado defendido na Universidade de São Paulo.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Os processos de globalização. *Globalização: fatalidade ou utopia*? Porto: Afrontamento, 2000.

SCHARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870 a 1930*. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORREA JR., Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciências criminais*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SMITH, Neil. Global social cleansing: post liberal revanchism and the export of zero tolerance. *Social Justice* 28-3, 2001.

TÖRRÖNEN, Jukka. Zero tolerance, the media, and a local community. *Journal of scandinavian studies in criminology and crime prevention* 5, 2004.

VITALE, Alex S. Innovation and institutionalization: factors in the development of "quality of life" policing in New York City. *Policing & Society* 15-2, jun. 2005.

WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *Revista de Ciências Sociais* 47-2, 2004.

WILSON, James Q. & Kelling, George L. Broken Windows: the police and neighborhood safety. *Atlantic Montly* (Digital edition), mar. 1982. p. 4.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

IV SISTEMA PRISIONAL

1

A privatização do controle do crime e o monitoramento eletrônico de infratores na Inglaterra e no País de Gales

CRAIG PATERSON

Professor titular em Criminologia na Universidade Sheffield Hallam, Reino Unido.

ÁREA DO DIREITO: Criminologia

RESUMO: Este artigo apresenta uma discussão crítica sobre as técnicas de privatização do controle do crime e da justiça criminal, notadamente no que se refere à prática do monitoramento eletrônico de infratores, à luz das experiências pioneiras na Inglaterra e no País de Gales. A partir de exemplos concretos, extraídos do mercado da segurança privada que se instalou nestes países, o artigo questiona a real eficácia do monitoramento eletrônico como meio de prevenção de crimes, de reinserção de condenados, bem como sua parca capacidade de atuar junto ao fenômeno do encarceramento massivo e em conduzir a uma economia de recursos públicos gastos com a segurança, já que tende a promover uma ampliação do controle social.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoramento eletrônico – Privatização da segurança – Controle do crime – Justiça criminal – Controle social – Tecno-punições.

ABSTRACT: This article introduces a critical discussion on privatization techniques for crime control and criminal justice, notedly, those related to electronic monitoring practices for offenders taking into account the pioneer experience of England and Wales. Starting from concrete examples taken from security private markets installed in those countries, the article questions the real efficiency of electronic monitoring as means of crime prevention, reintroduction of convicts as well as its little ability to address issues related to the massive price-rise phenomenon and savings of public funds that are spent on security, since it tends to promote the expansion of social control

KEYWORDS: Electronic monitoring – Privatization of security – Crime control – Criminal justice – Social control – Techno-punishment.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Breve história do ME – 2. Prisões comerciais e formas subcontratadas de administração – 3. O ME sob o novo trabalhismo – 4. Conclusão – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO[1]

Desde os anos 1980, o governo britânico tem ativamente promovido o papel da indústria de segurança privada dentro sistema de justiça penal. Por meio da iniciativa privada, administra prisões e instituições para jovens em confronto com a lei, e centros de treinamento de segurança para adolescentes entre 12 e 17 anos, que agora são componentes reconhecidos do cenário da justiça penal. Além disso, novos centros de detenção para imigrantes foram criados por organizações comerciais para suplementar suas pretensões no controle do crime e expandir o mercado do aprisionamento. O monitoramento eletrônico (ME) de infratores e, mais recentemente, daqueles sob controle migratório, representa outra área em que cresce a privatização do setor público e a extensão das formas comerciais do controle social ao espaço doméstico. Inicialmente utilizado em 1989, mais de 16.000 pessoas estão atualmente submetidas a uma variedade de formas de ME em toda a Inglaterra e em Gales. Dentre os submetidos aos programas de ME incluem-se os libertados através de fiança, condenados adultos, adolescentes infratores, suspeitos de terrorismo, os submetidos ao controle migratório e, potencialmente, num futuro próximo, aqueles que se recusam a pagar pensão alimentícia. O ME representa um mercado em expansão, baseado na privatização da justiça penal, que outorga uma visão muito mais difusa do futuro em relação à regulamentação e ao controle social.

Muitos das privatizações que florescem na justiça criminal da Inglaterra e do País de Gales baseiam-se no desenvolvimento originalmente realizado nos EUA (Newburn, 2002), que inspirou o desenvolvimento do novo controle comercial do crime em todo o mundo. O ME é usado atualmente no Canadá, Taiwan, Singapura, Austrália, Nova Zelândia, Dinamarca, Finlândia, Suécia, Países Baixos, Alemanha, Bélgica, Portugal,

1. Este artigo foi publicado originalmente sob o título *Commercial Crime Contol and the Eletronic Monitoring in offenders in England and Gales. Social Justice* 34/3-4, Social Science Module, p. 98 a 110, 2007. A presente versão foi traduzida por José de Jesus Filho, assessor jurídico da Pastoral Carcerária de São Paulo e revisada por André Adriano Nascimento Silva, coordenador do Departamento de Cursos do IBCCrim.

Itália, Argentina, Israel e Escócia. O controle privado do crime constituise num negócio internacional e o ME, ao lado de outras "tecnopunições", tem se tornado parte de um complexo comércio punitivo (Lilly and Knepper, 1992). O processo de globalização tem caminhado para um período de reconstrução no interior de muitos governos ocidentais através do qual o Estado transfere muitas de suas funções periféricas para os setores privado, voluntário e de administração indireta. De uma ponta a outra das Ilhas Britânicas, esse crescimento tem assegurado que a indústria de segurança privada agora forneça serviços no valor de 4 milhões de libras por ano para os setores público e privado e empregue aproximadamente 500.000 pessoas (SIA, 2006).

Este artigo observa o papel do setor privado como fornecedor de serviço de ME. Ele revisa a história do ME e debate acerca da natureza da segurança em relação ao esforço por controle soberano sobre populações e territórios. Posteriormente se concentra na forma como as empresas de segurança privada têm se tornado parte do novo modelo híbrido público-privado de governo soberano subcontratado, por meio do qual o Estado gera espaço de mercado para organizações comerciais entrarem no sistema de controle do crime.

Subseqüentemente, o artigo pontua como corporações multinacionais têm dominado o mercado comercial em tecno-punições e encarceramento. No caso de ME, as empresas particulares Premier-Serco e Group 4 Securicor têm isolado seus concorrentes por meio da criação de um duopólio comercial. Isso levanta a questão acerca do processo de privatização do controle do crime para empresas particulares, especialmente sobre como equilibrar custo-efetividade dos serviços híbridos público-privado e a busca por lucro com a entrega de um serviço de alta qualidade. Isso traz à tona o debate sobre o futuro papel do setor privado dentro do sistema de justiça penal, particularmente com a recente introdução da "contestabilidade" no Serviço Nacional de Administração de Condenados [National Offender Management Service (NOMS)].

1. Breve história do ME

O crescimento da indústria de segurança privada no período pós-Segunda Guerra Mundial , no interior da justiça penal, elevou-se desde o começo dos anos 1980, como o resultado da crescente demanda por segurança paralelamente à crescente importância dada a racionalidade econômica do controle do crime (Garland, 1999, Feeley, 2002). O final

da guerra fria em 1989 impulsionou a indústria ao passo que as companhias de segurança privada foram acompanhadas por fornecedores de defesa interessados em manter margens de lucros na ausência de uma clara ameaça ao mundo ocidental. Juntos eles forjaram um novo mercado em tecnopunições. A reinserção do papel do mercado dentro da justiça penal é representativa das grandes mudanças nas sociedades de bem-estar social (*welfare state*), associadas com o ethos neoliberal que combina concorrência de mercado, instituições privadas e subcontratadas a formas a distância de controle social. Nesse contexto, uma crescente ênfase é colocada na redução do custo do controle do crime e estimulam-se outras agências que operam à distância do governo central a assumir um papel direto no fornecimento de segurança.

Todos os programas de ME têm um elemento de interesse do setor privado, mais comumente no desenvolvimento e implementação de tecnologias, embora o sistema na Inglaterra e no País de Gales tenha sido, inicialmente, o único a permitir que organizações privadas assumam total controle da administração do ME, do início ao fim da medida.

O ME tem crescido rapidamente ao redor do globo, ainda que o desenvolvimento deste programa não ocorra de modo algum uniforme, com Austrália, Estados Unidos e Canadá ao lado de países europeus tais como Suécia e Países Baixos, operando o toque de recolher por meio do setor público com graus variados de influência comercial.

Embora o desenvolvimento do ME possa ser visto como um produto de forças globais que enfatizam a racionalidade neoliberal, ele é traduzido domesticamente dentro do contexto sócio-político e econômico de cada Estado-nação. Uma breve revisão do desenvolvimento histórico do ME em dois grandes mercados, os EUA e a Inglaterra e o País de Gales, oferece uma maior compreensão desse contexto.

O primeiro programa coordenado de prisão domiciliar nos EUA começou em 1971 com a detenção organizada de adolescentes em confronto com a lei em St. Louis (Whitfield, 1997:31). A partir desse programa, um grande número de projetos tem aparecido sob slogans que iniciam com "Controle Comunitário". Ao contrário do programa inicial de prisão domiciliar, o ME desenvolveu-se em um ambiente comercial em virtude da necessidade por inovação tecnológica contínua. Seu desenvolvimento, desse modo, necessita ser analisado ao lado das prisões privadas. A primeira prisão privada moderna surgiu nos EUA em

1975 quando a RCA Service Company estabeleceu a unidade Weaversville na Pensilvânia para adolescentes infratores. Ainda assim, somente nos anos 1980 a privatização da justiça criminal e o ME se tornaram lugar comum. A crise penitenciária dos anos 1980 levou ao crescente uso de estabelecimentos prisionais privados, que progrediram desde alojar 2.500 internos em 1984 para 900.000 em 1996 (Letke, 1996:2); em 2002, companhias privadas administravam 153 unidades com uma capacidade operacional de quase 120.000 (Tabarrok, 2003:77). Similarmente, o ME desenvolveu-se rapidamente desde a sua introdução inicial em 1984 para prover cerca de 95.000 unidades de ME por 1.500 programas de identificação em janeiro de 1998 (NLECT, 1999:1). Desde os anos 1990, o crescimento do ME nos Estados Unidos tem reduzido, mas há ainda cerca de 125.000 pessoas sob ME, submetidas toques de recolher a qualquer momento, e um adicional de 8 a 9 mil sob rastreio de Posicionamento Global por Satélite (GPS) (Stacey, 2006).

Na Inglaterra e no País de Gales, a Offender's Tag Association, uma organização com conexões íntimas ao Partido Conservador, tem defendido o uso de ME desde 1982. Em meados de 1980, a idéia foi sugerida pelo membro conservador do Parlamento John Pattern, um ministro novato ambicioso em busca de uma política atrativa para promover seu nome. Em 1989, sua campanha política levou à introdução do ME a mal sucedidos julgamentos com pagamentos de fianças. Apesar do fracasso dos procedimentos originais, Pattern continuou a defender o uso de ME com uma efetiva alternativa à prisão. Operados pelo setor privado, novos julgamentos se iniciaram em meados do anos 1990. A evidência da eficácia da hora de recolher baseada no ME no primeiro grupo de julgamentos foi, na melhor das hipóteses, inconclusiva (Mair and Mortimer, 1996; Mortimer and May, 1997). Novamente, este vagaroso desenvolvimento e a eleição do Partido Trabalhista em 1997 impuseram renovado crescimento à industria do ME ao tempo em que a estagnação parecia inevitável. De 1999 adiante, o número de infratores sujeitos às restrições baseadas no ME cresceu exponencialmente, uma vez que sucessivos secretários do Ministério do Interior impulsionaram o seu uso, bem como o desenvolvimento tecnológico introduziu ao ME sistemas biométricos e de rastreamento por satélite. Apesar disso, ainda não existiam evidências claras que identificassem o que o ME realmente atingiu. Dada essa carência de apoio em evidências, é essencial identificar os fatores que conduziram ao crescimento do ME na Inglaterra e nos País de Gales e o transformaram no líder de mercado na Europa nesta área.

2. Prisões comerciais e formas subcontratadas de administração

Programas baseados em ME descendem da longa tradição da prisão domiciliar. Medidas de incapacitação com estreita vinculação histórica a iniciativas políticas, eles focam mais na administração de indivíduos e grupos que na sua reabilitação ou reforma. Desde essa perspectiva, o sistema de justiça penal se concentra na identificação de riscos, considerando os condenados como agregados e não como indivíduos, avaliando antes os meios de seu controle e administração por meio das melhores medidas custo-efecientes (Feeley and Simon, 1992). Desde a eleição do Partido Trabalhista em 1997, esse sistema de administração social tem dominado as reformas do serviço público do governo na Inglaterra e no País de Gales e estimulado um processo pelo qual o Estado subcontrata ou transfere suas responsabilidades soberanas para organizações privadas. Essa "Terceira Via" utilizada enfatiza o papel do Estado como um patrocinador (Bayley and Shearing, 2001) ou comissário (Fisher, 2006) da administração pública, em vez de atuar como um fornecedor direto de serviço. Assim, o fornecimento de segurança deixa de ser visto como função da soberania do Estado-nação, e instituições tradicionais do serviço público já não mantêm posição privilegiada em promover segurança; elas são compreendidas simplesmente como uma parte do aparato estatal de segurança, entre outras dos setores privado, voluntário e administração indireta (Johnson and Shearing, 2003).

A pulverização da provisão de segurança recebeu reconhecimento oficial na Inglaterra e em Gales com a aprovação do Lei da Segurança Privada, em 2001, que admitiu a intensificada presença das organizações privadas na provisão de segurança e a Lei da Reforma Policial, 2002, que optou por uma economia policial mista. Em 2004, o documento do Ministério do Interior, "Reduzindo o crime, Mudando Vidas" incluiu o Serviço de Probation[2] no mercado de fornecimento de serviços subcontratados com a introdução da "contestabilidade". Esta mudança em direção à terceirização das obrigações de uma instituição centenária fez crescer muitas preocupações no campo das penas alternativas, ainda que, em realidade, este processo de terceirização do controle dos infratores tenha começado em 1989 quando os primeiros processos de ME foram

2. Nota do revisor: Optou-se pela manutenção do termo "Probation" em razão da ausência de equivalente medida no direito brasileiro. Embora a "Probation" se aproxime muito de nosso sursis, guarda relevantes diferenças com esse instituto.

conferidos à responsabilidade de fornecedores privados. Tais reformas do setor público nas áreas de policiamento, aprisionamento, vigilância e penas alternativas também se estenderam para além do campo da justiça penal até as áreas da saúde, educação e defesa, e representam mudanças globais aprovadas por meio dos processos da política neoliberal que estimulam a subcontratação da responsabilidades soberanas para os setores privado, voluntário e de administração indireta.

O nascimento e desenvolvimento do ME podem assim ser entendidos como a construção política de espaço para organizações privadas entrarem na jurisdição do Serviço de Probation (Paterson, 2006), como um processo contínuo. Não surpreende o fato de que a introdução de formas comerciais de fornecimento de serviço no âmbito da jurisdição do Serviço de Probation gerou significativa resistência (Matthews, 1998; Nellis, 1991), o que ajudou a dar forma aos programas que atualmente existem na Inglaterra e em Gales. Por causa disso, o desenvolvimento do ME na Inglaterra e no País de Gales não pode ser entendido nem como inspiração do governo, nem como produto das forças do mercado. Ao contrário, o conflito experimentado por meio de sua introdução e desenvolvimento constitui-se numa disputa sobre quem fornece e administra a justiça. Isso ajuda a explicar a alta variedade de esquemas baseados em ME que existem internacionalmente como um produto de forças globais, nacionais e locais. Focando na disputa por soberania no nível local, é possível encontrar sentido na rivalidade entre as agências envolvidas na troca de alianças com o Estado e nas formas de administração daí produzidas. Embora o Estado gere um espaço comercial para organizações entrarem no sistema de controle do crime como fornecedores de serviço, ele também se esforça por manter o controle sobre a política e estratégias por meio de contratos formais e de curta duração. Esta é a razão porque o Estado pode ser visto como rufião[3] da indústria de segurança privada bem como seu regulador (Zedner, 2006) por meio da criação agências híbridas público-privadas cujas posições no mercado do controle do crime estão legitimadas por meio de contratos nacionais e da legislação, ao mesmo tempo em que mantêm frouxa regulação no nível local.

