evista Brasileira de

Ciências Criminais

Ano 17 • n. 76 • jan.-fev. / 2009

Revista Brasileira de

CIÊNCIAS CRIMINAIS

Presidente SÉRGIO MAZINA MARTINS
Coordenadora ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

Ano 17 • n. 76 • jan.-fev. 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. 76 • jan.-fev. / 2009

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. 76 • jan.-fev. 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. Ato infracional e saúde mental: a questão do sujeito
   ALEXANDRE MORAIS DA ROSA 7
2. Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo
   GIOVANNI FIANDACA E ENZO MUSCO 22
3. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros
   MAÍRA ROCHA MACHADO 58
4. A legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do Judiciário?
   MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO 79
5. Responsabilidade criminal por produtos defeituosos
   SUSANA AIRES DE SOUSA 106

II. PROCESSO PENAL

1. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental
   GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ 123

III. CRIME E SOCIEDADE

1. Juzgamiento de los ilícitos penales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad durante la vigencia de regímenes dictatoriales en Argentina
   FEDERICO ZURUETA 181
2. Tolerancia cero: una genealogía de la criminología de la intolerancia
   GABRIEL-IGNACIO ANITUA 210
3. Violência e liberdade
   HÉLIO R. S. SILVA 232

4. La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o "las teorías criminológicas no son inocentes"
LOLITA ANIYAR DE CASTRO 265

5. A atuação do Brasil no banco dos réus no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos
RAIMUNDO JORGE SANTOS SEIXAS E BARTIRA MEIRA RAMOS NAGADO 292

6. A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança
RUTH M. CHITTÓ GAUER 312

IV. SISTEMA PRISIONAL

1. Análise normativo-teleológica do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos Direitos Humanos Internacionais
CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA 334

2. Uma vida em Barcelona entre o hospital e a prisão
RAFAEL GODOI 348

V. SEÇÃO ESPECIAL: ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA

1. O movimento pela criação e fortalecimento da Defensoria Pública paulista
ENEIDA GONÇALVES DE MACEDO HADDAD E ANDRÉA CRISTINA DE OLIVEIRA GOZETTO 372

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 389

TEMAS 391

IBCCRIM – DIRETORIA DA GESTÃO 2009-2010 395

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 397

IMPORTANTE: Este número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* reúne diversos artigos que refletem os temas debatidos do *14º Seminário Internacional de Ciências Criminais,* realizado pelo IBCCRIM entre os dias 26 a 29.08.2008. São renomados juristas nacionais e internacionais que abrilhantaram o evento e que agora dividem com os assinantes da Revista as suas reflexões sobre temas atuais e polêmicos.

I Direito Penal

1
Ato infracional e saúde mental: a questão do sujeito

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito (UFPR). Mestre em Direito (UFSC). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Univali (SC). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude de Joinville (SC).

Área do direito: Penal-Processo penal

Resumo: As relações entre ato infracional e saúde mental no campo do Direito da Infância e Juventude. Possibilidades democráticas de atuação da Justiça brasileira.

Palavras-chave: Ato Infracional – Saúde mental.

Abstract: The relations between misdemeanor and mental health in the field of children and youth law. Democratic possibilities of action for the Brazilian justice.

Keywords: Misdemeanor – Mental health.

Para ler ouvindo Zeca Baleiro: *"Não tem dó no peito/ não tem jeito/ não tem ninguém que mereça/ não tem coração que esqueça/ não tem pé não tem cabeça/ não dá pé não é direito não foi nada, eu não fiz nada disso/ e você fez um bicho de sete cabeças..."*

1. Narra a lenda que o sujeito andando, sem eira nem beira, encontra uma lâmpada mágica. Ao esfregá-la, um gênio aparece e lhe concede três pedidos. Com eles pode satisfazer em três momentos distintos quaisquer

de seus desejos. As variações a partir daqui são muitas. O que importa marcar é que se pode pedir qualquer coisa. Sem limites. O gênio, por seu turno, não coloca barreira qualitativa aos três pedidos, somente quantitativa: três!

2. Freud estabeleceu que a análise do coletivo guarda pertinência com o que acontece na singularidade e, talvez, o "tsunami reivindicatório" com o qual o Poder Judiciário é arrostado atualmente possa ser um sintoma do que se passa. Sabe-se, todavia, que o sintoma, neste contexto, procura incluir na trama o destinatário, supondo que ele, ao se colocar no lugar do destinatário, possa satisfazer a pretensão, na totalidade. O gênio concede, sabiamente, três pedidos, quem sabe, para demonstrar que há limite, mesmo na satisfação do desejo, para que fique um resto. Enfim, há uma Referência! Os mais apressados diriam que o gênio é reacionário e que se pode, deve, satisfazer, sem limites, tudo! Quem sabe surgiria uma passeata em nome da multiplicação dos pedidos; o milagre da multiplicação. A legitimidade deste movimento decorreria na ocupação de um lugar de vítima social das circunstâncias, sempre insatisfatórias do encontro com o Real. Por isso o argumento de Charles Melman[1] e de Jean-Pierre Lebrun[2] é procedente, a saber, de que "gozar a qualquer preço", sem dívidas, nem responsabilidade, passa a ser o padrão de um sujeito que histericamente quer tudo e não suporta o preço de suas escolhas, ainda mais quando se trata de adolescente, no qual a passagem ao ato acontece com mais ímpeto. Aliás, se quer tudo, de fato, não quer nada! Neste buraco da demanda, quem sabe, possa residir uma satisfação. Não é o caso, contudo, de seguir esta trilha.

3. A trilha que se pretende seguir, aqui, está situada na encruzilhada da função e lugar do Poder Judiciário da Infância e Juventude, mais especificamente da escolhas singulares do sujeito Juiz. Freud indicou que a vida em sociedade impõe três sofrimentos: (i) sofrimento do próprio corpo: irá envelhecer, adoecer, embora seja difícil acreditar; (ii) sofrimento do mundo exterior: por ser impossível o dominar e o submeter a vontade própria, e (iii) sofrimento nas relações com os outros: da eterna rivalidade e contínua instabilidade pulsional decorrente da convivência humana. Perante estes obstáculos, não raro, o pedido dirigido ao gênio

1. MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2003.
2. LEBRUN, Jean-Pierre. *Un monde sans limite: essai pour une clinique psychanalytique du social*. Tolouse: Érès, 1997.

da lâmpada seria: (i) vida eterna; (ii) super-poderes de dominação do mundo exterior; e (iii) autoridade e poder em face dos outros, alçando-o a um lugar de exceção do gozo. As variações podem ser muitas, mas não apresentam nenhuma novidade à escuta psicanalítica. Esquecem-se que "felicidade" não se compra como mercadoria, embora algumas possam gerar gozo, ou seja, o pedido sempre falha na sua pretensão de totalidade. Isto porque o objeto absoluto é da ordem do Imaginário, e perdido, sem nunca se ter tido acesso. O Real impede, por definição, este encontro.

4. A situação de desamparo constitutivo, pois, insumo das ficções do "Contrato Social" e do "Estado de Direito", ganha no atual estádio da arte, um novo deslocamento da economia psíquica. Do "Contrato Social" como metáfora do estabelecimento da "Civilização" restam referências históricas, transformado em um "Contrato de Adesão" vendido pela possibilidade (manipulando a esperança) de um dia se gozar, de tudo. Enfim, mostra-se publicitariamente que a lâmpada dos pedidos mágicos existe e pode ser esfregada, pelos mais capazes, ou os que mais valorizarem economicamente. Com este estratagema a "Política", ou seja, a arte de fazer andar em fila, mantém seu poder Simbólico de fazer caminhar esperançosamente, alinhada, nesta quadra, pelo discurso economicista neoliberal.[3]

5. Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) estabelecer que a adolescência inicia-se aos doze anos e termina aos 18 (ECA, art. 2.º), somente os que sofrem do que já se chamou de "Complexo de Prazo de Validade"[4] é que podem acreditar que isto corresponde à realidade. Cada adolescência é única, singular, e como

3. Morais da Rosa, Alexandre; Aroso Linhares, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; Marcellino Jr., Júlio César. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

4. Morais da Rosa, Alexandre. *Amante virtual: consequências no direito de família e penal*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 73-74: "O positivista ferrenho vai ao Supermercado e confere – na forma da lei – os prazos de validade e somente consome o produto até o dia fatídico, ou seja, se o prazo de validade é hoje, somente pode consumir até às 24:00 horas; às 00.01 o produto está fora do prazo de validade e, portanto, inservível ao consumo. Para este, no exato minuto que se transpôs o dia, as bactérias, em Assembléia Geral Ordinária – adrede convocada – decidiram, à unanimidade, avançar (estragar) sobre o produto. O prazo fatal é 24h. Somente rindo! E o pior é que essa ingenuidade mesclada com astúcia é reproduzida pelo *senso comum teórico dos juristas*".

tal deve ser respeitada em sua alteridade. Aí reside a ética de respeito ao *desejo* do sujeito e dos atores jurídicos. Sem esta compreensão o mero fato biológico de se completar a idade respectiva significaria o início da adolescência, situação, de fato, ilusória.

6. Neste contexto, seguindo a matriz de *Freud, Alberti* aponta que na fase da adolescência se dá, em regra, o encontro com o real do sexo e também o trabalho de desligamento dos pais, necessitando, todavia, que algo neles (pais) falhe, isto é, deixe a desejar para que a função paterna se instaure.[5] Realinhar seu papel social é um desafio, mormente porque o véu do período de *latência* se esvai. A diferença de gerações e o processo de identificação sexual implicam em escolhas singulares, situadas na dinâmica das pressões sociais (família etc.). As mudanças estão aí e no trabalho de elaboração as regras universais são insuficientes. Dando-se conta, na maioria dos casos, de que foi objeto do desejo do *Outro*, de quem exerce as funções paternas, surge uma encruzilhada. Independentemente de ser uma crise ou um processo, a adolescência implica, necessariamente, um acertamento subjetivo em que os trilhamentos do *complexo de Édipo* estarão presentes. As relações do sujeito adolescente com seu entorno, então, ganham novos matizes, cujo enfrentamento depende, em muito, da maneira como o sujeito foi estruturado. A intervenção nesta seara para ser *ética* (do desejo) demanda o reconhecimento da *singularidade* e da procura individual de atribuição de sentido.

7. *Giorgio Agamben*[6] assinala que nas novelas de *Kafka* surgem assistentes que, quase sempre, parecem incapazes de ajudar, mas estão sempre atentos, eloqüentes, com seus olhos brilhantes e modos pueris. Encarnam o tipo de eterno estudante ou de embusteiro, que envelhece mal e que, ao final, deve-se abandonar, ainda que contra a vontade, justamente porque existe neles uma graça inconclusa, uma graça imprevista, certa petulância, enfim, uma ambivalência de serem úteis, sem se saber, ao certo, como, inutilmente.

8. No processo infracional, claro, os ajudantes estão lá, no seu lugar, com suas funções, na eterna expectativa de que se tornarem os salvadores ou algozes do "adolescente infrator", da vítima, de K, mas que são esquecidos quando, depois do trânsito em julgado, todos vivem

5. ALBERTI, Sonia. *Esse sujeito adolescente*. Rio de Janeiro: Rios Ambiciosos, 1999, p. 10.

6. AGAMBEN, Giorgio. *Profanaciones*. Barcelona: Anagrama, 2005, p. 37-46.

felizes para sempre, ou não. Aparecerem e desaparecem, sem deixar rastro, no seu lugar. O que fica é o rastro/resto! São os tradutores imaginários do que o *Outro* quer transmitir, ou insiste-se em acreditar que aparecerá, de rompante, no ato. Os assistentes são, na maioria dos casos, os responsáveis pelo "trabalho sujo", ou seja, realizam as tarefas que são moralmente inviáveis, e que retiram imaginariamente, a responsabilidade. Neles – heróis ou algozes –, alienadamente, se coloca a responsabilidade pelas decisões, internações, execuções, laudos periciais, com os quais o processo sempre segue, até o fim... Os ajudantes, diz *Agamben*, ocupam esta função de fazer esquecer, de esquecer o que se faz..., porque na lógica da burocracia, a enunciação se perde no emaranhado de enunciados imperativos. Cumpra, é seu dever. Sem pensar. O carrasco cumpre a decisão do Juiz sem responsabilidade, bem demonstrou *Kafka* na *Colônia Penal*, sendo que, por sua vez, o Juiz ao não sujar as mãos na execução, sente-se irresponsável, mesmo que atulhando gente onde não só a terceira lei de *José Newton* – talvez revogada – nega, a saber, onde cabem 3, acotovelam-se 23. Nesta ambivalência, o processo segue seu caminho... Depois de executada uma sentença, remete-se ao arquivista, outro assistente. Cada qual ciente de seu papel, excelentes funcionários públicos, com eficiência, claro! Narra *Kafka*: "Estes senhores que vê aqui, e eu, desempenhamos um papel completamente acessório em seu assunto, do qual, para dizer a verdade, não sabemos quase nada (...) O certo é que está detido. Isto é tudo quanto sei."[7] Disto, todavia, resulta um gozo que é preciso investigar, marcar.

9. E é neste contexto que se pode falar das articulações entre Ato Infracional e Saúde Mental. Longe de se acreditar em "fórmulas mágicas", o diálogo democrático precisa se acomodar num ambiente de subjetivação do adolescente portador de necessidades especiais no campo da saúde mental, deixando-o de tratá-lo como objeto. Parece inescondível, pois, o estabelecimento de uma tensão entre o campo do direito e o campo "psi", especificamente no tocante ao discurso da verdade, ou seja, o lugar em que os "laudos psi" são inseridos no contexto de um processo judicial, muitas vezes com objetivos inconfessáveis. *Roudinesco* discutindo os limites da intervenção do Estado na regulamentação da psicanálise, em França, proporciona um quadro que pode ser aplicado ao de diversos programas de execução de medidas socioeducativas. No

7. KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 47.

caso dos atos infracionais, a aproximação dos saberes se dá pela via da seleção do "medo", mediante classificações nosológicas. A compulsão por análises psiquiátricas, médicas, psicológicas, indicações de "CID", deixa evidenciado que a solução da "ortopedia moral" do adolescente passa pela receita de "poções mágicas", remédios para curar, tudo sobre o medo da epidemia do mal avivada pelo ato infracional.[8] O reino *lombrosiano* com novos monarcas,[9] novos "charlatães pedagógicos".[10] Daí para o paradigma medicamentoso é um pequeno passo. Cada vez mais tem sido utilizada a medicação para conter, restringir, alienar adolescente, em nome da ilusória pertinência pedagógica. O medicamento passa a ser a varinha de condão que transforma o "adolescente infrator" em figura dócil, alienado de sua subjetividade e "bom cidadão".[11] A patologização,

8. Araújo, Luiz Alberto David. Um bom texto, uma implementação duvidosa: painel sobre os 20 anos de proteção constitucional das pessoas com deficiência. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* 6/337-346, Porto Alegre, 2008.
9. Roudinesco, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 32: "Sabe-se atualmente que a vontade fanática de 'higienizar' os corpos e as consciências corre sempre o risco de resultar num projeto de erradicação do desvio que tem por objetivo o controle não mais da saúde física, mas da saúde dita 'racial' ou 'mental'".
10. Roudinesco, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado*..., p. 18: "O charlatão é portanto um ser duplo: endossa a sanção, mas é também condição de toda sanção. É tanto aquele que proporciona a cura com a ajuda de suas poções milagrosas como quem distribui a poção. Envenenador ou reparador, tirano e miserável, o charlatão é o outro da ciência e da razão, o *outro* de nós mesmos".
11. A prática forense apresenta situações como esta: Discurso da histérica, claro, acontecido há alguns dias, na sala de audiências: – Meu filho agora pode ser feliz doutor! O médico, muito bom, disse que não importa o que aconteceu no passado. Não importa que o abandonei por causa das drogas, daquele safado do pai dele – desculpa eu falar assim –, da morte do avô dele quando tinha seis anos. Lembra, né, que depois disso ele saía pela rua procurando não sabia o quê. Acabou pelas más companhias na droga e no furto. Por isso está internado no Centro de Internamento Provisório. Não é nada de melan, melan(colia, complementei) não.O problema dele é uma doença, tadinho, uma tal de te-de-hagá-alguma-coisa... sei lá, este nome difícil, o senhor deve saber. Ele me explicou direitinho que tem algo que não funciona bem nele é que se pode consertar. Desde que ele anda tomando a medicação anda tão bonzinho, obediente, calmo, até meio "tolinho" (risos), mas faz parte, disse o doutor. O importante é que está

classificadas nosologicamente, das manifestações sociais, principalmente na adolescência, fomentada pela ciência médica e adubada pelos farmadólares, instalou-se recentemente como a salvação-de-todos-os-males. Crianças são proibidas de incomodar, jovens não podem mais se revoltar, porque, em nome da "normalidade" social e psicológica, o paradigma medicamentoso é capaz de dar o verniz de felicidade total, mediante duas drágeas por dia. Ser infeliz é *out*.[12] O que era mais uma das saídas para dar conta, agora, é "a" saída eficiente para as ditas "chagas da alma", mediante puro êxtase, com "Ritalina". A ciência médica promete, com seus rigores ditos científicos, mas do lugar do cajado, a salvação. Aproxima-se, com novo cariz, dos defeitos biológicos atávicos que *Lombroso* apontou em sua *Escola Positiva*, numa versão *for windows*. Indica a obliteração das discussões subjetivas, naturalizadas objetivamente em glândulas, disfunções e medicamentos que, bem aplicados, devolvem ao sujeito a plena capacidade de caminhar, em fila, consumindo, se possível, ortopedicamente. Este modelo atende muito bem, obrigado, ao paradigma neoliberal que preconiza uma diminuição do Estado, circunscrito, agora, na liberdade do mercado e seus mecanismos de seleção natural, mantida, evidentemente, a mão forte no campo repressivo.[13]

> obediente e parece feliz porque sorri o tempo todo. Como eu queria ver meu filho sorrindo! Estou tão contente doutor. Graças à Deus. Rezei tanto! Faz dois meses que eu também estou tomando estas bolinhas.... me dão uma força. Agora achei o caminho da felicidade. O que o senhor acha? (...) A mãe do adolescente que me procurou assim o quer! Ela deseja bloquear, legitimamente, o sofrimento de seu filho, agarrando-se nisto. O que restou-me perguntar foi: É isso que a senhora quer? Este é o seu filho? Sim, agora ele é meu verdadeiro filho. Resistir a isto apontando uma situação humana e não um defeito de fabricação pode ser um caminho, mas jamais imposto, sob pena dos riscos éticos daí advindos. Pouco restava a fazer nesta euforia tão Real.

12. MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade....* p. 37: "A decepção, hoje, é o dolo. Por uma singular inversão, o que se tornou virtual foi a realidade, a partir do momento em que é insatisfatória. O que fundava a realidade, sua marca, é que ela era insatisfatória e, então, sempre representativa da falta que a fundava como realidade. Essa falta é, doravante, relegada a puro acidente, a uma insuficiência momentânea, circunstancial, e é a imagem perfeita, outrora ideal, que se tornou realidade."
13. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

10. *Renata Costa-Moura Dzu*[14] aponta que há um crescente movimento no sentido do esvaziamento da noção de responsabilidade subjetiva dos adolescentes. Abordando a questão em França deixa evidenciado que o controle e prevenção dos ditos "distúrbios de comportamento", mediante registro e etiquetação, podem evitar, no futuro, agravamentos delinqüentes. A proposta, influenciada por uma compreensão "comportamentalista" do sujeito, coloca-o na condição de objeto e promove classificações a partir do Manual de Diagnóstico e Estatística das desordens mentais produzido pela Associação Psiquiátrica Americana (DSM/IV). Desde uma perspectiva estatística e epidemiológica a partir de protocolos em que o sintoma é classificado, deixando-se de lado, convenientemente, claro, toda a gama de sua articulação subjetiva, enfim, o lugar e sua função no registro Simbólico. O adolescente (com ou sem necessidades especiais), pelo fato de ser inimputável, não pode ser transformado em "irresponsável". De regra, coloca-se a pecha de "não entender o caráter ilícito da conduta", ou seja, embora autor da ação reprovada por lei, a sanção fica derivada para o campo da Saúde Mental, des-responsabilizando o sujeito por sua conduta, enfim, o rebaixando de condição, e dignidade. Eis o equívoco democrático.

11. A passagem ao ato, de regra, acontece pela impossibilidade de acesso ao Simbólico, ao campo da palavra, a qual se faz traduzir por atos de explosão, no caso, de violência. O ato como sintoma, pois, representa alguma coisa da qual o sentido não pode ser tarifado por tabelas e protocolos. Depende, assim, de um encadeamento significante em que o sentido somente acontece depois. Sempre. Portanto, o contexto simbólico em que o ato se fez ver é importantíssimo e, fora dele, especialmente no campo do Direito, a coisa se perde em traduções objetivas e equivocadas. Estes protocolos de avaliação enjeitam o sujeito que, uma vez avaliado, passa a ocupar um lugar compartilhado por diversos outros, então, iguais. A questão, pois, parece ser resistir, ou melhor, não assentir em ser avaliado, porque a avaliação etiqueta, sempre.

12. A "pedagogia charlatã" acontece, então, porque se sabe que a intervenção dita pedagógica, longe de buscar a emancipação do sujeito,

14. DZU, Renata Costa-Moura. Que lugar para a responsabilidade do sujeito adolescente. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). *Direito e psicanálise – Interseções a partir de* O Processo *de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195-202.

postulado da Modernidade, oprime a subjetividade, aniquilando o sujeito.[15] Em sociedades loucas por higiene, quem representa a sujeira não pode ter outro destino que não a eliminação. Acrescente-se que o modelo puritano de fachada vigora nos princípios da imensa maioria dos programas, sem que vinculem com as eventuais demandas do adolescente e são impostas, em regra, na perspectiva de um mundo ideal, alienadas dos processos de criminalização. A charlatanice sem fronteiras em nome do bem dos adolescentes[16] esconde o programa de eugenismo,[17] executado por exemplares profissionais técnicos, como *Eichmann* era.[18]

15. Roudinesco, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado...*, p. 31: "A partir do final do século XIX, as políticas higienistas de saúde pública tiveram dois componentes: um, progressista, humanista e racional, visava melhorar a saúde das populações pelo rastreamento e tratamento das grandes doenças orgânicas; o outro, francamente reacionário, oculto e mortífero, desembocará no eugenismo, isto é, numa ideologia da eliminação da 'raça' ruim, dita 'doente', em prol da boa, dita 'saudável'."

16. Oliveira, Anderson Lodetti de. Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores. In: Andrade, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva.* Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2002, vol. 2, p. 201 e 215: "Seja adulto, criança, adolescente; seja para 'ressocializar', 'instruir', 'retribuir', 'fazer justiça', o local e a prática serão as mesmas, desde que as ruas continuem 'limpas'".

17. A "Liga Brasileira de Higiene Mental", sob nova direção, retomou o projeto de "Eugenia Social", em que a "Unidade Experimental de Saúde", em São Paulo, é o maior exemplo. Comissões técnicas baseadas em perspectivas organicistas, etiológicas, implicam no ressuscitar o discurso totalitário, em nome do Bem. Saneamento Social em face da Salvação dos interesses da coletividade. Enfim, voltamos ao padrão totalitário. "Eugenistas Jurídicos" assumem o controle para contenção de jovens adultos, ditos "perigosos", mesmo ao preço da democracia e do assassinato subjetivo dos tidos como "inservíveis", "incapazes" e "desviados". A lógica higienista e objetivista da subjetividade, apagando qualquer sujeito que pretenda se constituir em sua subjetividade, é o padrão. Os efeitos perversos da institucionalização se protraem no tempo...

18. Arendt, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.* São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 60. A autora afirma que os monstros nazistas não eram a encarnação do mal, mas muitos deles eram apenas homens incapazes de pensar, e que acreditavam cumprir seus papéis sociais cumprindo as leis. A "falha mais específica, e também mais decisiva no caráter de Eichmann era sua quase total incapacidade de olhar qualquer

13. Assim é que o pretenso êxito da intervenção não pode ser medido geometricamente, muito menos por testes.[19] O exemplo para saber se a intervenção extrema terá efeito somente pode ocorrer *a posteriori*, colocando-se, não raro, a culpa do fracasso no mesmo de sempre: o adolescente. A concepção de adolescente universal é ficcional. É a de um adolescente que não existe. Puro embuste que serve perfeitamente aos interesses ideológicos que lhe subjazem.[20] Dito de outra forma, na Execução da medida socioeducativa, os resultados rígidos são antiéticos, dado que se deve respeitar o ritmo de cada adolescente. Comparações generalizantes são totalitárias. Um passo de cada vez, do tamanho da perna, pressuponde-se a demanda. Isto que deveria ser levado em conta, até porque, não raro, o adolescente é o depositário familiar da angústia. A finalidade de que o adolescente cumpra a medida socioeducativa mediante um submetimento a-critico, sem capacidade de reflexão, ocasiona, em regra, sua incompreensão e longe de o aproximar do laço social, o afasta. O momento de possível encontro, torna-se em desilusão, ódio e dissimulação. O adolescente se submete para se livrar e se acredita, comodamente. O Imaginário prepondera. Assim, as soluções devem ser singulares e muitas vezes heterodoxas para que possa desenvolver as suas potencialidades, interesses e saberes, condicionados, sabe-se, ao desejo do Outro.

coisa do ponto de vista do outro". E hoje será que acontece algo similar no Judiciário?

19. Roudinesco, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado...*, p. 90-103: "Nosso mundo, povoado de avaliadores incompetentes, é contudo fascinado pelas miragens da perícia generalizada. Tudo se passa como se a proliferação dos relatórios, das compilações e das meta-análises nos autorizasse a tampar os ouvidos diante das verdadeiras demandas da sociedade civil. Há nisso um terrível abuso de poder. A ideologia da perícia estendeu-se a todos os domínios das ciências humanas."

20. Del Omo, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 297: "Pode-se, então, afirmar que existe um paradigma geral dominante, um meio social que o cria e utiliza e uma realidade latino-americana à qual esse paradigma é aplicado, porque a comunidade científica está comprometida com esse paradigma e não com sua realidade local. Distribui ferramentas conceituais inadequadas, afastando-se da percepção da realidade. Assim, a criminologia é produto e instrumento da dependência externa e se encontra cada vez mais imbricadas nas estruturas políticas que carecem de legitimidade."

14. *Lacan*[21] dizia que os lugares pré-interpretam. Claro. É impossível a permanência da imagem do observador apartado do mundo, pois está – queira ou não queira – inserido no mundo da vida, e com responsabilidade ética.[22] Não se trata mais de se defender a partir da simples e mera aplicação da lei. Há sempre uma mediação e principalmente uma responsabilidade ética. O problema é que os atores jurídicos, de regra, nada querem saber de subjetividade, embora recorrentemente a assassine com suas práticas padronizadas e alicerçadas numa moral "chapa branca" ideológica, e sedutora. Não raro fala-se que "faltou amor", em típica aderência "burguesa", e imbecil! Eles, decididamente, não sabem o que fazem, mas continuam fazendo, com uma eficiência arrebatadora. Os Centros de Internamento de adolescentes são verdadeiros "açougues de subjetividade". Em nome da limpeza, do bem, enfim, de todo o discurso empulhador das *every day theories*, tão bem criticada por *Alessandro Baratta*, o Judiciário se posta no Lugar do discurso do Mestre. Lugar sempre impostor, empulhador e de gente que sabe o que é melhor para o outro, objetificado.

15. Uma das possibilidades de sair desta "geléia geral" é trair! Neste sentido, aquele que denuncia o "discurso do Mestre" (*Lacan*) acaba sendo tachado de traidor, justamente por ousar divergir da verdade dita e garantida, no caso dos laudos periciais psicológicos/psiquiátricos, pela ciência específica. Não fosse ela – a psicologia/psiquiatria – formada pelo emaranhado teórico de diversas posições, algumas delas, desde o "falsificacionismo" de *Popper*, incapazes de se arvorarem como ciência. Ainda assim, este discurso serve ideologicamente em muitos sentidos. Dentro do processo judicial serve, pelo menos, para duas funções: a) como mecanismo paliativo de desencargo (*Miranda Coutinho*); b) maquiar a decisão como sendo cientificamente justificada. Talvez uma das saídas seja, de fato, denunciar o grau discricionário e paracientífico dos laudos, fundamentados, na maioria dos casos, em premissas ocultas, mal compreendidas, forçadas, sem diálogo democrático, ou seja, via "processo como procedimento em contraditório" (*Fazzalari*), constituindo-se, em suma, numa opinião arbitrária colocada no lugar da Verdade. Para romper com

21. LACAN, Jacques. *O triunfo da religião, precedido de Discurso aos católicos*. Trad. Andre Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

22. Um bom exemplo é a tese de doutoramento de: WHITAKER, Christiane. *Infração, infrator e responsabilização: o Judiciário sob a óptica da psicanálise*. Tese de Doutoramento: USP (Instituto de Psicologia), 2007.

este estado de coisas é preciso trair, tomando-se o cuidado de não se tornar um fanático contra outros fanáticos. *Amos Oz* afirma que somente o que ama é capaz de se converter em traidor, justamente por ser capaz de mudar aos olhos de quem não consegue mudar, odeiam quem muda e não podem conceber, portanto, a mudança de opinião. Em síntese: aos olhos do fanático, traidor é qualquer um que muda de opinião. *Amos Oz* também reconhece que é dura a opção entre se tornar um traidor ou permanecer como um fanático. Este lugar de fanático, longe de precisar de vestes especiais, encontra-se adornado no lugar da Verdade-ciência, ou seja, no paradigma científico prevalente, o qual adota uma postura de superioridade em relação aos demais saberes e serve ao que se vê!

16. Aceitar o sujeito é admitir que age sem o saber, movido por uma estrutura subjetiva singular, própria, embalada pelo *princípio de morte*, na eterna tentação de existir. Pode ser que ali, no ato infracional, uma tentativa de o sujeito adolescente se fazer ver, aparecer. A abordagem tradicional busca calar esta voz, não deixar o sujeito dizer de si, de suas motivações, previamente etiquetadas e formatadas, por tipos penais. Há um sujeito no ato infracional e somente dando-se a palavra, independentemente de sua classificação como portador de necessidades especiais. E um dos caminhos é o de possibilitar que ele se faça ver, dando-lhe a palavra, sempre. É com a palavra, com a voz, que o sujeito pode aparecer. A violência em nome da lei, imposta, simplesmente, realimenta uma estrutura de irresignação que (re)volta, mais e mais.

17. Nesta abordagem mostrar-se que não se pode gozar tudo, pois há um impossível a se gozar em Sociedade, bem assim que aniquilar sujeitos mediante patologização, submetimento alienado e violento, de nada adianta. Busca-se, ao inverso do discurso padrão, construir laço social, e não a imposição de um respeito incondicional *kantiano* que, por básico, opera na lógica: não discuta, cumpra. Almeja-se que o sujeito enuncie seu discurso e não despeje enunciados, como diz *Lebrun*, ocupando um lugar e uma função, a partir da leitura cruzada com a psicanálise. A aposta que se faz, neste contexto, pois, é a de que reconhecer o outro, a alteridade, na medida em que se descobre sujeito. Dito de outra forma, aceitar o outro sob a forma de uma relação conflituosa, para somente assim ocorre laço social. Do contrário, há intolerância. Sempre. *Zizek*[23] afirma que é preciso de alguma maneira aceitar a violência, porque a tole-

23. Zizek, Slavoj. *Arriesgar lo imposible: conversaciones com Glyn Daly.* Trad. Sonia Arribas. Madri: Trotta, 2006, p. 116.

rância à distância, própria do modelo liberal, é muito mais cínica. Enfim, arriscar o impossível: aceitar e se relacionar com o outro singular.

18. Talvez duas das formas de resistência, com *Melman*. A primeira é fazer com que haja enunciação ao invés de amontoados de enunciados, no qual o ator jurídico possa se fazer ver, rejeitando os avanços da decisão fácil e eficiente, em nome de um resto de Democracia que precisa, enfim, resistir. Seria pedir muito? A Segunda seria dizer não ao que se passa no campo ato infracional e saúde mental para que o Judiciário não se transforme em instrumento do gozo perverso, como indicado por *Melman e Lebrun*.[24] Mas a resposta está aberta. Democraticamente. De qualquer forma, em relação aos assistentes é melhor que se esqueça que eles existem ou que se os representa, porque olhar na direção deles, ou no espelho, cobra um preço, e neste momento é melhor não ver nada, ou pagar o preço da decisão, enunciando desde um lugar, com a responsabilidade daí advinda.

19. Por fim, *Mário de Sá-Carneiro* pode nos dar uma trilha: "Loucura? Mas afinal o que vem a ser loucura?... Um enigma... Por isso mesmo é que às pessoas enigmáticas, incompreensíveis, se dá o nome de loucos... Que a loucura, no fundo, é como tantas outras, uma questão de maioria. A vida é uma convenção: isto é vermelho, aquilo é branco, unicamente porque se determinou chamar à cor disto vermelho e a cor daquilo branco. A maior parte dos homens adotou um sistema determinado de convenções: É a gente de juízo.... Pelo contrário, um número reduzido de indivíduos vê os objetos com outros olhos, chama-lhes outros nomes, pensa de maneira diferente, encara a vida de modo diverso. Como estão em minoria... são os doidos.... Se um dia porém a sorte favorecesse os loucos, se o seu número fosse o superior e o gênio da sua loucura idêntico, eles é que passariam a ser os ajuizados: 'Na terra dos cegos, quem tem um olho é rei', diz o adágio: na terra dos doidos, quem tem juízo é doido, concluo eu. O meu amigo não pensava como toda a gente... Eu não o compreendia: chamava-lhe doido.... Eis tudo."[25]

20. Assim é que é preciso se responsabilizar os adolescentes sempre, porque onde há desejo surge uma responsabilidade. Ainda bem! Por isto, é preciso trair o discurso padrão e totalitário, democratizando, por assim

24. LEBRUN, Jean-Pierre. *Un monde sans limite: essai pour une clinique psychanalytique du social*. Tolouse: Érès, 1997.

25. SÁ-CARNEIRO, Mário de. *Loucura... e o incesto*. Rio de Janeiro: Lacerda. 1997.

dizer, o campo da saúde mental de adolescentes e jovens adultos, um ato, definitivamente, de amor! Mais uma vez *Mário*: "A razão é poderosa. Mudei de rumo."

Bibliografia

Agamben, Giorgio. *Profanaciones*. Barcelona: Anagrama, 2005.

Alberti, Sonia. *Esse sujeito adolescente*. Rio de Janeiro: Rios Ambiciosos, 1999.

Araújo, Luiz Alberto David. Um bom texto, uma implementação duvidosa: painel sobre os 20 anos de proteção constitucional das pessoas com deficiência. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* 6/337-346. Porto Alegre, 2008.

Arendt, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

Del Omo, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Dzu, Renata Costa-Moura. Que lugar para a responsabilidade do sujeito adolescente. In: Miranda Coutinho, Jacinto Nelson de (org.). *Direito e Psicanálise – Interseções a partir de* O processo *de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195-202.

Kafka, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Lacan, Jacques. *O triunfo da religião, precedido de Discurso aos católicos*. Trad. Andre Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

Lebrun, Jean-Pierre. *Un monde sans limite: essai pour une clinique psychanalytique du social*. Tolouse: Érès, 1997.

Marcellino Jr. Júlio César. *Princípio constitucional da eficiência admiinistrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

Melman, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2003.

Morais da Rosa, Alexandre; Aroso Linhares, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Morais da Rosa, Alexandre. *Amante Virtual: consequências no direito de família e Penal*. Florianópolis: Habitus, 2001.

Morais da Rosa, Alexandre. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Oliveira, Anderson Lodetti de. Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores. In: Andrade, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2002. vol. 2. p. 201 e 215.

Roudinesco, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

Sá-Carneiro, Mário de. *Loucura... e o incesto*. Rio de Janeiro: Lacerda, 1997.

WHITAKER, Christiane. *Infração, infrator e responsabilização: o judiciário sob a óptica da psicanálise.* Tese de Doutoramento: USP (Instituto de Psicologia), 2007.

ZIZEK, Slavoj. *Arriesgar lo imposible: Conversaciones com Glyn Daly.* Trad. Sonia Arribas. Madri: Trotta, 2006. p. 116.

2
Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo

GIOVANNI FIANDACA

Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Palermo (Itália). Membro do Conselho Superior da Magistratura. Responsável pela área Penal da Revista Il Foto Italiano.

ENZO MUSCO

Professor titular de Direito Penal da Universidade de Roma. Primeiro advogado junto a Suprema Corte da Itália. Co-diretor de revistas italianas e estrangeiras de Direito Penal

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal; Internacional

RIASSUNTO: 1. Il presente saggio affronta la tematica –di grande attualità– relativa ai rapporti tra il diritto penale e i fenomeni della globalizzazione per un verso e del postsecolarismo per altro verso. E ciò sia in funzione dello specifica finalità di superare i limiti tradizionali dell'intervento penalistico, sia in vista di una possibile revisione delle categorie penalistiche fondamentali. 2. La parte iniziale del lavoro descrive, pur in sintesi, le caratteristiche della globalizzazione ed evidenzia sia la sua capacità di sollecitare cambiamenti anche radicali nella struttura e nell'organizzazione sociale; sia le difficoltà dei singoli Stati nazionali nella ricerca di strumenti regolativi sul piano giuridico in generale e su quello penalistico. In particolare in quest'ultimo settore vengono in evidenza: a) in primo luogo la necessità di superare –con la necessaria prudenza– il principio di territorialità per rendere più efficace la lotta al crimine organizzato e la tutela dei diritti

ABSTRACT: 1. This essay examines the connections – very relevant today – between criminal law and both globalization and post-secularism. It discusses that specifically to push the traditional limits of criminal intervention or to revise fundamental criminal categories. 2. The first part of the essay describes, though briefly, globalization and shows its potential to force changes, sometimes radical, on social structures and organization; it also goes into how States struggle to find general legal and criminal regulatory mechanisms. It shows particularly: a) the need to overcome – with due caution – principles of territoriality in order to better combat organized crime and protect human rights; b) new criminalization techniques included in international agreements that seek to homogenize protection under criminal law throughout different States. 3. The second part of the essay is dedicated to examining the relationship

umani di antico e di nuovo conio; b) in secondo luogo la nuova tecnica di criminalizzazione che ruota sui accordi pattizi a livello internazionale che mirano a rendere omogenea la tutela penale nei differenti Stati nazionali. 3. La seconda parte del saggio è dedicata all'esame ai rapporti tra scienza del diritto penale e post-secolarismo, inteso come tendenza volta a rivalorizzare la religione quale fattore di coesione e di valorizzazione della vita sociale. Da questo punto di vista vengono esaminate le relazioni e gli effetti che la morale pretende di instaurare all'interno dell'edificio del diritto penale con riguardo a settori come la bioetica in generale e la procreazione assistita, l'eutanasia e la ricerca scientifica sugli embrioni in particolare. Il lavoro analizza specificamente la problematica della procreazione assistita, sottolineando la necessità di ancorare le scelte di criminalizzazione al pluralismo costituzionale al fine di introdurre forme di disciplina atte a far convivere diferrenti codici etici,in una prospettiva extranazionale. Il saggio si chiude con un confronto teorico con la tesi che si propone di creare una forma di diritto penale universale fondata su una riflessione che aspira ad una legittimazione teorica del diritto penale in chiave giusfilosofica.

Palore-chiavi: Diritto penale – Globalizzazione – Territorialita' – Iincriminazioni – Postsecolarismo – Fecondazione assistita – Diritto penale universale.

between criminal law science and post-secularism, which is understood as a trend to revalue religion as a factor of cohesion and enhancement of social life. From this standpoint, we examine the relationship and impact of morals on the implementation of criminal law regarding areas such as general bioethics and assisted reproduction, euthanasia and scientific research on embryos in particular. This essay will analyze the problematic aspect of assisted reproduction specifically, stressing the need to adapt criminalization choices to constitutional pluralism in order to create a discipline that allows different ethical codes to coexist in an extra-national perspective. The essay closes with a theoretical confrontation of different theses that propose the creation of universal criminal laws based on a reflection that seeks the theoretical legitimization of criminal law in legal and philosophical terms.

Keywords: Criminal law – Globalization – Territoriality – Indictment – Post-secularism – Assisted reproduction – Universal criminal law.

1. Il volto e la dimensione del diritto penale così come lo abbiamo conosciuto ed elaborato nel corso degli ultimi due secoli –ed in particolare a partire dalle spinte ideologiche dell'illuminismo– sia sotto il profilo cosiddetto classico sia sotto le nuove angolature emerse nelle più recenti tematiche sulla post-modernità, si trova oggi a sostenere per un verso un confronto del tutto nuovo –di natura esterna– con il fenomeno che da più di qualche decennio connota e caratterizza lo svolgersi dei rapporti economici e istituzionale nel mondo di oggi e cioè la globalizzazione e, per altro verso, con quell'atteggiamento culturale e politico di reazione

alla secolarizzazione quale nota tendenza tipica della modernità di matrice illuministica che ha orientato lo sviluppo in senso democratico dei sistemi penali di tipo occidentale.

Entrambi questi fenomeni ci segnalano una marcata tendenza verso l'internazionalizzazione della politica criminale e del diritto penale. Si tratta di una tendenza che chiama in causa il penalista contemporaneo almeno sotto un triplice punto di vista: 1) degli strumenti e delle tecniche normative da escogitare per ampliare i confini del diritto penale tradizionalmente circoscritti nei limiti delle singole sovranità statali; 2) della revisione critica delle categorie fondamentali del diritto penale per creare una grammatica il più possibile comune alle differenti culture penalistiche; 3) della selezione delle esigenze di tutela a carattere tendenzialmente globale, cercando di distinguere i settori in cui può e deve essere effettivo da quelli in cui rischia di essere simbolico.

2. Procedendo con ordine, si può sottolineare come il fenomeno della globalizzazione che –a dispetto delle sue oscillazioni in termini positivi o in termini negativi nella valutazione complessiva dei suoi effetti sul sistema delle relazioni internazionali– abbia di fatto imposto una serie di rimeditazioni concettuali sui sistemi giuridici contemporanei e ha di conseguenza costretto anche il diritto penale a misurarsi con le sue "strutture tipiche".

E' indubbio che la globalizzazione è un fenomeno innanzitutto di carattere economico dovuto certamente alla integrazione crescente delle differenti parti che costituiscono il tutto del processo produttivo mondiale: e proprio questa caratteristica che attribuisce alla globalizzazione una dinamica del tutto peculiare che sfugge sempre più alla verifica dei tradizionali strumenti di controllo di cui sono in possesso gli Stati nazionali, fino al punto da apportare reali minacce a certi attributi essenziali della loro sovranità: in primo luogo –ma non solo– sul terreno economico del controllo monetario e della gestione della finanza pubblica.

Ma se il terreno economico è forse il primo dei luoghi istituzionali che vengono presi di mira dalla globalizzazione, non si può non rilevare come la mobilità dei dati (economici e non), la velocità e la decisività dei meccanismi di comunicazione, la tendenziale integrazione dei processi politici decisionali finiscono per render più labili, sempre più sfumate,

sempre meno nette e precise anche le tradizionali e consolidate nozioni di frontiera e di territorio.

L'orientarsi sempre più univoco del processo organizzativo della produzione sul concetto di costo di produzione su base transazionale va ad implementare una forma di concorrenza generalizzata per il controllo dei mercati e delle risorse mondiali secondo una disarmante tendenza che vede prevalere logiche integratrici di natura privatistica alle quali solo con grandi difficoltà gli Stati nazionali riescono ad apprestare rimedi efficaci e misure di controllo.

La netta tendenza che vede il prevalere del profilo privatistico rispetto a quello pubblicistico, e cioè delle istanze proprie del diritto civile rispetto alle esigenze e alle necessità del diritto pubblico e di quello penale in particolare, si inscrive in fondo in una prospettiva di medio-lungo periodo che mira a sottomettere progressivamente ogni spazio fisico e ogni relazione sociale alla logica del capitale e dell'accumulazione: una logica per vero non del tutto inedita ma che qualcuno vorrebbe addirittura far risalire alle città mercantili del mediterraneo.