Na Inglaterra e em Gales agências híbridas público-privadas são mais comumente criadas por meio de parcerias público privadas (PPPs). As PPPs proclamaram um período de elevado investimento comercial em

3. Nota do revisor: o original trazia o termo "pimp", que significa, literalmente: cafetão.

todas as áreas do setor público sob o Novo Trabalhismo. Isto representou uma continuação das iniciativas de financiamento privado (IFP), introduzidas pelo governo conservador nos anos 1990. Sob as IFP, fornecedores pagam os custos da construção da prisão, da escola ou do hospital e então alugam o projeto acabado de volta ao setor público, permitindo aos governantes e autoridades locais incrementarem o serviço público sem elevação de tributos. Ao longo dos últimos 15 anos, esta forma de investimento tem estimulado o desenvolvimento de 13 prisões privadas na Inglaterra e País de Gales (duas das quais retornaram ao setor público), bem como um grande número de outros projetos de privatização da justiça criminal. Críticos do sistema, todavia, observam que o governo pode estar hipotecando o futuro do país (IPPR, 2001). Projetos tais como a prisão Fazackerly, em Liverpool, fornecem benefícios de curto prazo ao lado de compromissos financeiros de longo prazo. No caso de Fazackerly, os custos iniciais do projeto foram retornados em dois anos, beneficiando a companhia privada envolvida, com 23 anos de lucros (Bacon, 2005). De fato, tão grandes foram os lucros adquiridos pelas corporações multinacionais envolvidas com o ME, que a renegociação dos contratos iniciada em abril de 2006 resultou numa redução de 40% do valores originalmente pactuados (House of Commons Committee of Public Accounts, 2006).

No nível global, a expansão da indústria comercial de encarceramento, tecno-punições e outros serviços que eram anteriormente fornecidos pelo setor público tem sido favorecida por acordos comerciais internacionais tais como o Acordo Geral para Serviços Comerciais (Gats), que começou a operar em 1994, além da influência da Organização Mundial do Comércio (OMC). Por meio do Gats, corporações internacionais possuem maior liberdade para abrir mercados, particularmente no setor público, ao mesmo tempo em que impõem um conjunto de limites legais às possíveis restrições governamentais ao crescimento do setor privado em uma variedade de atividades. Essas regras estimulam a liberalização do comércio global, insistindo que corporações internacionais tem direito aos mesmos subsídios e benefícios que as empresas domésticas e, por meio da limitação de outras medidas protecionistas, as mesmas tarifas. Sob as regras do Gats, atividades do setor público tais como saúde, educação e justiça criminal estão abertas à concorrência internacional através da criação de PPPs, o que explica a presença de corporações multinacionais interessadas nocontrole do crime mundial no mercado de ME, tais como Premier-Serco e Group 4 Securicor.

Em 1989, Chubb e Marconi, duas fornecedoras internacionais na área de defesa, envolveram-se em julgamento de crimes afiançáveis na Inglaterra como parte da busca por novos mercados. Ao mesmo tempo, novas tecnologias em ME originaram-se em países como EUA e Israel, onde havia uma longa tradição em vigilância interna e externa, além de extensivo investimento militar. Produtos que inicialmente tinham sido desenhados para propósitos militares foram adaptados para o novo mercado de controle do crime, como temos visto com o recente desenvolvimento de rastreamento de condenados por satélite, que combina o uso de tecnologias tais como Posicionamento Global por Satélite (GPS) e Sistema Global de Comunicação Móvel (GSM).

Para identificar novos mercados potenciais para o controle privado do crime, durante os anos 1980 e 1990 o governo americano cumpriu um papel ativo crescente de lobby nos países em favor de empresas de defesa e segurança privada (Lilly and Deflem, 1996). O impacto do lobby tem sido sentido na Inglaterra e em Gales, onde o Prison Reform Trust obteve documentos detalhando contratos de privatização de prisões entre o governo e corporações internacionais tais como Corrections Corporation of America e Wackenhut, incluindo uma opção para a superlotação de prisões em até 50% (Ibid.) Maior demonstração do poder lobista das corporações internacionais tornou-se evidente na conferência sobre privatização nos Países Baixos quando o diretor do UK Detention Services (uma subsidiária da multinacional francesa Sodexho) reconheceu, "Levamos dois ou três anos para convencer o governo de que esta (privatização) era o caminho para o futuro... UK Detention Services esteve bastante envolvida em trazer ao debate argumentos em favor do caso" (Bayens and Snacken, 1996).

Finalmente, este trabalho de lobby levou a que o decréscimo na demanda por equipamentos militares fosse compensado pelo desenvolvimento de novos mercados comerciais em encarceramento em meados de 1980 e em ME e outras tecno-punições ao longo de 1990. Vários produtos de ME estão agora disponíveis a fornecedores, com custo, sem desenvolvimento tecnológico, frequentemente segurando a introdução do crescente número de sistemas sofisticados. Isto coloca em risco a integridade do sistema de justiça criminal, que está sendo desafiado pelos esforços do comércio global por expansão dos mercados em vigilância e segurança privada, favorecidos pelo lobby da lei e da ordem. Embora o crescimento do ME nos Estados Unidos tenha reduzido desde o final da década de 1990, programas baseados em ME na Inglaterra e no País de Gales têm

proliferado desde a vitória do Partido Trabalhista nas eleições de 1997, não obstante a carência de evidências que justifiquem este crescimento. Este tema requer maior investigação para se compreender as consequências a longo prazo do fornecimento de novas formas de punições comerciais por meio de um processo de subcontratação da soberania.

3. O ME SOB O NOVO TRABALHISMO

Desde a eleição de Margaret Thatcher, primeiro governo conservador em 1979 e seu compromisso com o programa de construção da maior penitenciária do século 20, Inglaterra e País de Gales têm experimentado um dramático e relativamente contínuo crescimento da população prisional. O "boom" nos gastos públicos que apoiou o crescimento no sistema penal durante os anos 1980, foi suplementado nos anos 1990 por meio da criação de híbridos público-privadas que encobriram significativa proporção das dívidas governamentais. Paralelamente ao desenvolvimento da privatização de prisões, o governo central financiou a introdução de novas tecnologias de administração social tais como ME e CFTV (Circuito Fechado de TV), que inicialmente atraíram amplo apoio popular através de sua visão promissora de uma sociedade mais ordenada. Nos anos 1990, o Ministério do Interior gastou 78% de orçamento para a prevenção do crime com CFTV, embora ele tenha subsequentemente considerado ter tido pouco efeito na redução do crime e ao seu medo associado (Norris and Armstrong, 1999). Inicialmente, o crescimento do ME foi mais lento, só avançou em 1999 através do estabelecimento da prisão domiciliar, um sistema de liberdade antecipada para presos e um meio para o Ministério do Interior administrar a superpopulação prisional. O período inicial de liberdade antecipada por dois meses foi elevado a três meses, e então para quatro meses e meio, todas a vezes em resposta a cada vez maior superpopulação prisional.

No final de 1999, os tribunais haviam emitido sanções baseadas em ME em várias partes da Inglaterra e País de Gales. Desde então, mais de 225.000 pessoas têm sido submetidas a alguma forma de ME (Audit Commission, 2006). Este período também testemunhou o crescimento na diversificação de programas de ME e em novas tecnologias (verificação de voz em 2001 e rastreio por satélite em 2004). De acordo com o ano financeiro 2004-2005, ordens de recolher por ME foram usadas em cerca de 53.000 casos, com um total de gastos pelo Ministério do Interior de 102,3 milhões de libras (Ibid.). Este crescimento tende a continuar. O Criminal Justice Act de 2003 deu ao ME um papel central no futuro das

penas comunitárias e reafirmou a atenção do governo em ações voltadas para ordem social. Esta ênfase em tecno-administração reflete-se em outras tecnologias de controle do crime tais como a biometria, o CFTV, o reconhecimento automático do número de placas de veículos, que se desenvolveram em um ambiente de comercialização dos benefícios de tecnologias comerciais para monitoramento e administração de comportamentos rebeldes e perturbadores. Isto se torna problemático para o ME e o CFTV, uma vez que seu desenvolvimento tem sido conduzido por propósitos ideológicos e políticos, ao invés de pesquisa científica. A pesquisa de George Mair (2005) sobre o alcance da "efetividade" do ME sublinha a atitude eclética tomada por ministros e outros funcionários do Ministério do Interior com relação às descobertas das pesquisas oficiais. As boas notícias são abraçadas, enquanto que as más são ignoradas (Hope, 2006).

Por exemplo, em 2003 o Ministério do Interior abortou uma avaliação de ME, a qual ele havia encomendado, com o fundamento de que não era custo-eficiente, embora tenha ficado patente que o Ministério do Interior não gostou dos resultados publicados pelo estudo (Mair, 2005:271). De forma similar, em 2002 o membro do Partido Nacional Escocês, John Swinney, acusou o Executivo escocês de fornecer evidências para o aumento da privatização do sistema penal escocês ao subsidiar os lucros da Premier-Serco na prisão Kilmarnock. Cerca de três quartos de um milhão de libras do dinheiro público foram dados para a Premier-Serco para fazer o processo de terceirização parecer mais atrativo economicamente para futuros licitantes (Nathan, 2002). Tal como criminólogos têm alertado (Loader, 2000; Zedner, 2006), a administração pública soberana subcontratada se desenvolveu de uma maneira que habilita tanto o desenvolvimento de novos mercados do controle do crime como o incremento dos sistemas de controle social. Isto levanta preocupações acerca do futuro do controle do crime em uma era de populismo penal e encarceramento em massa. Potencialmente os mais significativos desenvolvimentos na política de ME estão nas áreas imigratória, laboral e de "vigilância e assistência a idosos",[4] que fornecem

4. Nota do tradutor: a opção pelo ME como política de assistência social a idosos vêm sendo implantada nesses países como substituição à internação em asilos ou disponibilização de acompanhantes em tempo integral. A medida visaria monitorá-los domiciliarmente, ao invés da prestação de um cuidado material direto, e a alegação seria a economia obtida para o Estado como a medida.

clara extensão do alcance da influência comercial, a qual vai para além do sistema de controle do crime.

Ao contrário dos discursos oficiais do governo, há uma carência de informação sobre as práticas das agências subcontratadas para a implementação das políticas governamentais, incluindo-se procedimentos de gravação e auditoria. O relatório da Comissão de Auditoria (CA) sobre ME de janeiro de 2006 finalmente reconheceu isso. A documentação analisada pela CA para o Ministério do Interior foi intermitentemente fornecida pelas empresas contratadas, sem uma inspeção independente. Ele identifica o quanto os fornecedores comerciais devolvem ao Ministério do Interior em multas por não cumprir suas obrigações contratuais. O relatório da Comissão de Auditoria declarou que futuras avaliações exigirão acesso aos bancos de dados dos fornecedores em tempo real, bem como análise total de caso para aperfeiçoar o "rigor" com que os fornecedores foram avaliados. Some-se a isto a declaração de desconfiança com relação às informações entregues pelos fornecedores e um reconhecimento de que o sistema regulador do Ministério do Interior não os supervisionava suficientemente.

Insuficientes regulação e monitoramento possuem claras conseqüências humanas. A morte trágica de Marian Bates em Nottingham em 2003 envolveu um condenado, Peter Williams, o qual estava submetido a restrições baseadas em ME. Uma investigação sobre a supervisão do seu cumprimento verificou que a Premier Monitoring Services (uma subsidiária da Premier-Serco) não o havia monitorado pelas duas últimas semanas e que a relevante Equipe de Prevenção de Delinqüência Juvenil foi somente informada de que ele havia desaparecido na manhã do homicídio da senhora Bates (HMIP, 2005). A equipe de investigação ressaltou preocupações acerca do elevado número de ocasiões em que Peter Williams violou a hora de recolher e ainda assim nenhuma investigação foi levada adiante. Nenhuma dessas violações foi comunicada à Equipe de Prevenção de Delinqüência Juvenil. Parece que Peter Williams esteve livre para circular sem qualquer monitoramento do cumprimento da hora de recolher.

Não obstante o vasto interesse da mídia em torno da extensão com que empresas privadas sustentaram funções que vão para além da vigilância domiciliar, o Ministério do Interior tem manifestado pouco interesse no trabalho intenso de vigilância humana. Ao contrário, uma torrente de avaliações em auditoria deram ênfase em resultados e em níveis de reincidência (Mair, 2005). O reconhecimento da Comissão

de Auditoria do insuficiente monitoramento realizado pelo Ministério do Interior das empresas é irônico quando visto a partir do cenário orwelliano do ME e levanta questões acerca da ausência de supervisão independente da indústria do ME, especialmente se levada em conta a natureza clandestina do setor privado, a necessidade de transparência e responsabilização em justiça criminal. Dois meses depois do relatório da CA, a importância de um regulador independente foi ressaltada quando o Comitê de Contas Públicas questionou a Premier acerca da deficiência em relatar transgressões em tempo. Em resposta, o chefe da Divisão de Negócios Nacionais da Premier, Tom Riall, admitiu que eles "não estavam obrigados a realizar deduções sob o antigo contrato por deficiências na comunicação de transgressões em tempo" (House of Commons Committee of Public Accounts, 2006). Em outras palavras, não havia suficiente motivação para cumprir com o contrato devido à ausência de sanções financeiras.

Em 2006, os contratos da Divisão de Negócios Nacionais constituíram 9% do faturamento de 1.075 milhões de libras da Premier-Serco no primeiro semestre (Serco, 2006). Esta pasta de controle do crime inclui áreas como administração de condenados, defesa interna, controle de imigração e policiamento. A Premier-Serco identificou ulteriores oportunidades no mercado de administração de condenados superiores a 0,7 bilhão de libras por meio da construção de novos estabelecimentos de custódia, "contestabilidade" em prisões públicas, realojamento, testes de mercado em serviço de Probation e penas comunitárias (Ibid.). Ao lado da Premier-Serco, o extensivo mercado comercial em justiça e segurança na Inglaterra e em Gales é dominado por três significativos concorrentes: Group 4 Securicor, Global Solutions Limited e Sodexho. Apesar da ênfase política estar sendo colocada na "contestabilidade" puxada pelo mercado, o número de concorrentes no campo do comércio do controle do crime tem se estreitado, deixando as quatro grandes para brigar pelos contratos. Dentro do campo de ME, isto se reduziu ao duopólio entre a Premier-Serco e a Group 4 Securicor, os únicos fornecedores de serviços. O que levanta significativas questões acerca do fornecimento de serviço em um mercado onde a concorrência tem sido historicamente definida pelo preço em vez da qualidade do serviço (Zedner, 2006:271).

Se a execução penal é determinada pelo custo e pela capacidade, um fator que coerentemente colocaria as quatro grandes companhias de segurança privada à frente de suas menores rivais, então o mercado está se tornando crescentemente não-competitivo. Isto oferece consideráveis

preocupações para a segurança pública e para a futura efetividade do comércio do controle crime. A economia de custos produzida pelas re-ofertas de contratos de ME na Inglaterra e no País de Gales em 2004, e na Escócia em 2005, tem sido gerada, em parte, pelo decréscimo dos níveis de apoio humano a condenados (Paterson, 2006). Isto tem ocorrido a despeito da evidência internacional para aumentar o apoio humano para sanções baseadas em ME com vistas a elevar sua efetividade (veja Roberts, 2004) e demonstra a importância do custo na determinação de ofertas contratuais em detrimento da qualidade do serviço fornecido. Dentro deste contexto de foco em performance, práticas de bem estar social são vistas "para além dos contratos" (Cooper, 2007), já que os custos devem ser minimizados. Isto levanta questões sobre se os programas baseados em ME representam algo além da extensão das formas comerciais de controle social em espaços domésticos.