Il trionfo della ortodossia liberale a partire dalla fine degli anni settanta ha sancito il carattere irreversibile del processo di globalizzazione (o mondializzazione). Esposti alla crescente mobilità dei capitale (e anche della forza lavoro priva di specializzazione) gli Stati nazionali si sono trovati disarmati nel tentativo di trovare adeguate prospettive di politica economica. La loro reazione piuttosto che concentrarsi nella ricerca di strumenti di regolazione condivisa anche sul terreno giuridico, si è indirizzata verso una sostanzialmente illimitata concorrenza nell'attività di captazione di risparmi ed investimenti e nella riduzione delle politiche sociali. Da qui il proliferare di patti bilaterali (tesi a mascherare la moltiplicazione dei conflitti a genesi commerciale) e da qui anche la sottovalutazione di settori rilevanti della vita sociale quali i diritti dei singoli, l'ambiente,i contenuti della legalità ecc.

La verità è che il processo di globalizzazione, pur nella sua universalità, non è stato ancora sperimentato uniformemente su tutto il pianeta e la sua diseguale distribuzione di benefici lo ha esposto a contestazioni di natura ideologica, pur nella malcelata consapevolezza che l'esclusione dalla sua area di operatività finisce per costituire un sintomo di povertà e di emarginazione.

Ma asimmetrie applicative a parte, risulta oggi evidente che la globalizzazione è in realtà un processo difficilmente riducibile a solo

fenomeno economico e/o a logica puramente economica che incarna il privilegio di una concezione iperliberista che si vuole imporre a livello mondiale per conseguire qualche tipo di egemonia e per guadagnare posizioni di controllo in chiave gerarchica. Piuttosto la concezione della globalizzazione che si è via via sempre più consolidata ruota attorno ad un insieme di processi correlati che operano all'interno di tutte le dimensioni del potere sociale, anche se all'interno di ciascuna di queste dimensioni le sequenza storiche o spaziali non sono né identiche né comparabili ed anche se le differenti componenti si diffondono a velocità differente e si muovono e si realizzano in ambiti distinti con meccanismi politici-istituzionali- economici assai fluidi.

In altri e più chiari termini: la globalizzazione riflette reali e radicali cambiamenti strutturali nella scala dell'organizzazione sociale moderna che devono essere tenuti in grande considerazione: perché si tratta di una dimensione multidimensionale e in qualche misura post strutturalista della realtà sociale che appare costituita da una serie di sistemi o di rapporti autonomi sul piano politico, economico, tecnologico culturale, naturale e giuridico.

Detto con chiarezza ancora maggiore: la globalizzazione mediante quel processo sopra accennato di progressiva erosione dei vincoli spazio-temporali sollecita, con sempre crescente intensità, nuovi assetti organizzati delle interazioni transnazionali e di conseguenza va a ricercare anche nuovi modi di essere del sistema giuridico sia civile che penale. Ed invero se le attività economiche, sociali e politiche trascendono le frontiere nazionali, vengono inevitabilmente rimessi in discussione già i principi secondo i quali si organizzava la vita sociale e politica (Held e Mcgrew), e cioè quei principi che si fondavano su una esatta e diretta corrispondenza tra società, economia e politica all'interno di un territorio nazionale chiuso e ben definito. La globalizzazione, insomma, causa la rottura di questi equilibri, finisce per spezzare questa corrispondenza dal momento che le attività sociali, economiche e politiche non coincidono più con i confini nazionali. Bisogna precisare, tuttavia, che le categorie dello spazio e del territorio non perdono la loro rilevanza: piuttosto essi abbisognano di una reinterpretazione che è ineluttabilmente collocata sul piano sopranazionale: come vedremo da qui a momenti è proprio quello che accade nel diritto penale con la crisi del principio di territorialità.

Ancora: la globalizzazione coinvolge nei suoi processi di trasformazione anche categorie all'apparenza immuni da contaminazioni

esogene perché frutto di complesse e consolidate stratificazioni storiche e di condivisione di valori a lungo praticate. Si pensi ad esempio al problema dell'identità culturale nazionale elaborata lentamente e progressivamente dal lavorio congiunto di istituzioni, valori, leggi, consuetudini. Identità nazionale che è stata l'humus su cui si sono impiantati i sistemi di regolazione giuridica, sia sul versante del diritto pubblico che sul versante del diritto privato. Ebbene: la globalizzazione scalfisce sempre più in profondità la originalità e la singolarità di questa categoria fondante la statualità non soltanto perché spezza il legame tradizionale tra luogo fisico e situazione sociale di riferimento, ma anche perché introduce rilevanti dosi e porzioni di "diversità" che si inseriscono nell'assetto sociale non più sulla base dei contatti fisici tra le persone, ma soprattutto grazie ai nuovi sistemi di comunicazione globale e alla produzione di una cultura globale di massa che trova un favorevole terreno di assorbimenti. Da qui il sorgere di identità parziali che richiedono anch'esse forme di protezione e di tutela. Da qui anche la necessità che i diritti – ed in particolare i diritti umani di vecchio e di nuovo conio-trovino adeguata sede di protezione e di tutela non soltanto a livello nazionale ma siano assicurati soprattutto nell'ambito dei sistemi regolamentati a livello globale.

A questo punto, allora, il problema diventa il seguente: quali sono, cioè, le condizioni in presenza delle quali si riesce a realizzare queste forme di tutela. E la risposta non può che risiedere nella creazione e attuazione di un insieme di principi, di norme, di prassi sociali, di orientamenti politico-culturali idonei a costituire e ad assicurare un ordine politico capace di garantire le condizioni minime di coesistenza sociale dei singoli e dei popoli. Condizioni che, peraltro, non trovano più esclusivo fondamento in ragioni etiche o in supporti morali ma sono frutto di un ben più complesso meccanismo valorativo in cui giocano un ruolo fattori meno pregiati di intonazione economicistica e di valenza transeunte.

In siffatto contesto la capacità di risposta dei singoli stati nazionali appare del tutto esigua ed incoerente rispetto al compito che si trovano davanti. Se è vero che essi rimangono gli attori principali sulla scena internazionale, è però altrettanto vero che la presenza del cosiddetto spazio pubblico planetario, prodotto dalla globalizzazione, implica e impone la creazione di livelli di regolazione economica e sociale più elevati e più cogenti perché più funzionali alla natura dei fenomeni da regolare.

Ora, nella conclamata assenza di una sede internazionale o globale cui sia unanimemente riconosciuto il monopolio del legittimo potere di limitare le singole sovranità dei singoli Stati, il ricorso allo strumento delle convenzioni internazionali è apparso il modo più efficace per conseguire contemporaneamente una riduzione di sovranità "compatibile" e un incremento della capacità regolativa dei fenomeni di dimensione globale.

3. In un quadro generale di siffatte dimensioni quale ruolo e quale funzione può svolgere il diritto penale? Quale compito può essergli affidato e soprattutto attraverso quali meccanismi possono entrare in gioco per esercitare la sua vocazione naturale di contrasto alle varie forme di "patologia sociale"? Come fa la sua dimensione statalista ad arginare fenomeni che hanno assunto una portata globale e che si muovono con una velocità impressionante? Come può operare un diritto penale che affonda le sue radici nella territorialità e nell'*humus* di una cultura tendenzialmente omogenea e consolidata a fronte di accadimenti che appaiono collocarsi al di fuori dei suoi schemi tipici.

Il problema sorge perché non esiste un diritto penale universale. Due ostacoli, anche se di significato e di spessore differente si pongono sul percorso di chi vuole fornire delle risposte praticabili ai suddetti questi: e cioè per un verso la necessità di fare i conti con le dimensioni transnazionali dei fenomeni criminali da combattere e, per altro e ben più grave verso, la individuazione di efficaci principi generali che possano fungere da validi criteri per l'attività di criminalizzazione.

3.1 Ma andiamo con ordine.

A) In merito all'efficacia della legge penale nello spazio la letteratura penalistica e i codici penali ci forniscono un articolato ventaglio di criteri regolativi così sintetizzabili. In primo luogo si fa largo uso del *principio di territorialità* per il quale la legge nazionale si applica a chiunque –cittadino, straniero o apolide– delinque nel territorio dello Stato. A volte si utilizza il *principio di difesa* o tutela rende applicabile la legge dello Stato cui appartengono i beni offesi o cui appartiene il soggetto passivo del reato. Ma si ricorre anche al *principio di personalità* in virtù del quale si applica sempre la legge penale dello Stato di appartenenza del reo e al *principio di universalità*, a tenore del quale la legge penale nazionale si applica a tutti i delitti dovunque e da chiunque commessi.

Nella valutazione consolidata un ruolo centrale è stato attribuito al principio di territorialità, quasi fosse un segno ineludibile del carattere della sovranità dello Stato e della stessa funzione punitiva. Quasi che una applicazione che andasse al di la dei confini nazionali sarebbe foriera di una collisione di diritti. Ed ancora oggi l'idea della territorialità appare talmente radicata che la si considera addirittura posta a fondamento della protezione degli interessi interni e cioè nazionali, ma persino degli interessi "stranieri" o "internazionali" come tali fatti propri.

Ora,risulta all'evidenza come nel contesto creato dalla globalizzazione il richiamo alla territorialità sia del tutto insufficiente ed inadeguato per la semplice ragione che va a cozzare con la peculiare caratteristica della mondializzazione medesima e cioè con i connotati della deterritorialità e della velocità info-telematica, propri delle condotte che si vogliono ricondurre entro gli schemi della rilevanza penalistica.

E' invece l'idea della universalità a presentare una sua specifica funzionalità al nuovo contesto storico, perche il rilievo penale di una condotta non richiede alcun legame territoriale né alcun altro tipo di collegamento, ma discende da un criterio di natura generale. Questa idea è in realtà antica perché si fa risalire addirittura a Grozio e in Italia è stato accolto sia dai sostenitori della scuola classica che dai positivisti, anche se "congiunture storico politiche particolarmente sfavorevoli durante l'epoca permeata dal primato dei valori della nazionalità" ne hanno impedito una esplicita traduzione in termini normativi. Carrara, invero, sottolinea con forza la circostanza che il diritto punitivo è un "fatto di mera creazione sociale e che la ragione del punire non sta soltanto in una società per difendere se stessa, ma sta in tutte le società per difendere con azione solidale la umanità" e che pertanto i limiti della territorialità devono sparire.

Non diversamente Ferri attribuiva razionalità all'idea dell'universalità nella prospettiva –peraltro tipica del pensiero positivistico dell'epoca– "di una comune difesa degli Stati civili contro i delinquenti più pericolosi".

Il recupero del principio di universalità non è comunque solo legato ai suoi profili di funzionalità rispetto alle esigenze imposte dalla velocità della comunicazione info-telematica, propria della globalizzazione; esso è anche il frutto della presa di coscienza di una aspirazione dell'ordinamento giuridico a porsi con i caratteri della validità in termini generali. Solo per fare un esempio, si pensi alla pretesa di rendere universale nell'ottocento la punizione del vagabondaggio.

Oggi certo i pericoli per i beni collettivi e dei singoli presentano una carica di disvalore e di rischio ben più elevati: l'estrema velocità con la quale si trasmettono le notizie sul *web* consente alla criminalità organizzata transnazionale di raggiungere i suoi obiettivi economici disancorando la propria attività da precisi contesti territoriali: assai significative al riguardo le esperienze maturate in materia di pedofilia, di pornografia infantile, di diffamazione via internet ove il principio di territorialità finisce per costituire l'alleato più fedele, la barriera più consistente per la punibilità di quei fatti di reato. La circostanza che la sensibilità della giurisprudenza tende a superare nella prassi applicativa i limiti del principio di territorialità anche con interpretazioni innovative se, per un verso, costituisce fattore di rassicurazione per la protezione dei beni giuridici coinvolti, per altro verso, è esposta al fiorire di dubbi e di critiche non del tutto infondate. Si pensi, ad esempio, all'ingegnosa prospettazione cui si è fatto ricorso nel mondo tedesco per sanzionare penalmente comportamenti per la cui punibilità è richiesta la "presenza" del reo sul territorio dello Stato: si è cioè escogitato il concetto di "presenza virtuale" di colui che ha immesso nella rete globale informazioni o dati lesivi di beni giuridici sul territorio di tutti i Paesi del mondo in cui sia possibile prendere conoscenza di quei dati e di quelle informazioni. Con il risultato che il reato sarebbe contestualmente commesso in tutti i Paesi che sono collegati alla rete: insomma si realizzerebbe una sorta di moltiplicazione dell'azione dello spazio e quindi dell'illecito penale. Con quale guadagno in termini di razionalità e di efficienza è difficile dire.

Bisogna allora, in primo luogo, prendere atto del fatto che la difficoltà nell'identificazione del luogo in cui si consumano i reati-e non solo quelli commessi via internet- richiede una maggiore flessibilità nell'uso dei criteri attributivi della competenza a giudicare. E se è vero, come pur si è rilevato, che l'attribuzione di una competenza universale alle legislazioni dei singoli Paesi accresce a dismisura i rischi di conflitti di competenza tendenzialmente lesivi dei diritto dell'uomo (Bernardi), occorre allora procedere ad una utilizzazione pragmatica dei diversi criteri, adoperando la tecnica del caso per caso. Così è, ad esempio, avvenuto in Italia con l'uso del principio di difesa per fronteggiare alcune ipotesi di reato in materia di manipolazione di strumenti finanziari; così si è previsto nella convenzione Ocse sulla corruzione internazionale che si applichi il principio di personalità attiva, attribuendo la competenza allo Stato di appartenenza del soggetto attivo del reato. Così si potrebbe,

ad esempio, utilizzare il principio di universalità per reprimere i fatti di criminalità organizzata comune e di tipo terroristico, e così via.

E, in secondo luogo, è necessario costruire significative deroghe al principio di territorialità.

B) Un fenomeno come la globalizzazione che come abbiamo visto sopra ha tra i suoi aspetti tipici e macroscopici addirittura la perdita di sovranità degli Stati nazionali e la pretesa di fungere da fattore di regolazione della vita economica mondiale, coinvolgendo i destini e soprattutto i diritti di larga parte della popolazione del pianeta, dovrebbe –almeno in teoria– trovare i suoi limiti nella presenza di un sistema giuridico altrettanto globale che sia in grado di funzionare in chiave –almeno generica– di deterrenza rispetto ai danni ed alle lesioni arrecate con i processi di produzione e di scambio. Ma un sistema giuridico globale non esiste e non occorre neppure chiedersi il perché. Esistono, invece, modi differenti di risposta alla necessità di una regolamentazione giuridica che, per convenienza, possono qui essere brevemente indicate. Abbiamo un modo tutto "civilistico" di risposta ai problemi connessi alla "deterritorializzazione" propria della globalizzazione, così come esiste un tentativo autonomo ed originale di risposta del sistema penale genericamente detto per fra fronte ai pericoli più rilevanti per la sicurezza collettiva e per i beni individuali che tradizionalmente costituiscono l'oggetto di protezione del diritto penale medesimo. E sono atteggiamenti di fondo che trovano la loro giustificazione d'essere proprio nella struttura costitutiva delle relative discipline, verrebbe proprio di dire nel loro DNA. –Non è, infatti, un caso se "accanto al canale navigato e navigabile del diritto dei vari Stati o (in Europa) del diritto comunitario prendono forma in maniera sempre più netta altri canali che corrono paralleli e che diventano sempre più navigati. Si attuano grosse brecce nel monopolio giuridico statuale, giacché ormai i soggetti produttori sono plurali e plurali le fonti del diritto. E se il diritto moderno può considerarsi un diritto interamente pubblicizzato, dal momento che lo Stato si preoccupa persino della disciplina dei rapporti privati nella vita quotidiana dei privati, con il diritto della globalizzazione si ha nuovamente (come si aveva nell'antico regime prerivoluzionario) un diritto privato prodotto da privati" (P.Grossi).

La verità è che nel settore delle transazioni internazionali il dogma si è fatto carne: l'ampio riconoscimento dell'autonomia privata è stato il *passpartout* mediante il quale la contaminazione delle culture giuridiche, sotto la spinta dei predominanti interessi economici delle grandi imprese

trasnazionali, ha prodotto meccanismi di regolazione del mercato agili e funzionali alla risoluzione di eventuali controversie. Come è stato ben scritto, la prassi economica (in prima linea soprattutto le grandi trasnational corporations), con l'ausilio di attrezzatissimi consulenti legali (in prima linea soprattutto le grandi imprese professionali, le *law firm* soprattutto nordamericane o d'irradiazione nordamericana) producono per i loro scopi e nel loro ambito un diritto nuovo, il quale, nell'eventualità di una controversia, non troverà tutela e quindi possibilità di applicazione grazie ai giudici degli Stati e alle loro sentenze bensì grazie ad arbitri e a decisioni arbitrali, ossia a giudici e a giudizi privati accettati dalle parti sin dal momento di sottoscrizione del contratto (P.Grossi). Si potrebbe essere tentati di dire: *nihil novi sub soli*, richiamando ancora la forza dell'autonomia privata all'interno delle regole di disciplina civilistica, per le quali l'accordo tra le parti è legge, anche se tradizionalmente è sempre la legge ad attribuire vigore e validità giuridica all'intesa privatistica. Ma nelle prassi della globalizzazione non è difficile trovare dei segni di novità, anche se non tali da scalfire la cifra di giuridicità che contengono. Intanto sul piano della vera e propria cultura giuridica si segnala un inequivoco processo di contaminazione di forme e di contenuti dovuto alla irrinunciabile composizione degli interessi di natura con apposta. Non sono soltanto i principi della *common law* e quelli della esperienza giuridica europea a venire in rilievo, ma anche regole di matrice differente dall'orientale all'africana: ovvie le necessità di sottili mediazioni, di ricerca di soluzioni innovative, di filtri e schemi contrattuali che trovano la loro ragion d'essere solo nelle peculiarità delle singole transazioni di natura globalizzata

Deve, poi, essere segnalato il radicale mutamento di atteggiamento culturale rispetto alla precedente situazione: e cioè il reale ridimensionamento del ruolo del diritto comparato quale effetto secondario della funzione innovativa svolta dai giuristi della globalizzazione. Non ci sono ordinamenti giuridici da comparare per trovare la migliore composizione degli interessi in conflitto. E' un compito rimesso, come si diceva, alla esperienza, alla creatività e alla fantasia dei giuristi che di fatto divengono fonti di un diritto in continua evoluzione. Con le dovute precauzioni sembra di essere tornati al medioevo del diritto, a quell'esperienza unica di formazione delle fonti e del diritto nel periodo del mercantilismo del XIV e XV secolo che tanto incompatibile era apparsa con le istanze, gli interessi e i bisogni dei protagonisti (anche economici) della società capitalistica del secolo scorso.

Resta infine da evidenziare un'altra caratteristica che connota la dimensione civilistica della globalizzazione e cioè la creazione di una vera e propria rete normativa, di un intreccio reticolare di fonti di produzione del diritto che non sono più poste in posizione gerarchizzata tra loro, ma che procedono sullo stesso piano in autonomia e non in dipendenza, in collegamento ma non in subordinazione. Si tratta, per dirla con le parole del maestro Grossi, della produzione di regole che non trovano la loro legittimazione in un'unica fonte suprema immedesimata in chi detiene il supremo potere politico, ma il più delle volte in un moto spontaneo di quella realtà varia e mobile che è il mercato (P.Grossi).

4. Non esiste un diritto penale universale da poter invocare quale sicuro presidio contro le degenerazioni economiche e sociali prodotte dalla globalizzazione. E non esiste neppure un diritto penale comune europeo idoneo a fungere da deterrente contro gli stessi mali entro l'ambito territoriale più ristretto costituito dall'Unione europea. Eppure è di palmare evidenza che per proteggere la sicurezza collettiva, i beni collettivi e i diritti dei singoli, compresi i c.d diritti umani, nell'era della globalizzazione, occorrerebbero specifici divieti penali a dimensione universale.

Ma così non è. Forse il solo divieto penale dotato –tendenzialmente– del carattere dell'universalità in ordine al suo contenuto è il reato di *insider trading*, che ha raggiunto ormai una tale omogeneità descrittiva non solo nei paesi europei ma anche nel continente americano da rendere persino fungibili i commenti dottrinali e gli arresti giurisprudenziali via via elaborati nella soluzione dei casi concreti.

Le ragioni della mancanza di un diritto penale universale sono molteplici ma risalgono fondamentalmente alla circostanza che la potestà punitiva costituisce la prerogativa, l'attribuzione il potere più geloso e riservato dello Stato nazionale, proprio perché rappresenta, come si insegna dall'illuminismo in poi, lo strumento più tagliente e più efficace per la tutela degli interessi dei singoli e della collettività. Le logiche di costruzione del diritto penale appaiono allo stato radicalmente differenti da quello civile appena esaminato. E' indispensabile la presenza di un'autorità istituzionalmente deputata a vagliare l'opportunità di intervenire con questo strumento normativo. Ma la peculiarità della fonte normativa si trova a vivere in un contesto politico– culturale in cui opera una scienza del diritto penale che tende progressivamente ad assumere le caratteristiche dell'universalità. Ed è –crediamo– da questo rapporto

dialettico che bisogna partire per cogliere i nessi e le implicazioni tra la globalizzazione e il diritto penale.

4.1 Cominciamo con il sistema del diritto penale. A prescindere dalle singole legislazioni nazionali, possiamo dare per convenuto che esiste una sostanziale, anche se tendenziale, uniformità nel delineare i tratti fondamentali dell'illecito penale. Non è questo un prodotto della globalizzazione vista sotto il profilo culturale più specificamente penalistico, ma è il frutto della riflessione dogmatica che ha impegnato i penalisti del mondo occidentale e del confronto aperto e franco con i penalisti del Sudamerica. E non va neppure trascurato il lavoro di *endorsement* fatto nel mondo anglosassone, proveniente dalla riflessione di George Fletcher che ha di molto accorciato le distanze nel modo di concepire la struttura del reato. Le categorie generali del diritto penale con le quali svolgiamo il nostro lavoro tendono ad essere sempre più comuni: dolo, colpa, omissione, cause di giustificazione, imputabilità, concorso di persone, tentativo, concorso di reati ecc. Esse, per vero, si sono precisate e stabilizzate per effetto di una lunga elaborazione dottrinale a partire dalle riflessioni di fine secolo XIX di Franz von Liszt, continuata fino ai giorni con dispute di rilevante spessore che hanno coinvolto i grandi penalisti dei nostri continenti –basti qui ricordare la disputa tra normativismo e ontologismo che ha segnato la riflessione scientifica intorno agli anni cinquanta del secolo scorso– e hanno rassegnato esiti che permettono di pronosticare una estensione mondiale... dei presupposti generali del reato (Hirsch). Ma ancora più importante e rilevante appare anche la convenzione raggiunta su alcune connotazioni strutturale del diritto penale tipico di uno Stato democratico di diritto: e cioè il diritto penale del fatto e il diritto penale della colpevolezza. Anche qui abbiamo a che fare con un prodotto culturale e politico criminale che con la globalizzazione ha poco a che fare e che anzi si vuole e si deve imporre anche a dispetto della globalizzazione medesima. Come si è visto anche nella prima parte di questo lavoro, il diritto penale del fatto e il diritto penale della colpevolezza costituiscono il più alto livello di garanzia dei diritti di libertà dei cittadini nei confronti del potere politico e come tali possiedono una validità universale e che pertanto vanno riaffermati anche nel contesto della globalizzazione. E se poi, qualcuno volesse anche rovesciare il rapporto e sostenere che la globalizzazione ha "un interesse" alla diffusione –e si potrebbe dire alla imposizione– di queste categorie fondamentali, non resterebbe che prenderne atto: almeno nella misura in cui potrebbero addirittura rappresentare un meccanismo difensivo

ovvero un antidoto specifico alle eventuali reazioni di istanze repressive orientate verso forme non più storicamente accettabili.

Ed allora, per concludere sul punto si può anzi affermare che la spiccata tendenza verso la creazione di una parte generale del sistema penale di natura universale procede essenzialmente per esigenze politico-criminale e politico-culturali autoctone della scienza penalistica che mira a realizzare aspirazioni secolari risalenti addirittura alla riflessione di Franz v. Liszt. Nulla di sorprendente allora se la prospettiva dell'universalità anticipa e di molto il fenomeno della globalizzazione. E nulla di strano se due processi storici di natura radicalmente differente in un preciso momento del loro sviluppo storico si trovano a condividere postulati e principi di civiltà per interessi differenti: si tratta evidentemente di frutto della mera casualità che lascia impregiudicato il significato e la valenza di quei postulati e di quei principi.

5. I problemi nel rapporto diritto penale – globalizzazione cominciano, invece, laddove occorre procedere alla individuazione degli interessi che meritano di essere difesi mediante il ricorso allo strumento penalistico. Qui la dimensione universale del diritto penale non è di grande ausilio, a dispetto del fatto che alcune categorie di offese – quelle presumibilmente riconducibili ai cosiddetti delitti naturali– sono presenti in tutti i codici penali del mondo, anche se con descrizioni non coincidenti e con graduazioni di disvalore penale. Qui pesa in maniera rilevante la mancanza di una autorità istituzionale sovranazionale dotata del potere di creare diritto positivo. E qui pesa, in maniera ancora più decisiva, la visibile e percepibile disomogeneità dei valori vissuti all'interno delle varie comunità nazionali, pur all'interno di aree macro-regionali sostanzialmente affini nello sviluppo ideologico– politico ed economico. Con queste due precisazioni non si vuole comunque disconoscere l'effetto di omogeneizzazione sul piano dei modi di vita, della ricerca dei valori che ha prodotto e produce – insieme agli effetti negativi (pauperizzazione, semplificazione ecc.)– il fenomeno della globalizzazione. Si vuole, piuttosto, sottolineare quella che può essere definita una costante nei processi di criminalizzazione a livello nazionale e cioè il fatto che essi risultano non solo eticamente sensibili, ma anche socialmente sensibili e persino economicamente sensibili. Opportunamente si è sottolineato che in questo contesto entrano in gioco "profili storici, culturali e religiosi" e che il catalogo dei fatti penalmente rilevanti in uno Stato islamico, buddista o induista non è identico a quello di uno laico o cristiano, né

tantomeno quello di un Paese tropicale lo è rispetto a quello di uno Stato della zona a clima temperato (Hirsch).

Ebbene: la dimensione nazionale o al massimo regionale di questo versante della parte speciale reca con sé l'evidente rischio di aprire anche consistenti vulnera rispetto ai comportamenti lesivi di beni giuridici che la globalizzazione può mettere in campo. Basti pensare solo al fenomeno della pedo-pornofilia che sembra costituire una delle attività più lucrose da parte delle organizzazioni criminali transazionali: l'assenza in uno qualunque degli Stati del mondo di una disciplina penalistica che mira a reprimere questo turpe commercio non solo significa l'impunità in sede territoriale ma vuol dire anche mantenere in vita una fonte di pericolo dalle potenzialità globali. Lo stesso discorso vale per le nuove forme di riduzione in schiavitù, consistenti –come è noto– nei processi di reificazione di un soggetto debole psichicamente e socialmente. E così via. Come superare, allora, i limiti –allo stato ontologici– del versante della parte speciale del diritto penale per opporre efficaci e rigorosi rimedi alle diffuse forme di degenerazione della globalizzazione e al capitalismo criminale? Quali sono i procedimenti –anche normativi– sulla base dei quali è possibile approntare un sistema di deterrenza penalistica dotato della caratteristica della funzionalità rispetto ai fenomeni criminali da reprimere? Come affrontare fenomeni criminali che hanno nella dimensione transazionale uno dei loro punti di maggior forza?

A livello globale la risposta –una strada maestra ?– che negli ultimi due decenni gli Stati nazionali hanno tentato di dare ai quesiti appena posti può essere sintetizzata nella formula della cosiddetta "frammentarietà condivisa" e cioè nella ricerca in via negoziale internazionale di una omogeneizzazione, sul piano del diritto penale sostanziale, delle relative fattispecie incriminatrici pensate per contrastare il fenomeno di volta in volta preso di mira. In questo procedimento un ruolo centrale è stato riservato alle convenzioni internazionali e cioè a quei patti che gli Stati nazionali sovrani stipulano per il raggiungimento dei medesimi obiettivi e per superare gli ostacoli, anche ordinamentali, che ad essi si frappongono. Le scelte e gli indirizzi di politica criminale codificate nelle suddette Convenzioni vengono, poi, recepite all'interno dei singoli ordinamenti mediante lo strumento della ratifica, che in sede statuale – nazionale, dà veste e forma giuridica con la descrizione specifica del fatto di reato.

Si tratta indubbiamente di una strategia, di un percorso molto complesso che richiede sia l'intervento del potere esecutivo che quello

del potere legislativo ma che proprio per questa complessità non può essere accusato di presentare un *deficit* di democrazia. Semmai i limiti della "frammentarietà condivisa" vanno individuati su altri piani e consistono, per un verso, proprio nel rischio che l'intervento del potere legislativo si possa risolvere in una sorta di eterogenesi dei fini, almeno tutte le volte in cui in sede legislativa le linee di politica criminale non trovano adeguato riscontro sul piano della formulazione dei reati; e, per altro verso, nel mancato recepimento per il prevalere negli ordinamenti nazionali di linee differenti di politica criminale. Senonché, proprio per evitare il primo tipo di rischio si sta operando, in sede di convenzione, in modo da formulare nella maniera più cogente possibile l'oggetto dei divieti. Nessun rimedio, se non quello della censura politica, si intravede, viceversa, per il secondo tipo di rischio: qui in fondo è in gioco un problema di sovranità nazionale.

5.1 La strategia politico– criminale appena delineata è stata ampiamente utilizzata per contrastare, con lo strumento penalistico, le più gravi manifestazioni della criminalità connesse alla globalizzazione, dalla lotta alla corruzione internazionale alla criminalità organizzata, dal terrorismo alle manipolazioni del mercato (riciclaggio compreso) e alle nuove forme di schiavitù. Vediamolo più da vicino, sebbene in maniera breve e sintetica.

a) Presidi specifici contro la corruzione internazionale sono stati elaborati sia dalla convenzione OCSE del 1997, sia dalla convenzione del Consiglio d'Europa del 1999, sia dalla convenzione ONU del 2000 sul crimine organizzato che hanno imposto agli Stati parti, in materia di corruzione del pubblico ufficiale nazionale, di incriminare le condotte consistenti: 1) nel promettere,offrire o assicurare al pubblico ufficiale, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per altri, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni; 2) nel sollecitare o accettare da parte del pubblico ufficiale, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per altri, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nelle'esercizio delle sue funzioni.

b) In materia di crimine organizzato è sufficiente richiamare la convenzione ONU del 2000, che costituisce la più pregnante testimonianza del fatto che non è più possibile sostenere un efficace contrasto alla criminalità organizzata se non mediante una strategia comune di dimensione globale, che richiede una armonizzazione dei sistemi penale dei diversi Paesi del Mondo. Ratificata da ben 120 Stati-parte la Conven-

zione, con i suoi protocolli aggiuntivi concernenti la tratta delle persone, il traffico delle armi e il traffico dei migranti, ha imposto il recepimento negli Stati nazionali di precisi e specifici obblighi di penalizzazione. Due i punti che in questa sede meritano di essere sottolineati con forza. In primo luogo, la nascita di una "associazione mafiosa globale", perché si è conferito carattere di reato "ad un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più gravi reati o reati stabiliti dalla convenzione medesima, al fine di ottenere direttamente o indirettamente un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale". In secondo luogo perché ha consentito di definire il concetto di reato transazionale, quale reato in cui sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, e che sia commesso in più di uno Stato; ovvero una parte sostanziale della sua preparazione e pianificazione direzione o controllo avvenga in altro stato; ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato"

c) Nei confronti del terrorismo l'attenzione degli Stati è risalente nel tempo e segue le dinamiche del terrorismo fin dalla Convenzione dell'Aia del 1970 per la repressione della cattura illecita di automobili e passando per le convenzioni di New York del 1997 (repressione degli attentati terroristici mediante esplosivi) e del 1999 (repressione del finanziamento internazionale al terrorismo) e per ben altre sette convenzioni aventi sempre ad oggetti specifici atti di terrorismo (sicurezza aerea civile, sicurezza della navigazione marittima ecc,), sulla base delle quali sono stati elaborati i delitti di terrorismo in stretto (e cioè l'illecito impossessamento di aeromobile con violenza o minaccia, la violenza in danno di persone a bordi di aeromobile in modo da compromettere la sicurezza del velivolo, il furto e la rapina di materiale nucleare, la cattura di nave con violenza o minaccia, l'uso di esplosivi in danno di beni pubblici, raccolta di fondi a fini di terrorismo). Va menzionata da ultimo la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 che nel ribadire l'opzione della tolleranza zero contro il terrorismo ha configurato ben tre nuove ipotesi delittuose: e cioè la pubblica istigazione a compiere delitti di terrorismo ("diffusione di messaggi con l'intento di incitare alla commissione di delitti di terrorismo a condizione che la condotta determini il rischio della sua realizzazione"), il reclutamento per il terrorismo ("sollecitare una persona a commettere o a partecipare alla commissione

di un delitto di terrorismo, ovvero a unirsi a una associazione o a un gruppo con l'intento di contribuire alla commissione di uno o più delitti di terrorismo da parte dell'associazione o del gruppo") e l'addestramento al terrorismo ("fornire istruzione per la preparazione o per l'uso di esplosivi, di armi da fuoco o di altre armo o sostanze nocive o pericolose, ovvero per metodi e tecniche speciali con l'intento di commettere o di contribuire alla commissione di delitti di terrorismo, sapendo che le istruzioni sono destinate a tali scopi").

d) La lotta contro la criminalità economica è da qualche tempo diventata una priorità dei singoli Stati nazionali e della comunità internazionali. La crescente globalizzazione ha moltiplicato le occasioni di attività speculative illecite sui mercati mondiali e ha reso molto più difficoltosa l'azione di contrasto alla riutilizzazione del denaro e dei proventi di attività illecite. Anche su questo versante i rimedi non possono che essere tendenzialmente globali. Da qui sempre mediante il meccanismo degli atti internazionale la individuazione e la diffusione all'interno degli Stati nazionale di presidi penalistici sostanzialmente omogenei. Si pensi al riguardo al modo con cui si sono tutelati i beni collettivi del risparmio,della trasparenza e della eguale informazione dei mercati. I delitti di *insider trading* e di *market abuse* sono oramai, proprio grazie alle convenzioni internazionali, una realtà positiva di moltissimi ordinamenti penalistici di società tardo e neo capitalistiche.

e) Lo stesso approccio è stato seguito anche in ordine al riciclaggio. La convenzione di Vienna del 1988 ha, per la prima volta, configurato il reato di riciclaggio di profitti derivanti dal traffico degli stupefacenti. Poi con la convenzione di Strasburgo del 1990 e soprattutto con la convenzione ONU del 2000 si sono ampliati in modo estremamente ampio il catalogo dei reati presupposti: con l'armonizzazione delle discipline penalistiche si è indubbiamente rafforzata la capacità di repressione del fenomeno e in parte anche l'aspetto della prevenzione grazie ad una attenta imposizioni di obblighi di segnalazione delle operazioni sospette imposti al sistema bancario e creditizio.

6. Se così stanno le cose si può allora tentare di prospettare alcune, seppur provvisorie, riflessioni conclusive.

1) Il processo di criminalizzazione appena descritto va sottoposto a verifica critica per accertare la sua compatibilità con i postulati generali del diritto penale proprio di uno Stato democratico di diritto o se si vuole con quei principi universali che la scienza del diritto penale ha

sostanzialmente codificato nel contesto della cosiddetta civiltà occidentale. Così, sul pieno ed integrale rispetto del canone del diritto penale del fatto si è sollevata qualche obiezione. Ragioni comprensibili di difesa sociale hanno spinto le convenzioni ad utilizzare tecniche di anticipazione della tutela anche a comportamenti che risultano un poco troppo lontani dalla dimensione lesiva del valore che si intende proteggere. Si aggiunga che la necessità di trovare formule giuridiche condivise da realtà socio-politico-istituzionali sufficientemente eterogenee ha portato anche a descrizioni forse generiche (si pensi alla nozione di gruppo criminale). In linea di massima si può,tuttavia, condividere un giudizio di tendenziale osservanza di questo principio fondamentale del diritto penale attuale.

2) Il principio di colpevolezza sembra,invece, essere stato pienamente rispettato. Anche a prescindere dalla più o meno ortodossa descrizione normativa, i fatti incriminati sono di disvalore talmente conclamato che nessun problema di riconoscibilità del divieto penale può essere seriamente sollevato. Si aggiunga ancora che il procedimento di approvazione delle convenzioni è accompagnato e seguito passo passo dall'attenzione dei media che contribuiscono grandemente a informare l'opinione pubblica sugli obiettivi presi mira e sui mezzi necessari a raggiungerli. Ed infine nessun argomento in senso contrario può essere dedotto dalla constatata circostanza che la descrizione dei fatti di reato nelle convenzioni sono soggettivamente orientate: questo dato, al contrario, costituisce un elemento di garanzia che nulla toglie all'esigenza di una chiara e precisa individuazione del precetto penale.

3) Quanto, infine, alla capacità di questo procedimento normativo di raggiungere le finalità– oggi ampiamente riconosciute– della prevenzione generale e speciale è agevole osservare che esso appare perfettamente in linea con la c.d. prevenzione generale negativa e cioè con l'effetto di intimidazione e con la coazione psicologica che ne consegue. Ed invero, se la capacità di deterrenza dipende anche dalla celerità della reazione al delitto l'effetto generalpreventivo appare nel caso di specie assicurato. Tanto più se si valuta opportunamente anche la dimensione quantitativa del fenomeno: l'incriminazione globale appare certamente destinata ad accrescere la sua portata intimidatoria e può arrecare un serio contributo alla prevenzione del delitto. Impedire il sorgere ed il crescere di aree di privilegio per l'attività delle organizzazioni criminali costituisce certamente un in equivoco fattore di intimidazione. Dal punto di vista della prevenzione generale positiva, poi, e cioè dal punto

di vista dell'orientamento culturale dei consociati, appare indubbio che l'amplissimo consenso internazionale alla criminalizzazione rappresenti di per sé un importantissimo fattore di stabilizzazione dei valori che l'ordinamento giuridico vuole proteggere: se la grandissima parte degli Stati nazionali appresta un così forte rimedio –la pena– per proteggere la società da una precisa patologia criminale dovrebbe essere, poi, giocoforza ritenere che l'incriminazione medesima serve a consolidare la fiducia dei cittadini nell'ordinamento.

4) Sull'esigenza del rispetto della prevenzione speciale, la risposta non può che essere affidata alla realtà dei singoli ordinamenti giuridici e in particolare alle sensibilità interne dei vari sistemi penali.

Va piuttosto evidenziata una caratteristica propria di questo sottosistema di produzione normativa che ne fa un vero e proprio *unicum* dal punto di vista politico-criminale: e cioè la perdita della dimensione ideologica del conflitto tra autoritarismo e liberalismo entro cui ha oscillato negli ultimi due secoli il pendolo del diritto penale. Non ci troviamo più costretti a individuare né gli interessi della borghesia né quelli delle classi dominate dietro la costruzione dei divieti penali. Le istanze tipiche dell'ordine pubblico vengono filtrate attraverso mediazioni di tipo globale che come tali non sono riconducibili, già solo per la dimensione, alle categorie conflittuali di intonazione interna.

7. Il fenomeno della globalizzazione ha in rilevante misura modificato il modo di operare delle criminalità organizzata per due ordini di ragioni. Innanzitutto sono radicalmente cambiate le condizioni esterne, geografiche in cui si trovano ad operare con la creazione di un unico mercato mondiale, la tendenziale abolizione delle frontiere, la libera circolazione delle persone e delle merci e dei capitali. E poi si sono verificate profonde trasformazioni nel modi di essere e di operare delle organizzazioni criminose che tendono sempre più a fare impresa, a divenire una impresa illecita ed assumere dimensioni transnazionali, pronte ad approfittare –quasi scientificamente– delle lacune di tutela che le legislazioni penali nazionali inevitabilmente presentano.

Per vero al crimine globale dovrebbe essere contrapposto un diritto penale universale e un sistema penale omogeneo anche esso globale. Ma come si sa, non esiste un'autorità legislativa globale cui affidare e delegare un così importante e delicato compito. Sappiamo, viceversa, come la potestà punitiva sia una delle prerogative più gelose e più inalienabile

degli Stati nazionali, perché essa rappresenta una delle fonti primarie della sovranità. E la cessione di sovranità costituisce un accadimento dotato dei caratteri della eccezionalità. In questo contesto appare del tutto retorica la questione –posta da uno dei più attenti cultori dell'aspetto penalistico della globalizzazione– se "tra gli obblighi che gli esseri umani possono esigere reciprocamente esista anche una facoltà interculturale di punire "(Hoffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001). Se volgendo lo sguardo verso un passato molto remoto troviamo un diritto penale universale nell'antico testamento o nell'esperienza giuridica dell'impero romano, non possiamo tuttavia non rilevare l'improponibilità della comparazione con la attuale dimensione del fenomeno.

Va piuttosto segnalato un altro e diverso tentativo effettuato nell'ambito dell'Unione europea per evitare che la disomogeneità dei sistemi penali degli Stati membri diventasse un *vulnus* nell'attività di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale. Si tratta di un tentativo definibile in termini di "federalismo penale europeo" contenuto nel tessuto della Costituzione europea che, purtroppo, è rimasta lettera morta perché non approvata.

Ebbene: l'art. III-271 di quel progetto di Costituzione europea statuiva che "una legge quadro europea può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il traffico illecito di armi, il riciclaggio di capitali, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata". Per effetto di questa disciplina di rango costituzionale si sarebbe, dunque, creato una sorta di diritto penale federale europeo, di piena legittimazione democratica, rispettoso del principio di legalità e teso a proteggere i beni giuridici più rilevanti all'interno della nuova dimensione statuale sovranazionale ispirata alla difesa dei diritti umani. Si sarebbe cioè costituito un nucleo uniforme di fattispecie penali "federali" idoneo a formare quella complessa rete orizzontale di divieti penali necessaria per avere serie chanches di successo contro la criminalità organizzata globale. Specie se accompagnata anche da un sistema processuale penale federale anch'esso europeo.

A dispetto della crisi che ha investito il progetto di costituzione europea, questo modello penale federale resta comunque valido non solo nel prossimo futuro europeo, ma anche in altre aree del mondo globalizzato ed in particolare in America latina, le cui tradizioni di civiltà e di scienza giuridica possono indubbiamente renderlo, in un futuro più o meno prossimo, un obiettivo da perseguire.

9. Come si è già avuto modo di osservare all'inizio di questa relazione, la tendenza verso la globalizzazione ha contribuito a mettere in crisi anche il processo di secolarizzazione, concepito come progressivo declino del ruolo pubblico e del potere di influenza delle religioni nella vita della società e dei singoli individui: entrambi i processi infatti sono stati alimentati da una comune mentalità di tipo razionalistico ed empirico e da una comune cultura ispirata ai valori del mercato e del benessere economico con conseguente arretramento dei valori spirituali e collettivi.

Senonchè, questo *Zeitgeist* di tipo prevalentemente "mercatistico" ha cominciato a mostrare, nel corso degli ultimi tempi, ragioni ed elementi di crisi.

Per un verso, un processo di globalizzazione ispirato ai valori individualistici di matrice prettamente occidentale ha provocato –com'è noto– forme violente di rigetto nell'ambito di culture ancora non (o non sufficientemente) secolarizzate, fomentando reazione estremistiche come nel caso paradigmatico del fondamentalismo islamico.