O crescimento do ME, como do CFTV, na Inglaterra e em Gales tem avançado apesar da falta de evidência conclusiva de que ele "funciona" para a proteção do público e redução da reincidência (Mair, 2005). A mais recente evidência, pontuada neste artigo, mostra que novas e emergentes questões acerca do futuro papel do setor privado dentro do sistema de justiça criminal permanecem sem resposta. Até o momento, processos de consulta e "evidências" têm legitimado em vez de informar as políticas públicas, o que contribui para explicar a diversificação no uso de tecnologias de ME na justiça criminal e a falta de coerência na política do Ministério do Interior concernente ao seu uso mais efetivo. Ao contrário, crescimento em ME tem sido dirigido pela fascinação com o potencial das novas tecnologias em entregar soluções administrativas a problemas sociais complexos e pelos mais vastos processos de globalização neoliberal que têm desenvolvido o mercado de encarceramento e controle social. O mercado comercial do controle do crime provavelmente continuará a expandir-se e apresentar novas oportunidades para organizações vinculadas à terceirização do setor de justiça. Com o advento do Serviço Nacional de Administração de Condenados em 2004, novas áreas do sistema de justiça criminal foram abertas à concorrência de mercado como parte do desejo governamental de levar adiante "uma economia verdadeiramente eclética" em justiça criminal (Noms, 2006). Premier-Serco tem já identificado isto como uma futura área em ascensão. Esta "economia verdadeiramente eclética" tem sido promovida pelo desejo de diminuir as funções do Estado e subcontratar suas responsabilidades soberanas. Isto tem sido conduzido ideológica, política e economicamente, frequen-

temente com pouca preocupação sobre o amplo impacto no sistema de controle do crime e no público. Como Cohen (1985) já notou, a falha não cessa a expansão da rede de controle social; ao contrário, ela perpetua a busca por novas e mais inovadoras formas de intervenção.

4. Conclusão

As forças duais da globalização neoliberal e da insegurança que dominam o mundo ocidental no século XXI têm dirigido os mercados comerciais de encarceramento e controle social. Na Inglaterra e no País de Gales, apesar de oferecer a promessa sedutora de intensificar a concorrência, reduzir custos e melhorar o serviço em justiça criminal, isto não tem sido realizado. Os ideais do mercado de intensificar a concorrência e a prestação de serviço têm sido traduzidos em um duopólio comercial opaco e largamente suscetível de responsabilização, enquanto os custos têm aumentado por meio da expansão da rede de controle social. Pela subcontratação do setor privado para a entrega de serviço, o governo central pode expandir o sistema de controle do crime e assim responder à demanda política por fortalecimento da segurança, ao mesmo tempo em que contorna restrições fiscais. Esta pluralização da governança apresenta novos problemas com relação à transparência, particularmente pela identificação de linhas de responsabilização dentro de uma estrutura fluída na qual as relações entre diferentes agências são perpetuamente negociadas como parte de uma contínua disputa política.

O trabalho de Malcom Feeley (2002) sobre o legado da privatização posiciona a disputa sobre a entrega de novas formas de controle do crime em seu contexto histórico. Ele sublinha o importante papel que empreendedores privados cumpriram no desenvolvimento de novas e expandidas formas de controle social, mais claramente por meio da emergência do transporte e da prisão nos séculos XVIII e XIX. Ambas instituições foram ao final postas sob o controle do estado. ME, e outras formas de vigilância comercial, potencialmente proporcionam uma continuação desta tendência. Desenvolvimentos recentes em políticas públicas nos Estados Unidos apresentam uma potencial visão de futuro do controle social além da prisão e através da vigilância. Tecnologias em ME estão sendo usadas agora para monitorar o paradeiro de pessoas idosas vítimas de demência e condenados por crimes sexuais que já cumpriram suas penas. Estas são as duas novas avenidas para a indústria em tecnopunições. Enquanto ajudar a manter o rastreamento de pessoas idosas tem sido há muito tempo um alvo comercial para a indústria de ME, a

vigilância perpétua de condenados por meio do monitoramento após a liberação da prisão representa a proliferação do uso programas baseados em ME e a expansão do sistema de controle social. Nós devemos esperar para ver qual será o legado para as futuras gerações.

Referências bibliográficas

Audit Commission. *The electronic monitoring of adult offenders*. Report by the comptroller and the Auditor General HC 800 Session. London: HMSO. 01.02.2006.

Bacon, C. The evolution of immigration detention in the UK: The involvement of private prison companies. *Refugee Studies Centre Working Paper* 27. Oxford: University of Oxford, 2005.

Bayley, D. and C. Shearing. *The new structure of policing: description, conceptualization, and research agenda*. Washington: D. C. The National Institute of Justice, 2001.

Beyens, K. and S. Snacken. *Prison privatisation: an international perspective*. R. Matthews and P. Francis (eds.). Prisons 2000. London: Macmillan, 1996.

Bonta, J.; S. Wallace-Capretta, and J. Rooney. *Electronic monitoring in Canada*. Ottawa: Solicitor-General of Canada, 1999.

Cohen, S. *Visions of social*. Cambridge: Polity, 1985.

Cooper, C. *Rehumanising social policy. Paper presented to the annual conference of the British-Irish section of the european group for the study of deviance and social control*. The Institute of Historical Research, april 2007.

Feeley, M. Entrepreneurs of punishment: The legacy of privatization. *Punishment and society* 4-3/321-344, 2002.

Feeley, M. and J. Simon. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology* 30, 4. 1992.

Fisher, T. Race. Neoliberalism, and welfare reform. *Social Justice* 33-3/54-65, 2006.

Garland, D. Govemmentality and the problem of crime. R. Smandych (ed.). *Governable places*. Dartmouth: Aldershot, 1999.

HM Inspectorate of Probation (HMIP). *Inquiry into the supervision of peter williams by nottingham city youth of/ending team*. London: HMIP, 2005.

Hope, T. Things can only get better. *Criminal Justice Matters* 62, winter 2005-2006. House of commons committee of public accounts. *The Electronic Monitoring of Adult Offenders*. Sixty-second Report of Session 2005-2006, (July 12).

Institute of Public Policy Research (IPPR). *Building better partnerships*. London: Central, 2001.

Johnston, L. and C. Shearing. *Govening security*. London: Routledge, 2003.

Lilly, J. R. and M. Deflem. Profit and penality: an analysis of the corrections-commercial complex. *Crime and Delinquency* 42, 1/3-20, 1996.

Lilly, R. and P. Knepper. An international perspective on the privatisation of corrections. *The Howard – Journal* 31, 3, 1992.

LOADER, I. Plural Policing and Democratic Governance. *Social and Legal Studies* 9-3/323-345. 2000.

LOTKE, E. The Prison-Industrial Complex (1996). *Multinational monitor* (november, online). At: <www.igc.org/ncia/pic.htm>. Accessed: 08.01.2002.

MAIR, G. Electronic Monitoring in England and Wales: evidence-based or not? *Criminal Justice* 5-3/257-277, 2005.

MAIR, G. and E. Mortimer. *Curfew orders with electronic monitoring.* Home Office Research Study n. 163. London: Home Office, 1996.

MATTHEWS, R. *Privatising criminal justice.* London: Sage, 1998.

MORTIMER, E. and C. May. *Electronic monitoring in practice: The second year of the trials of curfew orders.* Horne Office Research Study n. 177. London: HMSO, 1997.

NATHAN, S. *Prison Privatisation Report International* 4-8 jun.-jul. 2002. At: <www.psiru.org/justice/ppri48.asp#UK>. Accessed: 22.03.2005.

NATIONAL LAW ENFORCEMENT AND CORRECTIONS TECHNOLOGY CENTRE (NLECTC). *Keeping track of electronic monitoring.* Rockville: National Institute of Justice, 1999.

NATIONAL OFFENDER MANAGEMENT SERVICE (NOMS). *Improving prison and probation services: public value partnerships.* London: Home Office, 2006.

NELLIS, M. They Don't Even Know We're There: The electronic monitoring of offenders in England and Wales. F. Webster and K. Ball (eds.). *The intensification of surveillance.* London: Pluto Press, 2003.

_____. The electronic monitoring of offenders in England and Wales. *British Journal of Criminology* 31-2/165-185, 1991.

NEWBURN, T. Atlantic crossings: Policy transfer and crime control in the United States and Britain. *Punishment and Society* 4-2/165-194, 2002.

NORRIS, C. and G. Armstrong. *The maximum surveillance society: The rise of closed circuit television.* Oxford: Berg, 1999.

PADEL, U. Home detention: restrictions without rationale? *Criminal Justice Matters* 58, 2004.

PATERSON, C. *Sub-Contracting Sovereign Power? Understanding commercial criminal justice and the electronic monitoring of offenders.* Unpublished Ph.D. thesis: Buckinghamshire CHILTERNS University College, 2006.

ROBERTS, J. *The virtual prison.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SECURITY INDUSTRY ASSOCIATION (SIA). *Why Security?* Worcester: BSIA, 2006.

SERCO. Home Affairs, Serco: Bringing Service to Life (2006). At: <www.serco.co.uk/markets/homeaflairs/index.asp>. Accessed: 12.03.2007.

STACEY, T. 2006. Electronic tagging of offenders: A Global View. *International Review of Law, Computers and Technology* 20, 1-2/117-121.

TABARROK, A. *Changing the guard: private prisons and the control of crime.* Oakland: The Independent Institute, 2003.

WHITFIELD, D. *Tackling the tag.* Winchester: Waterside Press, 1997.

ZEDNER, L. Liquid security: managing the market for crime control. *Criminology and Criminal Justice* 6-3/267-288, 2006.

2

Retrato social da discriminação racial e da marginalização criminal do negro no Brasil: um estudo do perfil sócio-racial dos detentos do Presídio Regional de Tijucas (SC)

JONAS MODESTO DE ABREU

Doutor em Ciências Sociais pela UFSCar. Professor de Criminologia e Sociologia Jurídica nos cursos de Direito da Univali.

MICHELLE CRISTINE FERRARI

Bacharel em Direito pela Univali.

ÁREA DO DIREITO: Criminologia; Sociologia jurídica

ABSTRACT: As the final product of a research carried out on September 2006, mostly with the white population of the Regional Prison in a municipality on the coast of Santa Catarina, this article presents innovative information about the social-racial profile of crime in Brazil. Some criminality profile aspects usually hidden when analyzing only the standard inmate population profile in Brazil, where blacks and mulattos stand out; the text confronts the common idea that the negative statistics of nationwide crime are the result of lack of action by the Government, thus transferring significant responsibility to civil society for the alarming crime levels in our country.

KEYWORDS: Racial discrimination – Social exclusion – Prejudice.

RESUMEN: Producto final de una investigación realizada en septiembre de 2006, con la población carcelaria, predominantemente de color blanca, del Presidio Regional de un municipio en el litoral de Santa Catarina, este artículo presenta información innovadora sobre el perfil socio-racial de la criminalidad en el Brasil. Destacando aspectos del perfil de la criminalidad, que quedan ocultos cuando se analiza apenas el perfil estándar de la población carcelaria brasileña, compuesto por negros y mulatos, el texto rompe con la idea común de que las cifras negativas de criminalidad nacional resultan, exclusivamente, de la inoperancia del Estado, transfiriendo a la sociedad civil una responsabilidad significativa por los alarmantes índices de criminalidad de nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Discriminación racial – Exclusión social – Prejuicio.

O objetivo da pesquisa que deu origem a este artigo era analisar se a histórica discriminação racial sofrida pelo negro brasileiro incidia diretamente sobre o perfil sócio-racial do apenado no Brasil. É de conhecimento público que a criminalidade brasileira possui perfil social. No aspecto sócio-racial, esse retrato da criminalidade brasileira reflete o perfil da população carcerária brasileira, majoritariamente, composto por negros e pardos.

Essa realidade, por si só, seria suficiente para demonstrar que a histórica marginalização social e criminal vivida pelo negro brasileiro inviabilizou a sua inserção no ambiente harmônico da sociedade e o empurrou para o crime. Todavia, quando as estatísticas criminais enfocam estados brasileiros nos quais, por motivos relacionados ao processo de colonização, predomina a população branca – inclusive no ambiente prisional –, como é o caso dos estados da região Sul do Brasil, as cifras negativas da criminalidade incidindo sobre o negro podem tornar-se ainda mais evidentes. Esse é um problema que deriva exclusivamente do preconceito social contra o negro brasileiro, entrave que não cabe somente ao Estado resolver.

Para tratar das origens históricas do preconceito social contra o negro brasileiro é importante destacar que o advento da República em 1889 acirrou o debate em torno da necessidade de se promover uma reforma das instituições penais brasileiras. O grande objetivo era fornecer a base doutrinária do novo Código Criminal que ainda viria a nascer. Após as vastas informações vindas de fora, os estudiosos nacionais concluíram que o Brasil deveria trilhar pelo caminho da Antropologia Criminal de Cesare Lombroso, pois ela trazia uma bagagem de tudo o que era mais "avançado" em se tratando de doutrina penal da época. (Alvarez, 2002).

João Vieira de Araújo, principal defensor da Antropologia Criminal no Brasil da época, além de divulgar as teorias de Lombroso aos seus alunos da Faculdade de Direito de Recife, também se preocupou em espalhar as idéias do famoso legista italiano para um público mais amplo, publicando diversos artigos nas Revistas Jurídicas do Rio de Janeiro. A idéia predominante entre os leigos, e parte dos especialistas nacionais, destacava que se a Antropologia Criminal era o estudo mais avançado fora do nosso país, valia a pena investir nela para reformar as leis penais brasileiras.

No entendimento dos juristas da época, o Código Criminal de 1890, devido à existência de particularidades históricas, raciais e sociais no

Brasil, não deveria adotar o princípio da igualdade jurídica. Para a nova legislação penal que deveria tratar desigualmente os desiguais, a teoria do criminoso nato, promotora de estereótipos físicos que facilitavam a identificação dos criminosos, adequou-se perfeitamente às necessidades das elites nacionais. (Alvarez, 2002).

Desse modo, os criminosos natos do Brasil da época possuíam particularidades em comum, a mais marcante delas era a cor da pele, negra. Sobre os reflexos negativos decorrentes do longo percurso histórico de exclusão social e marginalização criminal do negro brasileiro, Farias Jr. (1990) alega que apesar da abolição da escravatura ter ocorrido a mais de um século, o negro ainda não conseguiu se incorporar aos padrões vigentes em nossa sociedade. Para ele, a população negra tem encontrado resistências para poder se relacionar socialmente e ser incorporada ao processo de desenvolvimento do país.

É provável que o Brasil seja o único exemplo de país no mundo que se inseriu na modernidade jurídica criando o Código Criminal (1890) antes da Constituição (1891). Uma Nação que se preocupa primeiro em dizer quais são os crimes para somente num período posterior dizer quais são os direitos do cidadão, deve enfrentar sérios problemas sociais e de segurança pública, esse era sem dúvida nenhuma, o caso do Brasil dos primeiros anos de República.

Esse momento da história brasileira foi marcado por graves problemas sociais, principalmente decorrentes da falta de sensibilidade governamental para amenizar o grande processo de exclusão econômica e racial produzido pela abolição da escravatura em 1888. Diferentemente de países como os Estados Unidos da América que promoveram o assentamento agrário dos escravos libertos, o Brasil optou por relegar os ex-escravos à própria sorte. Os que não continuaram nas fazendas servindo ao regime cultural de escravidão transferiram-se para os grandes centros urbanos e passaram a residir nos cortiços e sobreviver das atividades das ruas. (Valladares, 1990).

Inclusive, os negros encontravam dificuldades até para poder se locomover pelo país. Após serem libertos, os negros que desejassem viajar eram obrigados a conseguir um passaporte para viagens internas e assinar um termo de responsabilidade conhecido na época como termo de bem viver e de segurança, o qual obrigava o negro viajante a se apresentar ao juiz de paz da cidade de destino. Os negros eram considerados perigosos, por isso eram vigiados permanentemente. (Zaluar, 1996).

De acordo com Duarte (2003), no final do século XIX, as ocorrências de prisões contravencionais e para averiguações eram consideradas de extrema importância para a manutenção da ordem pública. Somente na cidade de São Paulo, no período de 1892 a 1916 – com lacunas nos anos de 1899, 1901 e 1903 – entre as 178.120 pessoas presas no município, 149.245 (83,8%) haviam sido detidas por práticas de contravenções ou por averiguações, e apenas 28.875 (16,2%), estavam detidas por terem cometido crimes de fato. Sendo que entre os detentos que estavam presos por terem praticado atos criminosos, a maioria havia cometido crimes que eram considerados de menor importância, pequenos furtos, por exemplo.

Essa preocupação exacerbada com a segurança pública representava os reflexos do positivismo social de Augusto Comte na sociedade brasileira do momento. Segundo Comte (1996), a conquista do progresso (econômico, político e social) dependia exclusivamente da manutenção da ordem pública e social. A influência desta corrente filosófica foi tão marcante para o Brasil da passagem do século XIX para o XX que a Bandeira Republicana trás expressa a frase "Ordem e Progresso". Foi o processo de transição para uma ordem social capitalista que provocou a preocupação com a pobreza nas ruas do Brasil.