Per altro verso, la globalizzazione ha cominciato a esibire "lati oscuri" e a prospettare gravi rischi anche all'interno delle democrazie occidentali (terrorismo, crisi economico-finanziarie, disoccupazione e ulteriore marginalizzazione dei soggetti deboli, danni ambientali ecc.), facendo nascere preoccupazioni, paure e angosce per il futuro: a entrare in crisi è l'idea stessa che la logica economica di mercato possa da sola fungere da fattore di sviluppo, senza riaffidare alla politica il compito di disciplinare e controllare il mercato in modo da prevenirne (o ridurne) possibili effetti perversi (4).

Ecco che, in questo orizzonte complessivo in cui le ombre si alternano o sovrappongono alle luci, anche la secolarizzazione, con la connessa cultura scientifico-tecnologica e individualistico-appropriativo-consumistica che la caratterizza, mostra alcuni segni di crisi persino in un contesto imbevuto di pensiero illuminista come quello europeo: e in sede di analisi sociologica si parla di "post-secolarismo" o "post-

secolarizzazione" per alludere –appunto– ad un revival di fenomeni di credenza religiosa, come pure alla riemersione della tendenza delle religioni ad occupare la scena pubblica e –di conseguenza– a influenzare le scelte politico-istituzionali. Ciò a cominciare, invero, dalle materie cosiddette "eticamente sensibili" come aborto, fecondazione artificiale, sperimentazioni sugli embrioni, unioni omosessuali ecc.

10. Quali compiti di tutela vengono in rilievo nella prospettiva di un diritto penale sempre più globalizzato?. O, detto altrimenti e in maniera più pregnante: esiste una missione peculiare del diritto penale nell'era della globalizzazione?

Nel porre interrogativi di questo tipo, si finisce invero con l'imbattersi –prima o poi– in un curioso paradosso. Vediamo perché.

Per un verso, in un ordinamento come ad esempio quello italiano (ma non soltanto) è divenuto quasi uno slogan parlare di crisi della pena e di crisi del diritto penale, in un contesto più generale di crisi o transizione quale riflesso del tormentato frangente storico-culturale in cui viviamo, definibile –se si vuole– in chiave di seconda modernità o postmodernità. Per altro verso, e contraddittoriamente, proprio in questa fase storica la giustizia penale sembra poter sperimentare una stagione di grande revival, specie in una dimensione che però trascende gli Stati nazionali. Emblematica, nel secondo senso, la particolare enfasi con la quale taluno tende a rimarcare le presunte enormi potenzialità del diritto penale in un orizzonte sempre più globalizzato: sollecitando, in questa prospettiva enfatica, persino a ipotizzare –si allude, in particolare, a Mirelle Delmas-Marty– "se il diritto penale possa contribuire a ridurre le tensioni esistenti tra la globalizzazione dell'economia e l'universalismo dei diritti dell'uomo"; e giungendo addirittura ad avanzare – sia pure in termini di auspicio – la tesi del "diritto penale come etica della mondializzazione" (!). Per quanto ci riguarda, diciamo subito che la stessa idea (pur assai nobile nelle ragioni ispiratrici) di un diritto penale come etica della mondializzazione, lungi dall'attrarre, turba e preoccupa non poco: pensare di poter affidare al magistero punitivo un ruolo decisivo nella costruzione di un nuovo ordine mondiale, ripropone infatti –tra l'altro– l'obiezione difficilmente superabile di una impropria giurisdizionalizzazione della politica; e pensare di poter assegnare alla giustizia penale altresì il compito di promuovere una etica della mondializzazione, significa alimentare o rischiare di favorire un processo di rieticizzazione del diritto penale: Tutto ciò non può invero non inquietare, perché contrasta non poco

con una visione liberale e laica dei compiti dello strumento penale (anche se la stessa prospettiva del liberalismo penale richiede, oggi, di essere ridefinita e aggiornata).

Ma, a parte le riserve politico-ideologiche e culturali di fondo, ci si scontra sul versante della realtà effettuale con un grosso problema di efficacia. Perché mai un diritto penale in crisi di funzionamento nell'ambito di non pochi contesti nazionali dovrebbe trasformarsi in un'arma molto più potente in un orizzonte metastatale?

Sotto l'aspetto delle finalità di tutela, essa oggi si profila come la principale istituzione giudiziaria, alla quale –secondo aspettative crescenti– viene affidato il compito di sanzionare le più gravi violazioni a livello (potenzialmente) planetario: così, per dirla con linguaggio penalistico, i diritti fondamentali assurgono a beni giuridici oggetto di protezione penale. Ci si può, peraltro, chiedere se questo della salvaguardia dei diritti umani fondamentali sia un obiettivo in sé – ovvero, se esso sia da concepire come a sua volta funzionale al raggiungimento di obiettivi ulteriori, come la difesa di beni o interessi ad amplissimo spettro quali pace, sicurezza e benessere a livello mondiale. Ora, al di là delle possibili suggestioni teoriche nell'ottica della dottrina del bene giuridico, il vero problema è in verità di natura empirica e politica, e come tale sta a monte: sembra cioè realistico ritenere che vi sia una notevolissima sproporzione di scala tra l'impiego delle risorse punitive, e addirittura la conservazione o promozione degli assetti su cui dovrebbe fondarsi l'auspicabile ordine mondiale.

11. Nell'entrare più nel merito specifico delle esigenze di tutela che la globalizzazione prospetta al diritto penale, dobbiamo distinguere tra una angolazione visuale a carattere pragmatico, e una angolazione visuale a carattere teorico. Sotto il primo profilo, vengono in rilievo le esigenze politico-criminali che emergono dalla prassi e dagli orientamenti contingenti delle autorità istituzionali, dei media e della pubblica opinione (con l'avvertenza, beninteso, che la tendenza diffusa in non poche democrazie contemporanee a strumentalizzare la questione criminale per obiettivi politico-elettoralistici, unita alla ulteriore tendenza dei media alla spettacolarizzazione dei crimini, finiscono col "manipolare" –più che col rappresentare fedelmente– gli atteggiamenti del pubblico nei confronti della delinquenza). Sotto il secondo punto di vista, di ordine teorico, si ripropone anche in un contesto globalizzato il risalente e persistente problema della legittimazione delle norme penali: quali sono le condotte

legittimamente punibili – e quali sono, di converso, i beni o interessi legittimamente tutelabili mediante il ricorso alla coercizione penale?

E' fuori discussione che le linee di tendenza sinora emerse sul piano di una politica criminale transnazionale sono state prevalentemente condizionate da preoccupazioni pragmatiche, a prescindere da previi tentativi di ancoraggio a teorie della criminalizzazione di matrice continentale (teoria del bene giuridico) o di matrice anglo-americana (principio del danno ad altri, principio di molestia, ovvero paternalismo giuridico, moralismo giuridico ecc.). Se ne ha una riprova proprio considerando che l'interesse politico ad armonizzare le discipline penali nazionali è stato alimentato soprattutto dall'esigenza di una più efficace repressione di forme di criminalità non solo a carattere transnazionale, ma anche di maggiore impatto e allarme per i cittadini: terrorismo, criminalità organizzata, riciclaggio, criminalità economica, traffico di stupefacenti, sfruttamento sessuale di donne e minori, pedopornografia ecc.

Un diritto penale "di lotta" dunque (se non proprio un diritto penale "del nemico"), figlio più di una politica oscillante tra l'ispirazione tecnocratica delle burocrazie governative e le tentazioni autoritario – populistiche persino di democrazie europee ormai ossessionate dalla "sicurezza", che non delle teorie della legittima criminalizzazione elaborate dalla cultura penalistica.

Insomma, il contesto della globalizzazione reca con sé il pericolo di moltiplicare e aggravare le ragioni di crisi e le "derive" del diritto penale che da anni, nel nostro ruolo di studiosi, siamo soliti denunciare con riferimento a singoli ordinamenti nazionali.

12. Com' è noto, il contributo più originale della dottrina penalistica italiana contemporanea è consistito nella elaborazione di una strategia di legittimazione delle norme penali che va sotto il nome di teoria costituzionale dei beni giuridici. Facendo propria la preoccupazione illuministica di una tendenziale separazione tra le diverse sfere della religione, della morale e del diritto, la teoria in parola si è prefissa come obiettivo di fondo il tentativo di ancorare la dannosità sociale di comportamenti incriminabili a parametri di rilevanza costituzionale (esplicita o anche implicita): in modo da additare al legislatore ordinario una direttiva di politica criminale, riassumibile nell'idea che sarebbero legittimamente qualificabili come reato soltanto fatti lesivi di beni o interessi costituzionalmente rilevanti.

Il riferimento alla Costituzione, come fondamento e limite dell'area del penalmente tutelabile, riflette lo sforzo di basare le valutazioni relative al "danno laico" quale parametro giustificativo della punibilità su criteri (non puramente politici o sociali, ma) dotati di rilevanza giuridica al livello normativo più elevato: Ciò allo scopo, appunto, di porre al riparo la materia penale di un eccesso di politicità contingente e dai possibili abusi legislativi di una democrazia concepita in una accezione esasperatamente maggioritaria.

E' pur vero che questo tentativo, ambizioso quanto affascinante, di rifondare il diritto penale su basi costituzionali ha finora prodotto esiti complessivamente inferiori a certe iniziali aspettative: E ciò per un insieme di ragioni che in questa sede non possono essere analizzate in dettaglio. Al di là di possibili insufficienze di elaborazione intrinseche alla stessa teoria costituzionale dei beni giuridici, una cosa è tuttavia certa: esiste cioè un nesso problematico tra detta teoria e il modo di atteggiarsi in concreto del sistema democratico complessivo. Pretendere di orientare la politica criminale secondo principi contenutistici di fonte costituzionale, presuppone in realtà una teoria e una prassi della democrazia disposte a valorizzare la Costituzione come patrimonio comune, egualmente condiviso sia dalle forze politiche di maggioranza che da quelle di opposizione: Se prevalgono al contrario tendenze politiche inclini ad accentuare la componente maggioritaria della democrazia, e se si manifestano più contrasti che convergenze nel modo di interpretare gli stessi principi costituzionali, la teoria costituzionale dei beni giuridici finisce col ridursi a risorsa intellettuale da conservare per tempi politici auspicabilmente migliori.

13. L'attuale contesto politico-culturale italiano può ben essere considerato esemplificativo di spinte favorevoli a una rieticizzazione del diritto penale, in controtendenza rispetto a quella prospettiva di separazione tra diritto penale e morale che rappresenta una delle acquisizioni più importanti del pensiero penale liberale e della stessa teoria costituzionale dei beni giuridici.

Neppure questa volta il fenomeno è soltanto italiano, ma si inscrive in un orizzonte ben più ampio, che include un paese-guida come gli Stati Uniti di Bush, e che si caratterizza per una prospettiva di revival religioso, e al tempo stesso, di rivalorizzazione della religione (anche da parte di laici non credenti cosiddetti "teocom") quale fattore di coesione e moralizzazione della vita sociale.

Si parla, da parte di sociologi come il tedesco Klaus Eder, di "post-secolarismo" per alludere a nuove tendenze volte a superare la precedente propensione tipica della società europea "secolarizzata" a relegare la religione nella sfera del privato, e per alludere appunto a un ritorno della dimensione religiosa nella sfera pubblica, con la connessa pretesa di influenzare le scelte politiche anche in sede istituzionale.

E' espressione paradigmatica di questo mutato *Zeitgeist* la Chiesa cattolica così come rappresentata anche dal nuovo Papa Benedetto XVI. Preme qui evidenziare, in particolare, il modo con cui questa Chiesa concepisce il rapporto tra la morale e il diritto.Invero, intervistato prima di assurgere al soglio pontificio, l'allora Cardinale Ratzinger affermò: "Il diritto crea la morale o una forma di morale, perché la gente normale comunemente ritiene che quanto afferma il diritto sia anche moralmente lecito". E ancora: "L'uomo d'oggi è manipolabile dal mercato, dai media, dalle mode. Il problema è che oggi la religione e la morale sembrano appartenere solo alla sfera del soggetto: Di conseguenza la religione perde peso nella formazione della coscienza comune".

Da un pensiero così pessimistico si ricava, dunque, un rinnegamento della visione liberale: in luogo della tendenziale separazione tra diritto e morale, subentra la messa a servizio dell'uno nei confronti dell'altra. Come è stato ben osservato, per reagire alla presunta deriva dell'uomo contemporaneo, la Chiesa si prefigge di "utilizzare a sostegno della fede e della sua morale il diritto e gli strumenti che servono a manipolare le coscienze e a guadagnarne l'adesione. (...) Che altro significa che il diritto crea la morale (...) se non prefiggersi l'obiettivo di controllare la formazione delle norme e degli strumenti che le trasformano in manipolazione delle coscienze"?

Banco di prova e, al tempo stesso, terreno di scontro circa la maniera di concepire i rapporti tra diritto e morale sono oggi soprattutto i controversi temi di bioetica (fecondazione artificiale, ricerca scientifica sugli embrioni, eutanasia).

In particolare, la tematica della fecondazione assistita e – più in generale – delle manipolazioni genetiche pone il penalista in una condizione di notevole difficoltà e disagio. E' il caso di prenderne atto sin da subito: le tradizionali categorie concettuali e teleologiche del diritto penale non sono in grado, (per dir così) per loro forza propria, di dire in via autonoma qualche cosa di veramente illuminante. Di conseg-

uenza, l'approccio penalistico non può che essere largamente tributario di premesse di fondo che affondano le radici in versanti ad esso esterni.

Ovviamente, una premessa siffatta è ben lungi dall'esimere lo stesso studioso di diritto penale dallo sforzo di guardare alle diverse questioni in giuoco in tutta la loro delicatezza e complessità. A cominciare dall'individuazione dei valori o beni e diritti che entrano in inevitabile collisione, per poi passare alla scelta dell'approccio più acconcio per discuterne nella prospettiva dell'ordinamento giuridico-costituzionale anche allo scopo di determinare presupposti e criteri di bilanciamento. Gli interrogativi sul tappeto sono, peraltro, noti.

L'embrione è già vita o persona umana da tutelare in modo tendenzialmente assoluto – ovvero, è una entità destinata a regredire rispetto a beni o interessi da considerare prevalenti, quali il diritto alla genitorialità e alla famiglia, il diritto alla salute, la libertà di ricerca scientifica *et similia*? Oppure ancora vanno effettuati bilanciamenti differenziati tra i beni in conflitto, cioè la cui ragionevolezza risulta di volta in volta influenzata dal tipo di casistica che viene in questione (ad esempio, diagnosi reimpianto, inseminazione eterologa, ricerca sulle cellule staminali ecc.)?

In linea di principio sono sostenibili, e di fatto sono sostenute tutte le soluzioni alternative sopra riassunte: E la scelta rispettiva, com'è risaputo, è condizionata dalla pregiudiziale adesione a visioni religiose, concezioni morali, ideologie, culture che differiscono non poco rispetto al modo di intendere la vita e la dignità umana tutelabili. Nulla, peraltro, di sorprendente. Che le cose stiano così, è fisiologico nell'ambito delle società pluralistiche contemporanee. La questione vera, per il legislatore e il giurista, diventa allora questa: come si deve comportare l'ordinamento democratico-costituzionale (e, di riflesso,, l'ordinamento penale soggetto ai principi superiori del primo) di fronte al pluralismo ideologico e al pluralismo etico?

Nel tentativo di fornire una risposta, la prima tentazione sarebbe quella di ricercare la soluzione proprio nella lettura e interpretazione delle norme costituzionali. Ma, stante la comprensibile assenza nella Costituzione di norme esplicite in materia, l'approccio costituzionale alla procreazione assistita si prospetta quale risultato dell'interpretazione-ricostruzione di norme e principi di portata più generale. Sicché, così come nel caso per certi versi analogo della problematica dell'eutanasia, il riferimento ai principi costituzionali purtroppo si presta a essere

utilizzato in modo opportunisticamente strumentale: nel senso che detti principi vengono letti e bilanciati in funzione della pregiudiziale *Weltanschaung* dei singoli interpreti. Così ad esempio, a seconda che sia di fede cattolica ovvero di militanza laica, il giurista interprete cercherà di desumere dalla stessa Costituzione la tesi che la vita umana (bene di rilevanza costituzionale) ricomprende anche la vita pre-natale sin dai primissimi stati; ovvero, la tesi contraria che la vita umana tutelabile presuppone l'esistenza di una persona già formata. Con questo effetto paradossalmente negativo: fatto oggetto di ricostruzioni contrastanti e addirittura opposte, ideologicamente tutt'altro che neutrali, il testo costituzionale – piuttosto che fungere da casa comune ispirata al principio di una tollerante coesistenza – si trasforma, esso stesso, in un'arma di offesa e difesa.

Ma è possibile, in linea di principio, un diverso tipo di approccio (preferibile ad avviso di chi scrive): cioè che guardi alla stessa Costituzione come un luogo ideologicamente neutro, come tale idoneo a consentire la ricerca di punti minimi oggetto di condivisione a prescindere dall'ideologia di appartenenza: Da questo punto di vista, l'orizzonte costituzionale si profila, più che come tavola di valori o fonte di contenuti sostanziali di tutela già gerarchizzati, come sede che addita un metodo di discussione rispettoso delle caratteristiche tipiche di un diritto democratico. Cioè un metodo coerente con l'assunto –derivante dal pluralismo costituzionale–, secondo cui compito del legislatore non può essere di porre la forza del diritto al servizio di una fede religiosa o di una delle concezioni morali compresenti nella società, neppure se adottata dalla maggioranza dei cittadini, bensì di introdurre forme di disciplina atte a consentire la coesistenza di diversi codici etici e di diversi progetti e stili di vita.

Se si muove da una simile premessa di principio, ne deriva –com'è intuibile– questa ulteriore implicazione: la difficoltà cioè di elevare in partenza la semplice regola di maggioranza a criterio di legittimazione sostanziale di scelte di politica del diritto vertenti su temi eticamente controversi. Sia consentito, in proposito, citare a sostegno Juergen Habermas: richiamando a sua volta John Dewey, Habermas ammonisce che "la regola di maggioranza, considerata esclusivamente come regola di maggioranza, è sciocca proprio come i suoi detrattori l'accusano di essere (...). La cosa più importante sono i mezzi attraverso cui una maggioranza riesce infine a essere maggioranza".

Quali siano – sempre in linea di principio – i mezzi che consentono a una maggioranza di prevalere legittimamente nell'ottica di una democrazia davvero discorsiva (o deliberativa), è facile intuirlo. Sono cioè necessari un dibattito autentico, un confronto reale tra tutte le posizioni in campo, non solo in ambito parlamentare ma anche nella discussione pubblica che si sviluppa nei media e nelle varie sedi di elaborazione intersoggettiva di idee e opinioni: Perché il confronto di posizioni sia reale e non fittizio, occorrono, beninteso –alcune condizioni presupposte– per usare una terminologia habermasiana – della razionalità "comunicativa" (come distinta da quella puramente "strategica"): cioè, oltre alla disponibilità psicologica di ciascun partecipante al dibattito a intessere un dialogo orientato ad autentiche intese, la democrazia discorsiva presuppone nei cittadini un buon livello di conoscenza e informazione sui temi in discussione e –più a monte– un contesto sufficientemente immune da manipolazioni politico-mediatiche asservite a logiche e interessi di parte.

Certo, è facile obiettare che un simile modello di democrazia è troppo pretenzioso rispetto alle modalità di funzionamento reale delle democrazie contemporanee, a cominciare da quella italiana (la quale, anzi, per effetto della deriva oligarchico-mediatico-plebiscitaria innescata dal berlusconismo, è andata sempre più contraddicendo i canoni ideali di una democrazia degna di questo nome). E' questa una obiezione da non sottovalutare. E' pur vero, tuttavia, che la difficoltà di avvicinare teoria e prassi riguarda non soltanto il modello della democrazia discorsiva, ma ogni modello dotato di potenziale valenza normativa. In nome di un rassegnato realismo, dovremmo rinunciare alla prospettiva di coltivare modelli finalizzati a promuovere – sia pure a piccoli passi e in un futuro non immediato – un migliore funzionamento delle istituzioni democratiche?

Una auspicabile maggiore disponibilità di laici e credenti, a rinvenire in maniera "cooperativa" punti di convergenza, dovrebbe anche costituire il retroterra intellettuale più favorevole per verificare –con maggiore consapevolezza critica rispetto al livello di approfondimento finora raggiunto– plausibilità, connotati e consistenza dei beni giuridici realmente minacciati dalle manipolazioni genetiche. Non sembri irriguardoso riscontrare deficit di elaborazione non solo nei dibattiti politico-parlamentari correnti ma anche nell'approccio di noi giuristi alla definizione di beni giuridici bioetici quali dignità umana, identità genetica e simili: per evitare il duplice rischio dell'approssimazione

concettuale e dell'enfatizzazione retorica, come giuristi dovremmo impegnarci di più in un confronto con quanti, sul terreno della speculazione filosofica, si mostrano sensibili ad una analisi davvero rigorosa dei valori in giuoco.

In questa direzione, è di non poco interesse anche per lo studioso di diritto penale la riflessione filosofico-morale sviluppata da Habermas sulle possibili conseguenze del "venir meno del confine tra la natura che noi siamo e la dotazione organica che noi ci diamo". Tra queste conseguenze, Habermas pone l'accento – non senza inquietudine – sul pericolo che una genetica liberale (che cioè si affida soltanto ai meccanismi del mercato e alle opzioni interessate dei genitori) metta in discussione i presupposti antropologici della "autocomprensione" finora dominante della nostra identità di esseri umani: vale a dire di una autocomprensione che si baserebbe anche sull'attribuzione al concepimento di una certa misura di casualità e spontaneità, mentre gli interventi artificiali sul patrimonio genetico minaccerebbero di far venir meno la possibilità di rispettarci a vicenda come "persone uguali per nascita e valore"; da qui la proposta di tutelare anche giuridicamente qualcosa che viene definito come "l'indisponibilità dei fondamenti biologici della nostra identità personale".

Ora, se una indisponibilità così concepita sia suscettibile di essere assunta anche a oggetto di tutela penale, è questione che la teoria del bene giuridico (col suo apparato concettuale rivelatosi sempre più carente di reale funzione critico-selettiva) non sarebbe da sola in grado di risolvere, essendo essa a sua volta inevitabilmente condizionata dagli orientamenti assiologici e dalle intese socio-normative che si affermano anche nel dibattito pubblico esterno. Come pure, la teoria del bene giuridico non sembra in grado di per sé sola di definire in maniera univoca in che senso il bene della "dignità umana" subisca offese per effetto degli interventi genetici manipolativi. Si tratta, indubbiamente, di un valore di rilievo primario, e non è un caso che esso non solo ispiri la Carta europea dei diritti (destinata a costituire parte integrante del futuro Trattato di Costituzione europea), ma venga spesso evocato come bene o meta-bene oggetto di protezione nell'ambito della bioetica. Senonché il diffuso consenso tributato alla dignità umana quale bene meritevole di tutela si spiega, verosimilmente, col fatto che essa rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile –per così dire– a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incrimin-

azione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico. La verità è che il concetto di dignità umana è un "costrutto storico": esso muta con l'evoluzione delle concezioni morali e dei modelli culturali che orientano l'immagine e l'autocoscienza dell'essere umano. Ma vi è di più. Essendo influenzato dalle concezioni morali, l'idea di dignità umana consente ricostruzioni pluralistiche: per cui la risposta ad esempio all'interrogativo, se la sperimentazione sugli embrioni leda o non la dignità umana, può essere legittimamente diversa a seconda che si muova da una morale laica o da una visione religiosa. Se è così, come abbiamo già rilevato, il problema non ammette neppure una soluzione appagante grazie all'eventuale applicazione del principio maggioritario: di fronte al conflitto etico, far dipendere la scelta criminalizzatrice dalla misura del consenso socio-politico equivale a utilizzare lo strumento penale come arma posta al servizio della concezione morale che si presume dominante. Questo è un punto nevralgico –merita di essere ribadito– che pone in conflitto (o in forte tensione) la legittimazione del diritto penale e la democrazia nella sua dimensione fattuale.

Da qui la persistente fondatezza del dubbio, se le questioni eticamente controverse possano essere decise in Parlamento con la tipica logica politico-partitica: o se una strada alternativa da percorrere non sia quella di prevedere procedure parlamentari aggravate, ovvero di introdurre norme sperimentali e a tempo, rivedibili ogni certo numero di anni, previo parere di "Comitati tecnici" o di organismi simili.

Ma ciò che indebolisce e rende precaria la forza orientativa della legislazione, nelle controverse questioni bioetiche, non è soltanto la grande difficoltà di tener seriamente conto del pluralismo etico tipico delle società contemporanee. Ad aggravare i problemi di regolamentazione giuridica contribuisce proprio l'evoluzione continua, e in parte imprevedibile, delle biotecnologie. "La tecnologia è in grado di distanziare il diritto in ogni fase del ciclo della regolazione – prima che i regolatori riescano a raggiungere qualcosa di simile ad una posizione convergente, prima che i termini della regolazione abbiano assunto una forma compiuta e una volta che lo schema regolatorio sia messo a punto". I progressi scientifici e tecnici congiurano, dunque, nel mettere in discussione le attitudini regolative del diritto, e in particolare del diritto penale (che rimane, tra tutti i settori dell'ordinamento giuridico, il più autoritario e il meno duttile ma anche quello verosimilmente destinato, nelle materie eticamente sensibili, a svolgere un ruolo più

simbolico che reale). Ciò –non ultimo– per la difficoltà di pervenire ad una ampiamente "condivisa" individuazione di plausibili e afferrabili oggetti di tutela, e di assicurare una loro sufficiente sedimentazione e stabilizzazione nella coscienza collettiva.

Ma, per altro verso, la possibilità di far stabilizzare e sedimentare norme capaci di esercitare una effettiva funzione di orientamento culturale è ostacolata dalla compresenza, a livello internazionale e nello stesso orizzonte europeo contemporaneo, di modelli di disciplina molto differenziati nel rispettivo grado di chiusura proibizionista e di apertura liberale. Ciò, oltre a fomentare fenomeni di "turismo della provetta" o di "turismo della morte dolce", contribuisce nello stesso tempo a discreditare gli stessi divieti penali e a privarli di pratica efficacia. Ne deriva che, anche nelle materie che coinvolgono questioni di etica della vita e della morte, il penalista odierno non può limitarsi a concepire modelli di regolamentazione di ristretto respiro nazionale. Se così è, la prospettiva del pluralismo lancia oggi una sfida non soltanto all'interno di ogni singola democrazia, ma in un più ampio scenario sopranazionale. E non è un paradosso che questa duplicazione di angolazione visuale possa agevolare, e a un tempo rendere più ardua, la ricerca di punti di vista minimi comuni.

Un ultimo, forse superfluo rilievo. Rinvenire soluzioni oggetto di condivisione ampia, presuppone un migliore equilibrio sul piano del dibattito pubblico e della elaborazione politica –a livello sia nazionale che metanazionale– tra (per dir così) "razionalità strategica" e "razionalità comunicativa". I cultori di discipline penalistiche, in quanto tali, in vista di questo obiettivo non possono da soli e con i loro attrezzi concettuali fare molto. Dovrebbero però anch'essi fare maggiori sforzi –dalla loro prospettiva professionale tutt'altro che insensibile per tradizione culturale ai valori illuministici– per contribuire a immettere, in una discussione pubblica non di rado emotiva e strumentalmente drogata, elementi di ragionevolezza e di controllo critico

14. La prospettiva della globalizzazione apre spazi di riflessione anche per tentativi di (ri-)legittimazione teorica del diritto penale in chiave giusfilosofica.

In questo senso sembra assai stimolante l'approccio teorico di chi, come in particolare il filosofo Otfried Hoeffe, sviluppa riflessioni tese a vagliare la possibilità di un diritto penale universale: cioè valido ugualmente "per neri e per bianchi, per ebrei, cristiani, musulmani e buddisti,

per agenti di borsa e coltivatori di riso, per i militari serbi e per i mujaheddin afgani". E ciò prospettando, appunto, la tesi che la coercizione penale sia idonea a fungere da strumento di importanza primaria in una società vincolata all'ideale dei diritti umani: tesi che viene argomentata prendendo le mosse dalla questione relativa a come, in un contesto di crescente globalizzazione, gli ordinamenti giuridici debbano reagire nei confronti degli individui che superano le frontiere statali, ossia "nei confronti degli estranei, specialmente di coloro che lo sono nel senso forte del termine, che non giungono da uno Stato culturalmente vicino, ma da una cultura giuridica di altro genere. E' cioè lecito che gli ordinamenti giuridici ricorrano, ciò nonostante, al loro strumento più forte, al diritto penale come *ultima ratio*? La domanda può essere pertanto formulata nel modo seguente: si può affermare che tra gli obblighi che gli esseri umani possono esigere reciprocamente esista anche una facoltà interculturale di punire? In altri termini: è legittima, sotto l'aspetto giuridico-morale, una facoltà di punire che si estenda a tal punto?". (Per il modo in cui vengono posti, è peraltro ovvio che si tratta di interrogativi "aperti" se collocati in una prospettiva di taglio –appunto– eminentemente giusfilosofico, mentre è noto che, a guardare invece le cose sotto una angolazione giuspositivista, è fenomeno assai diffuso da tempo che gli ordinamenti penali consentano, in forza di criteri normativamente prefissati, l'applicabilità della legge penale nazionale anche agli stranieri).

La risposta di Hoeffe alla suddetta domanda è positiva sulla base di considerazioni così riassumibili. Tra il diritto penale come istituzione transculturale e i diritti umani considerati a loro volta come istituzione non soltanto europea ma a vocazione potenzialmente universale (almeno nel loro nucleo essenzialissimo), esiste secondo il filosofo tedesco un rapporto di strettissima connessione e (per dir così) implicazione. Ciò, innanzitutto, sul piano storico. Sin dai tempi arcaici, il diritto penale esiste nelle più diverse culture giuridiche come strumento ordinamentale finalizzato a reagire contro le violazioni di quei beni giuridici essenziali per la vita di ciascun individuo, che corrispondono oggi al nucleo duro dei diritti umani fondamentali: si allude al diritto alla vita e all'integrità personale, al diritto di proprietà e all'onere. Proprio questa costante storica fornirebbe una importante riprova del fatto che, da un lato, esiste pressoché da sempre qualcosa di corrispondente al cuore degli odierni diritti fondamentali e che, dall'altro, la matrice culturale di tali diritti non è specificamente europeo-occidentale.

Questo dato storico suffragherebbe, altresì, la plausibilità teorica di una fondazione in chiave "logico-trascendentale" di diritti essenziali come quelli alla vita e all'integrità fisica, che costituiscono presupposti irrinunciabili, vere e proprie "condizioni a priori" della capacità di agire dell'essere umano, caratterizzate da un sistema di "necessaria reciprocità" che prescinderebbe dalle contingenze e differenze culturali (il diritto di ciascuno alla tutela della vita e dell'integrità fisica presuppone, come condizione necessaria, la rinuncia alla violenza da parate degli altri e, in caso contrario, che la tutela del predetto diritto sia assicurata mediante il ricorso a una coercizione esterna). Tutto ciò premesso, è da osservare tuttavia che il vero problema consiste –com'è facile intuire– in questo: come impostare oggi una prospettiva di aggiornate interrelazioni tra coercizione penale e diritti umani. Sotto, beninteso, un duplice punto di vista: per un verso, della selezione di un "catalogo" di diritti umani assumibili a oggetto di tutela penale; e, per altro verso, della individuazione di diritti-limite all'intervento penale, cioè il cui riconoscimento oppone una barriera invalicabile alla possibilità di fare ricorso alla punizione.

Per affrontare la prima domanda, relativa alla odierna selezione di un catalogo di diritti umani penalmente rilevanti, un approccio filosofico non sarebbe di per sé sufficiente per intuibili ragioni. In linea generale e di principio, perché una fondazione in chiave filosofica può delineare soltanto "uno scheletro normativo, il quale, prescindendo da tutto un insieme di elementi aggiuntivi, non è in grado di fornire un quadro compiuto, ossia né una precisa struttura istituzionale, né una norma giuridica ben determinata". Ed è appena il caso di sottolineare che si tratta di fattori aggiuntivi di portata decisiva, a cominciare dalla compatibilità, o meglio dalla consonanza del modello orientativo di stampo filosofico con quell'insieme di condizioni empiriche e di orientamenti politico-culturali, la cui contingente presenza nei contesti pubblici esterni influenza la concreta conformazione della tutela penale ad opera degli organi politico-istituzionali a ciò competenti.

Ciò premesso, si comprende quanto sia problematica la determinazione del novero dei diritti umani oggi elevabili a oggetto di protezione penale nell'ambito di ordinamenti concreti, a livello sia nazionale che sopranazionale. Al di là della pretesa di vedere penalmente presidiati diritti essenzialissimi quali vita, integrità, dignità (quest'ultima pur con i condizionamenti storico-culturali prima evidenziati) –pretesa peraltro già tradottasi in realtà "normativa, se non sempre anche "effettuale" in

pressoché tutti gli ordinamenti storici–, un problema di scelte controvertibili sorge proprio al momento di individuare come candidabili alla protezione penale diritti ulteriori, cioè che trascendono il nucleo duro e indiscutibile di quelli basici poc'anzi menzionati. Ma la difficoltà, ancor prima che riguardare l'azionabilità di una tutela penalistica legittima ed efficace, dipende ancora più a monte dal riproporsi anche qui della questione –a tutt'oggi dibattutissima– relativa al modo di intendere ambito, portata e gerarchia dei diritti umani. Nonostante l'ambizione dei tre documenti a vocazione più generale e universale (cioè la Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948, e i due Patti del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali) di "parlare a tutta l'umanità con la stessa voce", "l'universalità è, per ora, un mito": esistono ancora profonde divergenze nella concezione di fondo dei diritti, legate per un verso al differente modo di concepire i rapporti tra l'individuo e lo Stato, e per altro verso alla rispettiva prevalenza accordata alla dimensione dell'individuo singolo o a quella della comunità in funzione delle diverse visioni culturali e religiose.

A questa difficoltà se ne aggiungono altre, connesse alle condizioni giustificatrici e alla logica di funzionamento della responsabilità penale. Mentre cioè è senz'altro sensato –e così del resto appare da tempo assai risalente– elevare a illecito penale l'offesa a quei diritti umani essenziali, la cui salvaguardia fa da scudo alla possibilità di ciascun uomo di vivere e agire senza essere esposto ad aggressioni fisiche o a sofferenze o forme di coercizione arbitraria (come il diritto alla vita e all'integrità, il diritto a non essere sottoposti a tortura o a detenzione illegale e simili), assai più problematico sarebbe invece giungere a ravvisare ipotesi di reato anche nella violazione di diritti ulteriori a carattere sociale, finalizzati più al benessere che allo scongiuramento di un danno, il cui soddisfacimento presuppone scelte politiche in materia socio-economica e prestazioni positive da parte di soggetti pubblici (come, ad esempio, nel caso dei diritti all'alimentazione, al lavoro, alla casa ecc.): se si pensasse di poter incriminare il mancato rispetto anche dei diritti sociali, strumentali a un pieno sviluppo della persona umana, il diritto penale finirebbe infatti col trasformarsi in uno strumento autoritario e illiberale di implementazione coattiva di politiche pubbliche. E ciò con buona pace dei principi fondamentali della democrazia liberale, che dovrebbero fungere da criteri ispiratori della conformazione della stessa tutela penale.

3
Crimes financeiros nos tribunais brasileiros

MAÍRA ROCHA MACHADO

Doutora em Direito pela USP.

RESUMO: O objetivo desse artigo é apresentar algumas das principais conclusões de pesquisa realizada em 380 decisões judiciais dos cinco Tribunais Regionais Federais e do STJ no tocante aos crimes financeiros. O artigo privilegiará os resultados quantitativos referentes ao percentual de condenações, absolvições e arquivamentos. O texto oferecerá também esclarecimentos metodológicos sobre a produção dos dados e sobre seus limites na descrição do funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes financeiros – Pesquisa empírica em decisões judiciais – Estudo quantitativo – Questões metodológicas.

ABSTRACT: The paper presents the main findings of empirical research taken from 380 Brazilian Appellate Court decisions on financial crimes. The focus will be on quantitative data concerning the rate of convictions, acquittals and dismissals. The paper also offers a methodological discussion on the production of this type of data and its limitations in describing how the criminal justice system works.

KEYWORDS: Financial crimes – Empirical research in judicial decisions – Quantitative study – Methodological questions.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O que dizem esses números? Alguns esclarecimentos metodológicos – 2. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros – 3. O que não dizem esses números? Algumas notas conclusivas – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em julho de 2008, jornais de grande circulação divulgaram notícias sobre a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro nacional a partir dos resultados de uma pesquisa produzida pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV. De maneira geral, as reportagens destacaram o elevado número de condenações pela prática desses crimes: 94%, foi a cifra mais difundida.

À primeira vista, os resultados divergiam substancialmente de pesquisa sobre o mesmo tema realizada 10 anos antes pela Professora Ela Wiecko de Carvalho. Uma das conclusões de seu estudo aponta que apenas 0,88% dos casos analisados resultaram em condenação (Carvalho, 1997:289).

Estaríamos diante de uma espetacular mudança na atuação do sistema de justiça criminal em relação aos crimes financeiros? O objetivo do presente texto é enfrentar essa questão de duas formas.

A primeira parte buscará explicitar o que precisamos saber sobre as duas pesquisas para responder à pergunta. Especificamente, o intuito é apresentar e discutir alguns aspectos do procedimento de construção de dados quantitativos, bem como as limitações e desafios dessa forma de medir e descrever determinados fenômenos.

A segunda seção irá sintetizar parte dos resultados obtidos na pesquisa realizada em 380 acórdãos dos cinco Tribunais Regionais Federais e do STJ. O foco aqui será explicitar o alcance dos dados sobre a atuação desses tribunais no tocante aos crimes contra o sistema financeiro nacional.

Para concluir, o texto buscará discutir uma questão que, apesar de não integrar a pesquisa, esteve várias vezes a ela associada: a sensação de impunidade em relação aos crimes financeiros.

1. O que dizem esses números? Alguns esclarecimentos metodológicos

"Vivemos numa época em que os números têm certa magia e poder de nos convencer e de fazer argumentos parecerem verdade. Estatísticas podem ser perigosas se não dispusermos das ferramentas para analisá-las criticamente."[1]

A advertência de Evans e Himelfarb aplica-se inteiramente à realidade brasileira.

No direito penal, ainda mais, por serem muito infreqüentes os estudos quantitativos, os números exercem verdadeiro fascínio, despertando o interesse do público e dos grandes meios de comunicação sobre

1. "We live in an age where numerical values have a certain magic and a power to convince us, to make arguments seem true. Statistics can be dangerous if we do not have the tools to consider them critically" (Evans, J. e Himelfarb, A., 2000:64 – trad. livre).

temas que dificilmente conseguiriam tanto espaço se baseados apenas em resultados qualitativos.

Não é de hoje que os números ocupam esse lugar.

Ao descrever a formação das ciências sociais no século XIX, Alvaro Pires chama a atenção para o debate epistemológico e metodológico sobre a busca de validade empírica para o conhecimento que produziam. No campo epistemológico o debate focalizou as possíveis *estratégias de conhecimento*: "Aqui o tema central concernia à *posição*, *ponto de vista*, ou, ainda, *atitude* que o pesquisador deveria privilegiar para produzir um conhecimento 'objetivo' ou 'verdadeiro'" (Pires, 2008:48). Os três grandes modelos disponíveis inicialmente eram "o olhar *do exterior*, o olhar *do interior* e o olhar *de baixo*" (Pires, 2008:48).[2]

No campo metodológico, que nos interessa especialmente nesse texto, a discussão centrou-se na *natureza dos dados*. Duas visões estavam em jogo aqui. "A primeira se baseava no modelo das ciências da natureza e insistia, entre outras coisas, no primado dos números e na unicidade de *uma forma de tratamento dos dados*, o quantitativo" (Pires, 2008:48). Em contraposição, a segunda visão privilegiava a pesquisa histórica e os dados primários, isto é, os dados "que haviam sido menos alterados" e "que haviam passado pelo menor número possível de intermediários" (Pires, 2008:48).

Pires nos explica que o prolongamento dessas duas visões levou alguns autores a criar uma oposição entre o "qualitativo" e o "quantitativo". No entanto, para Alvaro Pires essa oposição parece ser "mais ideológica e política (isto é, ligas às lutas institucionais por recursos e prestígio), do que metodológica, pois não há oposição verdadeira entre a natureza dos dados e a ambição de evidenciar a verdade e de adquirir um conhecimento sistemático do real por meio de pesquisa empírica" (Pires, 2008:49).

Não se trata aqui de negar a importância dos "números" e privilegiar as "letras" (Pires, 2008). Para os propósitos desse texto, basta indicar que constituem duas estratégias para medir e descrever os objetos de pesquisa. Pires chama atenção para o fato de que a finalidade do pesquisador é a precisão e que ela se apresenta de, ao menos, três formas: uma teórica e duas empíricas (quantitativa e qualitativa): "(...) é

2. Esses três modelos são apresentados e discutidos em Pires, 2008:69 a 77.

preciso encontrar a *forma empírica* e o *grau* de precisão que convêm aos aspectos do fenômeno que lhe interessa" (Pires, 2008:77).

No campo da pesquisa em direito, podemos já nos beneficiar da descoberta de que não é apenas o conhecimento matemático – "caminho sonhado para atingir as verdades universais imutáveis" (Pires, 2008:48) – a única forma de conhecimento "capaz de tornar científico o saber social" (Pires, 2008:48).

Ademais, a intensa exploração midiática dos números não pode intimidar ou paralisar a pesquisa quantitativa em direito. Deve, ao contrário, colocar-nos diante de uma nova tarefa: explicitar os limites dos dados e dos procedimentos metodológicos adotados, com vistas a oferecer ao público elementos que permitam a realização de juízos de confiabilidade e de validade da pesquisa.

De acordo com Evans e Himelfarb, ao falarmos em *confiabilidade*, devemos ter em mente a seguinte pergunta: "os métodos e as técnicas utilizados na produção de estatísticas são suficientemente fortes de modo que qualquer pessoa seguindo esse procedimento alcançaria o mesmo resultado?" A *validade*, por sua vez, coloca em questão o quanto a ferramenta metodológica escolhida efetivamente mede aquilo que o pesquisador está interessado em saber. A questão aqui é "as estatísticas produzidas contam o que elas tinham a intenção de contar?" (2000:61 – traduções livres).[3] Há um terceiro elemento a ser mencionado aqui: a *interpretação* dos dados. Isolados, podem sustentar afirmações inteiramente opostas ou simplesmente não revelar informação alguma.

Essas noções-chave serão debatidas e aprofundadas a seguir em três momentos. Para fornecer elementos referentes à confiabilidade, o texto apresentará a seguir os principais aspectos do procedimento metodológico adotado na pesquisa. A explicitação do objeto e das escolhas metodológicas fornecerá elementos sobre a validade que, por sua vez, será retomada na terceira parte desse texto, quando serão debatidas algumas das conclusões que *não* podem ser extraídas dos dados produzidos. As questões referentes à interpretação, por fim, serão a tônica do próximo item que apresenta parte dos resultados da pesquisa.

3. "Are the methods and techniques involved in gathering statistics strong enough that anyone following the procedures would produce the same counts (reliability)?". "Do the statistics collected count what they purport to count?".

Comecemos, então, pela construção de nossa pesquisa.

"(...) a noção de objeto construído designa também *o procedimento metodológico do pesquisador*. Efetivamente, queira-se ou não, o pesquisador seleciona fatos, escolhe ou define conceitos, interpreta seus resultados, etc.; em suma, ele constrói, de sua parte, seu objeto tecnicamente e teoricamente." (Pires, 2008:60)

O Quadro 1 sintetiza as cinco etapas do procedimento metodológico adotado na pesquisa, de acordo com a proposta de Evans, J. e Himelfarb, A., (2000:65-67).[4]

Quadro 1 – Síntese do Procedimento Metodológico

Unidade de contagem	380 acórdãos versando sobre a lei de crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986) selecionados por amostragem aleatória entre 1989 e 2005.[1]
Níveis de agregação	(i) Os cinco Tribunais Regionais Federais (251 decisões) e o (ii) STJ (129 decisões).
Definições	Acórdãos foram reunidos em quatro grupos: *Mérito* (acórdãos que mencionam a absolvição ou condenação dos réus, inclusive as hipóteses de extinção da punibilidade pela prescrição reconhecida após a condenação ou absolvição em primeira instância); *Prosseguimento* (acórdãos que abordam o trancamento ou prosseguimento da ação penal ou do inquérito); *Cautelar* (concessão de medidas cautelares ligadas à liberdade ou ao patrimônio) e *Competência* (discussão sobre a competência).
Fontes utilizadas	*Sites* dos seis tribunais estudados.
Procedimentos de contagem	Cada acórdão foi contado uma única vez, independentemente do número de réus e da existência de concurso de crimes.

4. Os detalhes sobre o procedimento metodológico adotado constam do relatório de pesquisa publicado em *Pesquisa em debate: a aplicação da Lei 7.492/1986 pelos Tribunais Regionais Federais e pelo STJ*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009 (no prelo). A íntegra do relatório está disponível em: <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/WP18%202.pdf>. O trabalho estatístico foi realizado por Eliana Bordini a quem agradeço a participação nesse e em outros projetos bem como a leitura e os comentários a esse artigo.

1. A utilização de amostra por representação proporcional é absolutamente adequada para os objetivos dessa pesquisa – conhecer os casos de crime financeiro que chegam aos tribunais superiores e seus desfechos. A análise de nosso "universo de trabalho", isto é, as 1298 decisões encontradas não seria factível em face do tempo e dos recursos humanos disponíveis para a pesquisa. Em realidade, em face dos objetivos da pesquisa, não seria sequer necessária, pois as amostras probabilísticas servem justamente para isso: oferecer uma representação estatística de um determinado universo. Nunca é demais lembrar que para outros objetivos a amostra probabilística pode ser pouquíssimo recomendável. Se o que se busca é identificar ou rastrear a formação de um *leading case* ou ainda localizar uma decisão rara (em termos de freqüência) melhor seria utilizar recorrer aos operadores do direito ou à doutrina especializada. Agradeço à minha colega Marta Machado por haver chamado minha atenção para esse ponto e ao Alvaro Pires pelos esclarecimentos em torno dessa questão.

Há, ao menos, um aspecto que merece ser tratado em detalhe: o impacto da política de alimentação dos *sites* dos tribunais nos resultados da pesquisa. Como explicitado no relatório, boa parte dos sites dos Tribunais Regionais Federais não disponibilizam a totalidade dos acórdãos julgados, mas os acórdãos selecionados com base no "critério da novidade". De acordo com os funcionários responsáveis pela alimentação, a seleção é feita a partir das ementas publicadas no Diário Oficial, buscando-se garantir a diversidade de relatores, mesmo tratando-se de ementas semelhantes. No STJ, diferentemente, todas as decisões são cadastradas, no entanto, as consideradas "repetidas" não têm a íntegra disponibilizada no site.[5]

Portanto, no momento em que efetuamos a busca por palavras-chave no site dos Tribunais Regionais Federais, estamos selecionando as decisões que passaram pelo filtro interno dos tribunais e não a totalidade das decisões proferidas sobre o tema da pesquisa. Nesse caso, essa "totalidade de decisões proferidas" não está acessível para pesquisa uma vez que não há ferramentas de busca por palavra-chave no *Diário*

5. Sobre o sentido e o alcance da questão sobre a produção de informações no âmbito do poder judiciário ver os trabalhos da Professora Luciana Gross Cunha, em especial *Contando a Justiça: a produção de informações no sistema de justiça brasileiro*. Cadernos GV, n. 11, maio 2006. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/direito%2011.pdf>.

Oficial. Do ponto de vista metodológico, estes dois grupos distinguem-se entre "universo de trabalho" e "universo de referência".[6]

O primeiro constitui "o universo sobre o qual o pesquisador trabalha, ou que ele tem ao seu alcance" (Pires, 2008:166), em nosso caso, trata-se dos acórdãos disponibilizados nos sites dos Tribunais Regionais Federais. Os "universos de referência", por sua vez, podem ser múltiplos e variáveis, de acordo com "o campo de aplicação da teoria ou dos resultados teóricos da pesquisa" (Pires, 2008:166). Em nosso caso, poderíamos dizer que a totalidade dos acórdãos julgados pelos Tribunais Regionais Federais seria um "universo de referência", como poderiam ser as decisões sobre crimes financeiros em cortes de apelação de outros países, se o interesse da pesquisa fosse realizar análises comparadas.

Enfim, o importante aqui é registrar que a amostra de 380 acórdãos foi calculada aleatoriamente a partir de nosso "universo de trabalho", isto é, o conjunto de acórdãos disponibilizados pelos Tribunais Regionais Federais e pelo STJ nos respectivos sites.

Com este procedimento metodológico, os resultados de nossa pesquisa são úteis para descrever o que ocorre em um estrato do sistema de justiça criminal no tocante aos crimes financeiros. Podemos, sem dúvida, tentar construir uma visão do funcionamento do sistema, mas esta visão será sempre determinada pelos órgãos que estamos estudando, no caso, os Tribunais Regionais Federais e o STJ.

Os resultados dizem respeito, portanto, às decisões dos tribunais analisados e não à atuação dos demais órgãos que compõem o sistema. Dessa forma, qualquer tentativa de descrever, a partir desses resultados, o conjunto do sistema deve levar em conta os limites do universo de trabalho. Além das restrições da política de alimentação dos sites dos tribunais, é importante mencionar os casos que não são identificados pelo Banco Central ou demais autoridades, os casos que sim são identificados pela esfera administrativa, mas não são comunicados à esfera penal e, ainda, as situações nas quais o caso é encerrado em primeira instância, por exemplo.[7] Em outras palavras, estudamos aqui apenas e tão somente

6. Privilegiam-se, aqui, as expressões utilizadas no texto original – "univers de travail" e "univers de référence" (Pires, 1997:125) – em detrimento da tradução brasileira que optou por "universo de análise" e "universo geral" (Pires, 2008:166).

7. Nesse sentido, vale mencionar o reconhecimento da prescrição em abstrato, o arquivamento do Inquérito Policial pelo Ministério Público Federal, as

uma amostra dos casos que alcançam os Tribunais Regionais Federais e o STJ após percorrem os diversos filtros do sistema de justiça criminal e administrativo.

Para finalizar esse ponto, retomemos a pesquisa desenvolvida pela Professora Ela Wiecko de Carvalho. Ali foram analisadas 682 representações encaminhadas pelo Bacen ao Ministério Público Federal, no período de julho de 1986 a julho de 1995 (Carvalho, 1997:15). Para seguir a terminologia de Evans, J. e Himelfarb, A., (2000:65) utilizada aqui, o "caso", isto é, a unidade de contagem aqui, é a representação do Banco Central encaminhada ao Ministério Público Federal.[8]

No campo das definições, o desfecho dos casos analisados foi apresentado por intermédio da distinção "sentença de arquivamento" e "sentença de mérito". Entre as primeiras, a autora alocou os casos em que havia sentença "proferida após a conclusão do inquérito policial ou a apreciação do Ministério Público, quando este não encontra fundamento para a denúncia" (Carvalho, 1997:169) e entre as decisões de mérito, estão as sentenças proferidas após o término da instrução criminal. Com base nessas definições, a pesquisa aponta que, do total de casos analisados (682), 11,29% alcançaram a "fase de sentença". Desses, 80,52% resultaram em sentença de arquivamento e 19,49% em sentença de mérito. No interior desse grupo, tem-se 12,9% de absolvições, 3,9% de condenações e 2,6% de sentenças mistas (condenação e absolvição). (Carvalho, 1997:222 e 223)

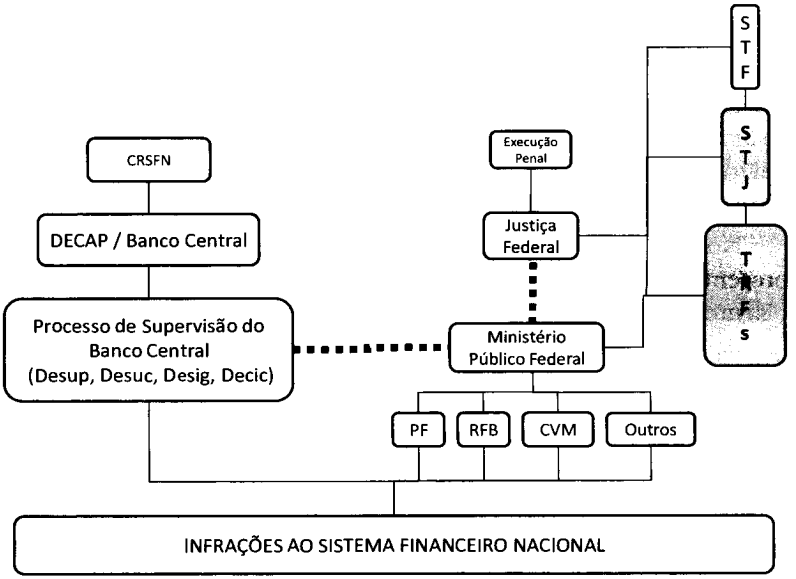
O quadro 2 procura ilustrar as diferentes propostas metodológicas analisadas aqui. À direita da figura, em cinza, estão os órgãos a partir dos quais estamos olhando as decisões judiciais sobre crimes financeiros. As linhas pontilhadas ligando o Banco Central, o Ministério Público e a Justiça Federal buscam indicar o estudo do fluxo de processos que caracteriza o procedimento metodológico da Professora Ela Wiecko de Carvalho.[9]

decisões não recorridas de não recebimento da denúncia e a remessa dos autos para a justiça estadual sem suscitar conflito de competência. Para mais detalhes, ver o texto de apresentação do livro citado na nota 4.

8. Para uma descrição detalhada do procedimento metodológico adotado nessa pesquisa ver, especialmente, CARVALHO (1997:153 a 165).

9. Essa ilustração engloba apenas os órgãos penais e administrativos envolvidos na persecução dos crimes financeiros. Mas vale lembrar que as decisões do Departamento de Controle e Análise de Processos Administrativos Punitivos

Quadro 2 – Organograma do Sistema de Justiça Criminal (no tocante aos crimes financeiros)[10]



(Decap) e do próprio Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) são passíveis de recurso à Justiça Federal cível.

10. Siglas utilizadas no quadro: CRSFN (Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional); PF (Polícia Federal); RFB (Receita Federal do Brasil); CVM (Comissão de Valores Mobiliários); Decap (Departamento de Controle e Análise de Processos Administrativos Punitivos); Desup (Departamento de Supervisão de Bancos e Conglomerados Bancários); Desuc (Departamento de Cooperativas e de Instituições Não-Bancárias); Desig (Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro e de Gestão da Informação); Decic (Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro). O organograma completo dos departamentos do Banco Central está disponível em <http://www.bcb.gov.br/?organograma>. Agradeço ao meu colega Sérgio Cipriano dos Santos pela inestimável colaboração na elaboração desse organograma.

2. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros

"Não é fácil refletir a complexidade dos procedimentos judiciais em estatísticas. Estas, inevitavelmente, simplificam a situação, o que pode conduzir a impressões equivocadas (...). Contudo, as estatísticas podem ser úteis para dar uma visão de conjunto da prática decisória."[11]

Neste excerto, Monica Walker chama a atenção para a "visão de conjunto" que as estatísticas podem oferecer sobre a atuação de um determinado tribunal. O reconhecimento de que a complexidade e a riqueza de elementos presentes nessas decisões não transparecem nos números e tabelas não apresenta problemas: o interesse da pesquisa é pela prática decisória em relação a determinado tema e não pelas especificidades de cada um dos elementos que compõem o conjunto.

Mesmo em se tratando de uma "visão de conjunto da prática decisória", para utilizar a expressão de Walker (1983), é importante destacar que os números certas vezes não nos dão todos os elementos que precisamos para descrever um determinado fenômeno. É preciso interpretá-los, agregando informações de outras fontes, confrontando-os com outros resultados.

Os dados referentes à unanimidade das decisões são um bom exemplo desse ponto. De acordo com os resultados da pesquisa, 94,6% das decisões do STJ são por votação unânime, enquanto nos Tribunais Regionais Federais esse número cai para 86,5% das decisões. O que podemos extrair sobre a "prática decisória" em sede de crimes financeiros em cada um desses tribunais? Poderíamos afirmar que os Ministros do STJ divergem menos ou que a prática de "acompanhar o relator" é aqui mais freqüente. Mas poderíamos pensar também que, ao contrário, os Ministros divergem, debatem intensamente, mas no momento da votação votam juntos para, por exemplo, evitar a possibilidade de interposição de embargos infringentes ou para preservar a unidade da decisão da corte.

O que nos dirá qual é a melhor interpretação desses dados? Nesse caso, estamos claramente diante de uma situação na qual o resultado

11. "The complexity of court proceedings cannot easily be reflected in the statistics. They inevitably simplify the situation, and this can give a misleading impression regarding, for example, sentencing practice. They can, however be useful in giving an overall picture of trends in sentencing practice" (Walker, 1983:292 – trad. livre).

estatístico comparando tribunais não nos informa sobre *a atuação do tribunal* ou sua *prática decisória*. O dado revela apenas o resultado de determinada prática que, como se viu, pode ser precedido de formas opostas de atuação. E uma das formas de tornar essa circunstância visível ao pesquisador é debater os resultados da pesquisa com aqueles que participam diretamente de sua aplicação ou criação no âmbito do sistema jurídico: magistrados, procuradores e advogados.[12]

Pois bem.

Uma vez introduzida a *interpretação* – terceira noção-chave ao lado da confiabilidade e da validade dos dados estatísticos – passemos a eles.

Os resultados apresentados a seguir foram organizados de duas formas: por tribunal e por grupo. Na primeira parte, indicamos as decisões mais freqüentes nos Tribunais Regionais Federais e no STJ (tabelas 1 e 2, respectivamente). Na segunda parte, reunimos essas decisões de acordo com os grupos aos quais pertencem (tabela 3) e detalhamos apenas os dados referentes aos grupos de "mérito" e "prosseguimento" (tabelas 4 e 5, respectivamente).[13]

Os dados das tabelas 1 e 2 revelam o que os tribunais decidem com maior freqüência em sede de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Tabela 1. Distribuição de acórdãos por tribunal – STJ
Brasil, 1989-2005

Decisões do Superior Tribunal de Justiça	Total
Prosseguimento da ação penal ou do inquérito policial	31%
Encaminhamento para a Justiça Estadual (conflito de competência)	24,8%
Condenação (manutenção ou reforma das decisões anteriores)	13,2%
Trancamento da ação penal ou do inquérito policial	9,3%

12. Foi o que o Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV buscou fazer em seminário realizado em 19.06.2008, no auditório da instituição em São Paulo, como se verá adiante.

13. Para informações relativas às cautelares e à competência, consultar a íntegra do relatório de pesquisa citado acima.

Encaminhamento ou manutenção dos autos na Justiça Federal (conflito de competência)	7,8%
Outras	13,9%
Total	**100%**

Fonte: Tribunais Regionais Federais, STJ e Direito GV.

Como se vê na Tabela 1, 31% das decisões do STJ em âmbito de crimes financeiros determinam o prosseguimento do caso. Tratam-se aqui, sobretudo, de decisões denegatórias de pedidos de trancamento de inquérito policial ou ação penal. As concessões de pedidos dessa natureza limitam-se a 9,3%. Além disso, quase 33% de todas as decisões do STJ em crimes financeiros diz respeito a conflitos de competência. Na grande maioria das vezes, a decisão determina o envio dos autos à Justiça Estadual (24,8% de todas as decisões do STJ) contra 7,8% de hipóteses inversas, isto é, encaminhamento ou manutenção dos autos à Justiça Federal.

Olhando desta perspectiva, isto é, observando o conjunto de acórdãos do STJ em crimes financeiros, a decisão condenatória – manutenção ou reforma de decisões anteriores – constitui 13, 2% de todas as decisões proferidas pelo STJ.

Tabela 2. Distribuição de acórdãos por tribunal – Tribunais Regionais Federais Brasil, 1989-2005

Decisões Tribunais Regionais Federais	**Total**
Condenação (manutenção da decisão de 1.ª instância)	26,5%
Prosseguimento da ação penal ou do inquérito policial	24,8%
Absolvição (manutenção ou reforma da decisão de 1.ª instância)	9,5%
Condenação e extinção da punibilidade (prescrição)	8,7%
Trancamento da ação penal ou do inquérito policial	8,5%
Outras (pluralidade de decisões, medidas cautelares, etc.)	22%
Total	**100%**

Fonte: Tribunais Regionais Federais, STJ e Direito GV.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, os principais resultados concentram-se nas decisões de prosseguimento do caso, quase 25%, e em condenações, alcançando 26,5% de todos os acórdãos dos Tribunais Regionais Federais analisados aqui. Importante destacar que em quase 9% dos casos, os Tribunais Regionais Federais confirmaram a condenação e reconheceram a extinção da punibilidade dos réus em virtude da prescrição.

Tabela 3. Distribuição de acórdãos por tipo de decisão e instâncias Brasil, 1989-2005[14]

Tipo de decisão	Tribunal		Total
	STJ	TRFs	
Mérito – Grupo A	14,0%	48,7%	42,7%
Prosseguimento da investigação ou persecução – Grupo B	41,1%	38,9%	39,3%
Medida cautelar (relacionada à liberdade ou ao patrimônio) – Grupo C	7,0%	7,5%	7,4%
Competência – Grupo D	38,0%	-- *	10,7%
Total	**100,0%**	**100,0%**	**100,0%**

Fonte: Tribunais Regionais Federais, STJ e Direito GV.

A distribuição dos acórdãos em cada um dos grupos está diretamente relacionada à competência recursal dos Tribunais Regionais Federais e ao STJ. Como se vê na tabela 3, boa parte da atividade do STJ em sede de crimes financeiros concentra-se no julgamento de conflitos de competência (38%) e de pedidos relacionados ao trancamento da ação ou do inquérito penal (41,1%). No caso dos Tribunais Regionais Federais, o número de casos relacionados a trancamento é menor, mas igualmente significativo: 38,9%. A grande maioria dos casos aqui está reunida no grupo de mérito (48,7%), resultado que não surpreende se tivermos em mente que em 49,6% dos casos analisados nos Tribunais Regionais Federais, o acórdão foi gerado por uma apelação criminal.[15]

14. Reprodução da Tabela 7 do relatório de pesquisa citado acima.
15. Para os dados completos sobre tipo de recurso, momento de interposição e legitimidade ativa, ver a íntegra do relatório de pesquisa citado acima.

Nas tabelas 4 e 5, os resultados são expressos de duas formas: percentual em relação ao tribunal respectivo (Tribunais Regionais Federais ou STJ) e percentual em relação ao grupo (no caso, grupo B – prosseguimento). No primeiro caso, reproduzimos os dados das tabelas 1 e 2, referentes ao total de decisões de cada tribunal. Na segunda coluna, indicamos o percentual considerando o total de decisões do grupo analisado.

Dessa forma, ao observarmos as decisões no interior do grupo A – mérito, destacam-se as condenações tanto nos Tribunais Regionais Federais quanto no STJ. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais as decisões condenatórias são quase três vezes mais freqüentes que as absolutórias. No tocante ao STJ, por sua vez, o número de absolvições sequer comporta desagregação.

Tabela 4. Distribuição de acórdãos do Grupo A – STJ e Tribunais Regionais Federais (consolidado)
Brasil, 1989-2005

		STJ		TRFs	
Grupo A – Mérito	**Decisão**	**% em relação ao STJ**	**% em relação ao Grupo B**	**% em relação aos TRFs**	**% em relação ao Grupo B**
	Condenação	13,2%	94,4%	26,5%	54,5%
	Absolvição	-	-	9,5%	18,6%
	Pluralidade de decisões e Outros	-	-	-	-
Total			100%		100%

Fonte: Tribunais Regionais Federais, STJ e Direito GV.

A tabela 5 apresenta os resultados obtidos no interior do grupo B, referente às decisões de trancamento ou prosseguimento da ação penal ou do inquérito. Como se vê, tanto os Tribunais Regionais Federais quanto o STJ decidem pelo prosseguimento da ação ou do inquérito policial em proporção até três vezes maior do que decidem pelo trancamento.

Tabela 5. Distribuição de acórdãos do Grupo B – STJ e Tribunais Regionais Federais (consolidado) Brasil, 1989-2005

		STJ		TRFs	
Grupo B – Prosseguimento	**Decisão**	**% em relação ao STJ**	**% em relação ao Grupo B**	**% em relação aos TRFs**	**% em relação ao Grupo B**
	Prosseguimento	27,1%	66,0%	24,8%	60,2%
	Trancamento	13,2%	32,1%	8,5%	20,7%
	Pluralidade de decisões e Outros	-	-	-	-
Total			**100%**		**100%**

Fonte: Tribunais Regionais Federais, STJ e Direito GV.

Importante destacar que 44,2% das decisões do STJ analisadas na pesquisa foram geradas por *Habeas Corpus* e 75,9% foram proferidas antes da sentença de primeira instância (26,3% antes do recebimento da denúncia e 49,6% no decorrer da ação penal).

No tocante aos Tribunais Regionais Federais, 52% das decisões foram proferidas após a sentença de primeira instância. Trata-se de resultado consistente com o elevado número de apelações criminais, quase 50%.

3. O QUE NÃO DIZEM ESSES NÚMEROS? ALGUMAS NOTAS CONCLUSIVAS

"Quanto mais nos aprofundamos no sistema [de justiça criminal], mais óbvio se torna que estamos contando como o próprio sistema funciona; estamos contando decisões oficiais sobre crimes (...)."[16]

Retomemos a pergunta da introdução. Duas pesquisas empíricas realizadas no Brasil sobre a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986) tiveram como resultado 3,9% e 94% de condenações nos seguintes intervalos de tempo 1986-1995 e 1989-2005, respectivamente. Tomados assim, simplesmente, os números poderiam nos levar a concluir que nos 10 anos que separam as pesquisas,

16. "The further you go into the system, the more obvious becomes that you are counting something about how the system itself operates; you are counting official decisions on crime (...)" (EVANS, J. e HIMELFARB, A., 2000:62 – trad. livre).

a quantidade de condenações por crimes financeiros aumentou espetacularmente. Será que essa afirmação descreve bem o que ocorreu no sistema de justiça criminal brasileiro nesse período?

Infelizmente não temos como responder a essa pergunta. Como se viu, cada uma das pesquisas mencionadas seguiu um procedimento metodológico diferente. Isto impede que seus resultados sejam comparáveis e analisados em conjunto. Para sabermos sobre a transformação do sistema de justiça criminal em relação aos crimes financeiros teríamos que haver repetido o procedimento metodológico da Professora Ela Wiecko de Carvalho nos dias atuais ou teríamos que refazer a pesquisa da Direito GV em relação àquele intervalo de tempo.

Igualmente, os dados analisados aqui não permitem quaisquer afirmações sobre a "resposta estatal" a este tipo de infração. Vale a pena voltar ao quadro 2: a representação gráfica do funcionamento do sistema de justiça criminal em âmbito de crimes financeiros evidencia que as decisões podem haver sido modificadas no STF antes de transitarem em julgado. Após a ocorrência da coisa julgada, ademais, inicia-se o processo de execução da pena que, ele próprio, pode ser interrompido ou não concluído por uma série de motivos. Além disso, ao falarmos em "resposta estatal" temos necessariamente que incluir as decisões dos processos administrativos sancionatórios levados a cabo pelo Banco Central.

Estas e outras questões foram objeto de seminário realizado para debater os resultados da pesquisa com profissionais que atuam nos diferentes órgãos que compõem esse sistema.[17]

Em relação à execução da pena, vale lembrar que a grande maioria das condenações analisadas na pesquisa permitiriam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP, por serem as penas aplicadas inferiores a quatro anos de reclusão.[18] No entanto, a percepção dos magistrados das varas especializadas em crimes financeiros e lavagem de dinheiro que analisaram a pesquisa indi-

17. O seminário foi gravado, transcrito, revisto pelos participantes e publicado em MACHADO (2009).

18. Um estudo detalhado sobre a substituição das penas encontra-se disponível em VIEIRA (2009).

caram que a execução penal pela prática de crimes financeiros é muito pouco freqüente.[19]

No tocante à desnecessidade de individualização da conduta em crimes societários, alguns palestrantes chamaram a atenção para o fato de que, após 2005, esse entendimento tem mudado no STJ, o que não apareceria na pesquisa em função tanto do recorte temporal (1989 a 2005) quanto da seleção amostral aleatória que não está voltada a percorrer o caminho das alterações de entendimento jurisprudencial.

Importante também indicar que vários palestrantes destacaram que o elevado número de condenações e de denegações de trancamento corresponde à percepção que têm do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, mas não do STF. Nesse sentido, consideram os palestrantes que os resultados na corte suprema poderiam ser bastante distintos dos obtidos.[20]

Mas o que mais chamou nossa atenção foi a utilização dos dados para extrair conclusões sobre a questão da impunidade em crimes financeiros.[21]

19. Em relação a São Paulo, o Dr. Fausto de Sanctis, da 6.ª Vara Criminal da Justiça Federal informou haver recebido apenas três guias de execução a partir de 2005 e que duas delas foram trancadas por intermédio de *Habeas Corpus*. A transcrição encontra-se reproduzida em MACHADO (2009). No mesmo sentido, no tocante a Porto Alegre, o Dr. José Paulo Baltazar também considera haver poucas execuções sobre crimes contra o sistema financeiro nacional (BALTAZAR, 2009).
20. Ver, nesse sentido, a transcrição dos comentários de Rodrigo de Grandis, Flávia Rahal e Celso Vilardi à pesquisa publicada em MACHADO (2009).
21. A menção à "impunidade" apareceu nas principais reportagens que divulgaram a pesquisa, bem como na fala de pesquisadores e operadores do direito que participaram do seminário. Apenas à guisa de ilustração, ver: "Estudo contesta a impunidade", *Gazeta Mercantil*, 19.06.2008, Capa/A12; "Lei do Colarinho Branco não leva à prisão, diz FGV" *Folha de S. Paulo*, 19.06.2008, C10/A7; "Crime financeiro: 94% de condenação" e "Número de condenações não evita impunidade, diz juiz", *Estado de S. Paulo*, 13.07.2008, A10; e, ainda, "Penas brandas criam sensação de impunidade" legenda da reportagem veiculada no *Notícias das Sete da Rede TV*, transmitida em 08.07.2008 às 19h22. Essa ampla utilização do termo impunidade parece também ilustrar que, ao menos em torno da questão tratada nesse artigo, não é possível identificar diferenças substanciais entre o público acadêmico e o público em geral. Agradeço ao meu colega José Rodrigo Rodriguez por haver chamado minha atenção para esse problema.

O ponto que interessa a esse texto é bastante simples: a idéia de "impunidade" traz uma séria dificuldade conceitual ao debate sobre políticas públicas na área penal. Isto porque sua intensa utilização tem servido à manutenção de uma concepção de regulação estatal marcada por duas grandes reduções.[22]

Inicialmente, reduzimos o conjunto de regras de nosso ordenamento jurídico ao direito penal, considerando-se que a esse ramo do direito cabe regular os problemas considerados mais *graves* de uma determinada sociedade. Ao limitarmos a noção de "resposta estatal" à intervenção penal, eliminamos de nosso horizonte a possibilidade de considerar as sanções aplicadas pelas autoridades administrativas como suficientes e adequadas para lidar com essas condutas.

Ademais, o conceito de impunidade encontra-se normalmente vinculado a uma segunda redução: de sanção criminal à pena de prisão. Multas, prestações pecuniárias, limitações de fim de semana, inabilitação profissional, entre várias outras sanções criminais previstas em nosso direito penal ficam ofuscadas pela "sanção de referência do sistema", a pena privativa de liberdade.[23]

Por todo exposto ao longo do texto, está claro que os dados da pesquisa sobre condenação em crimes financeiros sequer se relacionam a qualquer dos sentidos que se atribua à idéia de "impunidade". Incidindo as duas reduções e associando impunidade com cumprimento de pena de prisão, nenhum dado coletado na pesquisa permitiria extrair conclusões *válidas*. Como indicado anteriormente, a pesquisa foi realizada em um

22. Trata-se de operações semelhantes à qualificada por Pires como "sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena)." (Pires, 2004:42). Fragmento essa operação em duas: de todo o direito, ao direito penal e, dentro desse, à pena de prisão.

23. Não há dúvidas que nosso ordenamento jurídico contribui para esse estado de coisas. As sanções listadas permanecem dependendo de substituição, já que as previstas nos tipos penais são majoritariamente de privação de liberdade. Ver, nesse sentido, os primeiros resultados do Sispenas que apontam que 50% de nossos tipos penais prevêem pena de reclusão, 42% de detenção e 8% de outras penas. Entre as últimas estão as penas de multas (autônomas) e as pouquíssimas penas não prisionais previstas diretamente no tipo (Machado e Machado, 2008:23). Sobre a idéia de "sanção de referência do sistema" ver Machado e Rodriguez (2008:121 e 133).

conjunto de decisões sobre as quais sequer podemos afirmar ter havido o trânsito em julgado, quanto mais o início da execução da pena.

Focalizando as condenações dos tribunais analisados aqui, é possível, certamente, discutir e extrair conclusões sobre as sanções *aplicadas*.[24] Mas elas dizem respeito, exclusivamente, às decisões dos Desembargadores e Ministros dos tribunais analisados e às decisões dos magistrados de primeira instância que alcançaram a instância recursal.

Da mesma forma, operando-se apenas a primeira redução, os dados coletados aqui nada dizem sobre a intervenção do direito penal sobre crimes financeiros, pois não estamos analisando decisões com trânsito em julgado, mas sim as decisões dos Tribunais Regionais Federais e do STJ em relação às quais pode haver novos recursos nesses mesmos tribunais ou no STF.

Mesmo tomando a idéia de "impunidade" em sua acepção mais ampla de "ausência de punição estatal", seria imprescindível produzir informações também sobre a atuação da esfera administrativa em processos sancionatórios sobre infrações financeiras.

Ao mesmo tempo, a existência de um número elevado de condenações por crimes financeiros no âmbito dos tribunais analisados não pode passar despercebida. Mesmo sem execução da pena, estamos diante de um pronunciamento jurisdicional de que um determinado fato ocorreu, de que este fato viola a ordem jurídico-penal vigente e de que determinada pessoa pode ser responsabilizada por essa violação. Nesse sentido, a pesquisa indica que a imputação de responsabilidade é o desfecho mais freqüente nos tribunais analisados em crimes contra o sistema financeiro.[25] No plano teórico, a idéia de separar a *imputação de responsabilidade* da *imposição de uma pena* está estreitamente vinculada à percepção da resposta penal como comunicação. "Se a função do direito penal (...) é comunicar a vigência da norma, a própria imputação de responsabilidade contida na sentença já faz isso." (Machado e Püschel, 2008:266)[26]

24. Ver, nesse sentido, VIEIRA (2009) e SCHORSCHER (2009).

25. A ausência de trânsito em julgado limita, certamente, a extensão do argumento no que diz respeito à autonomia da imputação de responsabilidade nas condenações analisadas nessa pesquisa. Mas não alcança a força da distinção teórica entre imputação de culpa e aplicação de pena.

26. A partir dos trabalhos de Klaus Günther, as autoras concluem que a "comunicação estabilizadora da imputação de responsabilidade" ocorre no

Enfim, essa extensa indicação do que a pesquisa *não diz* tem dois propósitos principais. O primeiro e menos importante deles é responder publicamente a conclusões inválidas e a utilizações pouco adequadas dos resultados produzidos nesta pesquisa. O que mais nos interessa, contudo, é contribuir para que o entusiasmo dos juristas em relação às pesquisas quantitativas e qualitativas sobre o sistema de justiça criminal esteja sempre atento à dinâmica das instituições analisadas e aos limites e potencialidades dos diferentes procedimentos metodológicos.

Referências bibliográficas

Baltazar, José Paulo. Comentários aos resultados da pesquisa. In: Machado, Maíra Rocha (org.). *Pesquisa em debate: a aplicação da Lei 7.492/1986 pelos Tribunais Regionais Federais e pelo STJ*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009.

Carvalho, Ela Wiecko. O *controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Evans, J. e Himelfarb, A. *"Counting crime" in Criminology: a Canadian perspective*. 4. ed. Linden, R. Canada: Harcourt Brace, 2000.

Machado, Maíra Rocha e Rodriguez, José Rodrigo. Otto Kirchheimer. Uma contribuição à crítica do direito penal (levando o direito penal a sério). In:. Nobre, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2008.

_____ (org.). *Pesquisa em debate: a aplicação da Lei 7492/1986 pelos Tribunais Regionais Federais e pelo STJ*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009 (no prelo).

Machado, Marta Rodriguez de A. e Machado, Maíra Rocha. Sispenas: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão. *Ultima Ratio* 2/03-25, ano 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____ e Püschel, Flávia. P. Klaus Günther: Culpa penal no Estado democrático de direito. In: Nobre, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papirus, 2008.

Pires, Alvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: Poupart, J. et alii. *A pesquisa qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos*. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap* 68/ 39-60. São Paulo: Cebrap, mar. 2004.

momento da sentença. O que não necessariamente significa que a resposta estatal deva se esgotar aí, abrindo assim a possibilidade de discutir as possíveis formas de "reação estatal ao conflito" (Machado e Püschel, 2008:267). As autoras publicaram também uma coletânea de artigos do penalista alemão traduzidos ao português: *Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito*. Textos de Klaus Günther (Saraiva, 2009).

_____. Échantillonnage et recherche qualitative: essai théorique et méthodologique. *La Recherche Qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Canada: Gaetan Morin Editeur, 1997.

_____. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POUPART, J. et alii. *A pesquisa qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos*. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. A punição nos crimes contra o sistema financeiro nacional. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisa em debate: a aplicação da Lei 7.492/1986 pelos Tribunais Regionais Federais e pelo STJ*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009 (no prelo).

VIEIRA, Ana Carolina Alfinito. As penas alternativas e a Lei 7.492/1986. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisa em debate: a aplicação da Lei 7.492/1986 pelos Tribunais Regionais Federais e pelo STJ*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009 (no prelo).

WALKER, Monica A. Some problems in interpreting statistics relating to crime. *Journal of the Royal Statistical Society* 146/281-293. Series A (General), 3, 1983.

4
A legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do Judiciário?

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

Mestre e doutora em Direito pela USP. Professora da Escola de Direito de São Paulo da FGV. Membro do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

RESUMO: O objetivo do texto é apresentar e discutir os resultados obtdos com a pesquisa jurisprudencial realizada a partir dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entre os anos de 1998 e 2007 sobre crimes de racismo e discriminação racial. A análise da aplicação da lei está centrada na discussão do diagnóstico geral de que o Judiciário é insensível à questão racial, dado o baixo número de condenações. O texto conclui que uma avaliação da efetividade ou inefetividade das leis brasileiras anti-racistas não deve se resumir ou se ligar prioritariamente ao número de condenações, mas à compreensão da dinâmica e da lógica do sistema jurídico, a fim de que possam ser identificadas suas possibilidades e limitações.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo – Discriminação racial – Pesquisa empírica em decisões judiciais.

ABSTRACT: The goal of this paper is to present the data collected from rulings made by the São Paulo Court of Appeals (*Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP)* between 1998 and 2007 in the field of anti-racist legislation. It contrasts the application of statutes by the Court with the common evaluation that law is ineffective since there's a lack of convictions. It concludes that the lack of convictions does not mean law is ineffective, or that judges aren't sensitive to racial issues, by arguing that the issue could be better understood by analyzing the internal dynamics of the justice system. This approach could offer a more effective contribution to identifying the possibilities and flows of the legal system to deal with racial problems.

KEYWORDS: Racism – Racial discrimination – Empirical research in judicial decisions.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 2. O Judiciário paulista é "insensível" à questão da igualdade racial? – 3. Conclusão – Bibliografia.

INTRODUÇÃO[1]

Práticas que hierarquizam, discriminam e mantêm a população negra em situação de inferioridade ou desvantagem são ainda freqüentes no Brasil e têm influência relevante na determinação de situações de desigualdades sociais e acesso à cidadania. Tal hierarquização tem muitas facetas e se manifesta em vários âmbitos. Ela é visível pelo menos em três planos: institucional (quando tratamos de questões de acesso à justiça e igualdade de tratamento, possibilidades de participação na esfera pública, gozo dos direitos formalmente assegurados etc.), socioeconômico (igualdade de oportunidades no acesso à ocupação produtiva, ao rendimento, à educação, à saúde etc.) e cultural (relações cotidianas, representações culturais etc.).

Se as manifestações do problema são de diversas ordens, as possibilidades de medidas para enfrentá-lo também são muitas – podem envolver estratégias com escopos distintos e também distintos tipos de ações, incluindo ou não o Estado e o Direito. Podemos, por exemplo, pensar tanto em ações voltadas à valorização da estética e da cultura afro-brasileira, como ações voltadas especificamente à correção do quadro de desigualdade econômico-social, como também respostas sancionatórias a práticas racistas ou discriminatórias.

No Brasil, praticamente desde o início da articulação do movimento negro, as estratégias de combate ao racismo levaram em consideração o Direito e, em especial, o direito como instrumento sancionatório.

O marco legislativo do início do processo de juridificação da questão foi a promulgação da Lei 1.390/1951, conhecida como "Lei Afonso Arinos", que tipificou como contravenções penais condutas relativas à recusa, à negação de atendimento ou ao acesso de pessoas a estabelecimentos públicos ou privados, por preconceito de cor ou raça.

1. Agradeço a Maíra Machado, Sérgio Costa e Carolina Cutrupi Ferreira pela leitura e comentários às primeiras versões deste texto.

Esse sem dúvida foi o instrumento legal mais importante[2] até que a ratificação pelo Brasil da Convenção da ONU (1968) acabasse resultando, no plano interno, na tipificação da incitação ao ódio ou à discriminação racial como crimes contra a segurança nacional (Lei 6.620/1978). Na área cível, a novidade veio com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), que autoriza o Ministério Público a propor ações civis públicas em defesa de minorias étnicas.

A partir da Constituição de 1988, o racismo passa a ser definido como um "crime inafiançável e imprescritível" (art. 5.º, XLII, CF). Tem-se com esse dispositivo um agravamento significativo do tratamento de condutas racistas e uma sinalização clara de que a penalização seria definitivamente uma via privilegiada de tratamento do tema.

A atividade legislativa que se seguiu à Constituição, pelo menos nos primeiros anos, esteve preocupada basicamente com a regulamentação do racismo como crime. Essa é a função da Lei 7.716/1989 ("Lei Caó"), que estabeleceu os novos tipos penais ligados ao tema. Tipificou condutas que englobaram as contravenções da lei anterior, ampliou esse rol e estabeleceu penas bem mais elevadas a todas elas – da prisão simples de 3 meses a 1 ano passaram a ser de reclusão em todos os casos, com penas mínimas que variavam de 1 a 3 anos e penas máximas de 2 a 5 anos.

Essa lei foi modificada pelas Leis 8.081/1990 e 8.882/1994, que criaram novos tipos penais[3] e, posteriormente, pela Lei 9.459/1997, de autoria do então Dep. Paulo Paim, que tinha como um de seus principais escopos o de, nos termos da própria justificativa do projeto, "atacar a impunidade".[4] As mudanças mais relevantes dessa lei deram-se, primeiro,

2. Outros diplomas legais fazem referências laterais ao tema, como a vedação de difusão de campanhas ou pronunciamentos discriminatórios contidos no Código brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962), no Código Eleitoral (Lei 4.737/1965) e na Lei 5.250/1967, (que regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação).
3. A primeira tipificou a prática, incitação ou indução de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional pelos meios de comunicação ou por publicação e a segunda o crime de fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.
4. Cf. Justificativa, Dep. Paulo Paim, PT/RS, Sala das Sessões, 21.11.1995, p. 2.

com a modificação do art. 20: esse tipo passa a fornecer uma caracterização mais genérica para o crime de racismo, descrito como "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Em segundo lugar, a lei acrescentou ao art. 140 do CP, uma forma agravada de injúria (com pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa), "se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem" (§ 3.º).

Duas questões são bastante expressivas do processo de juridificação da questão racial no Brasil. Em primeiro lugar, é possível reconhecer uma aposta no papel simbólico da lei. Pode-se afirmar que o movimento negro, ator importante que impulsionou tal processo de juridificação,[5] centrou suas demandas ao legislador em estratégias que ampliassem, endurecessem ou aperfeiçoassem a criminalização de atos discriminatórios e preconceituosos e, em boa medida, as teve acatadas pelo Poder Legislativo. Uma discussão sobre outras formas de intervenção e outros campos de ação dentro do Direito ganhou maior importância apenas recentemente, em especial a partir da participação do Brasil na Conferência contra o Racismo, promovida pela ONU em 2001, em Durban, com a discussão sobre medidas afirmativas tanto na pauta de agências estatais,[6] como no Legislativo.[7] O debate sobre a lei de cotas em univer-

5. Em WERLE et al. Anti-racismo, Estado de direito e esfera pública. In: LAVALLE, Adrián (org.). *O horizonte da política: questões emergentes e agendas de pesquisa*. São Paulo: Cosac & Naify, 2009 (prelo) discutimos as relações entre o processo de juridificação, os debates na esfera pública e a democracia. Os resultados preliminares ali discutidos são capazes de indicar a constituição de uma esfera pública destinada à avaliação e crítica das inovações jurídicas relativas ao combate do racismo e a capacidade das instituições legislativas nacionais de incorporarem, em alguma medida, as contribuições por ela produzidas.

6. São exemplos dessas medidas, a adoção por diversos Ministérios de um sistema de cotas para a promoção de funcionários; a instituição, em maio de 2002, do "Programa de Ações Afirmativas", que visava o incremento da participação de negros, mulheres e portadores de necessidades especiais em cargos de chefia em toda a administração federal; a instituição de sistema de cotas em algumas universidades. Além disso, depois que o STF se manifestou pela constitucionalidade do princípio da ação afirmativa, até mesmo o Judiciário adotou a exigência de um percentual mínimo de negros empregados nas empresas prestadoras de serviço à justiça.

7. O tema da ação afirmativa foi levado ao Parlamento com mais ênfase na discussão sobre a lei de cotas sociais e raciais em universidades federais e

sidades públicas e o Estatuto da Igualdade Racial parece apontar para uma possível mudança de foco de uma política legislativa que tinha por característica central a vedação de condutas sob ameaça de sanção, para uma política que também está voltada ao estabelecimento de medidas positivas a serem adotadas pelo Estado com o escopo de corrigir distorções e desigualdades e promover a "participação dos afro-brasileiros, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do País".

Em suma, identificamos na pauta da luta anti-racista a continuidade de um traço marcante do que Álvaro Pires denomina "racionalidade penal moderna", qual seja, a idéia de que criminalizar e penalizar seria uma forma privilegiada de reconhecer um valor (Pires, 2004). Entretanto, o novo rumo da discussão, ainda que incipiente, parece coincidir com a produção de reflexões críticas – tanto no âmbito acadêmico, como no âmbito do próprio movimento negro – a respeito das insuficiências do tratamento do racismo por meios meramente sancionatórios, argumentando-se a favor da implementação de outras respostas aptas a diminuir as desigualdades e gerar reconhecimento (Jaccoud e Beghin, 2002, p. 18; Fullin, 2000, p. 34; Gomes, 2001, p. 20 e Shecaira 2003, p. 416).

Em segundo lugar, é possível observar que um dos motores centrais desse processo de juridificação foi justamente a sucessão de diagnósticos de insuficiência ou ineficácia das leis penais. Ou seja, a promulgação de uma nova lei foi normalmente precedida e motivada por críticas a alguma lei anterior por atores que atuavam na esfera pública formal e/ou informal.