Nesse momento da história nacional a segurança pública voltava sua atenção para os pobres. Acreditava-se que os pobres eram perigosos à sociedade. Houve inclusive uma separação ideológica que estabelecia que de um lado da sociedade estaria o mundo do trabalho, da ordem e da moral; enquanto que de outro, ficaria o mundo da desordem, da imoralidade e da vadiagem. (Valladares, 1990).

Nesse período começa também a emergir no Brasil a construção ideológica de uma nova noção de pobreza. As pessoas que trabalhavam nas fábricas não eram concebidas como pobres, sendo vistas como cidadãos normais. Porém, quem optasse por desenvolver atividades de ofício nas ruas seria considerado vadio: representante da desordem e da pobreza.

O cidadão denominado pobre era aquele que não conseguia se tornar um trabalhador, era aquela pessoa que não encontrava espaço no mercado de trabalho ou que recusava à política industrial de assalariamento. Esse problema decorria da falta de uma legislação trabalhista que colocasse limites aos maus tratos praticados pelos patrões contra seus empregados, relação de trabalho que se assemelhava à cultura escravocrata ainda predominante no país. As pessoas preferiam laborar nas ruas, recusavam o trabalho fabril, principalmente os ex-escravos. Os

libertos traziam na memória o passado recente de escravidão e, por isso, desconfiavam de qualquer patrão.

O objetivo dos industriais era convencê-los de que deveriam aceitar o trabalho assalariado, uma vez que alegavam que não havia alternativas na cidade. Quanto aos imigrantes, a tarefa de convencimento era mais fácil, pois eles haviam chegado ao país com esperança de enriquecer e não compartilhavam do passado escravo dos negros brasileiros.

O trabalho livre desenvolvido por eles era realizado em casa ou na rua, ponto de venda de seus produtos. Os conflitos, sinônimo de desordem, geralmente ocorriam por causa da disputa pelos pontos de venda entre os ambulantes que não queriam trabalhar nas fábricas. Nesse momento, a rua era palco de uma guerra social, os ambulantes disputavam os pontos de venda e entravam em confronto com a polícia. Na concepção dos estudiosos da época, a grade maioria da população infratora que atuava nas ruas era de ex-escravos: negros (Zaluar, 1996).

Sobre o tema que une a criminalidade ao ex-escravo desse período, Duarte (2003) ao estudar as pessoas julgadas pelo 1.º Tribunal do Júri da cidade de São Paulo entre 1900 e 1930 deparou-se com uma tendência fortíssima à discriminação racial nos tribunais brasileiros. Segundo sua pesquisa, os acusados negros tinham 38% a mais de chances de serem condenados do que os acusados da cor branca. Os pardos também sofriam com o preconceito, pois tinham 20.5% a mais de chances de condenação do que os brancos. A pesquisa ainda demonstra que quando a vítima era parda o acusado tinha 29.8% a mais de chances de ser absolvido do que teria se a vítima fosse branca. Se a vítima fosse negra, o acusado teria ainda 15.3% a mais de chances de absolvição do que teria se a vítima fosse da cor parda. De acordo com essa estatística, quando o acusado era negro as possibilidades de condenação sempre eram maiores, por outro lado, quando a vítima era um pardo ou um negro, aumentavam as possibilidades de absolvição.

Nos principais centros urbanos brasileiros, o problema social decorrente da abolição da escravatura e do processo migratório europeu agravava-se cada vez mais, parecendo não ter solução. Somente na cidade do Rio de Janeiro, a população já chegava a meio milhão, ficando conhecida como um verdadeiro "inferno social". Além da criminalidade provocada pelo avanço da pobreza, a capital da República ainda tinha que conviver com as epidemias decorrentes da insalubridade urbana. A "cidade maravilhosa" da virada do século XIX para o XX teve que

enfrentar a febre amarela, a cólera, a varíola, e outras doenças mortais, como a tuberculose.

Isso estava ocorrendo porque as habitações eram coletivas e extremamente ruins, as pessoas moravam em estalagens, casas de cômodo ou nos cortiços. O abastecimento de água potável era falho, o saneamento básico praticamente não existia. As habitações coletivas onde predominava o morador negro eram péssimas. (Valladares, 1990).

Diante de tantos problemas, a Proclamação da República trouxe a esperança de que fosse realizada uma profunda reforma na sociedade e nas instituições penais. A intenção do novo regime de governo era atacar o problema, por um lado, reformulando as leis penais, e por outro, realizando uma reforma sanitária e urbana na capital do poder recentemente instaurado no país. (Alvarez, 2002).

O objetivo do Código Criminal de 1890 era estabelecer a ordem nas ruas, punindo os infratores com penas de trabalhos. Esse código considerava crime a vagabundagem e a vadiagem, a polícia prendia aqueles que violassem a nova regra. Assim, a nova lei considerava vadios todos que não tivessem uma ocupação de trabalho "honesta". A lei criminal que obrigava os "vadios" a procurarem um "trabalho digno" servia para atender os interesses imediatos da indústria, pois trabalho digno era o trabalho fabril. (Valladares, 1990).

De modo mais abrangente, o Código Criminal de 1890 pretendia refletir a amplitude dos discursos que se preocupavam em questionar a respeito da saúde, da higiene da cidade, da ordem social, do controle social da classe trabalhadora e da necessidade do homem livre ser transformado em assalariado.

A saúde pública brasileira também era precária porque as condições em que as pessoas viviam eram muito ruins. A higiene praticamente não existia e as doenças tomavam conta da população. O controle social era inviável porque as cidades eram lotadas e mal organizadas.

Nesse sentido, segundo as autoridades governamentais, em conjunto com o Código Criminal era necessário também realizar uma reforma médica que propiciasse melhores condições de vida para a sociedade.

Nesse contexto, a reforma sanitária e urbana do Rio de Janeiro da virada do século XIX para o XX pretendia transformar a cidade em uma nova Paris. O prefeito Pereira Passos começou proibindo as vacas de transitarem pelas ruas, depois proibiu a plantação de hortas, a criação de porcos, as vendas ambulantes. Por último, ele mandou retirar os mendigos das

ruas e colocá-los em asilos, tudo isso ocorreu sob forte proteção da polícia, que passou a fiscalizar minuciosamente a cidade. (Valladares, 1990).

Para comandar a reforma sanitária, Pereira Passos convocou o médico Oswaldo Cruz, sanitarista renomado em sua época. Fortemente protegido pelas forças policiais, Oswaldo Cruz e sua campanha sanitária, concretamente tinham que enfrentar a população carioca residente nos cortiços para poder desinfetá-los. Os moradores não aceitavam a invasão de seus lares, nem a remoção de seus doentes ou amigos.

O desfecho mais marcante dessa campanha sanitária foi a Revolta da Vacina em 1904. Os moradores dos cortiços e a população que desenvolvia suas atividades econômicas nas ruas se revoltaram contra os métodos de aplicação da vacina que era obrigatória para os pobres. A regra da vacinação previa, em última instância, o uso da força para aqueles que se recusassem a recebê-la cordialmente. (Azevedo, 1997).

Importa relatar que a população alvo dessa ação médico-policial era os negros e mestiços que habitavam os cortiços e viviam dos ofícios de rua. A literatura brasileira, com Aluísio Azevedo, imortalizou essa população e esse momento histórico através de sua obra mais destacada: O cortiço.

Até hoje o preconceito racial contra o negro é uma realidade que não pode ser negligenciada em nosso país. É notório que até pouco tempo o negro somente era retratado em novelas de TV interpretando papéis de agentes sociais subalternos. O negro nunca era apresentado como uma pessoa bem sucedida, um ser humano de sucesso. Ainda prevalece na sociedade nacional o conceito da boa aparência, no qual o negro não se enquadra.

De modo geral, a sociedade tenta disfarçar seu preconceito acusando o negro de também ser preconceituoso, alegando que ele prefere namorar mulheres brancas, recusando as negras. Não percebem que a cultura do preconceito diz ao negro o tempo todo que ser bonito é ser branco, ser negro é ser feito. Nesse sentido, até quem sofre o preconceito prefere o bom e o belo: o negro "preconceituoso" é uma vítima inconsciente do preconceito dos brancos.

É comum ver as pessoas utilizando expressões do vocabulário nacional que reproduzem a cultura do preconceito contra o negro. Dizer "denegrir" tem sentido original preconceituoso; o mesmo vale para "a coisa está preta" e tantas outras expressões incorporadas à nossa língua. Até mesmo os índices criminais são chamados preconceituosamente de cifras "negras" da criminalidade. É preciso interferir nessa perversa

cultura de preconceito racial que há mais de um século exclui, marginaliza e criminaliza o negro em nossa sociedade.

Conforme demonstra o Censo Demográfico de 2000 do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), as pessoas pardas e pretas ocupadas recebem metade do rendimento salarial das brancas. Quanto à proporção de renda nacional, os 1% mais ricos da população brasileira que detinham quase 14% do rendimento do país, 88% eram de cor branca, enquanto que entre os 10% mais pobres, que detinham apenas 1% do rendimento total, 68% se declararam de cor preta ou parda.

Os indicadores do Depen (Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça) demonstram que crime no Brasil é praticado por homens na faixa etária de 14 a 26 anos de idade; da cor parda ou preta; residentes nas periferias e favelas dos grandes centros urbanos; com escolaridade que não ultrapassa o ensino fundamental; com renda *percapta* inferior a um salário mínimo e com um ambiente familiar marcado por um histórico de ausências e violência.

Contrariando essas estatísticas nacionais, nos presídios da região sul do país, normalmente, predomina a população carcerária da cor branca. Sobre esse tema, Farias Jr. (1990), pesquisando o Presídio de Curitiba em 1986, composto por 510 presos na época, observou que 85.31% dos detentos podiam ser considerados[1] brancos, 7.35% podiam ser considerados pardos e 7.45 eram da cor preta.

Em Santa Catarina, estado brasileiro em que o Senso Demográfico de 2000 constatou a maior proporção (89,3%) de pessoas que se declararam brancas no Brasil, Oliveira (2003) pesquisou em 1994 os presídios de Chapecó, Curitibanos e Florianópolis, identificando perfil de cor semelhante ao que João Farias Júnior havia encontrado em Curitiba, estado do Paraná, em 1986.

Nessa pesquisa, Odete Maria de Oliveira descobriu que dos 400 detentos de Chapecó, 75.5%, eram da cor branca, 19.75% eram da cor preta e 4.75% eram pardos. Na Penitenciária Regional de Curitibanos, dos 350 presos, 69.14% eram brancos, 30% eram pardos e 0.86% eram da cor preta. No presídio da capital catarinense, Florianópolis, do total

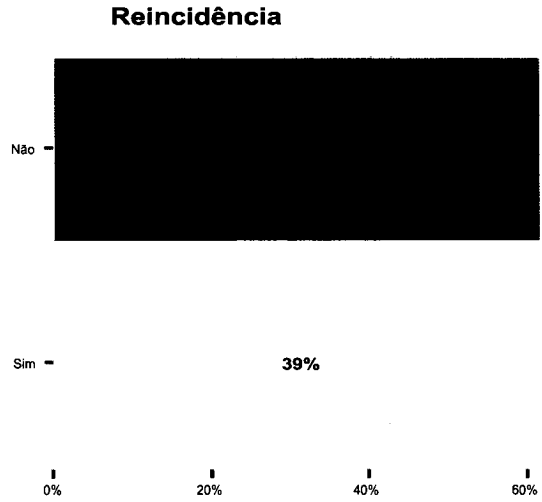
1. Usa-se o termo "poderiam ser considerados" porque João Farias Júnior utiliza conceitos de cor não convencionais ao padrão estabelecido pelo IBGE. O autor revela que 65,31% dos detentos eram da cor branca; 20% da cor morena clara; 4,90% da cor parda; 2,45 da cor morena escura e 7,45% da cor preta.

de 354 detentos, 82.77% eram da cor branca, 10.45% eram da cor preta e 6.78% eram da cor parda.

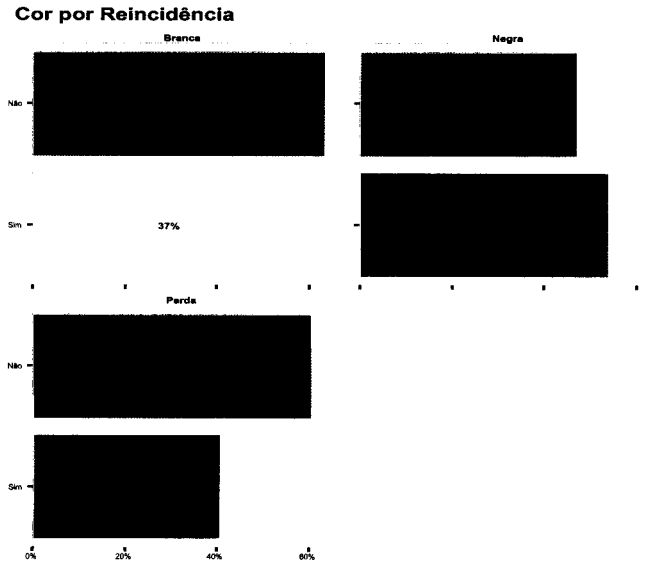
Essa característica peculiar dos presídios do Sul do Brasil possibilita verificar até que ponto o predomínio de pessoas das cores parda e negra nos presídios nacionais não tem ocultado as cifras negativas da criminalidade que marcam, especificamente, o negro no sistema carcerário do país.

Para verificar isso, essa pesquisa enfoca o presídio de Tijucas, no litoral de Santa Catarina. Localizado a aproximadamente 50 quilômetros ao norte da capital Florianópolis, o Presídio Regional de Tijucas pode ser considerado modelo padrão para os estabelecimentos penitenciários do país. Ele é um pequeno presídio, no qual os familiares dos detentos residem em cidades da micro-região, possibilitando a visita periódica e a manutenção dos laços familiares com o apenado. Além disso, desenvolve diversas atividades (trabalho, religião, ensino escolar e profissionalizante, esportes e lazer coletivo) que favorecem a reintegração do ser humano que vive em regime prisional com a sociedade.

Embora os elementos que favorecem o retorno do apenado à vida em sociedade estejam presentes no Presídio Regional de Tijucas, os dados estatísticos que serão demonstrados em seguida alertam para a necessidade de transformações que ultrapassam os limites do poder de ação do Estado e instauram-se na sociedade.

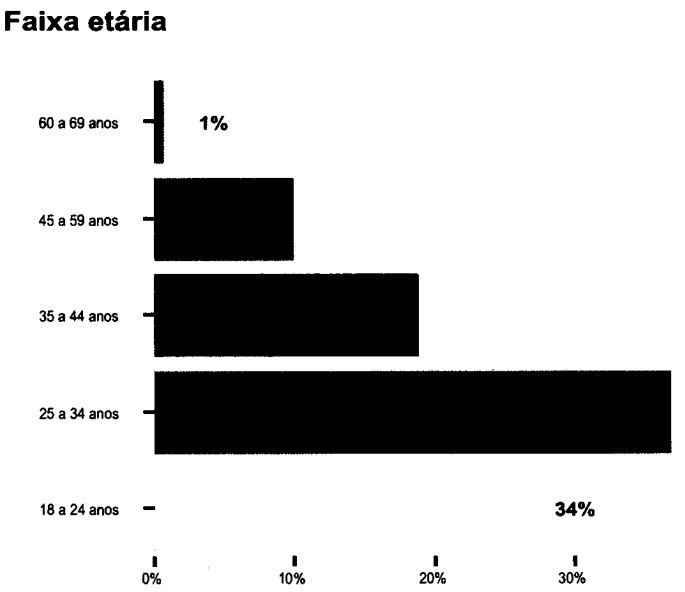


Os dados gerais da reincidência no Presídio Regional de Tijucas ocultam as cifras negativas da criminalidade que marcam o negro no sistema carcerário do país. Apesar de 61% da população carcerária de Tijucas não ser reincidente, contra 39% de reincidentes, os índices se invertem quando a proporção de reincidência é analisada a partir da cor do detento. Como se pode observar somente entre os negros a reincidência (53%) é maior que a não reincidência (47%). Entre os brancos a não reincidência que corresponde 63%, supera a reincidência que possui 37%. Na população carcerária parda, a não reincidência também supera a reincidência, 60% conta 40%, respectivamente. Esses percentuais demonstram que os negros encontram mais dificuldades que os pardos e, principalmente, os brancos, para se reinserir na sociedade após terem cometido um delito.

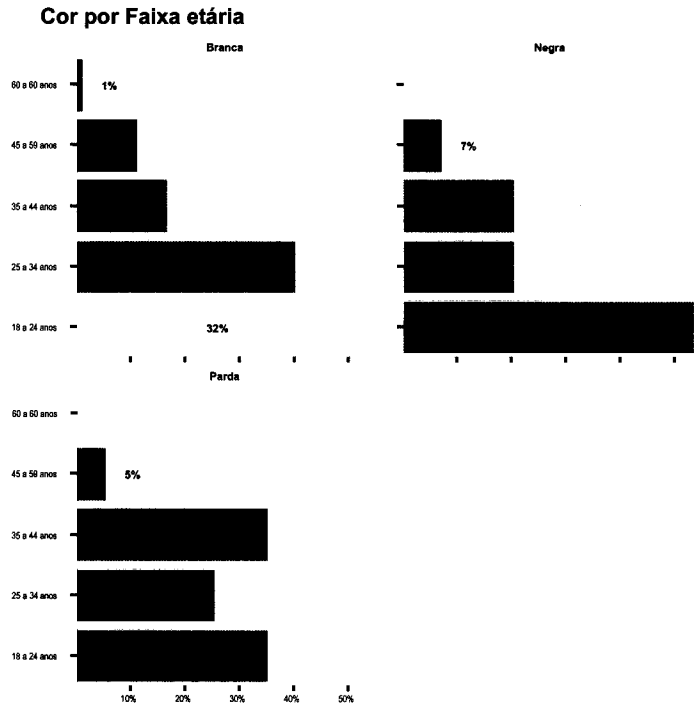


Outro aspecto geral que vale destacar comparativamente com o aspecto específico é o referente à faixa etária da população carcerária do Presídio Regional de Tijucas. A pesquisa mostra que 35% dos detentos estão na faixa etária de 18 a 24 anos; 37% na faixa de 25 a 34 anos; 19%

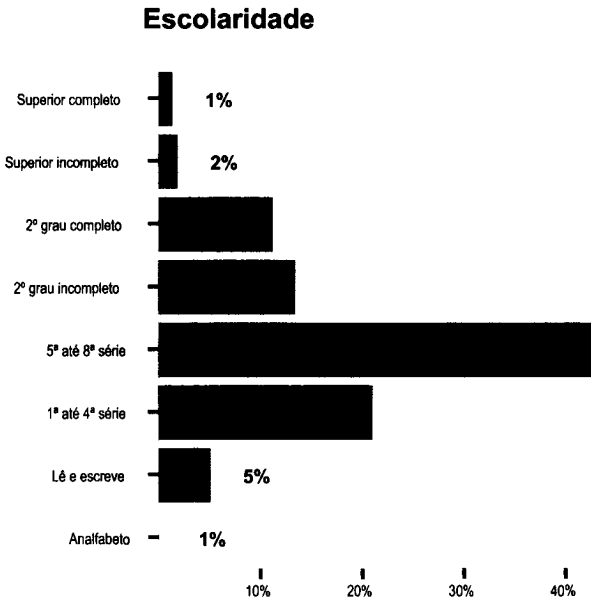
na faixa de 35 a 44 anos; 10% na faixa de 45 a 59 anos e 1% na faixa de 60 a 69 anos.



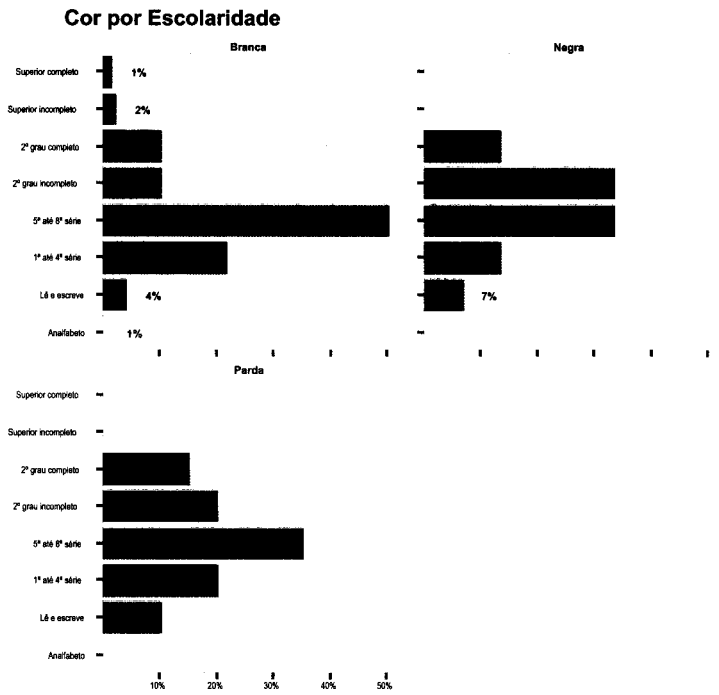
Contudo, quando se compara por cor, percebe-se que enquanto a população carcerária composta por brancos se concentra majoritariamente, 40%, na faixa etária de 25 a 34, ficando 32% na faixa de 18 a 24 anos; entre os negros, 53% localizam-se na faixa de 18 a 24 anos de idade, ficando 20% na faixa de 25 a 34 anos. Entre os pardos, apesar da maior concentração de presos ser na faixa de 18 a 24 anos, o percentual de 35% é bem menor que o dos negos; 25% dos pardos estão na faixa de 25 a 34 anos. A população carcerária mais jovem do Presídio Regional de Tijucas é a da cor preta. Os negros "chegam mais cedo" que os pardos e, sobretudo, os brancos à cadeia. Isso também reflete sua história de exclusão e marginalização social.



O último dado comparativo que vale ser destacado é o referente à escolaridade. A pesquisa aponta que 1% da população de detentos do Presídio Regional de Tijucas é composta por analfabetos; 5% sabem apenas ler e escrever; 21% possuem escolaridade de 1.ª até 4.ª série; 47%, a grande maioria, possui escolaridade de 5.ª até 8.ª série; 13% possuem escolaridade de 2.º grau incompleto; 11% possuem escolaridade de 2.º grau completo; 2% possuem escolaridade de ensino superior incompleto e 1% possuem escolaridade de ensino superior completo.



Porém, a análise comparativa mostra que 50% dos detentos da cor branca possuem escolaridade de 5.ª até 8.ª série, 22% de 1.ª até 4.ª série e 10% de 2.º grau incompleto; entre os pardos, 35% possuem escolaridade de 5.ª até 8.ª série, 20% de 1.ª até 4.ª série e 20% de 2.º grau incompleto. Verifica-se que brancos e pardos enquadram-se no padrão médio geral, no qual a escolaridade de 5.ª até 8.ª série supera as demais escalas de ensino. Contudo, vale ressaltar que a escolaridade dos pardos é maior que a dos brancos. Quando se analisa a população negra percebe-se que sua escolaridade supera a média do quadro geral. Entre os negros a escolaridade de 2.º grau incompleto empata com a escolaridade de 5.ª até 8.ª série, ambas possuem 33% de integrantes. Apenas 13% dos detentos da cor preta possuem escolaridade de 1.ª até 4.ª série. Nesse sentido, verifica-se que no Presídio Regional de Tijucas os negros possuem a maior escolaridade, fato que não os impede de chegar mais jovens à vida carcerária, nem de ser os mais reincidentes.



De modo geral, esses dados comparativos colocam sob suspeita a idéia, constantemente defendida, de que a solução para os alarmantes índices de criminalidade do Brasil encontra-se simplesmente nas iniciativas de responsabilidade dos poderes públicos. Defende-se que as autoridades públicas reforcem a segurança, reformulem as prisões, modifiquem o Código Penal endurecendo ou abrandando as leis e, principalmente, que invista na educação. É claro que tudo isso é importante para alcançar o objetivo de reduzir a criminalidade, porém, conforme demonstram as análises da pesquisa realizada no Presídio Regional de Tijucas, isso apenas, não basta. Mesmo que tudo isso ocorra, o preconceito racial contra o negro, enraizado na cultura brasileira, continuará contribuindo com nossos alarmantes índices de criminalidade.

É preciso também interferir nessa perversa ordem que há mais de um século exclui e marginaliza o negro em nossa sociedade. Embora este processo esteja em andamento, ainda existe muito por ser feito.

Não se pode deixar de esquecer que a sociedade quase sempre se recusa a aceitar que ela própria é responsável pelos problemas que todos enfrentamos. Recentemente, em pesquisa realizada – on line – pelo Instituto Data Folha a respeito da "onda" de violência desencadeada no estado de São Paulo, ao ser perguntado à população sobre quem era o grande responsável por aquela situação a resposta, entre as opções existentes, foi: o Poder Judiciário. Independente de se concordar ou não com essa resposta, fica evidente que é cômodo para a sociedade brasileira fugir de sua parcela de responsabilidade e transferir toda culpa às nossas instituições. Isso também precisa ser modificado em nossa sociedade.

Referências bibliográficas

Alvarez, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais* 45-4, Rio de Janeiro, 2002.

Azevedo, Aluísio. *O cortiço*. São Paulo: Klick, 1997.

Comte, Augusto. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

Duarte, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá, 2003.

Farias Jr., João. *Manual de criminologia*. Curitiba: Educa, 1990.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), *Censo demográfico de 2000*.

Oliveira, Odete Maria. *Prisão: um paradoxo social*. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

Valladares, Lícia do Prado. *Cem anos pensando a pobreza (urbana) no Brasil*. Caxambu: XIV Encontro da Anpocs, 1990.

Zaluar, Alba. *Da revolta ao crime S.A*. São Paulo: Moderna, 1996.

3
Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual

DEBORA REGINA PASTANA

Bacharel em Direito e doutora em Sociologia pela Unesp.

ÁREA DO DIREITO: Criminologia

RESUMO: O objetivo deste artigo é refletir sobre a política criminal contemporânea, voltada à ampliação da repressão e ao uso contínuo do encarceramento. Tal política, implementada no Brasil logo após a abertura política ocorrida em 1985, ajusta-se ao projeto liberal também em curso no país e em praticamente todo o ocidente capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Controle penal – Encarceramento – Democracia – Estado punitivo.

ABSTRACT: The objective of this article is to reflect upon contemporary criminal policies, aimed at the expansion of repression and the continuous use of imprisonment. These policies, implemented in Brazil soon after the political opening, which occurred in 1985, also adapted to the liberal project in progress in Brazil and practically the whole capitalist western world.

KEYWORDS: Criminal control – Imprisonment – Democracy – Punitive state.

SUMÁRIO: 1. Estado punitivo – 2. A política de encarceramento em massa – 3. A privatização dos presídios – Referências bibliográficas.

1. ESTADO PUNITIVO

O tema central desta análise é a consolidação da figura do "Estado Punitivo" no Brasil, manifesto, entre outros fatores, pelo progressivo encarceramento das classes populares.

Inserido nas recentes reflexões de Loïc Wacquant (2001a, 2004), David Garland (1999 e 2001), Nils Christie (2002) e Zygmunt Bauman (1999 e 2003), entre outros, esse tema é ainda desprezado pela comunidade acadêmica nacional. De fato, a expansão do controle penal brasileiro e o aumento vertiginoso da população carcerária nos país,

nesse período democrático, carecem de análises críticas associadas ao projeto liberal implementado atualmente em praticamente todo o ocidente capitalista.

Recentemente parte considerável da humanidade se vê inserida na tendência homogênea de obsessão securitária. Com efeito, o atual arranjo capitalista generaliza-se, quase que instantaneamente, atrelando o sucesso dos empreendimentos econômicos a nova face da política criminal.

Sob esse prisma se materializa a figura do "Estado Punitivo" que, nas palavras de Loïc Wacquant, se caracteriza por diminuir suas prerrogativas na frente econômica e social e por aumentar suas missões em matéria de segurança, "subitamente relegada à mera dimensão criminal." (Wacquant, 2001a, p. 7)

"Tornar a luta contra a delinqüência urbana um perpétuo espetáculo moral – como querem policiais e políticos ávidos por explorar o problema – permite reafirmar simbolicamente a autoridade do Estado, justamente no momento em que se manifesta sua impotência na frente de batalha econômica e social". (Wacquant, 2004)

Nesse novo arranjo político, o alarme social que se cria em torno da criminalidade acaba por provocar um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança, ainda que simbólica. Como resultado, observa-se um controle social autoritário, identificável, principalmente, pelo encarceramento em massa das classes populares.

Segundo Loïc Wacquant (2001a, p. 7):

"a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um 'mais Estado' policial e penitenciário o 'menos Estado' econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países."

Enfim, essa penalidade reafirma a onipotência do Leviatã no que se refere à manutenção da ordem pública, simbolizada pela "guerra contra o crime", reforçando a legitimidade de medidas autoritárias comprometidas com o sucesso do atual empreendimento liberal.

O Brasil, ao aderir a esse projeto liberal, adotou também uma postura altamente controladora, no que se refere aos conflitos sociais. Exemplo marcante dessa constatação é a enorme expansão do sistema penitenciário verificável a partir da reabertura política de 1988.

Essa expansão é o objeto central desta análise. Ao observarmos a atuação severa da Justiça Penal, evidenciando o investimento cada vez maior do Estado brasileiro no controle prisional, podemos reconhecer características do chamado "Estado Punitivo" que prevalecem nos países alinhados com o novo modelo capitalista de desenvolvimento.

É justamente essa associação que irá determinar um novo enfoque nas reflexões sobre o sistema penitenciário nacional. É essencial reconhecer que nosso atual projeto político, a semelhança de outros países, rejeita o Estado em sua função interventora no campo econômico e social, porém projeta na gestão pública a responsabilidade por controlar, ainda que de forma autoritária, todos os transtornos sociais advindos desse projeto, como, por exemplo, o aumento da criminalidade. Assim, podemos apontar, com maior clareza, os paradoxos dessa forma de gestão e estabelecer, a partir daí, premissas capazes de refutar as políticas penais já implementadas.

2. A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

Atualmente pode-se dizer, sem receio, que vivemos sob a mais violenta intervenção do Estado na vida dos cidadãos, materializada através de uma dominação autoritária, articulada pelo medo e pela aplicação indiscriminada da pena de prisão. "Por não sabermos mais distinguir a violência legítima da ilegítima, somos incapazes de determinar a dívida, quer dizer, o preço do ingresso na vida em comum." (Garapon, 2001, p. 53).

Tal realidade adquire forma através da recorrência cada vez maior ao Direito Penal como solução em *prima ratio* de praticamente todos os conflitos sociais. Sua função, eminentemente simbólica, é atuar como mecanismo tranqüilizador da opinião pública que, hegemonicamente, busca amparo e assistência ao invés de reconhecimento de seus direitos.

"O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face de demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos." *(sic)* (Azevedo, 2005).

Nesse contexto, a Justiça passa a ser simultaneamente bombeiro e incendiária. No mesmo movimento ela incentiva a desconfiança, desqualifica qualquer solução que não seja a penal e apresenta seu único remédio: mais segregação e restrição de liberdade. Essa forma de atuação tem como conseqüência imediata aumentar o número de detentos em proporções inquietantes, fenômeno também percebido em várias democracias contemporâneas.

"Nas cadeias dos EUA, por exemplo, existem aproximadamente 2.1 milhões de presos enquanto em 1972 havia 33 mil. Outros cinco milhões estão sob supervisão dentro do sistema de Justiça Criminal" (Gill, 2005, p. 64). No Brasil, à semelhança dos EUA, a política de encarceramento tem aumentado vertiginosamente,[1] tendo ultrapassando, no ano de 2007, a marca dos 419.000 presos.[2] O sistema penitenciário brasileiro ocupa, de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional,[3] 1.117 estabelecimentos com um total de 233.907 vagas (homens: 221.476 e mulheres: 12.431), apresentando, portanto, *déficit* de mais de 185.000 vagas.