À época da constituinte, organizações e ativistas do movimento negro compartilhavam de uma posição bastante crítica à "Lei Afonso Arinos", basicamente em razão de um diagnóstico de pouca aplicação dessa lei. Identificavam a própria conformação desse diploma como uma das causas do problema: criticava-se a estratégia de tipificação das

estaduais (PL 73/1999, de autoria da Dep. Nice Lobão, com suas diversas emendas e apensos, que ainda tramita na Câmara dos Deputados) e sobre o Estatuto da Igualdade Racial (Projeto de Lei do Senado – PLS 213/2003), projeto de autoria do senador Paulo Paim (PT-RS), que está em tramitação no Congresso Nacional desde 1998. Esses projetos têm seu foco no estabelecimento de um conjunto de ações afirmativas, que envolvem "programas e medidas especiais adotados pelo Estado para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades" (PLS 213/2003).

condutas, que eram consideradas muito específicas e detalhadas, dificultando sua caracterização; e a pouca gravidade da qualificação jurídica dos atos discriminatórios como contravenção e não como crime (Prudente, 1989).[8] Boa parte da articulação feita pelo movimento social a partir desse período girava em torno de demandas de criminalização ou agravamento de tratamento penal, o que se consolidou com a previsão constitucional sobre o crime de racismo e com a promulgação de sucessivas leis que regulavam o conflito na esfera penal.

As leis penais regulamentadoras que vieram após 1988 também foram foco de críticas sucessivas. A inclusão do art. 20 à Lei 7.716/1989, pela Lei 9.459/1997, que descreve a prática, indução ou incitamento de discriminação ou preconceito, responde à crítica de que a tipificação anterior era casuística demais e dificultava a aplicação da lei. A injúria qualificada criada com a mesma lei visava, segundo a justificativa do próprio projeto de lei, a corrigir um dos pontos apontados como dos mais problemáticos à aplicação da regulamentação anterior: o fato de que as ofensas à honra em razão da raça e da cor continuavam a ser enquadradas pelos Tribunais como simples crimes contra a honra individual, com pena bem mais baixa que as previstas pela "Lei Caó". Isso implicava também serem processados mediante ação de iniciativa privada do ofendido imediato. Exceção ao sistema geral de acusação pública, a ação penal de iniciativa privada oferece dificuldades concretas no que diz respeito ao seu processamento, uma vez que obedece a uma série de limites, dentre outros, pressupostos formais bastante rígidos, prazo decadencial de 6 meses para ajuizamento da ação, pagamento de custas processuais, além de exigir a contratação de advogado. Além disso, um dos fundamentos da crítica se refere também ao fato de que submeter um crime à ação de iniciativa privada também significa, em nosso sistema, que o interesse da vítima em sua persecução é mais importante que o interesse público, ou seja, teria, um efeito simbólico indesejável, além dos efeitos práticos problemáticos. Como veremos, esta previsão quanto ao processamento dos casos tem também outros efeitos problemáticos nos casos de racismo e discriminação racial.

8. Essa foi a conclusão das discussões havidas na 2.ª Semana de Cultura Negra, que culminaram no PL 1.661, encaminhado ao Congresso Nacional em 1983, que previa a "criminalização" da discriminação racial e sua tipificação de forma mais ampla. Esse Projeto foi rejeitado, mas algumas reivindicações foram levadas em consideração em posterior momento de reforma legislativa.

Pode-se dizer que, de modo geral, mesmo com as distintas conformações do direito positivo, um diagnóstico de ausência de aplicação e inefetividade das leis anti-racistas tanto por parte do movimento negro, como por parte de juristas envolvidos no tema – vem acompanhando todo o período pós-constitucional (cf. exemplificativamente: Silva, 1997; Piovesan e Guimarães, 1998; e Abreu, 1999).

Vinte anos após a promulgação da Constituição, parece persistir a percepção de que o sistema de justiça não vem respondendo satisfatoriamente ao número crescente de demandas por aplicação da legislação anti-racista; de que a legislação anti-racista é pouco eficaz ou de que ela não encontrou a aplicação que se esperava junto ao Poder Judiciário, uma vez que há poucos casos de condenações criminais.

Na avaliação emblemática da ONG Observatório Negro:[9] "a prática da advocacia popular no combate ao racismo, exercida nas organizações do movimento negro e serviços como SOS Racismo, Disque Racismo e similares, faz perceber uma seqüência comum de impedimentos de caráter ideológico, revestidos em aspectos supostamente formais". Segundo tal organização, os obstáculos do sistema de justiça ao tratamento igualitário dos diferentes grupos de cor seriam especialmente quatro: primeiro, "a dificuldade da pessoa negra se perceber vítima do crime de racismo"; segundo, a "resistência das delegacias em registrarem denúncia de discriminação racial, em geral negando o direito da vítima em acionar o poder coercitivo do Estado na defesa da igualdade racial. Freqüentemente, ou não se aceita a notícia-crime, ou se indicia o agressor por injúria discriminatória"; o terceiro estaria na atuação deficiente do Ministério Público: "o que ocorre freqüentemente é que o Ministério Público não tem assumido o dever de sua atuação de ofício e, ainda que o inquérito policial tenha resultado em indiciamento por crime de racismo, reclassifica o crime para injúria discriminatória, negando a sua responsabilidade em ingressar com a Ação Penal Pública incondicionada [racismo] e responsabilizando a vítima por sua própria defesa através de uma Ação Penal Privada [injúria racial]"; o quarto obstáculo estaria na atuação dos magistrados: "ainda que tenha havido o indiciamento e a denúncia do Ministério Público, a livre interpretação dos fatos pelo(a) juiz(a) é geralmente influenciada pelas teorias sociais que menosprezam a gravidade da violência racista – seja real ou simbólica – carnavalizando

9. Disponível em: <http://www.leliagonzalez.org.br/material/ParecerPLS309_Observatorio-Negro-PE.pdf>. Acesso em: 10.11.2008.

as relações raciais e alimentando o ideário da democracia racial" (Observatório Negro, 2004).

Essa última afirmação sobre a insensibilidade do Judiciário ao problema do racismo traduz uma percepção recorrentemente encontrada na fala de atores do debate público, cabendo investigá-la e problematizá-la.

Para avançar nossa compreensão sobre esse tema, realizamos, no âmbito da pesquisa "Anti-racismo, Estado de Direito e Esfera Pública no Brasil",[10] um levantamento jurisprudencial, abrangendo os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entre os anos de 1998 e 2007,[11] cujo resultado pretende-se apresentar e discutir de forma sucinta neste texto.

No que diz respeito à análise da aplicação da lei, esta pesquisa tratou de investigar mais detidamente o diagnóstico geral de que o Judiciário é insensível à questão racial, dado o baixo número de condenações. Parece-nos que uma avaliação da efetividade ou inefetividade das leis brasileiras anti-racistas não deva resumir-se ou ligar-se prioritariamente ao número de condenações, mas à dinâmica dos processos de criação e aplicação do Direito e isso nos levou, dentre outras coisas, a investigar mais de perto o comportamento do Judiciário diante dos casos de

10. Pesquisa ainda em curso realizada no âmbito da parceria Núcleo Direito e Democracia do Cebrap e Direito GV, sob coordenação de Sérgio Costa, com a participação de: Carolina Cutrupi, Denílson Werle, Evorah Lusci Costa Cardoso, Felipe Gonçalves Silva, Flávia Püschel, José Rodrigo Rodriguez, Luiz Repa, Maíra Rocha Machado, Priscila Spécie e Rúrion Soares Melo, além da autora deste artigo. Resultados parciais dessa pesquisa serão publicados em: WERLE et al, Anti-racismo, Estado de direito e esfera pública; e MACHADO, Marta; RODRIGUEZ; José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia. Racismo e direito: uma análise da juridificação das demandas anti-racistas e da atividade dos tribunais, In: LAVALLE, Adrián (org.). *O horizonte da política: questões emergentes e agendas de pesquisa*. São Paulo: Cosac & Naify, 2009 (prelo). Os dados de jurisprudência trabalhados nesses dois textos referem-se a um universo de acórdãos mais reduzido que o ora trabalhado. O relatório completo da pesquisa legislativa e jurisprudencial referente ao TJSP será publicado em: MACHADO, Marta; MACHADO, Maíra; CUTRUPI, Carolina; SCABIN, Claudia. Anti-racismo no Brasil: uma aproximação à atividade legislativa e à aplicação do direito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. *Cadernos Direito GV*, 2009 (prelo).

11. Nas fases seguintes da pesquisa será expandido o levantamento jurisprudencial para Tribunais de Justiça de outros Estados.

racismo. Assim, pretende-se aprofundar na compreensão das decisões tomadas e seus fundamentos para além do resultado concreto medido apenas pelo número de condenações.

É preciso esclarecer que a investigação a partir de decisões em segunda instância não permite examinar uma parte dos problemas apontados acima, qual seja, os filtros e funis aos quais são submetidas as demandas anti-racistas até chegarem a ser analisadas pelo Tribunal (questões, por exemplo, de acesso à Justiça ou de inércia das autoridades que atuam no registro da ocorrência e na fase de inquérito policial).

Além disso, o estudo empírico está em andamento e os dados levantados não são capazes de fornecer ainda uma radiografia sobre a postura do Judiciário brasileiro em face do tema. Entretanto, os resultados por ora obtidos nos parecem relevantes. Em primeiro lugar, eles relativizam a idéia de que a lei não é aplicada. Além disso, eles tornaram visível a presença de questões que têm influenciado significativamente no desfecho insatisfatório dos casos: o problema da desclassificação e da decadência, a instrução probatória e as dificuldades próprias do processamento dos casos pelo regime da ação penal privada.

Esses dados por si só já nos parecem importantes, pois demonstram que um diagnóstico que afirme a "efetividade" do Direito a partir do número de condenações ignora as questões específicas internas do sistema jurídico e não aponta caminhos para aprofundar a discussão sobre o uso de instrumentos jurídicos na luta anti-discriminatória, tampouco suas limitações e possibilidades.

1. Decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Para a análise de decisões judiciais, levantou-se, até o momento, a jurisprudência do TJSP. Nosso universo de análise consistiu em 111 acórdãos, decididos entre 1998 e 2007, dos quais: 40 apelações criminais; 25 recursos em sentido estrito; 18 queixas-crime; 20 *Habeas Corpus*; 3 recursos de *Habeas Corpus*; 2 representações; 2 ações de competência originária do TJ; e 1 exceção de suspeição.[12]

12. A busca de julgados do Estado de São Paulo relacionados com racismo foi realizada com a utilização dos bancos de jurisprudência da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, disponíveis nos sites: <http://www.aasp.org.br> e <http://www.tj.sp.gov.br>, atualizando-se os resultados até dezembro de 2007. Utilizou-se como termos de busca as expressões "racismo", "injúria qualificada",

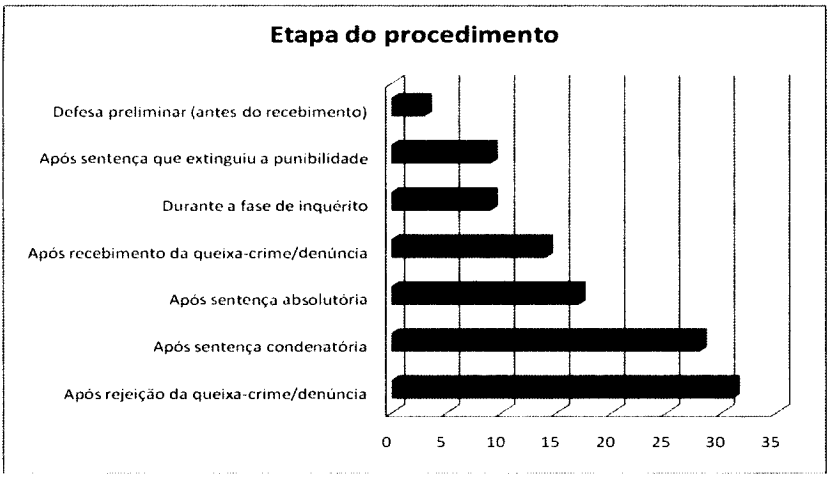
Dos recursos ou ações que chegaram ao Tribunal, 88% foram interpostos ou por querelantes (44%) ou por querelados (44%) em ações penais de iniciativa privada. O Ministério Público é responsável por 7% dos casos levados ao Tribunal e investigados e denunciados em ações penais de iniciativa pública apenas 4%.[13] Interessante também notar que o Tribunal, na expressiva maioria dos casos, proferiu decisão de forma unânime. Isso aconteceu em 105 casos, enquanto apenas 6 foram decididos por maioria.

Como se vê no gráfico abaixo, grande parte dos casos (45 do total) chegou ao Tribunal após a prolação de sentença de mérito (condenatória ou absolutória) em primeira instância. Um número também significativo de casos (40) subiu ao Tribunal após decisão do juiz de primeira instância, que rejeitou a denúncia/queixa-crime ou extinguiu a punibilidade, impedindo assim a continuidade do processo; 12 casos foram levados ao Tribunal antes mesmo de iniciada a ação penal e 14 deles enquanto a ação penal ainda estava em curso na primeira instância.

"injúria racial" e "discriminação racial", retornando inicialmente 1.176 decisões. Por meio de filtragens manuais, foram descartadas as relacionadas à matéria não penal, além de agravos de instrumento, embargos de declaração e conflitos de competência, restando 116 acórdãos. A partir da análise qualitativa, percebeu-se que em 5 deles o conteúdo da discriminação referia-se à ofensa à nacionalidade (alemã e portuguesa) e à religião (judaica e islâmica) dos querelantes e, por fugir do foco da nossa pesquisa, foram descartados.

13. Os 1% restantes referem-se a recursos de *habeas corpus ex officio* e a exceção de suspeição contra juiz de primeira instância.

Gráfico 1: Etapa do Procedimento

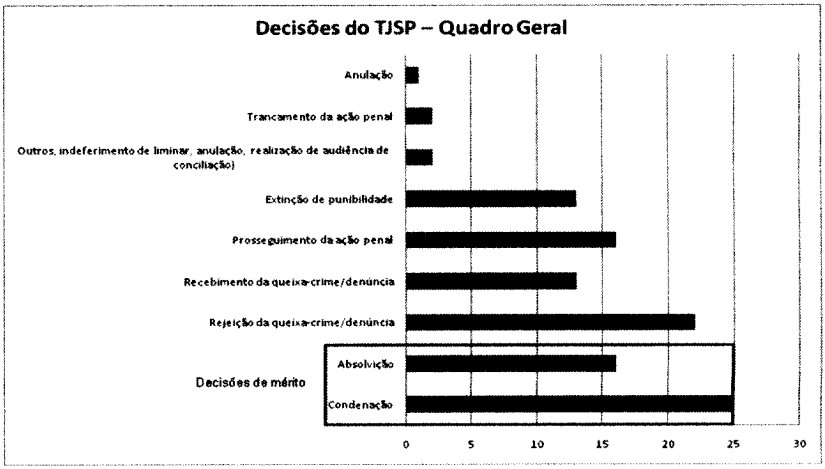


Fonte: Direito GV e TJSP

Quanto ao resultado das decisões do TJSP, ao olharmos apenas as decisões nas quais se analisou o mérito, veremos que houve no Tribunal mais condenações do que absolvições – 25 condenações em relação a 16 absolvições. Já no que diz respeito às decisões que se relacionavam apenas ao prosseguimento ou à extinção do processo, vemos um número superior de decisões pelo encerramento do processo (rejeição da denúncia ou queixa, extinção da punibilidade, trancamento ou anulação), em relação às decisões que determinam seu prosseguimento: são 38 decisões do primeiro tipo contra 29 do segundo, representando respectivamente 34,3% contra 26,1% do total de casos.

Considerando o universo total de decisões, ou seja, tanto decisões sobre condenações ou absolvições, como decisões sobre prosseguimento ou extinção do processo, prevalecem os casos que determinaram o encerramento precoce do processo (38 casos, entre rejeição, extinção da punibilidade, trancamento e anulação do processo). Ou seja, esse é o desfecho mais freqüente dos casos que chegam ao TJSP: encerramento do processo antes da decisão de mérito. Em seguida, temos 29 casos de recebimento ou prosseguimento do processo e outros 25 casos de condenação. As absolvições totalizam o número de 16 decisões.

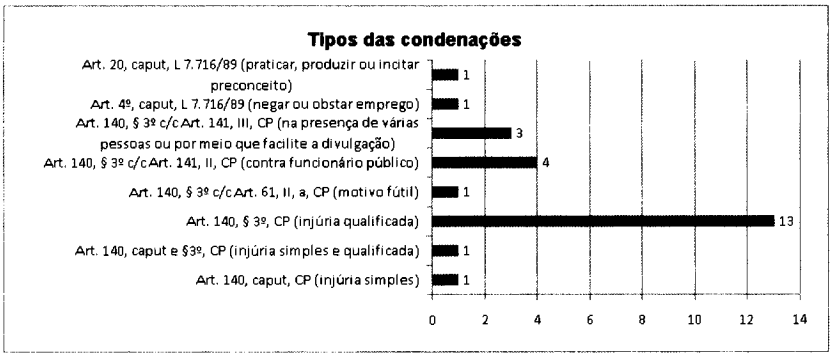
Gráfico 2: Decisões do TJSP – Quadro Geral



Fonte: Direito GV e TJSP

Como mostra o gráfico 3, as condenações foram, em sua grande maioria, pelas variações do crime de injúria (simples ou qualificada, com ou sem causas de aumento de pena). Encontramos apenas uma condenação pelo crime de preconceito ou discriminação, do art. 20, *caput*, da Lei 7.716/1989 e uma condenação pelo art. 4.º da mesma lei, referente à conduta de negar ou obstar emprego.

Gráfico 3: Tipos das condenações



Fonte: Direito GV e TJSP

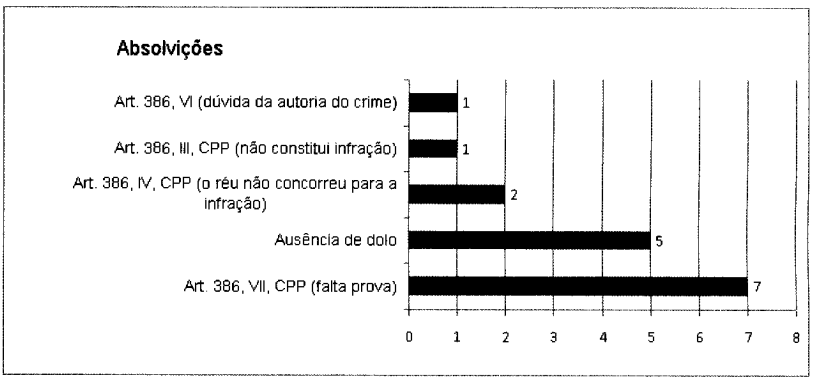
Com relação às penas aplicadas, 12 das 25 condenações tiveram a pena fixada em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, que corresponde à pena mínima da injúria qualificada. Em 6 casos, a pena fixada foi de 1 ano e 4 meses – o que corresponde à pena da injúria qualificada com a pena-base fixada no mínimo legal e aumento de pena de 1/3, em razão de alguma das circunstâncias do art. 141 do CP.[14] A maior pena encontrada foi a de 2 anos de reclusão, imposta pelo Tribunal em 3 casos. Em 18 condenações, as penas privativas de liberdade houve substituição por prestação de serviços à comunidade.[15] Em 4 casos, as condenações foram seguidas da extinção da pretensão punitiva.[16]

No quadro 4, que trata das absolvições, percebe-se que a insuficiência de provas foi o fundamento de metade das absolvições (8 casos,

14. Dentre os casos analisados, encontramos apenas as hipóteses dos incs. II e III do art. 141 do CP, respectivamente, casos em que o crime foi cometido contra funcionário público e casos em que foi cometido na presença de várias pessoas.
15. De acordo com o art. 44 do CP, isso é possível para casos de condenações em que são aplicadas penas privativas de liberdade não superior a quatro anos, dentre outros requisitos.
16. Computamos esses casos juntamente com o grupo de condenações, pois consideramos relevante o fato de que o procedimento tenha chegado ao fim e tenha atingido um provimento jurisdicional que reconheceu o ilícito e a responsabilidade de seu autor.

sendo 1 deles referente à dúvida quanto à autoria do crime) pela falta de prova. Apenas em 6 casos de absolvição os desembargadores analisam propriamente o mérito e se pronunciam pela não configuração do crime. Revelou-se significativo nesse conjunto o argumento de que o ofensor não agiu com dolo ou má-fé.

Gráfico 4: Absolvições

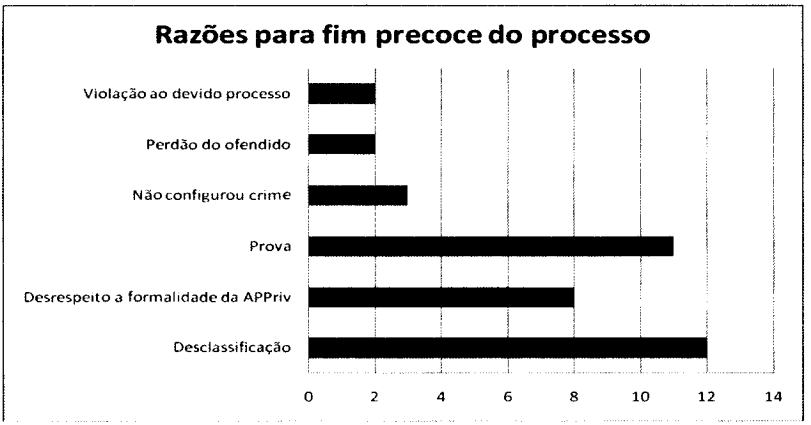


Fonte: Direito GV e TJSP

Como mencionado, em um número bastante significativo de julgados analisados (38 casos), o Tribunal se manifestou pela extinção precoce do processo – decidindo pela rejeição da queixa-crime, pela extinção da punibilidade no correr da ação,[17] por seu trancamento ou pela anulação do caso.

17. Cf. afirmamos acima, os quatro julgados em que houve extinção da punibilidade após a sentença condenatória, foram computados juntamente com o grupo de condenações e não neste grupo.

Gráfico 5: Razões para o fim precoce do processo



Fonte: Direito GV e TJSP

Como se vê, a razão mais freqüente de tal desfecho decorre da discordância do Tribunal sobre a qualificação jurídica do caso – racismo, injúria simples ou injúria qualificada. Em 5 acórdãos, a discordância em relação à qualificação jurídica dada anteriormente resultou na rejeição da denúncia ou queixa-crime. Em 7 casos, resultou na extinção da punibilidade em razão da decadência. Em síntese, aproximadamente 10% dos casos foram extintos por essa razão.

Nesses 12 casos, o Tribunal, em sua decisão, reviu a qualificação jurídica anteriormente atribuída como racismo, afirmando que o caso deveria ser enquadrado sob o tipo penal de injúria ou injúria racial. Acontece que, no momento em que o Tribunal altera a qualificação dada ao fato, isso tem como efeito prático o reconhecimento da decadência do direito de oferecer ação penal privada. Isso ocorre em razão da diferença de regimes de processamento em cada um dos casos: enquanto o racismo é processado por meio de ação penal pública, ou seja, denúncia oferecida pelo membro do Ministério Público, a injúria racial deve ser processada via ação penal privada, iniciada pelo ofendido, assistido por advogado, dentro do prazo decadencial de 6 meses contados da data em que o ofendido toma ciência da autoria

das ofensas (o que muito freqüentemente coincide com a data em que os fatos ocorreram).

A diferença de regimes de processamento dos crimes de racismo e de injúria é que determina uma situação bastante problemática: toda vez que a desclassificação de racismo para injúria racial ocorrer após o prazo de 6 meses que mencionamos, terá já ocorrido a decadência do direito de propor a ação penal por este crime. Ou, ainda, se esta decisão for proferida deixando pouco tempo para que o ofendido viabilize a queixa-crime, esse será um fator relevante para aumentar a probabilidade desse mesmo desfecho ou, ao menos, dificultar a preparação da ação a ser proposta.

A segunda causa mais relevante para a extinção precoce de processos foi a insuficiência de prova, manifestada na ausência de justa causa para a ação penal: determinou a rejeição de 10 queixas-crime e o trancamento de uma ação penal. Foi possível observar de modo recorrente que muitas queixas-crime vinham instruídas apenas com o boletim de ocorrência, o que foi considerado insuficiente para justificar a instauração da ação penal.

Pode-se dizer que, em geral, a questão da insuficiência probatória teve um peso significativo no desfecho dos casos, pois, além destas decisões, nas quais foi a razão da rejeição das peças acusatórias, ela foi também o fundamento de metade das absolvições. Ou seja, apareceram como fundamento de decisões quer de extinção do processo, quer de absolvição em 19 casos.

Também foi significativo o resultado relativo a casos que foram encerrados antes ou durante a instrução em razão de inobservância de alguma formalidade requerida pela disciplina das ações penais de iniciativa privada: 8 casos. Como é sabido, a ação penal de iniciativa privada é submetida a regras mais rígidas de processamento e, por isso, as falhas ocorridas em seu curso, quando imputadas ao querelante, acabaram por acarretar o encerramento da ação.

2. O Judiciário paulista é "insensível" à questão da igualdade racial?

Os dados apresentados permitem, a nosso ver, ao menos relativizar o diagnóstico de insensibilidade do Judiciário diante de práticas de racismo ou discriminação racial, além de revelarem elementos significativos acerca da dinâmica interna do sistema penal, que podem servir ao seu aperfeiçoamento.

Em primeiro lugar, embora haja ainda um longo caminho até o trânsito em julgado das decisões que analisamos, não se confirmou a percepção de que não há condenações. Pelo menos no Judiciário paulista, dentre os casos em que se chega à análise de mérito, o número de condenações é, como vimos, superior ao de absolvições. No total de casos, o desfecho em condenação representou aproximadamente 22,5% (ou 25 decisões), o que não é irrelevante. Tais condenações deram-se, como evidenciado acima, em sua maioria, por modalidades do crime de injúria racial.

É possível que o diagnóstico pessimista em relação às condenações tenha origem na baixa ocorrência de condenações pelo crime do art. 20 da Lei 7.716/1989 – praticar preconceito ou discriminação racial –, apenas um caso encontrado.

Sabemos que há vítimas e militantes do movimento negro que defendem que condutas consistentes em insultos racistas deveriam ser definidas como o crime do art. 20 da Lei 7.716/1989, ou deveria ser reconhecido o concurso formal entre este e a injúria racial. O fato de que apenas os casos classificados como injúria racial chegam a condenações pode ser também uma das causas de insatisfação com as condenações existentes. Entretanto, ainda que haja divergência entre a qualificação jurídica atribuída às ofensas racistas, não é possível ignorar o potencial das condenações por injúria racial de expressar reprovação diante de tais condutas.

Não nos parece, portanto, que esse dado seja suficiente para apontar a "insensibilidade" do Judiciário paulista em relação ao tema. Além disso, no que diz respeito às sanções, com exceção de apenas 4 casos em que ocorreu a extinção da pretensão punitiva, todos os demais redundaram em aplicação de pena. É certo que em boa parte dos casos, as penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direito, as quais não poderiam em nenhuma hipótese ser desprezadas *a priori* como medidas punitivas.

O que efetivamente parece problemático sob a perspectiva da resposta jurisdicional à questão e certamente representa um fator de frustração, são os casos em que a ação foi encerrada antes sequer de chegar ao momento do pronunciamento de mérito do juiz. Parece bastante significativo o número de situações em que isso ocorreu: 38 casos. Esse número não somente é superior aos casos em que o Tribunal, em situações semelhantes, decidiu pelo prosseguimento da ação (26

casos), como representa, dentre todas as possibilidades, o desfecho mais comum dos casos que chegaram ao TJSP: aproximadamente 34% do total de casos analisados.

Para compreender esses resultados, é preciso, contudo, atentar para a dinâmica interna do Direito, mais especificamente, à dinâmica própria da aplicação das regras penais e processuais penais. As questões principais a serem consideradas aqui estão ligadas: i) ao problema da desclassificação dos casos de racismo e o reconhecimento da decadência; ii) à insuficiência na instrução probatória, que se manifesta especialmente no momento do recebimento da queixa-crime; e iii) à inobservância de formalidades no processamento da ação penal privada.

Com relação ao primeiro ponto, é de se considerar que a briga pela qualificação jurídica dos casos envolvendo insultos com elementos raciais é efetivamente um ponto controvertido do tratamento jurídico do tema. Isso não seria por si só óbice ao seguimento das ações. O problema é que quando a disputa pela qualificação se dá no curso do processo e temos diferentes atores manifestando posições distintas ao longo do procedimento, ela acaba acarretando, pelas razões que expusemos acima, a extinção dos casos.

Ao interpretar esses fatos, não podemos, contudo, presumir que seja esse o resultado pretendido pelos desembargadores quando promovem a requalificação do caso. Isso porque, em primeiro lugar, a classificação de casos em que ocorreram insultos com elementos racistas como injúria racial é algo plenamente justificável do ponto de vista da argumentação dogmática. Em segundo lugar, o próprio arcabouço de regras do direito positivo, no caso a incidência do regramento processual da decadência, representa dificuldades para a solução desses casos.

De fato, a questão da qualificação jurídica dos fatos não é simples. Antes da mudança introduzida pela Lei 9.459/1997, ofensas que continham elementos racistas eram freqüentemente classificadas como injúria simples pelos Tribunais. Essa qualificação era criticada por ter o tipo de injúria a previsão de uma pena baixa (1 a 6 meses ou multa), por ser um crime processado por meio de ação penal de iniciativa privada e por desprezar totalmente o elemento racial da conduta, enxergando-a exclusivamente como uma ofensa à honra individual.

Foi exatamente a fim de corrigir esse conflito sobre a aplicação de normas que a alteração legislativa da Lei 9.459/1997 criou o tipo de injúria racial, forma qualificada de injúria. A pena prevista em abstrato

para essa conduta é significativamente mais grave, aumentou para 1 a 3 anos de reclusão e multa, e tal elevação tem por fundamento justamente o elemento racial. Ou seja, esse novo tipo, a ser aplicado a casos de insultos com "a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", contemplaria tanto o desvalor da conduta no que tange à honra individual, como o desprezo e a discriminação voltada ao grupo em função da raça. A nova lei pretendeu, dessa forma, dar conta da disputa por interpretações. Entretanto, a reforma não deu atenção ao problema do procedimento e acabou deixando inalterado o regime de processamento das injúrias raciais. Devem ser processadas por meio de ação penal de iniciativa privada.[18]

Entretanto, a briga pela qualificação jurídica dos casos persistiu após tal mudança legislativa. De um lado, defende-se que o tipo genérico de "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" pode absorver, dentre suas possibilidades de conformação concreta, a ofensa com conteúdo racial. Em outras palavras, a ofensa utilizando elementos raciais poderia ser considerada uma forma de discriminação. Essa posição aproveita-se da generalidade dos verbos desse tipo penal e defende a possibilidade de ampliar sua abrangência por meio da equiparação de uma série de condutas ao ato de "discriminar". Ou ainda, defende-se que seja reconhecido o concurso formal de crimes entre este tipo e a injúria racial. Rebeca Oliveira Duarte (2003), advogada da ONG *SOS Racismo*, constrói uma interpretação do conceito "discriminar", articulando-o com a definição

18. Na proposta inicial do PL 1.240/1995, constava a inclusão do tipo da injúria racial na Lei Caó, o que refletia uma preocupação presente na justificativa do projeto de que esse crime fosse considerado como "crime de racismo" *verbis*: "por esse projeto, as citadas transgressões não serão mais tipificadas como delitos de calúnia, injúria e difamação, e sim, crimes de racismo". Aparentemente, também não se pretendia que seu processamento se desse por meio de ação penal de iniciativa privada. Na conformação final do texto da lei, essas condutas deixaram de integrar um tipo autônomo da Lei Caó e passaram a figurar como uma forma mais grave de injúria (o § 3.º do art. 140 do CP), sujeitando-se a pena menor que a prevista no projeto e a tratamento próprio a esse tipo de crime contra a honra subjetiva, a ação penal de iniciativa privada. Em suma, o resultado final do projeto acabou não resolvendo o problema, antes apontado, decorrente das dificuldades criadas pelo regime de acusação privada. Nos documentos legislativos referentes à discussão e votação dessa lei, contudo, não há qualquer referencia a tal alteração e suas razões.

da Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial,[19] ratificada pelo Brasil, de modo a abarcar a ofensa racial. Segundo esta tese, "o evidenciamento ofensivo pelo famoso jargão 'negro safado', entre outros, por exemplo, é distingui-lo, caracterizá-lo ofensivamente, não somente como indivíduo, mas como pertencente a um grupo racial determinado, restringindo a população negra do direito fundamental à sua identidade racial, livre de comparações e apelidos discriminatórios". Assim, o conflito aparente de normas entre a injúria racial e o preconceito ou discriminação racial deveria ser resolvido identificando-se a incidência simultânea dos dois crimes, pois, com a mesma ação, o autor atinge a honra pessoal, mas também "vincula necessariamente a idéia depreciativa ao grupo étnico-racial a que este alguém faz parte".

Desafiando essa posição, fica ainda a questão sobre a possibilidade de reconhecimento de concurso formal entre normas que parecem estar em relação de generalidade/especialidade, uma vez que a injúria racial pode ser compreendida como uma norma especial tanto em relação à injúria simples, como ao racismo. Acrescentaria à injúria, o requisito particular do elemento racial. E ao racismo, o requisito especial de que a prática discriminatória em questão é concomitante à ofensa à honra. Se a relação entre as normas for entendida dessa forma, incidirá a regra de interpretação segundo a qual a adequação ao tipo especial afasta a incidência do tipo geral. Ou seja, a observância desse princípio afastaria as qualificações jurídicas concorrentes de injúria e racismo em prol da injúria racial.

Outro princípio do direito penal poderia ser ainda invocado em desfavor dessa posição: o *ne bis in idem*, ou seja, a proibição de que alguém seja condenado ou prejudicado duas ou mais vezes pelo mesmo fato. No caso, o elemento racista da conduta estaria sendo valorado duas vezes: uma para agravar a injúria simples, ou seja, fazendo com que ela seja enquadrada na modalidade qualificada de injúria racial e, ao mesmo

19. De acordo com esse texto, discriminar "significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública" (art. 1.º, item 1).

tempo, para caracterizar a discriminação racial, elemento central do crime do art. 20 da Lei 7.716/1989.

Em suma, trata-se de reconhecer que interpretações distintas continuam sendo passíveis de serem articuladas e que defender o concurso formal de normas é, de acordo com o ordenamento positivo e as regras de interpretação da lei penal, tão plausível quanto defender a classificação como injúria racial. Existem argumentos a favor e contra às duas posições.

Há, portanto, elementos intrínsecos ao sistema de argumentação jurídica que mostram que a classificação dessas condutas como injúria racial pelo Tribunal, embora não seja a única possibilidade de interpretação dogmática, pode ser considerada plausível. A disputa pela interpretação dos fatos e aplicação do Direito por meio do debate dogmático é absolutamente normal. Pensar a aplicação do Direito sem considerar tal espaço de indeterminação da norma e de construção dogmática é um equívoco. Parece evidente nesses casos que o aplicador da lei tem que se haver com uma variedade de categorias (no caso, "racismo", "discriminação racial", "injúria racial", princípio da legalidade, da especialidade e do *ne bis in idem*), o que aumenta as possibilidades de interpretação, ampliando a indeterminação das normas.[20]

O problema, em suma, não parece estar na concorrência entre possibilidades interpretativas. O encerramento precoce dos casos se deu muito mais em razão da diferença de regime de processamento dos tipos envolvidos na disputa. Não pode ser desconsiderado na leitura desses dados que há efetivamente um problema técnico-dogmático importante na concorrência entre as duas definições típicas passíveis de serem aplicadas aos fatos (injúria racial e racismo) e no regramento processual paradoxal a que se submete o problema: o reconhecimento de uma nova qualificação jurídica submete o caso a um novo regime processual que retroage ao momento anterior e tem efeito de suprimir direitos.

20. Para uma discussão mais detida sobre a questão da interpretação e indeterminação do Direito, ver: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. Texto apresentado no 3.º Congresso Latino-Americano de Ciência Política promovido pela ALACIP – Associação Latino-Americana de Ciência Política. Campinas/Brasil, 2006.

Em outras palavras, exige-se do ofendido que tenha tomado providências que não eram devidas no momento anterior, sob a égide da qualificação anterior dada ao fato (muitas vezes corroborada inclusive pela autoridade judicial de primeira instância), sob pena de ver seu direito de ação decair.[21] A aplicação da regra da decadência do art. 38 do CPP, determina que a contagem do prazo a partir da data do conhecimento da identidade do autor do fato é determinante no resultado problemático encontrado. A dificuldade de sustentação de soluções que fujam da aplicação desse dispositivo processual penal, sem exceções estabelecidas legalmente, talvez mostre que nesse ponto específico estamos diante de um problema sistêmico, que seria mais bem resolvido por meio de uma mudança legislativa, passando-se a submeter o crime de injúria racial ao processamento por meio da ação penal de iniciativa pública.[22]

Essa mudança poderia evitar, ainda, as dificuldades de processamento dos casos que o regime de ação penal privada revela – problemas de acesso à justiça, das dificuldades de instrução pré-processual nesses crimes e questões ligadas à inobservância das regras mais rígidas de processamento da queixa-crime – responsável pelo encerramento de 8 casos, do total.

Além disso, como já mencionamos, dentre os casos de rejeição da denúncia ou queixa-crime e absolvições, a maior parte se deu por ausência de provas. A relevância desse problema revelado pelos dados coletados foi também objeto de menção específica pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil (1997), que afirmou que a "Lei 7.716 mostrou ser de difícil aplicação, já que não cria mecanismos que facilitem a prova de

21. Isso também é reconhecido por: DUARTE, Rebeca Oliveira. Prática de racismo e aplicação da lei: contribuição à análise da legislação antidiscriminatória, 2003. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0124.pdf>. Acesso em: 21.06.2007; quem, na tentativa de sanar essa questão, acaba defendendo uma interpretação *contra legem*, o que, a nosso ver, limita seu alcance nos Tribunais. Ela afirma que a não previsão legal de que a injúria qualificada do § 3.º do Art. 141 do CP, deveria ser processada mediante ação penal de iniciativa pública se trata, na verdade, de uma lacuna da lei (especificamente do art. 145 do CP), uma vez que esse tipo de injúria seria equiparável à figura da injúria qualificada pela violência ou pelas vias de fato, para a qual é previsto explicita e excepcionalmente aos demais casos de crime contra a honra o procedimento de iniciativa pública.

22. Essa questão, diga-se de passagem, é solucionada pelo PLS 309/2004.

efetiva prática desse crime. Por outro lado, ao tornar necessário provar a intenção discriminatória, conduz a situações de prova em que a palavra do agressor compete com a do agredido e faz evidenciar a ofensa objetiva".

Uma crítica a respeito da adequação ou não dessas decisões só seria possível a partir de uma análise qualitativa dos autos, considerando o princípio do livre convencimento do juiz. Se não é possível ignorar a dificuldade ínsita a muitos casos que se referem a insultos intersubjetivos, difícil de serem comprovados, também não é possível deixar de suspeitar da necessidade de avaliar a atuação das instituições do sistema de justiça no processamento dos casos de racismo.

De qualquer modo, esse é um ponto que efetivamente merece ser melhor investigado. Não sabemos, por exemplo, se as dificuldades com a prova decorrem de processos mal instruídos (o que pode ser sanado com medidas que melhorem a qualidade dos serviços de advocacia e da atividade investigatória e instrutória da polícia); se decorrem de uma concepção dogmática ultrapassada que vê na categoria "dolo" a necessidade de comprovação de nexo psicológico (cabendo aí disputar pela prevalência de outra compreensão dos elementos do delito); se se trata de "excesso de exigência" do Judiciário ou alguma espécie de predisposição para absolver (o que certamente deve ser objeto de controle democrático e crítica, mas que só poderia ser afirmado mediante mais estudos empíricos) ou ainda se decorre da própria natureza dos casos, que depende em sua maioria de prova oral.

É evidente que o encerramento antecipado dos casos não é o tipo de resposta esperado nem pelo movimento social, nem pelos ofendidos e lesados que encaminham suas demandas ao sistema jurídico. Mas há uma série de possíveis explicações para o fim do processo, que não se resumem à tese não demonstrada de que o Judiciário é impermeável aos casos de racismo ou, ainda, de que estaria agindo de forma ideológica, a fim de minar a aplicação da legislação anti-racista.

De modo geral, o número de casos em que o Tribunal manda a ação prosseguir ou condena, é mais ou menos equivalente ao número de casos em que o Tribunal determina o encerramento do caso ou absolve. Ou seja, não é irrelevante dentro do universo analisado a quantidade de pronunciamentos que, a seu modo reconhecem que práticas racistas são ilegais e devem ser perseguidas ou condenadas.

De fato, encontramos decisões que, sem questionar a ocorrência do fato ou autoria, referem- e a insultos racistas como "vetusto ditado popular, sem qualquer conteúdo racista"[23] ou "destituídas de qualquer sentido pejorativo".[24] Apenas em relação a esses casos pode-se afirmar a insensibilidade do julgador em relação aos conflitos raciais. Entretanto, isso ocorreu em menor escala – em 6 das 16 absolvições e em 3 casos de encerramento do processo por ausência de justa causa. Ou seja, isso se deu em apenas 8,1% dos casos.

3. Conclusão

Se o Estado de direito não pode ser entendido como a materialização sem fissuras de um conjunto abstrato de normas e isso implica vê-lo como um complexo conjunto de processos e procedimentos de interpretação, aplicação e justificação das leis, uma avaliação da aplicação da legislação anti-racista não poderia ficar alheia a essas questões. Dessa forma, buscamos retratar a gama de questões que estão envolvidas na análise dos dados do Judiciário, que envolvem um mergulho nas próprias formulações legislativas, nos arranjos cada vez mais intrincados que sucessivas leis acabam por formar, nas possibilidades de interpretações dogmáticas que essas leis oferecem, na lógica interna do sistema jurídico e no diálogo contínuo entre interpretações e teses argumentativas distintas, passíveis de serem articuladas a partir de uma mesma norma.

Uma interpretação fácil para os resultados obtidos no TJSP está desde logo descartada. Ou seja, não consideramos possível a partir desses dados afirmar a insensibilidade do Tribunal em relação a conflitos envolvendo elementos racistas. Isto porque não nos parece possível explicar esse resultado sem atentar aos obstáculos do próprio sistema jurídico. Isto é, a existência de divergência entre a qualificação jurídica dada ao fato – sendo que a reclassificação feita pelo Tribunal é uma forma plenamente justificável de decidir sobre essa divergência; a diferença de regimes entre os crimes que concorrem pela tipificação, que leva ao problema da decadência ou da nulidade, que não aconteceria se tivéssemos em mãos dois crimes de ação pública; as questões ligadas

23. TJSP, Queixa-Crime 388.996-3/6-00, 3.ª Câm. Crim., j. 17.06.2003, rel. Des. Abreu Oliveira.

24. TJSP, EDcl 92.412.0/0-1, Órgão Especial, j. 11.06.2002, rel. Des. Paulo Franco.

à prova; o regime processual mais rígido de processamento de ações penais privadas.

Ao criticarmos o diagnóstico corrente da "inefetividade" do direito no caso da legislação anti-racismo, não pretendemos concluir seu oposto, a saber, que não há obstáculos à efetivação de direitos e à aplicação dessas leis, que as instituições do sistema de justiça funcionam adequadamente quando têm diante de si casos de racismo ou, menos ainda, que vivemos em uma situação de igualdade racial em nosso país. Ao contrário, a crítica a tal diagnóstico nos parece importante justamente porque ele impede uma melhor compreensão dos diferentes entraves e possibilidades para um combate mais efetivo ao racismo.

Além disso, discordar desse diagnóstico geral não impede que levantemos uma série de questões que merecem ser aprofundadas, a fim de produzir uma crítica consistente às instituições do sistema de justiça – como a questão que levantamos acima sobre as possíveis falhas na instrução dos procedimentos.