Como se observa, tal aumento não é exclusividade nacional dada à característica liberal de sua adoção. Wacquant (2001a), ao analisar o inchaço das penitenciárias norte-americanas, comentou que "se fosse uma cidade, o sistema penitenciário americano seria a quarta metrópole do país". Esse encarceramento em massa reflete, na realidade, uma estrutura de dominação contemporânea que mascara uma exclusão capitalista ainda mais perversa, o isolamento e a neutralização dos miseráveis em praticamente todo o globo.

Essa penalização liberal, denominada por Wacquant (2001b, p. 10) de "ditadura sobre os pobres" procura reprimir com severidade "as

1. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), a população carcerária, que em 1988 era de 88.041 presos, representava uma taxa de encarceramento de 65,2 por 100.000 habitantes. Em 2007, o espantoso índice de 419.551 presos, elevou a taxa de encarceramento para 310,7 por 100.000 habitantes. O aumento foi da ordem de 376%, o que representa 331.510 presos a mais no sistema.
2. "Se todos os mandatos de prisão expedidos pela Justiça fossem cumpridos, estima-se que o número de detentos aumentaria em 550 mil" (Barbiere, 2008).
3. Dados disponibilizados em junho de 2007. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>. Acesso em: 20.11.2007.

desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário." A esse respeito, Bauman (1998, p. 57) adverte que nesse novo contexto, marcado pela intensificação das relações de consumo, "as classes perigosas são assim redefinidas como classes de criminosos."

De fato, como bem assevera Christie (2002, p. 93), "são as decisões político-culturais que determinam a estatística carcerária e não o nível ou a evolução da criminalidade." O maior encarceramento não tem, portanto, relação direta com o aumento da criminalidade, mas sim com o aumento dos miseráveis, totalmente excluídos do universo do trabalho.

Essa massa excluída do trabalho e, consequentemente, do consumo, fica submetida a um gigantesco sistema penal responsável não mais por disciplinar os desviantes, mas sim por conter o refugo social produzido pelo recente contexto liberal. Ironicamente Wacquant considera tal fenômeno como "uma espécie de único programa público habitacional do capitalismo tardio." (Batista, 2003).

Isso, contudo, não é novidade. Karl Marx (1980, p. 383) já havia discutido a necessidade burguesa de confinamento dos supérfluos:

"O crime retira do mercado de trabalho parte da população supérflua e por isso reduz a concorrência entre os trabalhadores, impede, até certo ponto, a queda do salário abaixo do mínimo, enquanto a luta contra o crime absorve parte dessa população. O criminoso aparece como uma daquelas 'compensações' naturais, que restabelecem um equilíbrio adequado e abre ampla perspectiva de ocupações 'úteis'."

Reafirmando essa tese, Christie (1998, p. 122) assevera:

"A população potencialmente perigosa é afastada e colocada sob completo controle, como matéria-prima para uma parte do próprio complexo industrial que os tornou supérfluos e ociosos fora dos muros da prisão. Matéria-prima para o controle do crime ou, se quiserem, consumidores cativos dos serviços da indústria do controle."

Atestando a atualidade da argumentação marxiana, Bauman (1999, p. 128-129) afirma que no atual mundo das finanças globais, "os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados", varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e garantindo, com a firmeza dos muros das prisões, a "confiança dos investidores".

"Fazer o melhor policial possível é a melhor coisa (talvez a única) que o Estado possa fazer para atrair o capital nômade a investir no bem-estar dos seus súditos; e assim o caminho mais curto para a prosperidade econômica da nação e, supõe-se, para a sensação de 'bem-estar' dos eleitores, é a da pública exibição de competência policial e destreza do Estado" (Bauman, 1999, p. 129).

No Brasil esse cenário se cristaliza reproduzindo a degradação da sociabilidade e a diminuição da liberdade individual. É nesse sentido que Carvalho Filho (2004) afirma:

"O sonho dourado das elites brasileiras é a repetição, abaixo da linha do Equador, do espetáculo punitivo patrocinado nos EUA, onde, de fato, em virtude de medidas aparentemente mágicas, como a 'tolerância zero', os índices de criminalidade decresceram nos últimos trinta anos. Em contrapartida, o país tem a mais alta taxa de encarceramento do planeta."

Enfim, entre nós a Justiça Penal, também caminha menos para a consolidação democrática, e muito mais para a atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento e endurecimento da execução penal.[4] Tal sistema opera no sentido do "excesso de ordem", único capaz de tranqüilizar nossa atual sociedade de consumo hedonista e individualista.

4. Como, por exemplo, o recente regime de exceção na execução da pena de prisão intitulado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Tal regime, introduzido pela Lei 10.792/2003 que alterou a Lei de Execução Penal, estabelece que "a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol." Também por força da referida lei, o regime de exceção "poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade", bem como "o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando".

3. A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS

Tal política de expansão do setor penal, como bem adverte Wacquant (2001a, p 87), implica, necessariamente, no aumento das despesas penitenciárias por parte do Estado por um lado, e por outro, no implemento de uma indústria privada de encarceramento. Segundo o sociólogo, o sistema penitenciário norte-americano correspondia, já em 1993, ao terceiro empregador do país, perdendo apenas para a General Motors e o Wal-Mart.

De fato, nem as prisões escapam à onda de privatizações que vem sacudindo, atualmente, o ocidente liberal. Wacquant ilustra a prosperidade dessa indústria carcerária ao relatar que nos Estados Unidos é crescente a realização de exposições de produtos através de eventos que congregam as empresas de maior destaque no setor carcerário. Segundo o autor (2001a, p. 91-92):

"(...) a cada ano, a American Correctional Association, organismo semi-privado criado em 1870 que promove os interesses do setor, reúne profissionais e industriais do sistema carcerário para um grande 'salão da carceragem' de cinco dias. Mais de 650 firmas expuseram seus produtos e serviços por ocasião do Congresso de Orlando em agosto de 1997: entre os artigos exibidos, algemas forradas e armas de assalto, fechaduras e grades infalíveis, mobiliário para celas tais como colchões à prova de fogo e toaletes em uma só peça, elementos cosméticos e alimentares, cadeiras imobilizantes e 'uniformes de extração' (para arrancar de sua cela detentos recalcitrantes), cinturões eletrificados de descarga mortal, (...) sistemas de vigilância eletrônica e de telefonia de ponta, tecnologias de detecção e de identificação, *softwares* de tratamento dos dados administrativos e judiciários, sistemas de purificação de ar antituberculose, sem esquecer as celas desmontáveis (instaladas numa tarde em um estacionamento a fim de absorver um afluxo imprevisto de detentos) (...) e até uma caminhonete cirúrgica para operar de urgência no pátio penitenciário" (*sic*).

É certo que esse afortunado ramo, com suas infindáveis inovações e agitadas feiras de demonstrações e oportunidades de negócios, ainda não conquistou o mercado nacional.

Não obstante, como a legislação brasileira não prevê grandes obstáculos para esse setor produtivo, uma vez que mesmo o texto constitucional não proíbe a participação da iniciativa privada na gestão do sistema penitenciário, a idéia da privatização dos presídios tem ganhado

cada vez mais destaque nos debates jurídicos nacionais sobre segurança pública. Em 1992, o governo federal, através do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária[5] (CNPCP) chegou, inclusive, a elaborar as diretrizes para adoção das prisões privadas no Brasil as quais, em resumo, previam que:

"(...) a admissão das empresas seria feita por concorrência pública e os direitos e obrigações das partes seriam regulados por contrato. O setor privado passaria a prover serviços penitenciários tais como alimentação, saúde, trabalho e educação aos detentos, além de poder construir e administrar os estabelecimentos." (Guimarães, 2006, p. 8).

Em 1999, depois de acompanhar experiências na França, Inglaterra, Bélgica, Austrália e também nos Estados Unidos, o então deputado Luis Barbosa, do Partido Progressista Brasileiro (PPB) de Roraima, apresentou à Câmara o projeto de Lei 2.146, que objetivava autorizar o Poder Executivo a promover a privatização do sistema penitenciário. Tal projeto de lei, segundo a justificativa do próprio texto, visava "compartilhar o gerenciamento e a participação da iniciativa privada na solução de um grave problema que não havia encontrado resposta enquanto limitado à exclusiva competência do poder público" (Barbosa, 2006). Todavia, essa iniciativa legal foi logo engavetada.

Em 2001, a então secretária nacional de Justiça do governo Fernando Henrique Cardoso, Elizabeth Süssekind, coordenou um estudo sobre a adoção do modelo privatizado que previa o repasse à iniciativa privada dos serviços de segurança interna, alimentação, assistência médica e jurídica nos presídios. Antes mesmo da divulgação do estudo federal,

5. No ano de 2002 o CNPCP mudou sua posição sobre o tema ao recomendar, por meio da Resolução 08/2002, a "rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro" (art. 1.º). Segundo a referida Resolução, a privatização seria inviável uma vez que "as funções de ordem jurisdicional e relacionadas à segurança pública seriam atribuições do Estado indelegáveis por imperativo constitucional" e porque haveria incompatibilidade entre, "de um lado, os objetivos perseguidos pela política penitenciária, em especial, os fins da pena privativa de liberdade (retribuição, prevenção e ressocialização) e, de outro lado, a lógica de mercado, ínsita à atividade negocial". Ainda assim, essa mesma deliberação normativa admitiu, em seu art. 2.º, "que os serviços penitenciários não relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, poderiam ser executados por empresa privada."

a maioria dos 27 secretários de Justiça do país já mostrava simpatia à proposta de terceirizar a segurança interna. Segundo Leonardo Cavalcanti (2001), do jornal *Correio Braziliense,* 13 deles aprovavam a idéia de trocar os agentes penitenciários pelos chamados agentes de disciplina das empresas privadas. Até mesmo alguns empresários começavam a apostar na privatização. "Esperamos a sinalização do governo federal em estimular a adoção da terceirização", empolgava-se Jerfferson Simões, então presidente da Federação Nacional de Empresas de Segurança e Transporte de Valores (Fenavist).

No final do estudo, o texto seria apresentado ao então ministro da Justiça, José Gregori, e depois o relatório ficaria à disposição dos governadores, como um guia para montar um presídio terceirizado nos Estados. Na época, Elizabeth garantiu que apenas os serviços seriam repassados às empresas privadas e que a gestão administrativa das unidades ficaria com o Estado. (Cavalcanti, 2001). A idéia, contudo, também acabou não vingando.

Laurindo Minhoto (2000, p. 170) dedicou especial atenção às iniciativas brasileiras de privatização penitenciária. Segundo o autor, entre nós, o início dos debates sobre a privatização do setor resultou, em grande medida, "de um intenso lobby realizado por uma empresa brasileira de segurança privada, a Pires Segurança Ltda." que buscou inserir o modelo privado no contexto brasileiro, utilizando-se, para tanto, da "experiência estrangeira – sobretudo da experiência norte-americana –, invocada como argumento de autoridade". Essa estratégia, entretanto, parece não ter conduzido a resultados muito animadores.

Embora o Brasil ainda não assista a uma efervescência produtiva nessa área, de forma tímida as prisões também constituem um mercado atraente para os grupos privados. Entre nós a privatização de presídios realiza-se mais precisamente na forma de terceirização de serviços realizada através das parcerias público-privadas (PPPs), a mais recente modalidade de investimentos em infra-estrutura no país. Os governos estaduais assinam contratos com empresas privadas para gerenciamento da acomodação (vestuário, alimentação, limpeza), das instalações e da assistência médica e judicial, além do controle do dia-a-dia dos detentos. Por uma limitação legal, a participação privada termina aí. De acordo Maurício Kuehne, diretor geral do Depen (órgão do Ministério da Justiça), "a Constituição determina que cabe apenas ao Estado a custódia dos presos, que não pode transferi-la em hipótese alguma" (Paul, 2006).

Por isso, a direção do presídio e a guarda armada estariam sempre sob responsabilidade dos governos estaduais.

Atualmente a maioria das penitenciárias do país possui algum tipo de serviço terceirizado, sendo a alimentação o mais comum, feito através do fornecimento das tão conhecidas "quentinhas". Contudo, as experiências de terceirização mais abrangentes não foram tão bem sucedidas e provocaram enorme polêmica.

O Paraná foi um dos Estados pioneiros a implementar a idéia no Brasil, chegando a ter seis unidades terceirizadas de forma ampla. A penitenciária de Guarapuava – inaugurada em novembro de 1999, a 300km de Curitiba – era elogiada por oferecer trabalho, estudo, assistência jurídica e médica aos detentos, além de não sofrer com rebeliões, já que não vivia superlotada. A privatização nesse estabelecimento, além de alimentação, vestuário e demais setores internos, incluía também a manutenção da disciplina de forma militarizada, uma vez que a empresa responsável pelo controle dos presos era formada por pessoal com experiência em bases militares. A despeito desse sucesso inicial, no primeiro semestre de 2006, o Estado do Paraná retomou a administração de todas as unidades prisionais. A razão para a medida foi a de que o custo acabava sendo mais alto para o governo. A manutenção de um detento, que custava em média R$ 800 no país, podia chegar a R$ 1.200 no sistema privado. No Ceará, onde também houve a terceirização abrangente de serviços em três presídios, o governo também voltou a assumir a gestão das penitenciárias depois de ser parte de uma ação movida pelo Ministério Público Federal que considerava ilegal repassar a terceiros o cerceamento à liberdade (Barbosa, 2006).

Mesmo depois dessas experiências pouco promissoras, o Governo do Estado de Minas Gerais alardeou, no ano de 2006 a implantação de um sistema de co-gestão do sistema penitenciário mineiro (compartilhada entre o Estado e a iniciativa privada). Assim, todos os vinte e três estabelecimentos prisionais do Estado de Minas Gerais, seguindo a linha já adotada nos EUA, seriam geridos por empresas privadas. Como forma de legitimar a decisão tomada, o Estado de Minas Gerais elencou vários fatores decisivos para a adoção da medida, sendo a diminuição do custo *per capita* dos detentos um dos preponderantes (Guimarães, 2006). Tal justificativa vai de encontro às experiências dos Estados citados anteriormente.

A crise da segurança pública paulista, escancarada em maio de 2006 através dos ataques engendrados pela organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) às forças policiais e à sociedade

civil de forma geral, mostrou-se também um terreno fértil para reacender os anseios do setor privado. Diante do déficit de 30 mil vagas no sistema prisional, que crescia à ordem de 900 novos detentos por mês, o então governador Cláudio Lembo apresentou sua solução: a parceria público-privada para a construção de novas unidades no Estado, mantendo a política de aumentar o encarceramento iniciada pelo governo Alckmin.

Segundo Bia Barbosa (2006), em reportagem para a *Revista Carta Maior,* o projeto piloto, que deveria ser finalizado no final do ano, previa a construção de até quatro novas penitenciárias com capacidade para três mil homens. Dois seriam os modelos possíveis: unidades industriais, sustentadas em parte pelo trabalho dos detentos – como fazem os Estados Unidos –, e unidades simplesmente alugadas pelo Estado. As licitações estavam previstas para começar em janeiro de 2007 e seriam abertas ao capital internacional. Ao que tudo indica também caíram por terra tais iniciativas, uma vez que "o governo ainda discute pendências jurídicas sobre o sistema" (Barbieri, 2008).

De fato, no Brasil, o fascínio por tais "fábricas de imobilidade" (Bauman, 1999) ainda é lento, não representando, até o momento, uma poderosa alternativa para o desenvolvimento econômico. Em grande medida isso se dá pelo pouco interesse das prefeituras em sediar um estabelecimento prisional, ainda que terceirizado. Nos EUA, ao contrário, como descreve Wacquant, há muito tempo que a perspectiva de acolher uma prisão já não inspira mais gritos de protesto nas cidades. Segundo o autor:

"As prisões não utilizam produtos químicos, não fazem barulho, não expelem poluentes na atmosfera e não despedem seus funcionários durante as recessões. Muito pelo contrário, trazem consigo empregos estáveis, comércios permanentes e entradas regulares de impostos. A indústria da carceragem é um empreendimento próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encerramento dos pobres nos Estados Unidos" (Wacquant, 2001a, p. 60) .

Ainda assim, diante do crescimento visível de pessoas em conflito direto com a lei e da política de encarceramento cada vez mais adotada pela nossa Justiça Penal, o investimento nesse setor certamente crescerá e logo irá seduzir a sociedade civil, seja pela sensação de segurança, seja pela expectativa de prosperidade econômica.