Tal postura torna possível ir além de um diagnóstico pessimista e generalizador de que o nosso Judiciário é insensível ou impermeável à luta por igualdade e, a partir da compreensão da dinâmica e da lógica do sistema jurídico, identificar as possibilidades e limitações de cada instrumento jurídico. Contribui, assim, no momento de avaliar e decidir por estratégias jurídicas a serem adotadas tanto diante do Parlamento, como do Judiciário. Trata-se, ainda, de ampliar os espaços institucionais e mostrar que há possibilidades para se travar a luta anti-racismo também no âmbito do Judiciário e por meio da disputa por interpretações e modos de aplicação da legislação.

Bibliografia

Abreu, Irahy Baptista de. O racismo e a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. In: Penteado, Jaques de Camargo (org). *Justiça Penal – 6*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

Avritzer, Leonardo; Costa, Sérgio. Teoria crítica, espaço público e democracia: Concepções e usos na América Latina, *Dados – Revista de Ciências Sociais* 47/703, n. 4, Rio de Janeiro: Iuperj, 2004.

Azevedo, Tales de. *Democracia racial: ideologia e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1975.

Bastide, Roger. *O negro na imprensa e na literatura*. São Paulo: USP, 1972.

Costa, Sérgio. *As cores de Ercília*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

_____. *Dois atlânticos. Teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006.

_____; THOMAZ, Omar R. Do discurso único às novas etnicidades. *Iberoamericana* 14/143, Madri/Berlim: Iberoamericana/Vervuert, 2004.

DUARTE, Rebeca Oliveira. Injúria discriminatória. Racismo é violação que atinge todos os campos da vida. Consultor jurídico, 18.08.2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/37188,1>. Acesso em: 21.06.2007.

_____. Parecer do Projeto de Lei do Senado 309 de 2004. Recife: Observatório Negro. Disponível em: <http://www.leliagonzalez.org.br/material/ParecerPLS309_Observatorio-Negro-PE.pdf>. Acesso em: 21.06.2007.

_____. Prática de racismo e aplicação da lei: contribuição à análise da legislação antidiscriminatória, 2003. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0124.pdf>. Acesso em: 21.06.2007.

FULLIN, Carmen Silvia. Direito e racismo: Observações sobre o alcance da legislação penal antidiscriminatória no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 6, São Bernardo do Campo: FDSBC, t. II, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O Ministério Público e os efeitos da discriminação racial no Brasil: da indiferença à inércia. *Boletim dos Procuradores da República* 15/15, São Paulo: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva e ANPR, ano 2, jul. 1999.

_____. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Antonio S. *Classes, raças, democracia*. 34. ed. São Paulo: FUSP, 2002.

IRACI, Nilza. O desafio das mulheres negras, 2000. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: nov. 2006.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002.

JESUS, Damásio E. de. Injúria por preconceito. *Boletim IBCCrim* 55, São Paulo, jun. 1997.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. Texto apresentado no 3.º Congresso Latino-Americano de Ciência Política promovido pela ALACIP – Associação Latino-Americana de Ciência Política. Campinas/Brasil, 2006.

_____; _____; _____. Racismo e direito: uma análise da juridificação das demandas anti-racistas e da atividade dos tribunais, In: LAVALLE, Adrián (org.). *O horizonte da política: questões emergentes e agendas de pesquisa*. São Paulo: Cosac & Naify, 2009 (prelo).

MACHADO, Marta; MACHADO, Maíra; CUTRUPI, Carolina; SCABIN, Claudia. Anti-racismo no Brasil: uma aproximação à atividade legislativa e à aplicação do direito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. *Cadernos Direito GV*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009 (prelo).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS . Relatório do Comitê Nacional para a preparação para a III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Discriminação racial, Xenofobia e Intole-

rância correlata (Durban, 31 de ago. a 07.09.2001). Brasília, agosto de 2001. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: set. 2006.

NASCIMENTO, Sebastião; THOMAZ, Omar Ribeiro. Entre a intenção e o gesto: a conferência de Durban e a elaboração de uma pauta de demandas de políticas compensatórias no Brasil. *Série Documentos de Trabalho* 6/3. São Paulo: Nupps-USP, 2003.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. O Estado de direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça. O não-Estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos, 1998.

PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap* 68/39, São Paulo, mar. 2004.

PRUDENTE, Eunice. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. Campinas: Julex Livros, 1989.

SCHECAIRA, Jorge Salomão. *Racismo. Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SILVA, Jorge da. Representação e ação dos operadores do sistema penal no Rio de Janeiro. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP* 9-1/95, São Paulo: Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, maio 1997.

SILVA, Joselina da. A união dos homens de cor: aspectos do movimento negro dos anos 40 e 50. *Estudos Afro-Asiáticos* 25-2/215, Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2003.

TEJO, Célia Maria Ramos. *Dos crimes de preconceito de raça ou de cor. Comentários à Lei 7.716 de 05.01.1989*. Campina Grande: Eduep, 1998.

TELLES, Edward E. *Racismo à brasileira. Uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

WERLE et al. Anti-racismo, Estado de direito e esfera pública. In: LAVALLE, Adrián (org.). *O horizonte da política: questões emergentes e agendas de pesquisa*. São Paulo: Cosac & Naify, 2009 (prelo).

5
Responsabilidade criminal por produtos defeituosos

SUSANA AIRES DE SOUSA

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

RESUMO: Nas últimas décadas do século XX, a jurisprudência e a literatura penal aprofundaram o problema da responsabilidade criminal por danos causados pelo uso de determinados produtos (v.g. na vida ou na integridade física dos consumidores). Através deste estudo, expõem-se alguns casos considerados como autênticos *leading cases* no tratamento jurídico-penal desta matéria (2). Esta exposição permite identificar, num momento posterior (3), alguns problemas jurídico-penalmente relevantes, tais como: os bens jurídicos protegidos; a causalidade; o risco proibido e permitido; o dever de garante do produtor e a responsabilidade criminal dos entes colectivos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade criminal pelo produto – Consumidor – Bem jurídico-penal – Causalidade – Risco permitido e risco proibido – Dever de garante.

ABSTRACT: In the last decades of the 20th century, both, criminal jurisprudence and criminal literature, have fathomed the problem of the criminal liability for damages due to the use of some products (v.g., in the life or physical integrity of consumers). With this paper some of the leading cases in this subject are described (2), in order to identify the most relevant legal-criminal problems: the protection of legal interests; causality; forbidden and allowed risk; the duty of guarantee of the producer as well as criminal liability of collective entities.

KEYWORDS: Criminal product liability – Consumer – Legal interest – Causality – Allowed risk and forbidden risk – Duty of guarantee.

SUMÁRIO: Introdução – 1. (Alguns) casos: a matéria de facto: 1.1 O caso Contergan; 1.2 O caso Lederspray; 1.3 O caso do óleo de colza – 2. (Alguns) problemas jurídicos: a matéria de direito: 2.1 Os bens jurídico-penais; 2.2 A tipicidade das condutas; 2.3 O dever de garantir do produtor; 2.4 A dissolução da responsabilidade individual e a emergência da responsabilidade colectiva – 3. Conclusão.

Introdução[1]

O conceito de responsabilidade criminal pelo produto é ainda relativamente recente. Até à década de 80 do século passado, a referência a esta problemática nos tratados de direito penal era praticamente inexistente. Por exemplo, Schmidt-Salzer, um dos autores alemães que mais se debruçou sobre o problema da responsabilidade pelo produto, introduziu pela primeira vez o estudo da vertente criminal na segunda edição do seu livro *Produkthaftung*, em 1988.[2]

Às parcas referências no âmbito criminal até então, contrapõe-se o saturado estudo da questão no âmbito do direito civil.[3] De facto, a responsabilidade pelo produto teve a sua origem e o seu lugar primário em sede do ordenamento jurídico-civil, cuja legislação procurou resolver directamente a questão da responsabilidade do produtor prevendo-se, em alguns casos, uma responsabilidade puramente objectiva.[4] É precisamente neste sentido que se inclinam as fontes de direito comunitário europeu, optando pela responsabilização civil dos fabricantes, e dos

1. O texto que ora se publica corresponde, sem maiores alterações, à palestra proferida no âmbito do painel "Responsabilidade criminal da empresa por produtos defeituosos" do 14.º Seminário Internacional, organizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nos dias 26 a 29.08.2008, em São Paulo.
2. Cf. Nehm, Kay, Produkthaftung im Strafrecht. *Produkthaftung: straf-und versicherungsrechtliche Fragen*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2001, p. 7 e Schmidt-Salzer, Joachim. *Produkthaftung*. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, vol. 1, 1988.
3. Desenvolvidamente, quanto a esta contraposição, em geral, Schmidt-Salzer, Joachim. *Produkthaftung* (nota 1), p. 32 e ss; Kuhlen, Lothar. *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer, p. 8 e ss e 23 e ss., Hilgendorf, Eric. *Strafrechtliche produzentenhaftung in der, risiko-gesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 77 e ss., e, atendendo a aspectos particulares, v.g., Höhfeld, Hendrik, *Strafrechtliche produktverant-wortung und zivilrecht*, Berlin: Springer, 1999, Spitz, Philippe, *Strafrechtliche produkthaftung – Übertragbarkeit zivilrechtlicher betrachtungsweisen?* Basel, Genf, München: Helbing & Lichtenhahn, 2001.
4. Em Portugal a responsabilidade (civil) objectiva do produtor está prevista no Dec.-lei 383/1989, de 06 de Novembro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva europeia 85/374/CEE, de 25.07.1985.

intermediários no mercado, por produtos fabricados ou comercializados.[5]

Do mesmo modo, são inúmeras as decisões jurisprudenciais no âmbito da responsabilidade civil pelo produto. Na verdade, o amplo interesse doutrinal, legal e jurisprudencial desta matéria no domínio civil, no último terço do século XX, teve por consequência uma significativa expansão desta responsabilidade na Europa, originando um significativo incremento dos deveres dos fabricantes. Como refere Kuhlen, estes deveres estendem-se hoje desde as instruções sobre a construção e a fabricação até aos deveres de vigilância dos produtos.[6] Esta expansão de obrigações teve assim uma dupla consequência: por um lado, extravasou o círculo das pessoas naturais; por outro lado, extrapolou o círculo da produção, abrangendo também os distribuidores e comerciantes de produtos defeituosos ou perigosos.

No direito penal o estado da arte nesta matéria é totalmente outro. Não obstante a crescente publicação de estudos neste âmbito, impulsionada pela realidade dos casos e por decisões judiciais historicamente marcantes, permanece uma discrepância assinalável que reside, em última instância, na questão de saber se os produtos defeituosos podem ou não fundamentar uma responsabilidade criminal, de natureza individual ou colectiva.

A relevância criminal destas situações decorre imediatamente da dignidade penal dos bens jurídicos afectados: a vida ou a integridade física. Foi justamente a lesão destes bens, provocada pela ingestão ou uso de produtos postos no mercado e adquiridos pelos consumidores, que levou os tribunais a confrontarem-se com a eventual relevância criminal destas situações. Julga-se ser, pois, oportuna uma breve referência a estes casos, até porque se podem qualificar, sem qualquer dúvida, como *leading cases* nesta matéria, na medida em que foi por seu intermédio

5. A propósito da necessidade de acautelar a segurança dos produtos devem referir-se, nomeadamente, a Directiva 85/374/CEE, de 25.07.1985, relativa à responsabilidade por produtos defeituosos, a Directiva 92/59/CEE, de 29.06.1992, referente à segurança geral dos produtos e a Directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03.12.1995, relativa à segurança geral dos produtos. Mais desenvolvidamente, SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 179 e ss.

6. KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen produkthaftung*, (nota 3), p. 2.

que se constituiu quer a base problemática que envolve esta matéria, quer os princípios e linhas gerais do tema "responsabilidade penal pelo produto".

1. (Alguns) casos: a matéria de facto

1.1 O caso Contergan[7]

Em 1954, investigadores da empresa farmacêutica alemã Chemie Grünenthal produziram a ftaloilisoglutamina, um composto derivado do ácido glutâmico e que ficaria conhecido como talidomida. Este produto viria a ser introduzido no mercado em 1956 com o nome comercial de Contergan. Tratava-se de um medicamento com um forte efeito sedativo e hipnótico. Dadas as suas características farmacológicas bem como a possibilidade de ser comercializado na Alemanha sem receita médica, este medicamento transformou-se num enorme sucesso comercial. Considerado então como um medicamento sem efeitos laterais, foi utilizado como sedativo por mulheres grávidas, no combate às insónias e à ansiedade, e ainda no alívio dos enjoos matinais. No final da década de 50 começaram a surgir os primeiros relatos de nascimentos de crianças com malformações. Estes danos foram relacionados com o consumo daquele medicamento, o que acabaria por determinar a retirada do produto do mercado no final de 1961.[8] Estava iniciada a discussão sobre os efeitos secundários deste medicamento em mulheres grávidas. Com efeito, antes da comercialização deste medicamento, os casos de focomelia na Alemanha eram muito raros, mas entre 1958 e 1962 conheceram-se pelo menos 845 casos neste país, não se tendo verificado qualquer fenómeno semelhante em

7. A literatura sobre este caso é vasta, mas não pode deixar de referir-se, quer pela sua importância, quer pela proximidade temporal dos acontecimentos, o estudo de Kaufmann, Armin. Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, *Juristenzeitung*, 1971, p. 569-576, em anotação à decisão do LG Aachen, publicada na mesma revista, p. 507 e ss.

8. Sobre a história da talidomida veja-se Teixeira, Lúcia; Freire, Luciana. História da talidomida: do seu dramático passado ao seu futuro promissor. <www.ff.up.pt/toxicologia/monografias/ano0506/talidomida/histria.htm> Acesso em: jan. 2008.

países vizinhos onde o medicamento não fora distribuído, v.g., França e República Democrática Alemã.[9]

O Ministério Público iniciou uma investigação tendo por fim determinar a eventual relevância criminal dos factos, acabando por acusar nove dirigentes da empresa alemã Grünenthal, responsabilizando-os pela produção e comercialização do medicamento sem terem sido observados os cuidados devidos,[10] designadamente no que se refere à averiguação de efeitos secundários. Ao tribunal punha-se a questão de determinar a eventual imputação àqueles dirigentes dos crimes de homicídio negligente (§ 222 do StGB) decorrente de lesões pré-natais que provocaram a morte após o nascimento, e de ofensas à integridade física, também negligentes, igualmente decorrentes de lesões pré-natais. O tribunal, usando a faculdade prevista no § 153, 3, da lei processual penal alemã, após dois anos e meio de julgamento, acabaria por suspender o processo, assumindo a empresa Grünenthal a obrigação de indemnizar as vítimas através da criação de um fundo de 114 milhões de marcos. Não obstante a suspensão do processo, o tribunal acabaria por formular conclusões sobre a relevância criminal dos factos.

Entre os problemas colocados ao tribunal destacam-se, por um lado, a determinação da causalidade entre a talidomida e as graves malformações de crianças recém-nascidas, algumas das quais determinariam a sua morte;[11] por outro lado, o enquadramento dogmático das lesões pré-natais, designadamente a questão de saber se constitui homicídio negligente a lesão causada ao feto que conduz à morte da criança depois de nascida, e em que termos poderá existir uma ofensa à integridade física quando não tenha ocorrido a morte do feto ou do recém-nascido.[12]

No que diz respeito à resolução da primeira questão, o tribunal estabeleceu as linhas gerais de determinação do nexo de causalidade: entendeu que, neste tipo de casos, é impossível realizar um juízo (sobre

9. Cf. HERNÁNDEZ, Héctor. El problema de la "causalidad general" en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal), *Política Criminal* (2006), n. 1, p. 5.

10. Cf. SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Produkthaftung*, (nota 1), p. 25.

11. Especificamente sobre este problema KAUFMANN, Armin. Tatbestansmäßigkeit... (nota 7), p. 572 e ss.

12. Para maiores desenvolvimentos sobre este problema, RAMÓN RIBAS, Eduardo. *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la Salud*, Granada, 2002.

a causalidade) absolutamente seguro, capaz de excluir toda a dúvida, e "por isso, o que realmente importa não é a certeza objectiva característica das ciências naturais, mas antes a certeza subjectiva".[13]

O tribunal afirmou ainda, no que ao segundo problema diz respeito, a tipicidade dos danos corporais decorrentes de acções pré-natais que causem lesões funcionais em pessoas nascidas; bem como a tipicidade a título de homicídio negligente das acções pré-natais que tenham causado a morte de recém-nascidos. Considerou também atípicos os abortos provocados de forma negligente, em virtude da ausência de uma previsão legal, uma vez que, nos termos da legislação alemã, só o aborto doloso seria punível.[14]

1.2 O caso Lederspray[15]

Este caso refere-se a um *spray* para calçado e pele, comercializado sob as marcas Erdal e Solitär, tendo-se discutido em tribunal a responsabilidade criminal dos dirigentes da empresa produtora e das empresas filiais de distribuição. A partir do fim do Outono de 1980, vários consumidores deste *spray* apresentaram, junto do grupo de empresas, diversas queixas relativas a danos na saúde, em particular, edemas pulmonares, problemas respiratórios, tosse, náuseas, calafrios e febre. As pessoas afectadas necessitaram com frequência de ajuda médica. Alguns pacientes sofreram internamento hospitalar, e nos casos mais graves, foram tratados nos cuidados intensivos, correndo sério risco de vida.[16]

13. LG Aachen de 18.12.1970, *Juristenzeitung*, 1971, p. 510. Uma síntese desta decisão pode encontrar-se em Torio Lopez, Angel. Cursos causales no verificables en derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XXXVI (1983), p. 229. Veja-se também Hassemer, Winfried, Muñoz Conde Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p.129 e s. e, ainda, Rodríguez Montañes, Teresa. Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos. Boix Rieg, Javier; Bernardi, Alessandro (codirectores), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Madrid: Iustel, 2005, p. 122.

14. LG Aachen, ibidem, p. 508-510. Para uma análise desenvolvida vide Ramón Ribas, Eduardo. *El Delito...* (nota 11), p. 88 e ss.

15. A decisão do BGH, de 06.07.1990, está publicada em *NStZ 1990*, Heft 12, p. 588-592. Este caso ficaria igualmente conhecido em alguma literatura como "caso Erdal".

16. BGH (nota 14), p. 588 e s.

As primeiras reclamações desencadearam investigações internas nas empresas. Não foram encontrados quaisquer erros de fabricação. Constatou-se apenas que em parte da produção do ano de 1980, a componente da substância activa do óleo de silicone estava elevada, tendo sido por conseguinte alterada a composição do produto. Não obstante, persistiram as queixas de danos causados pelo produto. Em Maio de 1981 teve lugar uma reunião extraordinária da direcção da empresa, em que se decidiu não retirar o produto do mercado, continuar a sua produção e comercialização e ainda incluir uma advertência no rótulo do produto.[17]

Não foi possível aos químicos da empresa fabricante, nem aos peritos solicitados pelo tribunal, determinar uma substância ou uma combinação de substâncias presentes no produto capaz de, segundo as leis gerais, causar os sintomas referidos. Não obstante, o BGH (*Bundesgerichthof*) considerou demonstrada a causalidade entre o uso daquele *spray* e as lesões à integridade física, baseando-se quer na existência de uma estreita relação temporal entre o uso do produto e a ocorrência das lesões, quer na inexistência de outra explicação causal.[18]

Entendendo que recaía sobre a direcção da empresa a obrigação de retirar do mercado um produto perigoso para a saúde, o BGH confirmou a condenação dos dirigentes pelos danos físicos, tanto por via da omissão de retirar do mercado os produtos já distribuídos, como também pela acção directa de comercialização do produto subsequente à reunião da direcção da empresa onde se tomou a decisão de manter a comercialização do produto. O tribunal considerou que o fabricante omitiu a retirada dos produtos já distribuídos mas também que actuou positivamente ao decidir pela continuação dos produtos no mercado.[19]

Deste modo, o BGH, tal como o tribunal de primeira instância (embora com fundamentação diferente) condenaram os administradores das empresas (produtora e filiais) como co-autores (no caso das empresas filiais como co-autores sucessivos) de ofensas à integridade física por omissão da retirada do produto e ofensas à integridade física

17. BGH (nota 14), p. 589.

18. PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva*. Granada: Editorial Comares, p. 16.

19. BGH (nota 14), p. 591.

dolosas, por acção, relativamente aos produtos postos no mercado após a reunião da direcção da empresa.

1.3 O caso do óleo de colza[20]

Trata-se talvez do mais importante caso de responsabilidade pelo produto ocorrido em Espanha, tanto pela gravidade das consequências e do número de pessoas atingidas, como pela importância da sentença do *Tribunal Supremo* espanhol, de 23 de Abril de 1992. No processo principal deste caso analisa-se a responsabilidade criminal de vários sujeitos (v.g., directores de empresas dedicadas à importação, tratamento e distribuição de óleo de colza) em relação às mortes e lesões à integridade física sofridas por consumidores deste óleo.

Os factos principais foram, muito resumidamente, os seguintes: em maio de 1981 descobre-se um surto epidémico, localizado, num primeiro momento, em Torrejón de Ardoz e em Madrid mas que progressivamente se alastra a outras zonas do país, afectando um número crescente de indivíduos. Os indivíduos afectados apresentavam lesões correspondentes a uma pneumonia, tendo sido apresentadas várias tentativas de explicação: num primeiro momento, pensou-se que a enfermidade se transmitia por via respiratória e que se trataria de uma pneumonia atípica; outra das hipóteses formuladas consistia na ocorrência de um eventual acidente com armas bacteriológicas, dada a existência em Torrejón de Ardoz de uma base militar americana; por fim, considerou-se também a hipótese de se tratar de uma intoxicação alimentar. As investigações policiais acabariam por revelar que se tinha distribuído para consumo humano óleo de colza desnaturalizado com anilina, uma substância venenosa que torna aquele óleo impróprio para consumo humano. O óleo de colza era importado por empresas do sector para fins industriais. Para assegurar que o óleo não era destinado a consumo humano, as autoridades administrativas ordenavam a desnaturalização do óleo introduzindo, entre

20. Este caso, dada a sua complexidade, prolongar-se-ia pelos tribunais durante alguns anos e daria origem a várias decisões jurisprudenciais: as decisões da Audiência Nacional de 24.05.1989 e do *Tribunal Supremo* espanhol de 23.04.1992, que condenaram os importadores, intermediários e distribuidores daquele óleo; também as sentenças da Audiência Nacional de 24.05.1996 e a sua consequente anulação pelo Supremo Tribunal espanhol, por via de uma decisão de 26.09.1997, ambas referentes à responsabilidade de algumas autoridades e funcionários administrativos.

outras substâncias, a anilina. A partir de 1980 uma das empresas importadoras do sector começa a aumentar substancialmente a importação deste óleo, supostamente para fins industriais. Todavia, este produto era posteriormente vendido a uma outra empresa, de modo a ser refinado e a eliminar a anilina adicionada. Este processo tinha por fim dirigir aquele óleo ao consumo humano. O óleo foi depois distribuído por muitas empresas, cujos directores desconheciam, na sua maioria, que se tratava de óleo de colza desnaturalizado, sabendo apenas que o produto que comercializavam não correspondia à classe e à qualidade que eles próprios lhe atribuíam, tendo sido por isso processados por burla.

As consequências destes factos foram devastadoras. O óleo de colza desnaturalizado com anilina foi distribuído por muitas zonas do país, sobretudo através de vendedores ambulantes, provocando pelo menos 330 mortes e afectando 15 000 pessoas.[21] Todavia, não se conseguiu justificar experimentalmente, sendo como tal desconhecido, o concreto mecanismo causal através do qual se produziu a enfermidade.[22] O *Tribunal Supremo* espanhol puniu o director da empresa importadora do óleo de colza, dois intermediários que compravam e vendiam o óleo, o refinador que procurou eliminar a anilina nele contida, o director de uma empresa de comércio de óleos para consumo humano que adquiriu aquele óleo e que, sabendo o que se passava, o passou a comprar directamente à empresa importadora, refinando-o e distribuindo-o a vendedores ambulantes, pelo crime de fabricação e venda de produtos comestíveis nocivos à saúde, agravado pelo resultado morte (arts. 346, n. 2, e 348. do CP espanhol) e pelo crime de burla.

21. Cf. Gimbernat Ordeig, Enrique. Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho Penal y decisiones colegiadas). *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, 2004/IV, p. 151.

22. Rodríguez Montañés, Teresa. Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza". *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, p. 265.

2. (Alguns) problemas jurídicos: a matéria de direito

A responsabilidade pelo produto insere-se dentro do âmbito mais lato da protecção penal do consumidor. Todavia, esta designação pretende abarcar uma série de novos problemas jurídicos colocados ao direito penal pelo grau de desenvolvimento e complexidade da sociedade moderna, como se pode depreender imediatamente dos casos referidos. A expressão responsabilidade criminal pelo produto, de origem alemã, emprega-se para fazer referência à responsabilidade penal dos produtores ou distribuidores de bens de consumo pela lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos essenciais aos consumidores,[23] em regra a vida ou a integridade física, derivadas da normal utilização do produto. Trata-se pois de saber em que medida o produtor ou distribuidor podem ser responsabilizados criminalmente pela morte, lesões à integridade física ou ainda pelo perigo gerado para a saúde do consumidor. Todavia, os peculiares problemas colocados pelo instituto da responsabilidade pelo produto confrontam o direito penal com a questão de saber se as clássicas categorias jurídico-penais suportam uma resposta adequada àqueles problemas. Na tentativa de solucionar estas questões, a jurisprudência viu-se obrigada a flexibilizar algumas das estruturas clássicas do direito penal, v.g. a imputação objectiva, o que conduziria a um discurso crítico por parte de alguns autores, como por exemplo Hassemer, quanto à adequação do direito penal à resolução das dificuldades suscitadas por uma responsabilidade criminal pelo produto.[24] Cabe, pois, indagar sobre os problemas jurídicos, quer de natureza dogmática quer de ordem político-criminal, que confrontam o direito penal neste domínio.

2.1 Os bens jurídico-penais

Uma das reservas que se dirige à responsabilidade pelo produto situa-se imediatamente ao nível dos bens jurídicos tutelados e da técnica legislativa usada na sua protecção. Para além das condutas típicas referidas ao direito penal clássico ou de justiça, como o homicídio ou as ofensas à integridade física, muitas das condutas que podem dar lugar

23. Rodríguez Montañés, Teresa. Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza", (nota 21), p. 115-116.

24. Hassemer, Winfried, Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto* (nota 12) p. 49 e ss.

à responsabilidade pelo produto enquadram-se nos delitos contra a saúde pública, que em alguns ordenamentos se encontram previstos em legislação extravagante ou acessória e que noutros se inscrevem no próprio Código Penal.[25] Por conseguinte são normas incriminatórias em que só de forma mediata se protege a integridade física e a vida dos consumidores, pois procuram tutelar de forma imediata e autónoma o bem jurídico saúde pública, designadamente através da segurança e genuidade dos bens de consumo.

Coloca-se pois o problema de qualificar este bem jurídico e, consequentemente, de determinar se ele ainda cumpre as funções que tradicionalmente se atribuem à categoria de bem jurídico-penal. Por outras palavras, em causa está a admissibilidade da tutela através das normas penais de bens jurídicos trans-individuais ou colectivos, questão que tem suscitado as maiores divergências entre os cultores das ciências penais.[26]

Por outro lado, alguns autores críticos à admissibilidade da tutela penal destes bens, de que constitui claro exemplo a Escola de Frankfurt, acrescentam que nos delitos contra a saúde pública o que se criminaliza é a mera aptidão ou potencialidade danosa para os bens jurídicos individuais vida e integridade física, sem que estes bens jurídicos individuais cheguem a ser afectados. Deste modo, favorece-se neste domínio o uso dos crimes de perigo abstracto e atenua-se a fronteira entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.[27] Em qualquer caso, estas críticas referem-se não só à responsabilidade pelo produto como em geral a todo o direito penal económico e do meio ambiente.

25. Por exemplo, em Espanha, os delitos contra a saúde pública fazem parte do Código Penal. Para uma análise doutrinal e jurisprudencial destes delitos, v. Ganzenmüller Roig; C. Frigola Valina, J.; Escudero Moratalla, J. F. *Delitos contra la salud publica (I), Substancias nocivas, productos químicos, medicamentos y alimentos*, Barcelona: Bosch, 2000. Em Portugal, a maioria dos delitos contra a saúde pública está prevista em diploma extravagante de 1984. Trata-se do Dec.-lei 28, de 20.01.1984 que prevê as infracções contra a economia e contra a saúde pública.

26. Vide por todos, na doutrina portuguesa, Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 133 e ss.

27. Cf. Hassemer, Winfried, Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto* (nota 12), p. 57.

2.2 A tipicidade das condutas

Em segundo lugar, deve fazer-se uma breve referência aos problemas que a responsabilidade pelo produto acarreta ao nível da tipicidade das condutas com eventual relevância jurídico-criminal. Quando se considera os casos típicos de responsabilidade pelo produto sob a perspectiva dos tipos legais de ofensa à integridade física ou homicídio, na medida em que se trata de crimes de resultado, surgem problemas ao nível da imputação objectiva das consequências danosas, como se tornou evidente na sentença do "caso Lederspray". E foram justamente estas dificuldades, assim como a gravidade dos danos ocorridos, que conduziram à defesa por parte de alguns autores, em pleno desacordo com a crítica anterior, da necessidade político-criminal de sancionar penalmente a produção e comercialização de produtos perigosos.[28]

Na verdade, a decisão do "caso Lederspray", em particular as suas considerações sobre a relação de causalidade entre determinada acção ou omissão e a ocorrência das lesões à integridade física, conduziu a uma extensa produção doutrinal sobre esta matéria. Os problemas surgem essencialmente em torno de processos causais que não podem ser explicados ou demonstrados pelas leis naturais, empíricas. Torna-se por isso, difícil investigar cientificamente algumas destas relações causais. E por isso, dadas estas dificuldades, alguns autores, tendo por referência aquela decisão, entenderam que o BGH teria substituído a teoria da causalidade adequada às leis da experiência por um modelo de "caixa negra" ou uma "teoria de causalidade plausível", traduzido na ideia de que são conhecidos os acontecimentos imediatamente anteriores à entrada na caixa negra, conhecem-se as consequências que se seguiram, mas é impossível determinar o que se passou dentro daquela caixa, permanecendo o seu conteúdo em total escuridão. Deste modo, sabe-se que o produto, tal como é, tem uma relação suficiente com determinados danos e que é possível simultaneamente excluir-se com facilidade qualquer outro factor nocivo diferente daquele produto; todavia, não se consegue determinar, de entre as

28. Mais desenvolvidamente VOGEL, Joachim. La responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro. *Revista Penal* 8 (2001), p. 102.

substâncias que compõem aquele produto, aquela que é causalmente decisiva.[29]

Deste modo, as dúvidas suscitadas ao nível da causalidade têm uma dupla relevância: por um lado, quanto ao conceito material de causalidade e ao que dele deve exigir-se (embora se possa questionar se se trata de um problema exclusivo da responsabilidade pelo produto); por outro lado, quanto às exigências processuais da prova da causalidade por parte do juiz, designadamente, qual o grau de prova necessário para que o juiz possa não só formar como fundamentar a sua convicção.

Todavia, os problemas ao nível da tipicidade das condutas de fabrico e comercialização de produtos perigosos não terminam por aqui. Na verdade, ainda que se demonstre a relação de causalidade, até segundo os critérios clássicos mais exigentes, nem sempre se poderá afirmar a imputação objectiva dos resultados danosos à conduta. Pensamos em especial, embora não exclusivamente, no domínio dos medicamentos.

Neste domínio, reconhece-se ao conceito de risco permitido um papel crucial enquanto elemento corrector ao nível da imputação objectiva. Isto é, pode acontecer que a imputação de danos à vida ou à integridade física provocados por um medicamento, se deva considerar excluída no caso do resultado danoso se ligar a riscos juridicamente permitidos, tolerados pela própria sociedade. Tal será, em princípio, o caso dos efeitos secundários previamente conhecidos e autorizados pelas autoridades com competência fiscalizadora e controladora. Estamos no domínio do conflito de interesses jurídicos, muitas das vezes centrados na tutela paradoxal dos mesmos bens: a tutela dos bens jurídico-penais vida e ofensa à integridade física por um lado, e, por outro lado, a salvaguarda da vida e da integridade física através dos incontestáveis benefícios proporcionados pelo uso de medicamentos. O conceito de risco permitido surge assim como essencial na delimitação do que deve considerar-se fora do alcance do direito penal. Neste contexto, será fundamental considerar a observância de todos os procedimentos e regras que impendem sobre o fabricante para determinar os limites do risco permitido. A violação desses deveres dificilmente se compatibiliza com uma actuação no âmbito do risco permitido.

29. Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto* (nota 12), p. 133.

2.3 *O dever de garante do produtor*

As obrigações que recaem sobre o produtor são igualmente discutidas no âmbito da responsabilidade pelo produto e, em particular, questiona-se se elas devem ser compreendidas num sentido mais amplo ou mais estreito. Concretamente, no que respeita aos produtos comercializados, põe-se a questão de saber se existe um dever de vigilância (quase permanente) desses produtos, decorrente da segurança no comércio e fundamentado numa espécie de domínio da própria empresa e dos bens aí produzidos enquanto fonte de perigos; ou, numa outra perspectiva mais exigente, se esse dever apenas existe nos casos em que a perigosidade do produto seja objectivamente previsível no momento da comercialização, fundamentando, caso se confirmem as suspeitas de perigo, um consequente dever de retirada do produto do mercado. É a inobservância deste dever que pode fundamentar a autoria criminosa do produtor por omissão quanto aos eventos danosos decorrentes da comercialização do produto. Estamos pois perante o problema de saber em que termos se pode afirmar a existência de um dever de garante por parte do produtor, capaz de fundamentar um delito omissivo.[30]

2.4 *A dissolução da responsabilidade individual e a emergência da responsabilidade colectiva*

No âmbito da responsabilidade pelo produto são igualmente discutidos alguns princípios fundamentais relativos à imputação subjectiva. Essa discussão é determinada, desde logo, pelo facto de a maioria destes casos ter lugar no seio empresarial. A responsabilidade pelo produto cruza-se assim com a atribuição de responsabilidade a órgãos directivos. Ora, a imputação dessa responsabilidade confronta-se com as dificuldades colocadas por uma estrutura empresarial complexa. A evolução da realidade empresarial no último século trouxe grandes empresas, sociedades multinacionais, com uma estrutura fortemente organizada e complexa, sendo por vezes difícil determinar, desde logo, a autoria criminosa. O contexto empresarial, assente, por um lado, numa estrutura complexa e hierárquica, e por outro, na divisão do trabalho, potencia a separação entre a origem da decisão criminosa e os

30. Sobre a discussão doutrinal referente à posição de garantia na empresa, veja-se SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und strafrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns, 1979, p. 77.

responsáveis pela sua execução. Deste modo, é cada vez mais problemático imputar individualmente os factos desvaliosos e criminalmente relevantes. Como refere Schünemann a descentralização das decisões (e da sua execução) nas empresas de hoje comporta o risco de converter a organização da responsabilidade em irresponsabilidade organizada.[31]

Este fenómeno, desde logo considerado na decisão do Lederspray, deu origem a uma forte discussão doutrinal, quer sobre a imputação individual da responsabilidade criminal, quer também sobre a possibilidade de se responsabilizar o próprio ente colectivo. Com efeito, os factos criminosos realizados no âmbito empresarial podem desencadear pelo menos três níveis de responsabilidade:[32] a responsabilidade daquele que executa, em regra o funcionário; a responsabilidade daquele que coordena e dirige a organização, e, finalmente, a responsabilidade do próprio ente colectivo.

As duas primeiras dizem respeito à responsabilidade individual e colocam problemas a resolver no quadro da teoria da comparticipação. A grande discussão que se tem gerado na doutrina a este propósito centra-se em saber se as figuras tradicionais da comparticipação – a autoria mediata, a co-autoria, a instigação e a cumplicidade – respondem com suficiência ao problema da responsabilização do dirigente empresarial. Esta discussão assumiu maior vigor na literatura europeia a partir da decisão do BGH alemão no sentido de aplicar a figura do "aparelho organizado de poder" como forma de fundamentar a autoria mediata de delitos cometidos pelos dirigentes da República Democrática Alemã, deixando em aberto a possibilidade desta figura ser aplicada no contexto da criminalidade de empresa.[33]

Estas dificuldades contribuíram para fortalecer a necessidade político-criminal de responsabilizar criminalmente o próprio ente colectivo. Trata-se de uma questão extraordinariamente complexa, que tem gerado imensa discussão no plano dogmático, e que excede largamente o âmbito deste trabalho. Apenas se acrescenta uma nota: se a responsabilidade da pessoa colectiva é tradicionalmente discutida no âmbito do direito

31. Cf. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004, p. 25.

32. Dias, Augusto Silva. *Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro*. Lisboa, 2007, p. 191.

33. Trata-se da decisão do BGH de 26.07.1994, publicada em *BGHSt* 40, p. 237.

penal da empresa e do direito penal económico, hoje extravasa já esse domínio, tendo sido importada também para o direito penal clássico. A legislação portuguesa constitui disso exemplo, uma vez que prevê, desde setembro de 2007, a responsabilidade da pessoa colectiva, no art. 11 do CP/português, para um catálogo específico de crimes. O que tem suscitado um interesse e um estudo renovados, por vezes necessariamente críticos, desta matéria. Todavia, esta seria toda uma nova história que o tempo e os limites inerentes à natureza deste estudo não nos permitem contar.

3. Conclusão

Em jeito de conclusão propõe-se uma reflexão final: a responsabilidade pelo produto deu origem a novas reflexões e a novas construções que, de forma diversa, conduziram, segundo alguns autores, a um alargamento do âmbito de actuação do direito penal. A crítica surgiria de vozes reconhecidas no domínio criminal, como Winfried Hassemer, argumentando no sentido de que esta responsabilidade criminal conduz a uma desformalização, extensão e flexibilização da dogmática do direito penal aos limites do suportável. Concordamos, no entanto, com aqueles autores que, como Vogel, consideram esta crítica exagerada. Sem dúvida os problemas são novos: são os do nosso tempo. A dogmática penal não pode alhear-se deles, cristalizando-se, petrificando-se no tempo. O direito penal é – e tem de ser – um direito atento, e nesse sentido cautelosamente criador. Nas palavras de Figueiredo Dias, "o direito penal não pode negar-se a sua quota-parte de legitimação (e de responsabilidade) na protecção das gerações futuras. Reconhecê-lo, porém implica que vejamos com justeza e a modéstia possíveis o que dele pode e deve esperar-se".[34]

34. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras, *BFD* 75 (2005), p. 1128.

II Processo Penal

1
Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Professor Doutor de Direito Processual Penal da USP e da Universidade de Taubaté. Advogado.

Área do direito: Penal-Processo penal

Resumo: O presente texto analisa a rejeição da denúncia ou queixa e a absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal. A partir de uma análise da teoria dos pressupostos processuais e das condições da ação no processo penal, incluindo-se a justa causa para a ação penal, busca-se definir e distinguir, na dinâmica procedimental, em que hipóteses a denúncia deve ser rejeita e em que casos o acusado deve ser absolvido sumariamente. Para tanto, será necessário definir, diante dos termos contraditórios da Reforma do Código de Processo Penal, em que momento deverá ocorrer o recebimento da denúncia no novo procedimento comum. À luz da teoria da asserção tenta-se distinguir as condições da ação e mérito, para verificar as diferenças entre as hipóteses de rejeição da denúncia e absolvição sumária.

Abstract: The current text analyses accusation or complaint rejections and summary discharges in the reform of the Procedural Criminal Code. Starting from an analysis of the procedural presumption theory and conditions of action in the criminal procedure, including just cause for criminal action, we seek to define and distinguish, within the procedural dynamics, under which hypothesis should the accusation be rejected and under which cases can the accused be summarily discharged. For this purpose it will be necessary to define, before the contradictory terms of the Procedural Criminal Code, when the accusation of the new common procedure must be received. In the light of the assertion theory we try to distinguish the conditions of action and merit to verify the differences between the hypothesis of accusation rejection and summary discharge.

Palavras-chave: Pressupostos processuais – Inépcia da denúncia – Condições da ação – Justa causa para a ação penal – Recebimento da denúncia – Rejeição da denúncia – Absolvição sumária – Teoria da asserção.

Keywords: Procedural presumption – Ineptitude of accusation – Conditions of action – Just cause for the criminal action – Accusation receipt – Accusation rejection – Summary discharge – Assertion theory.

Sumário: Introdução – 1. Rejeição da denúncia ou queixa – 2. Inépcia da denúncia ou queixa e pressupostos processuais – 3. Condições da ação penal: 3.1 Da possibilidade jurídica do pedido; 3.2 Do interesse de agir; 3.3 Da legitimidade de partes – 4. Justa causa para a ação penal – 5. O momento de recebimento da denúncia no procedimento comum – 6. Absolvição sumária no novo art. 397 do CPP – 7. Atuação integrada dos novos mecanismos na dinâmica procedimental: 7.1 Distinção entre condições da ação e mérito; 7.2 Distinções entre falta de justa causa e absolvição sumária; 7.3 Reapreciação da inépcia da denúncia após a resposta do acusado; 7.4 Reapreciação da falta de justa causa após a resposta do acusado – 8. Conclusões – Bibliografia.

Introdução

O que significa para qualquer cidadão ser processado criminalmente? Provavelmente, só quem já passou por esta situação saberá responder a indagação.

A discussão sobre quando e em que situações uma denúncia deve ser recebida, embora não prescinda de uma análise do direito posto e, portanto, que se voltem os olhos para a reforma do Código de Processo Penal, deve ter em vista, também e principalmente, a garantia constitucional de proteção e respeito à dignidade humana.

Num processo penal à luz da Constituição, em que toda pessoa acusada de um delito tem o direito à ampla defesa, seria óbvia a conclusão de que deveria ter, em conseqüência, a possibilidade de apresentação de uma resposta antes de ter recebida uma denúncia oferecida em seu desfavor. Aliás, esse era, declaradamente, um dos objetivos da reforma, procurando adequar o Código de Processo Penal à Constituição.

No processo de tramitação legislativa, contudo, mudanças foram feitas. Houve o claro propósito de se afastar o contraditório prévio ao recebimento da denúncia e, para tanto, inseriu-se a expressão "recebê-la-á" no novo art. 396, *caput*, do CPP.

A perfeita compreensão de tal norma exige que se analise o momento do recebimento da denúncia e toda a celeuma que tem causado a contradição evidente entre os novos arts. 396, *caput*, e 399 do CPP, posto que ambos se referem ao recebimento da denúncia, porém, em momentos procedimentais diversos.

O que se propõe, contudo, não é uma mera análise "estática" do momento do recebimento da denúncia e dos casos em que deverá ser rejeitada. Há, também, a preocupação com uma análise "dinâmica" do procedimento quanto à admissibilidade da acusação, sendo necessário, para tanto, verificar as novas hipóteses de absolvição sumária previstas no art. 397 do CPP.

Finalmente, tudo isso não poderá ser feito sem que se percorra o dificílimo caminho da tentativa de distinção entre categorias fundamentais da ciência processual: pressupostos processuais, condições da ação, justa causa e mérito.

Valores constitucionais, reformas legislativas e discussões doutrinárias constituem o material de trabalho desse estudo. Todavia, para que o leitor não seja iludido, adverte-se, desde já: não busque nesse estudo soluções definitivas ou respostas prontas. O propósito é muito mais instigar e provocar a reflexão do que resolver problemas. "A vida irrefletida não vale a pena ser vivida"!

1. Rejeição da denúncia ou queixa

No regime originário do Código de Processo Penal, a rejeição da denúncia ou queixa podia ocorrer, por inépcia, quando não observados os requisitos legais do art. 41 do CPP. Por outro lado, as hipóteses de rejeição, em decorrência do que se considerava, com algumas adaptações, carência da ação, encontravam-se previstas no revogado art. 43 do CPP: "Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único. Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição".

A Lei 11.719/2008, ao reformar o procedimento comum ordinário, revogou o art. 43 do CPP e, no novo art. 395, passou a prever hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa: "Art. 395. A denúncia ou queixa será

rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal."

Passamos a examinar, uma a uma, tais hipóteses.

2. Inépcia da denúncia ou queixa e pressupostos processuais

A questão dos "pressupostos processuais" é um dos mais tormentosos temas da ciência processual, por envolver a própria definição de seu objeto: o que é o processo? Como adverte José Carlos Barbosa Moreira, "é muito esbatida a significação dos pressupostos processuais como categoria jurídica", havendo "boas razões para encarar com um grão de cepticismo a entronização de categoria tão heterogênea e de tão escassa coesão interna".[1]

Ciente dos riscos decorrentes da generalização, a doutrina nacional, em regra, divide-se entre uma teoria restritiva e uma ampliativa dos pressupostos processuais.

Para a teoria restritiva, os pressupostos processuais dizem respeito, apenas, à existência da relação jurídica processual. São eles: (1) uma demanda regularmente formulada; (2) capacidade de ser parte em juízo de quem formula a demanda; (3) investidura do órgão jurisdicional que recebe a demanda.[2] Sinteticamente, uma correta

1. Sobre pressupostos processuais, *Temas de direito processual*. 4. Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 93.

2. No âmbito processual penal, Helio Tornaghi (*A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 73) explica que: "para que surja uma relação jurídica processual é mister, antes do mais, uma *provocação ao Estado*: denúncia, queixa, no processo criminal, petição, no processo civil. Mas essa provocação é dirigida a um órgão *específico munido do poder de julgar*. Se esse poder não existe na pessoa física do órgão provocado, não nascerá relação jurídica, mas, quando muito, uma relação de fato, irrelevante para o Direito judiciário. Tal provocação deve ser feita, ao órgão judiciário, por quem seja *parte* numa causa, e há de ser dirigida, por intermédio dele, órgão, à *outra parte*. Pressupostos de existência da relação processual são, pois: a demanda judicial, a jurisdição e as partes". A estes pressupostos, José Barcelos de Souza (*Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 33) acrescenta a citação válida: "Tais pressupostos são: a) órgão investido de jurisdição para a causa; b) parte ou partes que possam ser sujeitos da relação processual (capacidade de ser parte); demanda (sempre que indispensável, como é o caso do processo

propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo.[3]

Já para a teoria ampliativa, que engloba os pressupostos de existência e validade da relação jurídica processual, os pressupostos processuais podem ser subjetivos ou objetivos. Os pressupostos subjetivos dizem respeito ao juiz e às partes. *Quanto ao juiz*: investidura, imparcialidade e competência; *quanto às partes*: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. Por outro lado, os pressupostos processuais objetivos costumam ser divididos em pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros são: petição inicial apta, citação válida e regularidade procedimental. Já os pressupostos *extrínsecos* são: coisa julgada, litispendência, perempção e convenção de arbitragem. Estes últimos, também chamados de impedimentos processuais ou pressuposto processuais negativos, pois não podem estar presente para que o processo se desenvolva validamente.[4]

Aliás, a própria consideração de tais "fatores" como pressupostos, seja do processo, seja da relação processual, pode ser questionada. Do ponto de vista terminológico, se os "pressupostos processuais" são examinados no próprio processo, não podem ser seu pressuposto.[5] "Não

condenatório); e d) particularmente quanto à parte ré, sua citação, quando for o caso, salvo comparecimento".

3. Nesse sentido: Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 287. Há, porém, posições mais restritas. É o que se extrai de duas excelentes fontes de consulta para uma análise crítica dos pressupostos processuais: Barbosa Moreira (Sobre os pressupostos processuais cit., p. 91) questiona a existência de partes como pressuposto processual de existência, exemplificando, quanto ao autor com a situação em que, o "advogado, munido de procuração, ajuíza a inicial sem ter notícia de que o outorgante viera a falecer"; quanto ao réu, cogita a seguinte hipótese: "cita-se, por edital pessoa que depois se verifica estar morta desde data anterior".
4. Sobre a teoria ampliativa, cf. por todos: José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 187.
5. É a crítica de Leo Rosemberg (*Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Ângela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. vol. 2, p. 47) para quem "los presupuestos procesales non lo son del proceso, en el no sentido de que sin ellos no sea posible proceso alguno; pues ellos mismos son objeto de examen y resolución en el proceso y presupone su existencia, por lo que no pueden al mismo tiempo ser presupuestos de esa existencia".

seria adequado considerar *pressuposto* do processo aquilo que já constitui *objeto* da atividade cognitiva nele cumprida."[6] Se a existência desses requisitos não é verificada previamente, em procedimento autônomo, tal qual ocorria na construção original de Bulow,[7] melhor denominá-los pressupostos da sentença de mérito.[8]

Para o âmbito limitado desse trabalho, que tem em vista discutir os problemas relacionados com o recebimento da denúncia ou queixa, diante da reforma do Código de Processo Penal, basta a comparação da inépcia da denúncia – situações de ausência do pressuposto processual da aptidão da peça acusatória – com as condições da ação penal e a justa causa para a ação penal.

O novo art. 395 do CPP, prevê, entre outros casos, que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual. O destaque da inépcia da denúncia ou queixa como causa de rejeição da denúncia é criticável, na medida em que a aptidão da peça acusatória é um dos chamados "pressupostos processuais". A idéia, provavelmente, foi confirmar e reforçar a possibilidade de rejeição da denúncia ou queixa, no limiar do processo, por sua inépcia.

Porém, não são todas as situações identificáveis com os pressupostos processuais que geram a rejeição da denúncia. O oferecimento da denúncia

6. Barbosa Moreira. Sobre pressupostos processuais cit., p. 84. Em sentido contrário, Tornaghi (*Relação processual penal* cit., p. 72) procura rebater tal crítica, que já havia sido anteriormente formulada por Goldschmidt, sob o argumento de que "a pressuposição da qual aqui se trata é lógica, não necessariamente cronológica".

7. Partindo da divisão de matérias a que o tribunal é chamado a decidir, qual seja, a existência da relação jurídica material (*res in iudicium deducta*) e a relação jurídica processual (*iudicium*), Oskar Von Bülow (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964, p. 7) explica que "este dualismo ha sido siempre decisivo en la *clasificación* del procedimiento judicial. El ha llevado a una división del proceso en dos capítulos, de los cuales uno se dedica a la investigación de la relación litigiosa material y el otro, al examen de los presupuestos procesales. Así, en el proceso civil romano precede al *trámite del fondo* (el procedimiento *in judicio*) un *trámite preparatorio* (*in jure*), el cual estaba destinado exclusivamente a la determinación de la relación procesal, *ad constituendum judicium*". Sobre o tema, cf. Tornaghi. *A relação processual penal* cit., p. 66 e ss.

8. Bedaque. *Efetividade do processo* ... cit., p. 181, nota 3.

ou queixa, perante um juiz impedido ou suspeito, não acarretará a rejeição da peça acusatória, mas o afastamento do magistrado que não seja imparcial. Por outro lado, uma denúncia ofertada perante um juiz incompetente, ainda que se trate de critério cuja violação acarrete a incompetência absoluta do magistrado, terá como conseqüência o deslocamento do feito para o juiz competente, e não a sua extinção.

Além disso, o inc. II do art. 395 do CPP também é criticável quando prevê que a denúncia ou queixa será rejeitada quando "*faltar* pressuposto processual". Isso porque, há pressupostos processuais negativos, que devem estar ausentes para que o processo se desenvolva validamente e, no caso, a denúncia ou queixa seja recebida. No campo processual civil, entre os chamados pressupostos processuais, procura-se distinguir aqueles que são pressupostos necessários para o nascimento e desenvolvimento válido da relação processual, daqueles outros que impedem o seu nascimento ou o seu desenvolvimento válido.[9] Partindo de tal diferenciação, seria possível falar em pressupostos processuais constitutivos da relação processual e pressupostos processuais impeditivos de tal relação,[10] ou simplesmente impedimentos processuais.[11]

São, pois, pressupostos processuais negativos, isto é, que devem estar ausentes para que o processo possa se desenvolver validamente. No processo penal, tais impedimentos são a litispendência e a coisa julgada, que devem ser alegados por meio de exceção (art. 95, III e V, CPP), cujo acolhimento levará à extinção do processo sem julgamento do mérito.

9. De se observar que o Código de Processo Civil distingue as duas situações, nos inc. IV e V do art. 267. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: ... "IV – quando se *verificar a ausência* de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o *juiz acolher a alegação* de perempção, litispendência ou de coisa julgada". (grifos nossos)
10. Cf.: Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1, p. 321) e Vicente Greco Filho (*Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. vol. 2, p. 62) fazem referência à "inexistência de fatos impeditivos".
11. Com base na distinção da doutrina alemã entre *Prozessvoraussetzungen* e *Prozesshindernisse*, José Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2, p. 132) e Barbosa Moreira (Sobre pressupostos processuais cit., p. 87) fazem referência aos *impedimentos processuais*.

De qualquer forma, e este é o ponto relevante para a análise que se pretende, a inépcia da denúncia, por vícios formais da peça acusatória, não guarda relação com o mérito da causa.

Nesse ponto, é perfeitamente possível distinguir uma situação de inépcia, de um caso de absolvição. Mais do que isso, de nenhuma forma poderá haver confusão entre a inépcia da denúncia e as hipóteses de absolvição sumária.[12]

3. Condições da ação penal

Analisada a inépcia da denúncia ou queixa e os demais pressupostos processuais, resta completar o tratamento do tema da rejeição da acusação com as condições da ação penal e a justa causa para a ação penal.

Diante da precedência cronológica dos estudos sobre as chamadas condições da ação, referida análise será feita a partir de um paralelo e de uma comparação com as condições da ação, segundo o posicionamento da doutrina processual civil.[13] Obviamente, o estudo comparativo não significa a adoção ou a transposição simplista de tais conceitos proces-

12. Diversamente, porém, como será analisado no item 8, no que toca, de um lado, às condições da ação e à justa causa, e de outro, às hipóteses de absolvição sumária do art. 397 do CPP, há identidade, ao menos parcial, do *thema decidendum*.

13. Na transposição dos conceitos civilísticos para o campo penal, de uma maneira geral, a doutrina processual penal, procura fazer as devidas adaptações no emprego de tais conceitos quanto às condições da ação. Para Frederico Marques (*Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. vol. 2, p. 69), "para o exercício *hic et nunc* da ação penal, também se exigem, como no processo civil, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, no plano objetivo,e a *legitimatio ad causam*, no plano subjetivo". E acrescenta (p. 71): "as condições de procedibilidade são condições especiais exigidas por lei, além das três condições gerais para o exercício da ação penal". De forma semelhante, para Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1, p. 521), as condições da ação penal genéricas são: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir. A estas, somam-se as condições da ação específicas, que são condições a que fica subordinado o direito de ação, em determinados casos específicos.

suais civis, ignorando as peculiaridades ou especificidades do processo penal.[14]

3.1 Da possibilidade jurídica do pedido

No campo processual civil, a demanda é juridicamente possível sempre que inexista, no ordenamento jurídico, vedação ao provimento

14. Um maior "distanciamento" da doutrina civilista é encontrado, por exemplo, em Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 148), que identifica as condições da ação como: (a) tipicidade objetiva (art. 43, I, CPP), (b) a punibilidade concreta (art. 43, II, CPP), (c) a legitimidade de parte (art. 43, III, 1.ª parte, CPP) e (d) a justa causa (art. 43, III, 2.ª parte, c/c art. 18, CPP). O mesmo esquema é adotado por Marco Aurélio Nunes da Silveira (*A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 56-57), que apenas substitui a expressão "tipicidade objetiva" por "tipicidade aparente". De forma semelhante, também para Aury Lopes Júnior (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. vol. 1, p. 351) as condições da ação são: (a) prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; (b) punibilidade concreta; (c) legitimidade de parte e (d) justa causa. As concepções acima são, declaradamente, inspiradas no posicionamento de Acir José Breda (Efeitos da declaração de nulidade no processo penal, *Revista do Ministério Público do Paraná* 9/177-178, Curitiba, 1980), para quem "um estudo sistemático do art. 43, em confronto com a norma do art. 18 do CPP, indica a presença das seguintes condições (genéricas) da ação: (a) um fato penalmente relevante, isto é, a ocorrência de um tipo penal objetivo (art. 43, I); (b) a punibilidade concreta desse fato (art. 43, II); (c) a legitimidade de partes (art. 43, III)... como há uma outra hipótese de arquivamento (art. 18 do CPP), induvidosamente, faltará condição para o exercício da ação penal, nos casos em que o titular do *ius puniendi* pedir o arquivamento 'por falta de base para a denúncia'. Estaríamos diante da chamada justa causa para a acusação, isto é a falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal". Curioso observar, ainda, que embora Acir José Breda, *em estudo anterior* (Notas sobre o anteprojeto de Código de Processo Penal. *Revista de Direito Penal* 11/12, Rio de Janeiro, jul.-dez. 1973, p. 57), tenha asseverado que "as condições da ação, no processo penal, não podem ter o mesmo tratamento do Direito Processual Civil", posteriormente, no artigo acima citado (Efeitos da declaração..., p. 178), conclui que "para fins de compatibilização com a doutrina do processo civil, didaticamente, a tipicidade objetiva e a punibilidade concreta podem ser confundidas com a possibilidade jurídica do pedido, e a idoneidade da pretensão [justa causa] com o interesse de agir. O presente trabalho não comporta crítica quanto à validade científica dessa postura".

jurisdicional, decorrente de um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir).[15] Os exemplos clássicos são o pedido de divórcio, nos países que não o admitem, ou a cobrança de dívida de jogo, vedada pelo art. 814 do CC/2002.[16] Aliás, normalmente, a impossibilidade é da causa de pedir, e não do pedido.[17] Os pedidos de uma tutela constitutiva nega-

15. Enrico Tulio Liebman, em palestra proferida em 1949, intitulada "L'azione nella teoria del processo civile" (*Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova: Cedam 1950, vol. 2, p. 448, depois reproduzida em *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 46), conceituava a possibilidade jurídica do pedido em termos positivos: "è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale". E, em trabalho anterior, publicado em 1945, Liebman (O despacho saneador e o julgamento do mérito, originalmente publicado na *Revista Forense* 104/216 e ss., posteriormente reproduzido, em *Estudos de sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 124) asseverou: "por possibilidade jurídica do pedido entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica a qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por exemplo, um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento. Ressalte-se, porém, que posteriormente, em 1973, a partir da terceira edição de seu *Manuale di diritto processuale civile* (Milano: Giuffrè, vol. 1) Liebman deixa de considerar a possibilidade jurídica do pedido como um das condições da ação, passando a considerar as hipóteses antes identificáveis com a impossibilidade jurídica do pedido como sendo pertencentes ao interesse de agir. Ressalte-se que foi Moniz de Aragão (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. vol. 2, p. 433) quem passou a conceituar a possibilidade jurídica do pedido de forma negativa: "parece que o verdadeiro conceito de possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente. Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica".
16. No processo penal, o exemplo sempre lembrado é o oferecimento de denúncia por fato atípico, com fundamento no revogado, art. 43, I, do CPP.
17. Em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover (*As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 49) nega que a possibilidade jurídica possa se dar "em virtude de peculiaridades da *causa petendi*". Neste caso, a matéria seria "de mérito e não diz respeito ao exercício da ação". Todavia, em estudo

tiva, no caso do divórcio, e condenatório, na hipótese de dívida de jogo, são é perfeitamente admissíveis.

Sendo o pedido juridicamente impossível, haverá desnecessidade de o processo prosseguir, ante a absoluta impossibilidade de o juiz emitir um provimento final conforme pedido pelo autor.

No processo penal, a possibilidade jurídica do pedido é definida em termos positivos,[18] isto é, o pedido será juridicamente possível sempre que, em tese, a conduta imputada ao acusado seja típica. Se alguém for denunciado, p. ex., por furto de uso ou por incesto, a denúncia deve ser rejeitada. Além da atipicidade, o pedido também será juridicamente impossível, nos casos em que o fato não constituir crime, como p. ex., no ato infracional praticado por menor de 18 anos.[19]

posterior (As condições da ação penal. *RBCCrim* 69/186. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2007) passou a admitir tal situação, dando exatamente o exemplo da dívida de jogo.

18. Nesse sentido, identificando a possibilidade jurídica do pedido, com a imputação de uma conduta definida como crime: Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. 1, p. 318-319; Hélio Tornaghi. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 1, p. 42; Tourinho Filho, *Processo penal* cit., vol. 1, p. 522; Jacinto Coutinho, *A lide*... cit., p. 146-147; Maria Thereza Rocha de Assis Moura. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 182-183.

19. A questão é controvertida, havendo vários autores que, em tal hipótese, enquadram a carência da ação na falta de legitimidade de parte passiva. Nesse sentido, cf.: Frederico Marques, *Elementos*... cit. vol. 1, p. 320; Tucci, *Teoria do direito processual*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 96. Diversamente posiciona-se Grinover (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 198) negando que tal hipótese seja caracterizadora da ilegitimidade de parte. E, em estudo posterior, (As condições da ação penal cit., 2007, p. 198) complementa o raciocínio afirmando, sem maiores esclarecimentos, que "aqui se trata de falta de interesse-adequação ou de possibilidade jurídica". Um terceiro posicionamento é defendido por José Barcelos de Souza (*Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 18-19) entende que no caso de ação penal contra menor de 18 anos, falta a este a capacidade de ser parte, a configurar a inexistência do processo. Trata-se, pois, a seu ver, de hipótese de falta de pressuposto processual de existência, e não de questão relacionada com as condições da ação.

Há, também, posicionamento no sentido de que se já estiver extinta a punibilidade, o pedido também será juridicamente impossível.[20]

Parte da doutrina processual penal considera, ainda, que o pedido é juridicamente impossível, quando se pede a condenação do acusado a uma pena não admitida em nosso ordenamento jurídico, como seria o caso de açoite, desterro, degredo, trabalhos forçados, etc.[21] Mesmo neste caso, é de se ver que o pedido imediato, isto é, a tutela jurisdicional pleiteada, é juridicamente possível (pedido de condenação). O que será impossível é o pedido mediato, ou seja, o *bem da vida* que se quer restringir através do processo.

Além disso, no processo penal, as chamadas "condições de procedibilidade" se enquadrariam nas condições da ação, como requisitos da possibilidade jurídica do pedido.[22] São elas: (a) representação do ofendido na ação penal pública condicionada (art. 100, § 1.º, CP c/c art. 24, CPP); (b) requisição do Ministro da Justiça (art. 100, § 1.º, CP c/c

20. Nesse sentido: José Frederico Marques. *Tratado de direito processual penal* cit., p. 77; Romeu Pires de Campos Barros. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. vol. 1, p. 276. Em sentido contrário, considerando que a questão seria de falta de interesse de agir: Fernando N. Bittencourt Fowler. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *Revista do Ministério Público do Paraná* 7/92, Curitiba, 1977. Por outro lado, GRINOVER (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 76) nega que se trata de condição da ação: "a sentença que reconhece extinta a punibilidade fará coisa julgada material, não se tratando, em absoluto, de carência da ação". No mesmo sentido: Maria Thereza R. A. Moura, *Justa causa para a ação penal* cit., p. 256.

21. Nesse sentido; Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 98-99; Afrânio Silva Jardim. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 39; Rogério Lauria Tucci. *Teoria do direito processual penal* cit., p. 93.

22. Nesse sentido: José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. 2, p. 392. Em sentido contrário, Barcelos de Souza (Op. cit., p. 50) entende que as condições de procedibilidade devem ser consideradas "pressuposto processual de validade objetivo, extrínseco à relação processual". No campo civil, Adroaldo Furtado Fabrício (Extinção do processo e mérito da ação, *RePro* 58/18 São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1990) explica que "nos casos em que a ação processual não é propriamente excluída mas subordinada à satisfação de algum requisito prévio (notificação, exaurimento da via administrativa etc.) parece mais correto identificar-se um pressuposto processual extrínseco negativo que uma condição da ação".

art. 24, CPP); (c) entrada do agente brasileiro, em território nacional, nos crimes cometidos no estrangeiro (art. 7.°, § 2.°, CP); (d) a sentença civil de anulação do casamento, no crime do art. 236 do CP (art. 236, parágrafo único); (e) exame pericial homologado pelo juiz, nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 529, *caput*, CPP); (f) a autorização do Poder Legislativo, para processar o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Governadores, nos crimes comuns ou de responsabilidade; (g) exibição do jornal ou periódico no crime de imprensa; (h) a notificação prevista no art. 57 da Lei de Imprensa, quando o crime for praticado mediante radiodifusão. Conseqüentemente, o pedido seria juridicamente impossível, se não estivesse presente uma das condições de procedibilidade.

3.2 Do interesse de agir

Como explica Liebman, o interesse de agir é a relação de utilidade entre a lesão de um direito afirmado e o provimento de tutela jurisdicional pleiteada.[23] O autor tem interesse na demanda quando esta possa lhe trazer alguma utilidade. A utilidade é aferida por meio da necessidade do provimento jurisdicional e de sua adequação.

O interesse de agir decorre da necessidade mais a adequação. É possível que o provimento seja necessário sem ser adequado ou, seja adequado sem ser necessário. Em ambos os casos não há interesse de agir. Em qualquer dos dois casos, é desnecessário o prosseguimento do processo, porque o provimento que se pede é inútil, seja porque não era necessário, seja porque não é adequado a eliminar a lesão afirmada.

A prestação jurisdicional é necessária quando não se pode obter a satisfação do direito violado por outro meio que não o Poder Judiciário. Se a parte contrária se negou a satisfazer, espontaneamente, o direito violado (substitutividade secundária) ou, mesmo quando as partes, querendo, não podem atuar espontaneamente a vontade da lei (ações constitutivas necessárias, em que há substitutividade primária), haverá necessidade do processo.

A necessidade da ação penal condenatória é pressuposta. Como o *ius puniendi* não pode ser aplicado pela atuação espontânea da vontade da lei, sendo o processo penal um processo necessário, não há outro

23. *Manual de direito processual Civil*. 2. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1986. vol. 1, p. 156.

meio de se aplicar a lei penal, senão por meio do processo. Em outras palavras, é irrelevante o dissenso das partes para que o processo penal se faça necessário: *nulla poena sine iudicio*. Assim sendo, a ação penal sempre será necessária para imposição de uma pena, em face de um fato que se afigura crime.[24] Conseqüentemente, o interesse de agir, quanto ao seu aspecto de necessidade, é inerente a toda ação penal, porque o Estado não pode impor a pena senão através da vias jurisdicionais.[25]

Somente no regime do Juizado Especial Criminal, diante da possibilidade de transação penal, com a conseqüente aceitação de uma pena restritiva de direito ou de multa, sem um prévio processo, é que se poderia cogitar da desnecessidade da ação penal. Assim, por exemplo, se o autor do fato preenche os requisitos da transação penal e, sem prévia tentativa de tal ato compositivo, o Ministério Público oferece a denúncia, ainda não haverá necessidade da ação penal, posto que ainda é possível a solução consensual.[26]

Por outro lado, a prestação jurisdicional é adequada quando o provimento pedido for apto a afastar a lesão ou mal invocado pelo autor.

24. Justamente por isso, GRINOVER (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 100) afirma que, no processo penal, o interesse-necessidade aparece implícito em toda acusação.

25. Cf. GRINOVER, *As condições da ação penal* cit., 1977, p. 109.

26. Em sentido contrário, para Grinover (As condições da ação penal cit., 2007, p. 196) "mesmo no caso de transação penal, possibilitada pela Constituição de 1988 e detalhada pelas leis dos Juizados Especiais, a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante o processo". Discorda-se da eminente processualista. Na transação penal não há processo. O ato compositivo se dá antes do oferecimento da denúncia, ainda na audiência preliminar. O que se exige é, apenas, a homologação judicial de um acordo de vontades entre os *interessados* – Ministério Publico e o autor do fato – que tem por conteúdo uma pena não privativa de liberdade. Não há *ação* em sentido tradicional. Não há *partes*. Finalmente, não há *substitutividade*, ainda que primária, nem *atuação da vontade concreta da lei pelo juiz*. O que existe é um *negócio* entre as partes, que atuam a vontade concreta da lei, mas, para a liberação da eficácia jurídica de tal ato, dependem da *integração* da vontade de um órgão estatal, no caso o juiz, que verificará a existência dos pressupostos e requisitos de fato e de direito do *negócio*, para então possibilitar a produção do efeito desejado pelas partes. Trata-se, pois, de ato de jurisdição voluntária, no processo penal. Para uma distinção entre jurisdição contenciosa necessária e jurisdição voluntária, cf. BADARÓ, *ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 201 e ss.

É difícil surgir o problema de adequação, no que toca à tutela penal condenatória. Sempre que o Ministério Público ou o querelante pleiteiam a aplicação do direito de punir, o fazem por meio de ação penal condenatória. Os exemplos de falta de adequação podem ocorrer em outros campos. Será inadequado ingressar com um *habeas corpus* para anular um processo por crime para o qual seja prevista exclusivamente a pena de multa, pois a liberdade de locomoção não estará em jogo. Adequado seria o mandado de segurança. Outro exemplo seria o caso em que o promotor de justiça impetrasse um *habeas corpus* para pedir a condenação do acusado, quando o adequado seria ação penal condenatória.

3.3 Da legitimidade de partes

Há legitimidade de partes quando o autor afirma ser titular do direito subjetivo material demandado (legitimidade ativa) e pede a tutela em face do titular da obrigação correspondente àquele direito (legitimidade passiva).

Normalmente, vigora a regra de *legitimação ordinária*: ninguém pode demandar direito próprio em nome alheio (art. 6.°, CPC). Em outras palavras, pede-se em juízo um *direito próprio em nome próprio*. Já na *legitimação extraordinária*, há uma situação de substituição processual (art. 6.°, parte final, CPC): pede-se *direito alheio em nome próprio*. Finalmente, na *representação*, pede-se *direito alheio em nome alheio*. Por exemplo, o pai que oferece queixa por crime contra a honra praticado contra seu filho, menor de 16 anos de idade.

Obviamente, tanto o autor, quanto o réu, devem ser partes legítimas. É possível o autor ser parte legítima e o réu não, ou o réu ser parte legítima sem o autor o ser. No processo penal, haverá ilegitimidade da parte ativa se o Ministério Público oferecer denúncia num crime de ação penal privada ou se a vítima oferecer queixa num crime de ação penal pública (salvo, é claro, em se tratando de ação penal privada subsidiária).

No processo penal, a legitimação ativa normalmente é conferida ao Ministério Público, salvo nos casos de ação penal de iniciativa privada, nas quais o legitimado ativo é o ofendido. A legitimidade passiva é sempre de quem praticou o fato criminoso.

No transporte de tais conceitos, entende-se que no caso de ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público seria o legitimado ordinário, e no caso da ação penal privada, haveria uma hipótese de

legitimação extraordinária, sendo o querelante um substituto processual, posto que a legitimidade é conferida a quem não é o titular do *ius puniendi*.[27] Discorda-se, de tal posicionamento.

No direito processual civil, a legitimação para a ação é extraída da situação de direito material.[28] Em regra, o titular do direito material terá legitimidade para, em juízo, buscar tutela jurisdicional ao tal direito, lesado ou ameaçado. Em suma, o conceito de legitimação ordinária decorre da análise da titularidade da relação material.[29] A pertinência subjetiva da ação é um reflexo da pertinência subjetiva do direito material.

Tal construção não se aplica ao direito processual penal. O Ministério Público não é o titular do direito de punir, que pertence ao Estado. Ao Ministério Público foi conferido, apenas, a titularidade ou legitimidade para a propositura da ação penal.[30] Tal poder, porém, decorre simplesmente da lei, independentemente da titularidade do "direito material" debatido em juízo, no caso, o "direito de punir". Assim, somente no sentido de ser o titular da pretensão processual posta em juízo, é que se

27. Nesse sentido, GRINOVER. As condições da ação penal cit., 2007, p. 198.

28. Explica BEDAQUE (*Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 81) que "a legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material".

29. Com explica Donaldo Armelin (*Legitimidade para agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 117) "caracterizam a legitimidade ordinária, no processo, a coincidência entre o titular do direito afirmado em juízo e a figura do autor, bem assim com essa mesma coincidência entre o obrigado e o réu".

30. Aury Lopes Jr., partindo da premissa de que o Ministério Público não exerce uma pretensão punitiva, mas uma pretensão acusatória, exigindo que o juiz, que personifica o Estado, exerça o poder punitivo (Op. cit., p. 99-100), conclui: "compreendido que o Estado exerce o poder de punir no processo penal não como acusador, mas como juiz, tanto o Ministério Público como o querelante exercitam um poder que lhes é próprio (*ius ut procedatur*, pretensão acusatória), ou seja, o poder de acusar. Logo, não corresponde o poder de punir ao acusador, seja ele público ou privado, na medida em que ele detém a mera pretensão acusatória. Assim, em hipótese alguma existe substituição processual no processo penal". Também partindo da premissa de que o direto de punir não pertence ao Ministério Publico, o transporte dos conceitos de legitimação ordinária e extraordinária também é negado por NUNES DA SILVEIRA. O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal. Tese de Doutorado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2008, p. 112.

pode considerar o Ministério Público um "legitimado ordinário". Mas, nesse conceito, na ação penal de iniciativa privada, em que, excepcionalmente, o poder de perseguir em juízo é conferido à vítima, ela também seria um "legitimado ordinário". E, diante de tal quadro, conclui-se que, se ambos são os legitimados ordinários, não existiria situação de "legitimado extraordinário" ou substituto processual, pelo que a distinção entre legitimação ordinária e extraordinária é destituída de todo e qualquer significado.[31]

No máximo, se poderia pensar em *legitimação extraordinária* na hipótese de ação penal privada subsidiária, posto que, neste caso, o *legitimado ordinário* seria o Ministério Público, mas devido à sua inércia, abre-se oportunidade para a vítima ou seu representante legal, ofertar queixa. Todavia, do ponto de vista terminológico – e também da tradição do processo penal brasileiro – melhor denominar tal caso de legitimação *subsidiária* ao invés de legitimação *extraordinária*.[32] Ou seja, o Ministério Público é o *legitimado primário* e o ofendido o *legitimado subsidiário*.

31. Segundo Maria Thereza R. A. Moura (Op. cit., p. 192) na ação penal privada subsidiária, haveria uma hipótese de legitimação extraordinária no processo penal. Num certo sentido, tal situação realmente difere da ação penal exclusivamente privada. Isso porque o querelante, na ação subsidiária, não seria o legitimado "ordinário", mas sim alguém cuja legitimidade decorreria do não exercício da ação penal pelo Ministério Público – legitimado ordinário – no prazo legal. Todavia, neste caso, a distinção entre legitimado ordinário e extraordinário não se daria nos mesmo moldes que tais expressões são empregadas no processo civil, em que se leva em conta os reflexos da titularidade da relação jurídica material, no campo processual.

32. Analisando as situações da legitimação no processo civil, José Carlos Barbosa Moreira (Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 61-62) distingue as situações de legitimação extraordinária autônoma e *exclusiva* (em que a habilitação para agir exclui a posição da parte principal) da legitimação extraordinária autônoma *concorrente* (em que tanto o legitimado para agir, quanto a parte principal, podem agir por si só). E, quando à esta última, distingue duas situações: "na primeira, qualquer dos legitimados extraordinários tem qualidades para *desde logo* instaurar autonomamente o processo, sem que se lhes imponha esperar, durante certo tempo, pela iniciativa do legitimado ordinário. Na segunda, ao contrário, enquanto não esgotado *in albis* o prazo da lei, não se lhes faculta o acesso à via judicial; a rigor, eles somente se legitimam após o termo *ad quem*, se a legitimada ordinária permanecer omissa... Se se quiser assinalar terminologicamente a distinção, poderá dizer-se que, ali, a legitimação extraordinária autônoma

Também aqui, portanto, desnecessário o transporte do conceito processual civil.

4. Justa causa para a ação penal

Depois de se expor, ainda que de forma perfunctória, as condições da ação penal, o tratamento do tema exige a análise "da justa causa para a ação penal".[33]

Inicialmente, a justa causa foi identificada como a necessidade de que a denúncia ou queixa descrevesse, em tese, um fato típico. Isto é, era necessária a tipicidade abstrata da conduta imputada. Nesse sentido, a falta de justa causa poderia ser enquadrável no revogado art. 43, *caput*, I, do CPP: faltaria justa causa para a ação penal, e a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada, quando o fato narrado evidentemente não constituísse crime.[34]

Todavia, tal conceito se mostrou insuficiente. Devido ao caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa uma grave "pena" imposta ao indivíduo, não se pode admitir denúncias absolutamente temerárias e desconectadas com elementos concretos de investigação que tenham sido colhidos na fase pré-processual. Aliás, uma das finalidades do inquérito policial é, justamente, fornecer ao acusador os elementos probatórios necessários para embasar a denúncia.[35]

é concorrente e *primária*; aqui, é concorrente e *subsidiaria*" (destaques no original).

33. Nesse ponto, se está diante de uma peculiaridade da ação penal, em relação à ação civil. No campo privado, não se cogita de justa causa para a ação.

34. Embora não se trate, propriamente, de condição para a *ação penal*, essa mesma idéia pode ser transplantada, inclusive, para o inquérito policial. Se for instaurado um inquérito policial, por um fato atípico, haverá falta de justa causa, com a conseqüente caracterização de constrangimento ilegal. Nesse sentido, com ampla citação jurisprudencial: Maria Thereza Moura. Op. cit., p. 267.

35. Tourinho Filho (*Processo penal* cit., vol. 1, p. 528) indaga: "se não fosse assim, para que serviria o inquérito? Por que a lei somente o dispensa quando o titular da ação penal dispõe de outros elementos de convicção? Do contrário, bastaria que o acusador tivesse notícia do fato, ainda que oralmente, e a ação penal poderia ser proposta...". Como advertiu o Ministro Gilmar Mendes, em voto lapidar: "não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de

O conceito de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato, para uma idéia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da *probable cause* autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltará justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o chamado "trancamento da ação penal".

A finalidade da justa causa é evitar que denúncias ou queixas infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar. Inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.

Diante do caráter infamante e apenador do simples "estar sendo processado", seria uma intolerável agressão à dignidade do cidadão admitir que se pudesse processar alguém, imputando-lhe a prática de um crime, sem que houvesse uma mínima base probatória quanto à existência do crime e a autoria delitiva. Isto é, sem que houvesse elementos, normalmente colhido no inquérito policial, a indicar que a ação penal não é temerária. Ilusório seria o "Estado de Direito" em que qualquer acusação infundada pudesse prosperar.

Inegavelmente, a justa causa se conecta ao fato criminoso e sua autoria, não bastando a mera tipicidade aparente do fato ou a indicação da autoria do crime. Qual seria, porém, o grau probatório exigível em relação à materialidade e à autoria delitiva?

A resposta exige que sejam fixadas algumas premissas.

rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal" (STF, HC 84.409/SP, 2.ª T., j. 14.12.2004, m.v., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 19.08.2005).

Lembra-se, com Carnelutti, que o oposto da *certeza* é um gênero em que se podem distinguir um *juízo de possibilidade* ou um *juízo de probabilidade*, cuja diferença é apenas estatística. Há *possibilidade* no lugar da *probabilidade*, quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes. No *juízo de possibilidade* não há predominância de qualquer das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa.[36] Por outro lado, podemos continuar o raciocínio: no *juízo de probabilidade* há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa.[37] E, mais: na medida em que o predomínio aumenta, maior a probabilidade. Quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre razões positivas e negativas se igualam, pois aí volta-se ao campo do juízo de possibilidade.[38]

Para a condenação, exige-se, além de qualquer dúvida razoável, prova da existência do crime e ter sido o acusado o seu autor ou partícipe. Ou seja: *certeza*. Obviamente, não teria sentido se exigir, no limiar da ação penal, o mesmo *quantum* probatório necessário para a sentença final. Isso não significa, porém, que o grau probatório que se exige para os dois elementos caracterizadores da justa causa – a *autoria* e a *materialidade* (ou a existência do crime) – seja o mesmo.

A própria denominação utilizada, ainda que não haja uniformidade de linguagem, indica essa diferença. Quanto à autoria, normalmente, exige-se a existência de "indícios de autoria" ou "indícios suficientes de autoria".[39]

36. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1950. vol. 2, p. 181.

37. Para usarmos um raciocínio matemático, a intensidade de probabilidade varia de 51% (cinqüenta e um por cento) a 99% (noventa e nove por cento).

38. Ou seja, há situações em que as razões positivas são de 50% (cinqüenta por cento) e as razões negativas também de 50% (cinqüenta por cento).

39. Comparando ambas as expressões, embora à luz dos requisitos da prisão preventiva, e não da justa causa para a ação penal, Antonio Magalhães Gomes Filho (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 222-223) explica que: "Trata-se de um juízo provisório sobre os fatos, feito com base nas eventuais provas já existentes ao tempo da decisão sobre a medida cautelar. Segundo a lei, nessa apreciação deve o juiz chegar à conclusão de estar *provada* (há uma *certeza*, portanto) a existência do fato delituoso, podendo contentar-se, quanto à autoria, com a simples

Por outro lado, no que toca ao crime, há referências como "prova da existência do crime" ou "prova da materialidade delitiva".[40]

Quanto à autoria delitiva não se exige a certeza para a caracterização da justa causa, bastando que os elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar permitam um juízo de *probabilidade* de que o acusado seja o autor do delito.[41]

constatação de indício suficiente. A motivação do provimento cautelar deve atender, assim, no que se refere à conduta criminosa, à necessidade de justificar, com base em elementos de convicção induvidosos, não somente a real ocorrência do fato (se deixou vestígios, com o exame de corpo de delito exigido pelo art. 158 do CPP), mas igualmente, com razões de direito, a tipificação desse mesmo fato na lei penal. Como anotou Basileu Garcia, a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável. Quanto à autoria, como se disse, a lei não exige que o juiz chegue a um semelhante juízo de certeza, admitindo que a prisão cautelar seja determinada à vista da *probabilidade* de uma futura condenação do sujeito, com base na valoração de pelo menos um *indício suficiente*" (destaques no original).

40. Para Silva Jardim (Op. cit., p. 42) a justa causa exige "indícios de autoria" e "existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade". Maria Thereza R. de A. Moura (Op. cit., p. 243) refere-se à "existência material de um fato" típico e ilícito e "indícios suficientes de autoria". TORNAGHI (*Curso de processo penal* cit., vol. 1, p. 42), embora sem se referir à justa causa, entende que somente poderá haver denúncia "havendo prova do fato e suspeita de autoria".

41. Questão muito mais delicada seria tentar definir o grau de probabilidade exigido. A probabilidade, no sentido de ser mais crível ou viável a ocorrência de alguma coisa, sobre a hipótese contrária de sua inocorrência, admite graus. Pode-se ir de uma probabilidade elevada, que se avizinha da certeza, até uma probabilidade pequena ou tênue, que seja pouco mais do que uma mera possibilidade. Tentando traduzir para expressões matemáticas, pode-se imaginar uma probabilidade elevada, de 90 ou 95%, ou uma pequena probabilidade de 55%. Como explica Pascoale Saraceno (*La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: Cedam, 1940, p. 106), a complexidade do juízo sobre o fato não admite uma "graduazione numerica delle probabilità, ma una grossolana graduazione (più che aritmetica, grammaticale) che si può esprimere o al superlativo (certezza) o al comparativo (probabilità maggiore)". De qualquer forma, a probabilidade é sempre mais do que a mera *possibilidade*. Maria Thereza R. de A. Moura (Op. cit., p. 222, nota 11) afirma que, para a justa causa é necessário que "haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor". E, explica, ainda: "o juízo do possível conduz

Já com relação à existência do crime, a questão mostra-se mais complicada. Para que haja justa causa, e seja recebida a denúncia ou queixa, o juiz deve ter certeza da existência do crime, ou bastaria uma *probabilidade elevada* de que tenha ocorrido um delito?

Quando se tem notícia de um fato que se afigura crime, sem ter a certeza de tanto, deve-se investigar. Basta a *notitia criminis*, ou melhor, a notícia de um possível crime, para que se instaure a investigação. Assim, por exemplo, encontrado um cadáver, havendo elementos a indicar que possa se tratar de um homicídio, deve-se instaurar um inquérito policial. Mas, persistindo a dúvida se o fato é crime ou não, mesmo que haja maior probabilidade de se tratar de delito, já se justificaria uma denúncia? Para continuarmos no mesmo exemplo, se os elementos do inquérito indicarem ser mais provável ter se tratado de um homicídio do que simples suicídio, já se poderia denunciar alguém, sem a certeza de que existiu um crime.[42] Não há justa causa para a ação penal se não se tem certeza da ocorrência

à suspeita, e é inaproveitável para uma acusação. Para que uma pessoa seja acusada da prática de infração penal deve despontar não como *possível*, mas como *provável* autor do delito". Também Antonio Scarance Fernandes (*A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 152) refere-se a "elementos sérios que convirjam para determinada pessoa, apontando-a como a *provável* autora de um crime" (g.n.). Em sentido contrário, para CARNELUTTI (Op. cit., p. 182) "un juicio de *posibilidad* basta para la imputación".

42. Aliás, basta lembrar que, em relação à prisão preventiva, há expressa previsão legal do requisito caracterizador do *fumus commissi delicti*, no caso a "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" (art. 312, CPP). Trata-se, portanto, da justa causa para a prisão, à qual deve se agregar alguma situação caracterizadora do *periculum libertatis*. De qualquer forma, e neste ponto o paralelo tem inteira valia, a "prova da existência do crime" deve ser entendida como *certeza* do crime e não mera *probabilidade* de que tenha existido um delito. Seria uma agressão abominável à liberdade do cidadão prendê-lo para acautelar o processo por um crime que sequer se tem certeza de ter existido. No sentido de que a prisão preventiva exige a *certeza da existência da infração*: Basileu Garcia. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. vol. 3, p. 152. No mesmo sentido posiciona-se Rogério Lauria Tucci (*Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 268), lembrando, ainda, que Farinácius já destacava a "necessidade da prova do *corpus delicti*, precedentemente, à inquirição, à prisão e à tortura: '*Corpus delicti debet probari antequam iudex procedat ad inquistionem, capturam, seu torturam*".

de um crime.[43] Sem a certeza do crime, a ação penal seria injusta e desnecessária.[44]

43. Analisando a justa causa, para a autora identificável com o interesse de agir, Paula Bajer F. M. da Costa (*Ação penal condenatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 94) explica que: "o interesse de agir, outra das condições da ação, existe *diante da materialidade do fato* e de indícios suficientes de autoria. A *verificação da existência do fato* tido como crime é que vai dar a medida do interesse" (g.n.). Segundo TOURINHO FILHO (*Processo penal* cit., vol. 1, p. 527): "Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável que haja, nos autos do inquérito, ou nas peças de informação, ou na representação, elementos sérios, idôneos, a *mostrar que houve uma infração penal*, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou elementos de convicção". E acrescenta (op. cit., p. 527): "se não há elemento idôneo de que houve uma infração penal, é como se não existisse o direito material, e, não existindo o direito, não há o que tutelar". Mais enfática, Maria Thereza R. de A. Moura (Op. cit.., p. 241) entende que "*prova induvidosa da ocorrência de um fato delituoso*, na hipótese, e prova ou indícios de autoria, apurados no inquérito policial ou nas peças de informação" (g.n) são indispensáveis para que exista justa causa. Em outra passagem (op. cit., p. 245), porém, de forma contraditória, a autora parece atenuar o grau de convencimento apto a caracterizar a justa causa, quando assevera "a prova que se exige para a incoação do processo é aquela em grau necessário para submeter alguém a julgamento. Relaciona-se, pois, a justa causa com o *juízo de probabilidade* mínima de condenação. *Não se exige*, de pronto, a *certeza moral quanto à ocorrência do fato*, da autoria e da culpabilidade" (g.n). Aliás, João Mendes Jr. (*O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. vol. 2, p. 170) já pontificava que "quando o juiz não tenha *pleno conhecimento do delito* ou indícios veementes de quem seja o delinqüente, declarará nos autos que não julga procedente a queixa ou denúncia".