"Nunca é demais lembrar que toda indústria, para se estabelecer, previamente estuda os limites da potencialidade de oferta da matéria

prima a ser utilizada, para garantir seus lucros a curto, médio e longo prazos, visto que sabe da imprescindibilidade da oferta desta para continuação de suas atividades, que no caso presente são seres humanos criminalizáveis e/ou criminalizados. Assim sendo, todo o movimento que hodiernamente permeia o Direito Penal objetivando criminalizar condutas através de uma hiperinflação da edição de leis, aumentar penas, diminuir garantias e benefícios em sede de execução, entre outras medidas que possibilitam uma expansão da tipificação de condutas, assim como, o aumento do tempo de cumprimento, com toda certeza atendem aos interesses da indústria do controle do delito" *(sic)* (Guimarães, 2006).

As empresas do setor, cientes do enorme potencial inexplorado, procuram a todo custo romper os entraves burocráticos à consolidação desse setor. Diga-se a propósito que cinco[6] grandes empresas já se destacam como candidatas a disputar esse mercado: Companhia Nacional de Administração Presidiária (Conap), Instituto Nacional de Administração Penitenciária (Inap), Montesinos, Reviver e Yumatã (Mandl e Salgado, 2008).

6. Atentas a esse mercado, empresas como a baiana Yumatã têm se organizado para buscar novos negócios. "Comprada há dois anos por Luiz da Rocha Salles, ex-sócio da construtora OAS, e por Eduardo Brim Fialho, empresário de incorporação e logística, a Yumatã posiciona-se exatamente para atuar em PPPs de penitenciárias. Há cinco anos, a empresa presta serviços em contratos de co-gestão de presídios na Bahia". "(...) A Yumatã fatura hoje R$ 2 milhões ao ano, tem 700 funcionários e atua em quatro presídios na Bahia". A empresa Reviver Administração Prisional Privada, também atua na co-gestão de penitenciárias baianas. "Originária de uma prestadora de serviços de segurança, como a maioria das empresas do setor, ela tem buscado parceiros para entrar na disputa pela concessão das PPPs. (...) 'Ainda estamos discutindo com construtoras e bancos o modelo do negócio', diz Odair Conceição, sócio da Reviver. 'Porém seria importante definir as fontes de financiamento, para que as empresas tivessem segurança para investir.' Ao defender as PPPs, Conceição afirma que, além de ser a alternativa para a falta de recursos públicos na área, o modelo torna-se uma fonte importante de empregos e geração de renda para a região onde o presídio está instalado. 'Operamos um presídio em Serrinha [Bahia] e nos tornamos o maior empregador de região ao criar 140 vagas', diz ele. 'Também movimentamos a economia local, comprando a produção agrícola e de fornecedores da cidade'." (Barbieri, 2008)

Em janeiro de 2008, os Estados de Pernambuco e Minas Gerais lançaram consultas públicas para novos processos de privatização prisional. De acordo com Silvio Bompastor, gerente-geral de PPP do Estado de Pernambuco, o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) deverá financiar a parceria. Em Minas Gerais, o Estado pretende repassar até R$ 78 milhões ao ano para a empresa vencedora da PPP, além de um prêmio de 1,5% da soma dos pagamentos mensais, para estimular resultados e a qualidade da gestão. (Barbieri, 2008). Como se observa, o interesse pela privatização prisional continua presente e cada vez mais concretas são as iniciativas publicas para que empresas privadas tomem conta desse setor.

No campo jurídico, alguns juristas consagrados em matéria penal, ainda que engajados no movimento garantista, defendem tal exploração econômica dos presídios, amparados na presunção da otimização do sistema penal com essa medida.

Luiz Flávio Borges D'Urso, presidente da seção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, assevera:

"A gestão privada tende a ser mais ágil e eficiente. (...) Sem as amarras da legislação que regula a compra de material no setor público, a empresa pode fazer obras e adquirir bens com mais rapidez, desobrigando-se de licitações. A mesma facilidade existe na dispensa de pessoal, que pode ser imediata no caso dos agentes penitenciários acusados de maus-tratos ou corrupção." (Paul, 2006)

Fernando Capez, promotor de justiça em São Paulo e reconhecido criminalista garantista, em entrevista concedida à *Revista Dataveni@*, também diz aderir à perspectiva de buscar, na iniciativa privada, soluções para a melhoria do sistema prisional.

"É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do

preso[7] sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato" (Monteiro, 2002) (*sic*). (nota da autora)

Perguntada sobre qual a alternativa para o sistema prisional brasileiro a procuradora paulista Luiza Nagib Eluf declarou:

"Privatizar. O próprio doutor Nagashi já me falou que é preciso construir uns 40 presídios a cada dois meses para dar conta de toda a população carcerária, só em São Paulo. Não há como o Estado fazer isso. (...) Já ouvi muitas pessoas contrárias à privatização, mas não vejo outra saída. Ninguém tinha telefone quando era estatal. Agora, todo mundo tem." (Costa, 2006)

Até mesmo da jurisprudência se extrai a ânsia dos "operadores do Direito" para que vigore o domínio privado na gestão penitenciária. Ao relatar uma decisão denegatória de *habeas corpus*, assim se manifesta o juiz relator Luiz Ambra:

"Não se inicia a privatização dos presídios – porque os lunáticos acham que soberania é indelegável, a ser assim nem a limpeza das escadarias do Fórum Central poderia vir a ser terceirizada, única forma de moderar os gastos públicos (cada vagabundo encarcerado custa aos cofres públicos cerca de dois mil reais por mês; num sistema privatizado custaria a metade, e a qualidade do serviço se elevaria aos níveis de decência, de pronto afastada a corrupção existente) e obter resultados palpáveis e corretos, com o fim da política do 'faz de conta' (faz de conta de que o réu está preso, quando no regime aberto; de que há lugar onde colocá-lo, com os rigores do sistema carcerário e não numa Delegacia de Distrito, onde cabem vinte e são colocados duzentos, quais

7. Contrariando essa tese de que nos presídios privados as condições de vida seriam melhores, em 2003 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA cobrou do Brasil proteção policial para três militantes dos direitos humanos do Paraná que vinham denunciando torturas nos presídios privados do Estado. Os militantes ameaçados eram: o advogado Jorge Custódio Ferreira, coordenador do Movimento Nacional dos Direitos Humanos no Paraná; sua mulher, a assistente social Rosângela Aparecida Ferreira; e a agente penitenciária Alessandra Celestino Rodrigues. O coordenador do Movimento Nacional de Direitos Humanos, Omar Klinch, que fez a denúncia à OEA, disse que o governo brasileiro foi informado várias vezes das ameaças, mas que até o momento não havia tomado qualquer atitude (Éboli, 2003).

feras enjauladas; que está recebendo tratamento laborterápico previsto na LEP, suscetível de reabilitá-lo para o futuro, e assim por diante" (*sic*) (TACrimSP – HC 402.314/6 – Capital – voto n. 9.388).

Contudo, esquecem tais juristas que a gestão empresarial dos presídios lucra com a criminalidade, não operando, portanto, para a sua diminuição. Assim, o preso deixa de ser sujeito em processo de punição e torna-se objeto de investimento privado. Quanto maior for o número de criminosos detentos, mais essa indústria irá prosperar.

Como alerta Christie (1998, p. 115), "os interesses econômicos da indústria serão sempre favoráveis ao excesso de oferta, tanto da capacidade carcerária quanto da força policial, o que cria um estímulo extraordinário para a expansão do sistema". Essa realidade é contrária a qualquer discurso que afirme a democratização da Justiça Penal. Não há como escamotear esse paradoxo. A única coisa certa, nesse modelo de gestão, é que o controle do crime torna-se um enorme negócio privado a produzir lucros inauditos.

Marx (1980, p. 382) já salientava a especificidade produtiva do crime nas sociedades capitalistas, onde a repressão ao crime, além de empregar uma parcela considerável de mão de obra, também retirava do mercado de trabalho o excesso de população desempregada diminuindo, assim, a concorrência entre os trabalhadores.

"Filósofo produz idéias, poeta poemas, pastor prédicas, professor compêndios e assim por diante. Um criminoso produz crimes. Se mais de perto observarmos o entrosamento deste último ramo de produção com a sociedade como um todo, libertar-nos-emos de muitos preconceitos. O criminoso não produz apenas crimes, mas também o direito criminal e, com este, o professor que produz preleções de direito criminal e, além disso, o indefectível compêndio em que lança no mercado geral 'mercadorias', as suas conferências. (...) O criminoso produz ainda toda a polícia e justiça criminal, beleguins, juízes e carrascos, jurados etc.; e todos aqueles diferentes ramos, que constituem outras tantas categorias da divisão social do trabalho, desenvolvem capacidades diversas do espírito humano, criam novas necessidades e novos modos de satisfazê-las."

Em nossos dias, essas novas necessidades apontam para o aparelho carcerário privatizado, que revestido da aura democrática estimula o desenvolvimento das forças produtivas ao mesmo tempo em que confina uma parcela considerável da população para a qual não há trabalho.

Nesse enredo socioeconômico, cada vez mais evidente no Brasil, vem a constatação de que o aprisionamento é útil apenas, para retirar da sociedade os indesejados, para gerar empregos e para estimular uma recente e perversa política econômica. Nossa Justiça Penal, inserida no discurso hegemônico liberal, produz a expansão do confinamento e a transformação da inércia marginal em insumo para uma nova acumulação de capital.

Importante ressaltar que esse processo de mercantilização da esfera penitenciária contradiz até mesmo o discurso garantista, daquele jurista formado na tradição liberal, mas cunhado por ideais humanitários. Como dimensionar, por exemplo, tamanho potencial de expansão do sistema com a altissonante pregação minimalista defendida pelo garantismo? Como a conversão do sistema penitenciário em indústria e das prisões num vigoroso "mercado da aplicação da lei", pode conviver harmoniosamente com a propagada autonomia do Direito e do pensamento jurídico, cuja racionalidade pressupõe a proteção do indivíduo frente às desvirtuações da atuação estatal?

Como adverte Minhoto (2002) "se não quisermos proceder à maneira do Barão de Münchhausen – que imaginava poder sair do atoleiro puxando seus próprios cabelos", devemos parar de insistir na "autonomia crescentemente quimérica" do Direito Penal e comecarmos a discutir qual o verdadeiro papel do sistema penitenciário na cena política contemporânea. È imprescindível que o campo jurídico assuma sua parcela de culpa pelo encarceramento em massa que se opera no país e, principalmente, que tome para si a responsabilidade de reverter o fortalecimento desse Estado Punitivo que hoje nos oprime.

Referências bibliográficas

Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias* 13, ano 7. Porto Alegre, jan.-jun., 2005.

Barbieri, Cristiane. PPPs de prisões movimentam empresas. *Folha de S. Paulo*. Reportagem Local. São Paulo, edição do dia 07.02.2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0702200822.htm>.

Barbosa, Bia. Crise da Segurança Publica: Privatização de presídios é ilegal e antiética, dizem especialistas. *Revista Carta Maior*. Cad. Direitos Humanos. Edição do dia 22.08.2006. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br>.

Batista, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Palestra proferida no Centro de Estudos Judiciários em: 08.05.2003a.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CAVALCANTI, Leonardo. Segurança pública: Penitenciária Ltda. *Jornal Correio Brasiliense*. Brasília, edição do dia 13.05.2001. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/2001-05-13/mat_38054.htm>.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Elementos de geografia penal. *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade* 11, ano 7. Rio de Janeiro, 1.º semestre de 2002.

COSTA, Pricyla. Desconstrução policial: A elite não está preparada para uma Polícia honesta. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, edição do dia 28.05.2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/44789,1>.

ÉBOLI, Evandro. OEA cobra proteção para ameaçados no Paraná. *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, edição do dia 12.09.2003. Disponível em: <http://www.mre.gov.br>.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política* 13/59-80. Curitiba, nov. 1999.

_____. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GILL, Stephen. Las contradicciones de la supremacía de Estados Unidos. *Socialist Register 2005*. Buenos Aires: Clasco, 2005.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O caso Minas Gerais: da atrofia do Estado Social à maximização do Estado Penal. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas* 3, mar. 2006.

MANDL, Carolina; SALGADO, Raquel. Controversa: "privatização" de presídios começa a ser adotada. *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, edição do dia 31.01.2008.

MARX, Karl. Teorias da mais-valia – História crítica do pensamento econômico. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. Livro 4, vol. 1.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. As prisões do mercado. *Revista Lua Nova* 55-56, São Paulo, 2002.

MONTEIRO, Vilbégina. Privatização dos presídios não é questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível. *Revista Dataveni@* 55, ano VI. Cad. Entrevistas, mar. 2002. Disponível em: <http://www.datavenia.net>.

PAUL, Gustavo. Privatizar resolve? *Revista Exame*. São Paulo: Ed. Abril, edição do dia 06.09.2006. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br>.

TEIXEIRA, Alessandra; BORDINI, Eliana Blumer Trindade. Decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais: punindo sempre mais. *São Paulo em Perspectiva* 18-1, São Paulo, jan. 2004.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001a.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos EUA*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001b.

_____. A aberração carcerária. *Le monde diplomatique Brasil*. Instituto Paulo Freire. Edição mensal de set. 2004. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2007-08,a1327>.

V Seção Especial

Acesso à Justiça e Defensoria Pública

1
A Defensoria Pública de São Paulo na defesa dos direitos sociais

Cibele C. Baldassa Muniz

Mestre em Direito do Estado pela USP. Docente e pesquisadora da Uninove.

Área do Direito: Penal-Processo Penal; Constitucional

Resumo: Este artigo refere-se à atuação inicial da Defensoria Pública Paulista na defesa do acesso da população carente aos direitos sociais na via judiciária e em atividades extrajudiciárias, instrumentalizando o acesso à justiça como forma de promoção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos sociais – Defensoria Pública – Acesso à justiça – Assistência jurídica – Ação civil pública.

Abstract: This article addresses the initial assistance given by the Public Defender Organization to secure the access of low-income population to social rights in legal and non-legal proceedings, using access to justice as means to promote the dignity of the human being.

Keywords: Social rights – Public Defender organization – Access to justice – Legal assistance – Public civil action.

Sumário: Introdução – 1. Dos direitos sociais – 2. A Defensoria Pública paulista na defesa dos direitos sociais – 3. Considerações finais – Fontes – Bibliografia – Consulta eletrônica.

Introdução

Uma outra vertente da pesquisa em andamento refere-se à atuação inicial da Defensoria Pública Paulista recentemente criada, na defesa do acesso da população carente ao direitos sociais, quer na via judiciária, quer em atividades extrajudiciárias. Também tem por objetivo produzir reflexão sobre a coadunação das suas atividades com o mote fundador de sua criação: instrumentalizar o acesso à justiça como forma de promoção da dignidade da pessoa humana.

Esse enfoque mostra-se de grande importância, visto que a Constituição de 1988 inaugura a inserção dos direitos sociais como direitos fundamentais, encontrando-se disciplinados no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.[1] Daí decorrer inevitavelmente o compromisso do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário com a normatização constitucional, devendo tais Poderes constituídos procurar todos os meios possíveis para garantir a plena efetividade e concretização desses direitos.

1. Dos direitos sociais

Os direitos sociais, voltados especialmente aos setores menos favorecidos da população, demandam uma prestação positiva do Estado no sentido de elaboração de políticas públicas dirigidas à sua plena realização. Sendo dotados de características programáticas, surgiram resistências quanto a entendê-los como normas dotadas de eficácia. As resistências, consubstanciadas em teorias tentando desqualificá-los como direitos fundamentais (direitos públicos subjetivos, acionáveis perante o Poder Judiciário, quando não encaminhados pelo Estado), pregam a sua ineficácia e a impossibilidade de serem exigidos perante o Poder Judiciário. De outro modo, entende-se terem os direitos sociais eficácia imediata, direta e vinculante, num sentido de força normativa da Constituição. José Afonso da Silva indica essa força vinculante quando as normas:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem

III – inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

1. "Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

IV – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

V – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais;

VI – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VII – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.[2]

Para o novo constitucionalismo, os direitos sociais não se apresentam como meros programas ou linhas de atuação política, nem podem ser entendidos como um apelo ao legislador. Cristina Queiroz assim os concebe:

"Como 'normas constitucionais', apresentam-se como 'parâmetro de controle judicial' quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam. Implicam, genericamente – segundo Gomes Canotilho – uma interpretação das normas legais conforme a 'constituição social, econômica e cultural'. Por exemplo, em caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social, deve-se seguir a interpretação mais conforme à realização efetiva desses direitos – o que corresponde, na terminologia de Hesse, a uma sua 'efetividade ótima'."[3]

Com fundamento nesta abordagem, a possibilidade de atuação da Defensoria Pública é de extrema importância, tendo-se em conta que os direitos sociais estão orientados a possibilitar melhores condições de vida aos mais desfavorecidos economicamente, tendentes à igualização de situações sociais desiguais.

2. A Defensoria Pública paulista na defesa dos direitos sociais

Há que se destacar o fato de terem sido propostas inúmeras Ações Civis Públicas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. O núcleo de Habitação e Urbanismo, por exemplo, em menos de dois anos de

2. Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 164.

3. Queiroz, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justicialidade. In: Silva, Virgílio Afonso (coord.). *Interpretação constitucional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198.

atuação, propôs um número superior a quarenta.[4] A maioria delas requer a aplicação da Legislação Municipal (Plano Diretor Regional) no sentido da regularização fundiária de vários setores da cidade, denominados por Zonas Especiais de Interesse Social-Zeis.[5]

4. Pesquisa realizada em 29.09.2008 no site do TJSP.
5. Lei 13.430, de 13.09.2002.
(Plano Diretor de São Paulo): "Art. 171 – As Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS são porções do território destinadas, prioritariamente, à recuperação urbanística, à regularização fundiária e produção de Habitações de Interesse Social – HIS ou do Mercado Popular – HMP definidos nos incs. XIII e XIV do art. 146 desta lei, incluindo a recuperação de imóveis degradados, a provisão de equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local, compreendendo:
I – ZEIS 1 – áreas ocupadas por população de baixa renda, abrangendo favelas, loteamentos precários e empreendimentos habitacionais de interesse social ou do mercado popular, em que haja interesse público expresso por meio desta lei, ou dos planos regionais ou de lei especifica, em promover a recuperação urbanística, a regularização fundiária, a produção e manutenção de Habitações de Interesse Social – HIS, incluindo equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local;
II – ZEIS 2 – áreas com predominância de glebas ou terrenos não edificados ou subutilizados, conforme estabelecido nesta lei, adequados à urbanização, onde haja interesse público, expresso por meio desta lei, dos planos regionais ou de lei especifica, na promoção de Habitação de Interesse Social – HIS ou do Mercado Popular – HMP, incluindo equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviços e comércio de caráter local;
III – ZEIS 3 – áreas com predominância de terrenos ou edificações subutilizados situados em áreas dotadas de infra-estrutura, serviços urbanos e oferta de empregos, ou que estejam recebendo investimentos desta natureza, onde haja interesse público, expresso por meio desta lei, dos planos regionais ou de lei especifica, em promover ou ampliar o uso por Habitação de Interesse Social – HIS ou do Mercado Popular – HMP, e melhorar as condições habitacionais da população moradora;
IV – ZEIS 4 – glebas ou terrenos não edificados e adequados à urbanização, localizados em áreas de proteção aos mananciais, ou de proteção ambiental, localizados na Macroárea de Conservação e Recuperação, definidos no art. 153 desta lei, destinados a projetos de Habitação de Interesse Social promovidos pelo Poder Público, com controle ambiental, para o atendimento habitacional de famílias removidas de áreas de risco e de preservação permanente, ou ao desadensamento de assentamentos populares definidos como ZEIS 1 por meio desta lei, ou dos planos regionais ou de lei, e situados na mesma sub-bacia hidrográfica objeto de Lei de Proteção e Recuperação dos Mananciais."

Segundo a Defensoria Pública, há necessidade de programações de políticas públicas urbanas voltadas à promoção e à proteção do direito à moradia, com intervenção do Estado no domínio econômico para garantir o acesso à propriedade imobiliária, com a regulamentação do seu uso (para atender a função social da propriedade), pela regulamentação do mercado fundiário, disposição de sistemas de financiamento de habitação de interesse social ou na disposição de projetos de urbanização que passem pela promoção da regularização dos assentamentos informais. O Estatuto da Cidade – Lei federal 10.257/2001 – reconhece um novo direito: a garantia e acesso a cidades sustentáveis para todos. Para tanto, deve o Estado criar instrumentos urbanísticos baseados no planejamento como instrumento de intervenção estatal na propriedade.

Na cidade de São Paulo, em que pese as disposições constitucionais,[6] dos planos diretores regionais, da indicação nos mesmos de determinados setores incluídos como zonas de interesse social, onde se deve promover regularização fundiária, o Governo Municipal, ao invés disso, baseado em expedientes inconstitucionais, passou a promover uma série de desocupações de favelas e barracos.

Apesar de boa parte dessas ações julgadas em primeira instância não ter obtido êxito, a qualidade dos argumentos tecidos pela Defensoria Pública evidencia o conhecimento profundo da legislação concernente ao tema e a sensibilidade social dos defensores que a manejam. Nota-se, por outro lado, nas sentenças denegatórias, a preocupação com a não invasão dos poderes e com a possível falta de recursos orçamentários para dar sustentação à regularização fundiária nas áreas indicadas. A motivação judicial evidencia a dificuldade de alguns membros do Poder Judiciário em acolher pedidos de atuação positiva do Estado, ainda que a Constituição de 1988 tenha delineado um Estado de bem-estar social, intervencionista e planejador, com objetivos expressos de realizar a promoção da

6. "Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1.° O Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2.° A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor (...)"

justiça social no país.[7] Destaque-se que a redução do tamanho do Estado ocorrida com a implantação de uma política neoliberal no processo de globalização que tomou conta da maioria dos países ocidentais, atingiu frontalmente a garantia dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais, que exigem volume maior de recursos a serem gastos pelo Estado na implantação de políticas públicas. José Eduardo Faria identifica que: "concebidos para se concretizar basicamente por meio de políticas governamentais de caráter compensatório e distributivo, os direitos sociais também têm sido mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização... Os princípios básicos e os padrões morais inerentes aos direitos humanos e aos direitos sociais – como a dignidade, a igualdade, a solidariedade e a inclusão econômica, por exemplo – estão levando a pior na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada..."[8]

O Estado atual apresenta inúmeras deficiências para propiciar políticas e serviços públicos que atendam às prementes necessidades da população carente. É exatamente essa grande maioria da população que se encontra relegada na escala de prioridades de um mercado que se funda no poder do consumo, na globalização econômica e nas políticas neoliberais.

Tal fenômeno é explicado por José Eduardo Farias desta forma:

"A globalização não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política nas relações internacionais. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à

7. 7.ª Vara da Fazenda Pública: ACP 583.53.2006.115545-8, o juiz sentenciante cita como parâmetro para a as suas argumentações, decisão proferida no processo 53.08.124973-9, "Ademais, de acordo com o art. 2.º da CF/1988, os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si. Vale dizer que não pode haver interferência uns nos outros. Isso efetivamente ocorreria se (...) estaria invadindo critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Sem contar ainda com a complexa questão orçamentária. Nesta matéria tanto a Constituição Federal quanto a Lei de Responsabilidade Fiscal são rigorosas e não admitem o dispêndio de verba que não esteja prevista na lei orçamentária..."

8. Faria, José Eduardo. Estado, sociedade e direito. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 113.

política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário, as alterações em andamento nas condições de competitividade das empresas, (...) a desnacionalização dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial."[9]

e segue em outra obra:

"(...) o Estado já não consegue mais regular a sociedade e gerir a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções homogêneas ou padronizadas, concebidas em termos rigidamente dicotômicos ou binários (...) com a redução tanto do tamanho quanto do alcance do Estado, que deixa de ser produtor direto ou prestador exclusivo de serviços essenciais para atuar como regulador das atividades privadas (...) o controle jurídico-formal de suas decisões sofre alterações profundas. Ele deixa de ser feito por meio de mecanismos normativos rígidos e hierarquizados e passa a ser promovido por mecanismos plásticos e finalísticos, combinando premissas voltadas quer para a lógica do mercado, quer para o estabelecimento de parcerias com organizações e setores da sociedade civil para a ocupação de um espaço público não estatal."[10]

Nesse contexto, torna-se ainda mais necessária uma interpretação dos direitos sociais que se encaminhe na direção da plena concretização de seu núcleo fundante: a dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides observa que o tempo do velho Direito Constitucional é aquele da separação de poderes, onde a tensão não estava colocada entre o cidadão com o Estado, mas entre os próprios poderes constituídos, fruto de uma desconfiança advinda das experiências absolutistas. Enfatiza que no novo Direito Constitucional a tensão advém da esfera dos direitos fundamentais, havendo necessidade de aperfeiçoamento de um sistema regulativo desses direitos.

"Estamos na era da cidadania postulante. Com os direitos fundamentais, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se

9. Farias, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed., 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 59-60.

10. Farias, José Eduardo. Estado, sociedade e direito. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 79-105.

mister introduzir, talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado Social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais (...) No que concerne ainda à figura do juiz social, este incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização."[11]

A Defensoria Pública desempenha um papel decisivo nessa tarefa, vez que, através de sua atuação poderá, quiçá, sensibilizar para o contexto desse novo constitucionalismo os membros da magistratura mais resistentes.

Por outro lado, percebe-se nacionalmente um esforço no sentido da possibilidade de releitura do princípio da separação dos poderes na fórmula proposta por Montesquieu no século XVIII, trazendo ao cenário nacional nestes últimos anos inúmeras ações propostas pelas Defensorias Públicas já anteriormente criadas e pelo Ministério Público, pleiteando a efetivação de direitos como assistência hospitalar especializada, acesso a remédios caros, acesso à educação especializada a portadores de deficiência, dentre outros, e inúmeros julgamentos dos mais variados matizes (tanto embasados numa visão dogmática, quanto embasados numa visão mais social). Tensionados entre os conflitos da vida real experimentada pela população desfavorecida insistentemente trazidos para a apreciação judicial, e a posição dogmática de que o problema de falta de acesso a condições básicas para uma vida digna seria resolvido no âmbito das possibilidades orçamentárias dos governos, alguns juízes inovaram na ordem jurídica, com decisões pioneiras no sentido de conferir garantia real do direito de acesso a bens e serviços públicos.[12] Tais decisões foram proferidas em ações judiciais propostas em todo o país, pelas Defensorias Públicas ou pelo Ministério Público.

Em artigo publicado no Jornal *Folha de São Paulo* o então Presidente do Conselho Executivo da Associação Juízes pela Democracia, Marcelo Semer afirma:

11. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006, p. 586-587.
12. Cf. Semer, Marcelo. Tendências e debates. Garantindo o exercício dos direitos. *Folha de São Paulo*, p. A3, 17.03.2007.

"Durante longo período, o dogmatismo estabeleceu limites ao Judiciário, como aplicador neutro e apolítico de normas positivas, afastando-o do questionamento sobre valores, como de resto a própria teoria de um direito puro... Premidos pelos conflitos da vida real, com a insuficiência dos critérios propostos pela dogmática jurídica, os juízes começaram a superar armadilhas do positivismo, pelas quais estariam obrigados a aplicar todas as leis, menos as fundamentais, e apreciar todos os conflitos, menos o políticos... É disso que trata a obrigatoriedade que vem sendo imposta ao Executivo em decisões judiciais, quanto ao fornecimento de remédios a pacientes com gravíssimas moléstias e sem condições de adquiri-los. Situações limites, nas quais muitas vezes a recusa pode significar a morte."[13]

Saliente-se, ainda, no mesmo âmbito de argumentação, a atuação da Defensoria Pública Paulista na defesa da saúde. Neste particular, o encaminhamento encontrado para uma atuação conjunta com a Secretaria da Saúde Estadual demonstra a inovação dos métodos, materializando-se numa ação preventiva adequada, em especial na questão relativa à disponibilização de medicamentos. De posse dos dados sobre a necessidade de tipos específicos de medicamento, a Defensoria entra em contato com a Secretaria da Saúde para mantê-la informada da demanda, possibilitando um melhor planejamento de prioridades de compras, otimizando o acesso aos medicamentos por um lado, e os gastos públicos, por outro. Há um projeto piloto na Liberdade, estruturado na idéia da prevenção, no sentido de se evitar a judicialização dessas questões. Governo e Defensoria Pública atuando no sentido da racionalização de medidas e procedimentos sobre a disponibilização de medicamentos, e evitando a interferência dos grandes laboratórios quando da solicitação do medicamento prescrito pelo médico (há médicos envolvidos com os interesses de determinados laboratórios que prescrevem determinados medicamentos, não disponibilizados pelo Poder Público, por interesse próprio e não na saúde do paciente).[14]

Outro dado importante, refere-se à propositura pela Defensoria Pública do Estado no dia 08 de outubro do corrente ano, na 14.ª Vara da Fazenda Pública da Capital, de Ação Civil Pública para que a Delegacia Regional de Saúde atenda com prontidão os portadores de deficiência que pediram próteses, órteses ou cadeiras de roda do Vale do Paraíba.

13. Idem, ibidem.

14. Entrevista com um defensor público. Arquivo da autora.

Muitos pacientes aguardam a análise do pedido há 7 anos. A necessidade de propositura de uma ação civil pública foi identificada em razão do volume de pedidos individuais trazidos à Defensoria Pública. Há dados da Delegacia Regional de Saúde informando a existência de 510 pessoas nos 39 municípios da região do Vale do Paraíba portando necessidades especiais e aguardando a análise dos pedidos desde 2001. A argumentação tecida pela Defensoria Pública é a de que o fornecimento das próteses, órteses e cadeiras de rodas contribuem para inclusão social e efetivação do direito à dignidade e ao trabalho dos portadores de deficiência, cabendo ao Poder Público efetivar a proteção especial, dando meios para que eles tenham suas limitações diminuídas ou superadas, como determina a Constituição Federal e Estadual. Há, ainda, indicação de previsão expressa na lei Estadual desde 1994 (Lei 8.894) para a criação de linhas de financiamento especial para a obtenção de cadeiras de rodas, próteses e órteses. Para que os direitos dos portadores sejam efetivados, a Defensoria pede, além da abertura imediata da linha especial de crédito, que as próteses, órteses e cadeiras de rodas sejam providenciadas pela Delegacia Regional da Saúde em três meses para pedidos de 2001 a 2004 e em cinco meses para pedidos posteriores a 2004.[15]

Relativamente aos direitos das crianças, a Defensoria Pública através do núcleo da infância e juventude impetrou ação civil pública contra o Governo Municipal por conta do fechamento das creches nas férias. Obteve liminarmente o acolhimento do pedido, com sentença ordenando a manutenção desses serviços continuamente.[16]

3. Considerações finais

A Defensoria Pública Paulista recentemente criada já dá mostras, pelo exposto, de que poderá se consolidar como uma instituição chave no desenvolvimento de um ativismo judicial sem precedentes em nosso Estado, com a propositura de ações individuais e coletivas, num movimento que poderá ter a força de trazer grandes inovações na obrigatoriedade dos Poderes Legislativo, Judiciário e, em especial, o Poder Executivo, de promoverem a efetivação dos direitos sociais.

Consolida-se, a passos largos, como uma Instituição voltada para a defesa dos direitos fundamentais dos desprovidos de recursos finan-

15. <www.defensoria.sp.gov>. Acesso em: 12.09.2008.

16. Entrevista com um defensor público. Arquivo da autora.

ceiros, no sentido de propiciar-lhes, ineditamente, acesso amplo à justiça, incluindo-se aqui a orientação necessária para que a população pobre possa, enfim, apoderar-se da idéia de que tem direito a ter direitos e, depois, demandá-los em face de quem deva provê-los.

Fontes

Entrevista com defensores públicos. Arquivo da autora.
Constituição.
Lei 13.430, 13.09.2002.
ACP 583.53.2006.115545-8, 7.ª Vara da Fazenda Pública.

Bibliografia

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006.

Faria, José Eduardo. Estado, sociedade e direito. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *O direito na economia globalizada*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

Queiroz, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justicialidade. In: Silva, Virgílio Afonso (coord.). *Interpretação constitucional*. 1. ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2005.

Semer, Marcelo. Tendências e debates. Garantindo o exercício dos direitos. *Folha de São Paulo*, p. A3, 17.03.2007.

Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Consulta eletrônica

<www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 29.09.2008.
<www.defensoria.sp.gov>. Acesso em: 12.09.2008.