44. Há, contudo, respeitável posição em contrário, considerando que, também quanto à materialidade delitiva, bastaria a *probabilidade* – e não a *certeza* – da existência do crime. Para SCARANCE FERNANDES (*A reação defensiva à imputação* cit., p. 33), "não basta a descrição típica, devendo a imputação estar lastreada em *prova razoável* da existência de crime e em suficientes indícios de autoria". No mesmo sentido, Frederico Marques, *Elementos do direito processual penal* cit., vol. 1, p. 133) afirma que, enquanto para o início da investigação basta a *notícia criminis*, para que a acusação tenha fundamento é suficiente a *opinio delicti* do representante do Ministério Público, isto é, "possibilidade de existência de crime". Por sua vez, o *corpus delicti* ou *corpus criminis*, com a "adequação típica comprovada", somente seria exigível para a prisão em flagrante delito, para a prisão preventiva e para a pronúncia. Em obra posterior, Frederico Marques (*Tratado de direito*

Há, ainda, quem exija mais, no que toca ao conteúdo da justa causa. Para Afrânio Silva Jardim, a ação só é viável quando a acusação não é temerária, por estar baseada em um mínimo de prova: "Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e *alguma prova* de sua *antijuridicidade* e *culpabilidade*. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal".[45]

De qualquer forma, ainda que não haja consenso sobre o que se entende por justa causa para a ação penal, parece predominar o entendimento de que, para o início da ação penal é necessário que haja prova da materialidade delitiva. Isto é, a certeza da ocorrência de um fato da natureza que se subsuma a um determinado tipo penal. Nem poderia ser diferente: se não se tem certeza, nem mesmo de que existiu o crime, como imputar a alguém a prática de algo fruto da mera imaginação ou fantasia?

No caso dos crimes que deixam vestígios, não seria o caso de se exigir que tal prova se desse pelo exame de corpo de delito, nos termos do art. 159 do CPP, pois tal prova somente será imprescindível no momento da sentença. Assim, a comprovação da materialidade delitiva, para fins de caracterização da justa causa para a ação penal, poderia ocorrer por qualquer outro meio de prova válido, que desse

processual penal cit., p. 74) afirma que a justa causa se identifica com a imputação razoável, que "é auferida em razão da *provável* existência do crime e respectiva autoria". Todavia, em outra passagem (op. cit., p. 75), entende que para o juízo de recebimento da denúncia, "será suficiente uma *convicção provisória* sobre a *existência do crime* e indícios de autoria". As assertivas são contraditórias. Ora, ainda que qualificada como provisória, se há convicção sobre a existência do crime, é porque o juiz está convencido que o delito existiu. Não se trata de *probabilidade*, mas de *certeza* de que o crime existiu, ainda que uma certeza provisória, segundo os elementos de informação colhidos no inquérito. Obviamente, depois da instrução, a conclusão poderá se alterada, posto que o recebimento da denúncia é uma "decisão segundo o estado do processo".

45. Op. cit., p. 42. No mesmo sentido: Maria Thereza R. de A. Moura. Op. cit., p. 243. É discutível na jurisprudência a necessidade de elementos mínimos de provas quanto à antijuridicidade. Nesse sentido, admitindo o trancamento da ação, por falta de prova da justa causa: STJ, RO em HC 4.146/SP, 5.ª T., j. 15.03.1995, m.v, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *RT* 716/502.

ao julgador a certeza da ocorrência de um crime.[46] Por exemplo, o depoimento do médico que atendeu a vítima de um crime de lesão corporal grave.[47]

Por fim, é de se ressaltar que não há consenso doutrinário sobre o enquadramento da justa causa entre as condições da ação. Uns a consideram integrante do interesse de agir;[48] outros, da possibilidade jurídica

46. Em determinados casos, a própria natureza do delito exige que se tenha uma prova segura da ocorrência do crime, razão pela qual o legislador, expressamente, determina o meio de prova pelo qual se poderá comprovar a materialidade delitiva, já no momento inicial do processo. Nos crimes contra a propriedade imaterial, exige-se a apreensão dos produtos contrafeitos e a elaboração de um laudo pericial, que deverá ser homologado judicialmente, comprovando a violação do direito de propriedade (art. 525, CPP). Nos crimes de drogas, para a caracterização da justa causa, no que diz respeito à prova da materialidade delitiva, haverá o chamado "laudo de constatação" (art. 50, § 1.º, da Lei 11.343/2006). Finalmente, a Lei de Imprensa exige que, nos crimes contra a honra, a denúncia ou a queixa deve estar instruída com o exemplar do jornal, caso o crime tenha ocorrido por meio de jornal; ou com a notificação feita à empresa de rádio ou agência de notícia, para que não se destrua os textos ou gravações do programa em que tenha sido cometida a infração penal (art. 43, *caput*, da Lei 5.250/1967). Ora, não haveria nenhuma razão lógica ou jurídica para uma distinção no sentido de que somente para estes crimes – contra propriedade imaterial, droga e de imprensa – se exigisse a *certeza* da existência do crime, mediante prova cabal da materialidade delitiva, enquanto que para os demais delitos bastaria que a denúncia estivesse instruída com elementos de informação que indicassem haver apenas a *probabilidade* da existência de um crime. Não há diferença quantitativa quanto ao grau de convencimento exigido. Em relação a qualquer delito deve haver prova da materialidade delitiva. As regras especiais acima lembradas apenas decorrem do fato de que para certos crimes, devido a peculiaridades em seu cometimento, a demonstração da materialidade delitiva exige um especial meio de prova, para conferir maior segurança de que se está, efetivamente, diante de uma denúncia ou queixa por um fato que, efetivamente, caracteriza um crime e não um indiferente penal.

47. Embora não se tratasse especificamente de exame de corpo de delito, o STF decidiu que "A prova pericial deverá servir de base à sentença, o que não se aplica ao recebimento da denúncia" (STF, HC 84.301/SP, 2.ª T., j. 09.11.2004, v.u., rel. Min. Joaquim Barbosa).

48. Para Frederico Marques (*Elementos do direito processual penal* cit., vol. 2, p. 167) a justa causa se identifica com o *fumus boni iuris*, que caracteriza o "legítimo interesse" para a denúncia. Há, pois identificação da justa causa

do pedido.[49] Há, também, aqueles que a definem como uma condição da ação autônoma.[50] Não faltam, também, aqueles que negam a utilidade da transposição para o campo penal, do conceito processual civilístico de condições da ação.[51]

A nova redação do art. 395 do CPP, dada pela Lei 11.719/2008, ao distinguir, no inc. II, as "condições para o exercício da ação penal", e no inc. III, a "justa causa para o exercício da ação penal", parece tê-la considerado como um elemento distinto das condições da ação penal, que não se enquadraria nem no interesse de agir, nem seria uma "quarta" condição da ação penal.

De qualquer forma, para os fins restritos do presente trabalho, e nos termos do disposto no art. 395, III, do CPP, basta concluir que, se não houver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, a ação penal não será viável e a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada.

Assim sendo, a denúncia ou queixa deverá ser liminarmente rejeitada se faltar uma das condições para a ação penal (art. 395, II, segunda parte, CPP), ou se esta for destituída de justa causa, (art. 395, III, CPP). Procurando definir tais conceitos, a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada se não descrever um fato *aparentemente típico*, ou se já estiver extinta a punibilidade, ou se quem as ofertar não tiver legitimidade para tanto, ou não houver prova da existência do crime imputado ou indícios de autoria da prática delitiva.

com o interesse de agir. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO. *Processo penal* cit., vol. 1, p. 534; TUCCI. Op. cit., p. 95; Paula Bajer F. M. da Costa. Op. cit., p. 97. Em sentido contrário, GRINOVER (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 119) nega tal posição, considerando que "identificar o interesse de agir com o *fumus boni iuris* significa, em última análise, que o juiz deveria avaliar a possibilidade de que exista o direito subjetivo que o autor alegou" o que configuraria a matéria atinente ao mérito.

49. GRINOVER, As condições da ação penal cit., 2007, p. 189.

50. Para Silva Jardim (Op. cit., p. 41), a justa causa é uma condição da ação autônoma, isto é, uma quarta condição da ação, distinta da possibilidade jurídica, do interesse de agir e da legitimidade de partes.

51. Nesse sentido, Maria Thereza Moura (Op. cit., p. 215) nega a utilidade de se transferir para o processo penal o conceito de condições da ação da doutrina processual civil, preferindo resolver a viabilidade da ação penal por meio do conceito próprio de justa causa.

5. O MOMENTO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO PROCEDIMENTO COMUM

Definida em quais situações o juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa, cabe analisar qual o primeiro momento em que o juiz deverá fazê-lo ou, ao contrário, em que situação a peça acusatória deverá ser recebida.

Exatamente neste ponto, a reforma do Código de Processo Penal tem causado uma grande celeuma: a contradição evidente entre o art. 396, *caput*, e o art. 399, posto que ambos se referem ao recebimento da denúncia, em dois momentos distintos.

O novo art. 396 dispõe: "Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, *recebê-la-á* e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias." (destacamos)

Por sua vez, depois da resposta (art. 396-A, CPP), não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), o novo art. 399 dispõe: "*Recebida a denúncia* ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente." (destacamos)

Não há como coexistirem dois recebimentos da denúncia.

De acordo com a nova redação do art. 396, *caput*, do CPP, a denúncia já terá sido "recebida", logo após o seu oferecimento, posto que não era caso de rejeição liminar, nas hipóteses do art. 395. Como então, recebê-la, novamente, depois da resposta, nos termos do art. 399 do CPP?

A possibilidade da dualidade de recebimentos fez surgir diversas interpretações.

Antonio Scarance Fernandes e Mariângela Lopes consideram que há dois recebimentos da denúncia: o primeiro provisório e o segundo definitivo. Haveria, assim, juízos progressivos sobre a admissibilidade da acusação.[52]

Outra corrente, que parece ser a prevalecente, entende que há apenas um recebimento da denúncia, que será o primeiro, previsto no art. 396, *caput*, do CPP.[53] Tal posicionamento propõe uma interpretação literal

52. O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim do IBCCrim* 190/2-3. São Paulo: IBCCrim, set. 2008.

53. Nesse sentido, considerando que o art. 399, ao dispor que "recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência...", deve

do art. 396, *caput*, do CPP, quanto à expressão "recebê-la-á". Considera que o recebimento da denúncia é uma expressão com conteúdo técnico específico e certo, e que não pode ser lido como um simples "processe-se" ou "tendo em mãos a denúncia". Todavia, contraditoriamente, nega uma mesma interpretação literal à expressão "recebida a denúncia" do art. 399 do CPP.

Por sua vez, Geraldo Prado defende uma interpretação corretiva, parcialmente ab-rogante do art. 396, *caput*, do CPP, na parte em que dispõe: "recebê-la-á", com a conseqüência de que haverá apenas um único recebimento da denúncia, o previsto no art. 399 do CPP.[54]

A possibilidade de uma interpretação ab-rogante encontra acolhida na jurisprudência do STF,[55] invocando a teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio: "no caso de conflito de duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o interprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidade: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas".[56]

ser entendido como "não sendo caso de absolvição sumária ...", cf.: Andrey Borges de Mendonça. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 267-268; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 338; Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 720. Também Nereu Giacomolli (*Reformas(?) do processo penal. Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64-65) entende que o recebimento da denúncia ocorre no momento do art. 396 do CPP. Sua fundamentação, contudo, é diversa. A partir de uma análise sistemática dos arts. 363, 366 e 397, conclui que "todos esses atos processuais e decisões ocorrem antes do recebimento da denúncia que está no art. 399 do CPP. Portanto, o momento do recebimento da acusação é o que se encontra previsto no art. 396 do CPP".

54. Sobre procedimentos e antinomias. *Boletim do IBCCrim* 190/4-5. São Paulo: IBCCrim, set. 2008.

55. STF, HC 68.793/RJ, 1.ª T., j. 10.03.1992, m.v., rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ ac. Min. Moreira Alves, *RTJ* 166/493. Recentemente, a mesma técnica foi adotada pelo Min. Celso de Mello, ao conceder liminar no HC 92.525-1/RJ, decisão de 31.03.2008.

56. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: EUB, 1994, p. 100.

No primeiro caso, tem-se uma *ab-rogação simples*, no segundo, uma *dupla ab-rogação*. Porém, como esclarece Bobbio: "A terceira solução – conservar as duas normas incompatíveis – é talvez aquela à qual o interprete recorre mais freqüentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não poderiam coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo que pretende o interprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à *eliminação da incompatibilidade*. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação do texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogante, se bem que limitada à parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, dever-se-ia considerar a primeira como uma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação puramente *parcial* de uma norma (ou de duas)".[57]

A escolha de qual norma corrigir – eliminando uma sua parte – deve ser informada por critérios de prevalência da norma que, em maior ou melhor grau, implemente o programa constitucional. Neste caso, considerar que há apenas um único recebimento da denúncia, no caso, aquele previsto no art. 399 do CPP, é a interpretação mais adequada e consentânea com um ordenamento jurídico que, por expresso mandamento constitucional, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/1988) – e, portanto, deverá ter mecanismos para repelir uma acusação injusta e infundada, evitando todos os malefícios que o recebimento de uma denúncia abusiva acarreta. Além disso, se a Constituição assegura a ampla defesa (art. 5.º, LV, CF/1988), que deve permitir a todo acusado se defender de acusações injustas, antes do recebimento da denúncia ou queixa, tendo oportunidade de impedir tal ato.

57. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 102-103.

Conseqüentemente, deve se fazer uma interpretação *corretiva* ou *ab-rogante atenuada* do art. 396, *caput*, do CPP, corrigindo-o pela eliminação da parte em que prevê "recebê-la-á".

Em suma, o art. 396, *caput*, do CPP, deve ser interpretado no sentido de que, não sendo o caso de rejeição liminar da denúncia (art. 395, CPP), o juiz deverá determinar a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 dias.

Prevalecendo tal ponto de vista, o momento do recebimento da denúncia, ou melhor, do juízo de admissibilidade da acusação, será o do art. 399 do CPP, e, portanto, depois da resposta do acusado, restará ao juiz, em tal oportunidade, três possibilidades: (a) rejeitar a denúncia, nos casos do art. 395 CPP; (b) absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses do art. 397 do CPP; (c) receber a denúncia e designar a audiência de instrução e julgamento.

Nesse caso, torna-se fácil resolver o problema do recebimento ou rejeição da denúncia. O juiz, ao ter diante de si uma denúncia ou queixa ofertada, poderá rejeitá-la, liminarmente, nas hipóteses do art. 395 do CPP. Se não o fizer, deverá apenas – e sem recebê-la – determinar a citação do acusado para responder, por escrito, à acusação.

Há, ainda, relevâncias práticas em tal distinção.

A rejeição da denúncia ou queixa terá natureza de sentença terminativa, desafiando o recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP). A absolvição sumária será sentença de mérito, sendo apelável nos termos do art. 593, *caput*, I, do CPP. Finalmente, o recebimento da denúncia será decisão interlocutória, exigindo fundamentação.

6. Absolvição sumária no novo art. 397 do CPP

A reforma do CPP trouxe uma grande novidade no procedimento comum: que é a possibilidade de absolvição sumária. O novo art. 397 prevê que, após a resposta escrita, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado, quando verificar: "I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente de culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; IV – extinta a punibilidade do agente".

Para definir a natureza jurídica da nova absolvição sumária, é preciso distinguir as hipóteses dos incs. I, II e III, de um lado, e a do

inc. IV, de outro.[58] A absolvição sumária pela existência manifesta de causa excludente de ilicitude (inc. I), excludente de culpabilidade (inc. II) ou porque o fato narrado evidentemente não constitui crime (inc. III), caracteriza verdadeira sentença de mérito, de natureza absolutória, que fará, inclusive, coisa julgada material.

Por outro lado, com relação à extinção da punibilidade (inc. IV), o novo dispositivo é dogmaticamente criticável e sistematicamente desnecessário.[59] A extinção da punibilidade, por óbvio, não significa absolvição do acusado. A absolvição é sentença de mérito que julga improcedente a imputação formulada. Já a sentença de extinção da punibilidade é sentença declaratória da extinção do direito de punir, sem que o acusado seja absolvido ou condenado. Por outro lado, o dispositivo é desnecessário, na medida em que o art. 61 do CPP já determinava que "em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício". Em suma, possibilidade de absolvição sumária no caso de extinção de punibilidade é equivocada e desnecessária.

58. Do ponto de vista prático, tal distinção tem relevância não apenas para a análise sistemática do recebimento e da rejeição da denúncia, como também para a definição do recurso cabível. De se observar que o Código de Processo Penal não prevê, expressamente, *recurso* contra a absolvição sumária do art. 397. A nova redação proposta para o art. 398 do CPP, no Projeto de Lei 4.207/2001, que previa que "contra a sentença de absolvição sumária ou contra a decisão que rejeitar a denúncia ou queixa, caberá recurso de apelação" acabou excluída do projeto, que se limitou a revogar o antigo art. 398. Nem mesmo a antiga previsão do recurso em sentido estrito contra a absolvição sumária do júri, prevista no inc. VI do art. 581, poderá ser utilizada, posto que revogada pela Lei 11.689/2008. Assim, necessário analisar a natureza do ato a ser impugnado. As absolvições sumárias dos incs. I, II e III do art. 397 constituem verdadeiras sentenças absolutórias, por julgamento antecipado, desafiando o recurso de apelação, nos termos do art. 593, *caput*, I, do CPP. Por outro lado, a sentença de extinção da punibilidade desafiará o recurso em sentido estrito, nos termos do inc. VIII do art. 581 do CPP.

59. Na versão originária do Projeto de Lei 4.207/2001, o art. 397 não previa a extinção da punibilidade como hipótese de absolvição sumária: "Art. 397. Considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas".

As hipóteses de absolvição sumária, provavelmente, serão de pouca utilização prática. Isso porque, se as situações que autorizam a absolvição sumária já estivessem presentes quando do juízo de admissibilidade da acusação, o juiz deveria ter rejeitado liminarmente a denúncia ou queixa, seja por falta de condições da ação, seja por falta de justa causa (art. 395, II e III, CPP). Não se pode excluir, porém, a hipótese de que o juiz não tenha se apercebido de tal situação e, equivocadamente, receba a denúncia ou queixa.

Some-se a isto que, é possível, também, que a resposta escrita seja acompanhada de documentos ou justificações que demonstrem, cabalmente, a ocorrência de uma das hipóteses do art. 397 do CPP. Por exemplo, demonstrando, plenamente, a legítima defesa, pela juntada de uma mídia com gravação de um sistema de segurança do local dos fatos que demonstre ter agido em legítima defesa; ou comprovando uma excludente de culpabilidade, juntando certidão de nascimento, provando que era menor de 18 anos à época dos fatos; ou mesmo demonstrando que o fato não constitui crime, mediante laudo pericial comprobatório de que, que quando atirou na vítima, ela já estava morta. Em tais casos, tendo a defesa, na resposta, convencido o juiz, *prima facie* da inocorrência do crime, o acusado deverá ser sumariamente absolvido.

No que toca à excludente de culpabilidade, foi ressalvada a hipótese de inimputabilidade. A ressalva, contudo, deve ser interpretada de forma restritiva. Isso porque, no caso de inimputabilidade decorrente de doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto (art. 26, *caput*, CPP), o acusado será absolvido, mas se tratará de absolvição imprópria, posto que deverá ser imposta medida de segurança (art. 386, parágrafo único, III, CPP).

De se observar que, quanto à *autoria* e à *materialidade delitiva*, ocorre uma situação curiosa. As situações em que haja prova cabal de que o fato não existiu, ou de que o acusado não foi o seu autor, não foram incluídas entre as hipóteses de absolvição sumária do novo art. 397 do CPP. Diferentemente do que ocorre ao término do *iudicium accusationes*, no novo procedimento do tribunal do júri, em que tais hipóteses passaram a admitir a absolvição sumária (art. 415, I e II, CPP), no procedimento comum tais situações não autorizam tal absolvição, devendo o procedimento seguir até o seu final, com a designação de uma inútil audiência de instrução e julgamento. Porém, se o acusado fizer uma prova cabal de um álibi, p. ex., juntando documentos ou depoimentos, colhidos mediante justificação, que

demonstrem sua presença em outro lugar, no momento do delito; ou demonstre que o fato não existiu, p. ex., provando que não houve bigamia, pela juntada de sentença transitada em julgado que tenha anulado o primeiro casamento, por analogia, deve ser aplicado o art. 415, I e II, do CPP, absolvendo-se sumariamente o acusado.

Visto as hipóteses de inépcia da denúncia e de absolvição sumária, em seu caráter *estático*, é de se analisar, na seqüência, sua atuação na *dinâmica* procedimental.

7. Atuação integrada dos novos mecanismos na dinâmica procedimental

Conforme já destacado, a antinomia entre o art. 396, *caput*, e o art. 399, ambos do CPP, deve ser resolvida por uma interpretação corretiva, parcialmente ab-rogante, do primeiro dispositivo, na parte em que dispõe: "recebê-la-á". Conseqüentemente, haverá um único momento para o recebimento da denúncia, qual seja, o do art. 399 do CPP. Assim, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz terá duas possibilidades: (a) rejeitá-la liminarmente, nas hipóteses do art. 395 do CPP; ou (b) sem recebê-la, limitar-se a determinar a citação do acusado para responder à acusação.

Uma vez citado, e depois de apresentada a resposta, o juiz terá as seguintes opções: (a) rejeitar a denúncia ou queixa, nos termos do art. 395 do CPP;[60] (b) absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses do art. 397 do CPP; (c) receber a denúncia, em decisão fundamentada, e designar audiência de instrução e julgamento (art. 399, CPP).

Porém, caso venha a prevalecer outro ponto de vista, de que há somente o recebimento da denúncia do art. 396, *caput*, do CPP,[61] o certo

60. Nesse sentido, reconhecendo a possibilidade de o juiz rejeitar a denúncia, após a resposta, cf.: Aury Lopes Jr. Op. cit., p. 388; Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 536-537.

61. O mesmo raciocínio tem cabimento, inclusive com maior facilidade, caso se adote o entendimento de que há dois recebimentos da denúncia: o "primeiro recebimento", do art. 396, *caput*, do CPP, de natureza provisória, equivalente a um simples ato de mandar processar o feito e citar o acusado; e o segundo, de caráter "definitivo", nos termos do art. 399 do CPP, que após a resposta do acusado, "confirmaria" o "primeiro recebimento".

é que a nova sistemática trazida pela reforma do CPP deixa claro que não há preclusão da decisão de recebimento da denúncia ou queixa.

Um primeiro argumento é que, mesmo após o recebimento da denúncia, o juiz poderia absolver sumariamente o acusado. E, neste ponto, não se pode negar que as situações que autorizariam a rejeição da denúncia, nos termos do art. 395 do CPP, nada mais são do que hipóteses de absolvição sumária do art. 397 do CPP, embora analisadas em momento posterior e com elementos probatórios mais robustos. Embora o enquadramento da situação seja doutrinariamente controvertido, quer como impossibilidade jurídica do pedido, quer como ausência de justa causa, é inegável que, se o juiz concluir, segundo a prova do inquérito, que o fato foi praticado sob uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade ou, que o fato é atípico, a denúncia ou queixa deve ser liminarmente rejeitada. O mesmo se diga, quando for evidente a causa extintiva da punibilidade.[62]

Necessário, portanto, distinguir quando o mesmo tema deve ser tratado como condições da ação e, quando será analisado como mérito. Em outras palavras, considerando uma mesma matéria (atipicidade, ou excludente de ilicitude, ou excludente de culpabilidade) esta justificaria tanto a rejeição da denúncia quanto a absolvição sumária.[63]

7.1 Distinção entre condições da ação e mérito

Tradicionalmente, predomina o entendimento de que os temas tratados pelo juiz, ao longo do processo, podem ser enquadrados em três grandes categorias: pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

62. Nesse sentido são as conclusões de Aury Lopes Jr. (Op. cit., p. 391) que partindo de suas premissas quanto às condições da ação penal, assevera: "os quatro incisos do art. 397 nada mais fazem do que reproduzir duas condições da ação: prática de fato aparentemente criminoso e punibilidade concreta". E, na seqüência, complementa o raciocínio: "no fim, apenas se retirou um (pseudo) obstáculo a que o juiz rejeite a acusação, mesmo já a tendo recebido. Como a jurisprudência erroneamente não admitia esse tipo de decisão, abriu-se a possibilidade através da 'absolvição sumária'. Ademais, por serem questões vinculadas ao mérito e que, portanto, geram coisa julgada material, a absolvição sumária é uma decisão adequada para esse fim".

63. E, acrescente-se, como matéria de mérito, ao final do processo, levando à absolvição propriamente dita.

Todas estas teorias, porém, tem grande dificuldade de distinguir, do ponto de vista abstrato, as condições da ação do mérito. Isso porque, é inegável que há, no mínimo, uma estreita relação entre ambos.

Numa linha oposta, estariam aqueles que defendem a existência de um *binômio processual*: basicamente, haveria os requisitos necessários para o julgamento do mérito e o próprio mérito. Para tal teoria, no que importa ao presente estudo, não haveria distinção nítida entre condições da ação e mérito.

Nessa segunda linha, na tentativa de distinguir as condições da ação do mérito, um caminho seguro é traçado pelos adeptos da teoria da asserção ou teoria da *prospettazione*,[64] pela qual o exame das condições da

64. De se destacar que a teoria da *prospettazione* foi negada por LIEBMAN (*Manual de direito processual civil* cit., p. 154), para quem "A ausência de apenas uma daquelas [condições da ação] já induz carência da ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau do processo. Por outro lado, é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida". Atualmente, um veemente "repúdio à teoria da asserção" é formulado por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. 2, p. 316): "Não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma condição da ação e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma em que ela falte, que dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade. Seja ao despachar a petição inicial, ou no julgamento conforme o estado do processo (arts. 329-331) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta". Conseqüência disso é que: "As partes só poderão ter o direito ao julgamento do mérito quando, no momento em que este esteja para ser pronunciado, estiverem presentes as três condições da ação. Se alguma delas não existir no início mas ainda assim o processo não veio a ser extinto, o juiz a terá por satisfeita e julgará a demanda pelo mérito sempre que a condição faltante houver sobrevindo no curso do processo. Inversamente, se a condição existia de início e já não existe agora, o autor carece de ação e o mérito não será julgado. Na experiência processual do dia-a-dia são muito mais freqüentes os casos de condições que ficam excluídas" (idem, p. 318).

ação deve ser feito *in statu assertionis*,[65] tendo-se por verdadeiras as afirmações feitas na petição inicial. Justamente para distinguir as questões que constituem as condições da ação, daquelas relativas ao mérito, defendem que o exame das condições da ação deve ser realizado segundo o afirmado

65. Nesse sentido, na doutrina nacional: Luiz Machado Guimarães. Carência da ação. In: _____. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 103 e ss.; José Carlos Barbosa Moreira. Legitimidade para agir. Indeferimento de petição inicial. *Temas de direito processual* – 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 200-201; Hélio Bastos Tornaghi. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1976. vol. 1, p. 99; Kasuo Watanabe. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 97 e ss.; ARMELIN. Op. cit.,p. 83; José Roberto dos Santos Bedaque. *Direito e processo* cit., p. 77. A teoria da asserção também encontra significativa acolhida na doutrina estrangeira. Ary de Almeida Elias da Costa. *A legitimidade das partes na doutrina e na jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1965, p. 32-34; Giovanni Verde. *Profili del processo civile, parte generale*. Napoli: Jovene, 1978, p. 130; Crisanto Mardrioli. *Corso di diritto processuale civile*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1978. vol. 1, p. 55; Elio Fazzalari. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975, p. 135; _____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 160; Andrea Proto Pisani. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996, p. 219. Na doutrina processual penal brasileira, a teoria da asserção encontra acolhida em: Tornaghi, *Relação processual penal*, p. 251; Weber Martins Batista. O saneamento no processo penal. *Direito penal e direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 119. Também Afranio Silva Jardim (Op. cit., p. 37-40) adota, expressamente, a teoria da asserção, embora acrescentando às três condições clássicas da ação uma quarta condição, a justa causa. Destaque-se a posição de Ada Pellegrini Grinover, que em um primeiro posicionamento repudiava, expressamente, tal teoria: "não acolhemos a teoria da *prospettazione*: as condições da ação não resultam da simples alegação do Autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento" (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 126), mas, recentemente, mudando de ponto de vista, passou a acolhê-la, expressamente: "Hoje, a teoria da apresentação é francamente vitoriosa (...) os discípulos diretos de Leibman abandonaram a lição do Mestre, para aderirem à 'prospettazione' (Tarzia, Ricci). E realmente a teoria da apresentação é a que melhor serve para extremar as condições da ação do mérito da causa" (GRINOVER. As condições da ação penal cit., 2007, p. 182-183). Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover; Antonio Magalhães Gomes Filho; Antonio Scarance Fernandes (*Recursos no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 318) adotam a teoria da asserção, pelo menos em relação à revisão criminal. No processo penal, a teoria da *prospettazione* é expressamente negada por Maria Thereza R. A. Moura. Op. cit., p. 257, nota 79.

na petição inicial.[66] Isto é, o juiz deve, por hipótese, tomar como verdadeiros os fatos narrados na denúncia ou queixa, para apreciar a *viabilidade* da ação, e impedir que processos inúteis e inviáveis se desenvolvam.[67] As condições da ação têm, portanto, uma clara função de *filtro processual*.[68]

Segundo a teoria da asserção, a análise das condições da ação é feita a partir de uma cognição superficial de elementos narrados na petição inicial e que, posteriormente, constituirão o mérito do processo. Iniciada a fase probatória, diante da descoberta de que tais fatos afirmados (que fizeram com que o juiz entendesse que as condições da ação estavam presentes, determinando o prosseguimento do processo) não se verificaram, o juiz deve julgar o mérito, com a improcedência do

66. José Carlos Barbosa Moreira (Legitimidade para agir cit., p. 200) explica que: "O exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das 'condições da ação' –, tem de ser feito *com abstração* das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se o julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão julgador, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in status assertionis*, ou seja, *à vista do que se afirmou*. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a verdade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória". No mesmo sentido posiciona-se José Roberto dos Santos Bedaque (Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia* 156. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, out.-dez. 1991): "É possível que o juiz examine determinados elementos da relação substancial apresentada pelo autor, sem se aprofundar na cognição. *A análise desses elementos deve ser feita à vista do afirmado na inicial*, pois permitirá ao magistrado, desde logo, impedir o desenvolvimento de um processo inútil. Trata-se, aqui, das condições da ação. Devem as condições da ação serem analisadas em tese, isto é, sem adentrar ao exame do mérito, sem que a cognição do juiz se aprofunde na situação de direito substancial. Esse exame, feito no condicional, ocorre normalmente em face da petição inicial, *in statu assertionis*".

67. Analisando as condições da ação, Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 240) explica que "para evitar o desenvolvimento de processo inútil, o juiz deve ir à relação jurídica afirmada pelo autor e examiná-la, macroscopicamente – ou seja, em tese".

68. Observa Bedaque (Idem, p. 258) que "a compreensão da técnica representada pela condições da ação possibilita que, verificada a ausência de uma delas, o processo seja extinto o quanto antes – o que atende ao princípio da economia processual. Se a sentença de mérito é inadmissível, melhor impedir o desenvolvimento inútil da atividade jurisdicional".

pedido, pois neste caso já se realizou uma análise profunda do mérito. Esse "método", que permite distinguir as condições da ação e o mérito pode, com alguma adaptação, ser transposto para o processo penal.

De se observar, desde já, que no que toca ao interesse de agir, diante da regra geral da obrigatoriedade da ação penal, a necessidade de distinção entre condições da ação e mérito mostra-se destituída de maior interesse, sendo raríssimas, para não se dizer inexistentes, as situações de potencial confusão. De forma semelhante, no que toca à legitimidade ativa, o problema será resolvido, segundo regras expressas que confiram a legitimação ao Ministério Público ou à vítima, sendo improvável ou, quiçá, impossível, qualquer confusão.

Em suma, o problema das condições da ação penal se restringe à questão da *tipicidade* e da *legitimidade passiva*. Por outro lado, para ambos os temas, há que se acrescer uma outra diferença específica do processo penal: a exigência de justa causa para a ação penal. Ou seja, a "condição da ação" relativa à tipicidade em abstrato da conduta guarda relação com a exigência de que haja *prova da materialidade delitiva*. Por outro lado, a condição referente a *legitimatio ad causam* passiva diz respeito, diretamente, com os *indícios suficientes de autoria*.

Em outras palavras, ainda que se procure analisar tipicidade e autoria delitiva, na ótica exclusiva das condições da ação, com base apenas no que foi asserido na denúncia ou queixa e, portanto, aplicando a *teoria da asserção* em sua pureza doutrinária, mesmo assim, o recebimento da acusação dependerá, também, da análise da existência de um *suporte probatório mínimo* sobre os fatos afirmados na peça acusatória.

Nesse caso, para aqueles que consideram que a justa causa para a ação penal se distingue das condições da ação penal, seria possível, como que numa experiência de laboratório, separar e isolar, *in vitro*, a possibilidade jurídica do pedido (no que toca à tipicidade aparente) e a legitimidade de parte passiva, analisando-as, apenas, *in statu assertionis*. Porém, para ato de recebimento da denúncia, deveria haver a análise não apenas das condições da ação, tendo por base os fatos tais quais afirmados, mas também, dos elementos de informação colhidos no inquérito policial que permitiam concluir pela ocorrência da justa causa para a ação penal.

Diante de tais dificuldades, como resolver, então, o problema da tipicidade, no que toca ao seu enquadramento como condição da ação ou como mérito? A resposta está, segundo a teoria da asserção, no grau

de *grau de cognição* realizada pelo juiz.[69] Segundo a profundidade da cognição, a tipicidade pode dizer respeito às condições da ação (tipicidade aparente, segundo o afirmado na denúncia ou queixa) ou mérito (comprovação, após a instrução, dos fatos constitutivos do tipo penal). A distinção se torna ainda mais clara, ao se comparar o revogado art. 43 do CPP, que tratava da rejeição da denúncia, com os casos de absolvição do art. 386 do CPP. O inc. I do art. 43 previa que a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada quando "o fato narrado *evidentemente* não constituir crime". Já o art. 386, III, prevê que o acusado deverá ser absolvido quando "não constituir o fato infração penal". Como se percebe facilmente, a atipicidade *prima facie*, apenas com base no que foi afirmado na denúncia, leva à carência da ação, com a conseqüente rejeição da denúncia. Já a análise aprofundada da tipicidade, depois da fase instrutória, é questão de mérito, que acarreta a absolvição.[70]

69. Como explica BEDAQUE (Idem, p. 252) "para não confundir *condições da ação* com o *mérito*, *carência* com *improcedência*, propõe a doutrina critério fundado na profundidade da cognição, que, como veremos, não é suficiente para solucionar os problemas relacionados ao tema, mas auxilia, sobremaneira o intérprete a evitar confusões entre planos considerados diversos pelo legislador brasileiro". No processo penal, referida teoria também não pode ser considerada um critério infalível ou indefectível de distinção entre condições da ação e mérito, tendo em vista a necessidade de, no limiar da ação penal, se fazer uma análise "probatória", em algum grau, diante da exigência de justa causa para a ação penal. Todavia, assim como no processo civil, trata-se de um critério, senão absoluto, ao menos bastante seguro para tais distinções.

70. Em sentido contrário, posicionava-se Grinover (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 69): "a tipicidade é evidentemente matéria de mérito: representa, para o processo penal, a *causa petendi*" pelo que estaria desvinculada da matéria relativa ao processo (condições da ação). Porém, em estudo recente (As condições da ação penal cit., 2007, p. 188), altera seu posicionamento: "A hipótese do inc. I do art. 43 do CPP – não constituir o fato narrado, evidentemente, crime – realmente, não dá margem a dúvidas, em face da teoria da apresentação: mas o caso é de impossibilidade jurídica (negativa), pois o ordenamento só permite a acusação se esta se propõe a demonstrar a existência de um fato delituoso. Sem a evidente presença da tipicidade do fato narrado, haverá impossibilidade jurídica – mas aqui, mais uma vez, não do pedido mas da causa de pedir". Embora não se declare adepto da teoria da asserção, parece que o mesmo fundamento é que leva Jacinto Coutinho (*A lide...* cit., p. 150) a distinguir a *tipicidade aparente*, como condição da ação, e a *tipicidade* [efetivamente comprovada] como mérito: "uma coisa, portanto, é o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm,

Ou seja, a mesma matéria, no caso a tipicidade (*rectius*: a atipicidade), poderia levar a juízos e conseqüência distintas: apreciada em cognição superficial, logo após o oferecimento da denúncia, leva a sua rejeição, por carência da ação (art. 395, II, CPP); se depois da resposta, mediante cognição profunda, implicaria julgamento do mérito, acarretando a absolvição sumária (art. 397, III, CPP).[71] A cognição, na análise das condições da ação é superficial, com base no que foi afirmado na peça inicial, e no exame do mérito é aprofundada, com base nos elementos probatórios colhidos ao longo da instrução.[72]

A questão, contudo, não é tão simples. Mesmo no âmbito processual civil, há quem negue que a impossibilidade jurídica do pedido seja distinta do julgamento do mérito de improcedência. Ou seja, o juiz, ainda que no limiar da ação, e mesmo que com base em uma cognição superficial, ao julgar o pedido juridicamente impossível, estaria, em verdade, julgando o *mérito* improcedente,[73] ainda que *prima facie* ou de forma "macroscópica".

De se reproduzir, ainda que resumidamente, o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque sobre o tema. O autor parte de premissa que, "há determinadas regras de direito material, mesmo no âmbito civil, que contêm a descrição de certos elementos cuja verificação em concreto é essencial à ocorrência do efeito estabelecido pela norma". Nestes casos, está-se diante de "verdadeiros tipos legais" em que "a subsunção do fato à norma depende da verificação concreta de todos os elementos nela descritos abstratamente".

na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos, algo tão-somente comprovável no curso do processo; outra, é a comprovação efetiva".

71. Por óbvio, se somente após a audiência de instrução ficasse demonstrada a atipicidade, haveria também sentença de mérito absolutória (art. 386, III, CPP).

72. Seja toda a prova produzida, ao longo da instrução, no caso de uma sentença ao final do processo, sejam os elementos de informação produzidos no inquérito policial e as provas juntadas com a resposta escrita, no caso da absolvição sumária.

73. Antes mesmo do CPC de 1973, Galeno Lacerda (*Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953, p. 85) já afirmava que "se o autor pede divórcio a vínculo, ou pagamento de dívida de jogo, terá o seu *pedido* rejeitado por impossibilidade jurídica. O juiz, inegavelmente, julga o mérito do pedido".

Nessas situações, diz Bedaque: "extrai-se a vedação legal pela ausência de tipicidade do fato. A conseqüência só é admitida se preenchidos determinados requisitos previstos na norma. Se a própria descrição feita na inicial não se apresenta em conformidade com o modelo, a impossibilidade do efeito pretendido é declarada de plano, sem necessidade de qualquer outra atividade processual".[74]

Não há porque negar a aplicação de tais idéias ao processo penal.[75] No caso em que se constata a atipicidade dos fatos narrados na denúncia

74. *Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 261.

75. Interessante notar que, há tempo, a mesma posição é defendida por GRINOVER (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 70-71): "ainda que declarada por ocasião da denúncia ou queixa, ocasionando a sua rejeição (art. 43, I, CPP), a falta de tipicidade não deixará de configurar sentença de mérito: aliás, o parágrafo único do art. 43 possibilita novo exercício do direito de ação, única e exclusivamente na hipótese do inc. III, do mesmo dispositivo. Não se refere, o parágrafo único, ao item I do artigo, demonstrando que a rejeição da denúncia ou queixa, por atipicidade dos fatos narrados, *preclui a via judiciária* e impossibilita novo exercício do direito de ação, porque a lide já foi *solucionada pelo mérito*" (g.n.). No mesmo sentido, posiciona-se NUNES DA SILVEIRA (*O interesse de agir...* cit, p. 124): "em verdade, a decisão tomada nos termos do art. 43, I, do Código de Processo Penal, ainda que ocorra por ocasião do juízo de admissibilidade da acusação, pode, ainda que nem sempre, equivaler a uma decisão de mérito... Quando o juiz conclui que o fato narrado evidentemente não é crime – seja pela falta de conduta, tipicidade, ilicitude ou censurabilidade –, tem-se *uma decisão de mérito*, que versa sobre a própria inexistência do crime". Com alguma variação, embora tratando do ato de arquivamento do inquérito policial, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *RePro* 70/56. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1993) defende que "quando o ato referido reconhecer que, sem dúvida razoável, o fato não é típi,co, ou que o fato é inexistente (a questão acaba sendo sempre tratada em razão do art. 43, I, do CPP), ou que está extinta a punibilidade, não estaremos diante de uma verdadeira decisão de arquivamento, mas sim de *uma decisão de mérito, que passa em julgado materialmente*, impedindo o desarquivamento, seja como conclusão de processo acautelar (quando o MP requer o arquivamento), seja como *julgamento antecipado de processo de conhecimento*, se oferecida a denúncia ou queixa" (g.n.). Também, há muito, BREDA (Notas sobre...cit., p. 57) afirma que "no processo penal, com muito maior razão, a possibilidade jurídica do pedido tem íntima relação com o mérito. Assim, se o juiz rejeita a denúncia, porque o fato narrado não constitui crime, decide o mérito". Embora negando que se trate de questão ligada à possibilidade jurídica do pedido, substancialmente, o mesmo

ou queixa, considerando-os, ainda que por hipótese como verdadeiros, haverá verdadeiro julgamento de mérito, por atipicidade dos fatos imputados.[76] Pouco importa que o juiz o reconheça, logo no início, ao rejeitar a denúncia, por "impossibilidade jurídica do pedido" (art. 395, II, segunda parte, CPP), ou o faça depois da resposta do acusado, absolvendo-o sumariamente (art. 397, III, CPP). O mesmo se diga, se tal decisão decorre de concessão de *habeas corpus* para "trancar a ação penal". Em todos estes casos, o que menos importa é o momento procedimental em que se constatou a atipicidade.[77] Sempre haverá julgamento de mérito, seja *prima facie* (art. 395, CPP), seja antecipadamente (art. 397, CPP), seja ao final do processo (art. 386, CPP). Em toda elas haverá coisa julgada material, impedido a repropositura de ação penal idêntica, posto que o tema restara definitivamente decidido pelo Poder Judiciário.[78]

Com as devidas adaptações, o mesmo raciocínio vale para a punibilidade, que pode ser apreciada como "condição da ação" e como "mérito". Antes, porém, é necessário um esclarecimento sobre a consideração da extinção da punibilidade como "mérito". No processo penal, ao lado das sentenças terminativas e das sentenças de mérito, no caso,

ponto de vista é defendido por Maria Thereza R. Assis Moura (Op. cit., p. 257): "o ato decisório que recusa a denúncia ou queixa porque o fato não existiu ou porque, evidentemente, não constitui crime (art. 43, I, CPP) é, em sua essência, de mérito, porquanto ainda que verdadeira a imputação, o fato será indiferente ao Direito Penal. Se recebida, patente estará a falta de justa causa, possibilitando o trancamento da ação penal. ...Há hipótese de verdadeira *antecipação do julgamento do mérito*... E como tal, tem força de *coisa julgada* formal e *material, adquirindo autoridade absoluta*" (g. n.).

76. Do ponto de vista da profundidade da cognição, mesmo se tratando de um exame superficial, o reconhecimento da "atipicidade", no início do processo pode ser considerado um verdadeiro julgamento do mérito, por não haver controvérsia fática.

77. Nesse sentido, no processo civil, considerando irrelevante o momento procedimental em que é proferida a sentença, posto que ao reconhece a "impossibilidade jurídica do pedido", estará julgando o mérito improcedente, cf.: Furtado Fabrício. Op. cit., p. 17; Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 265, nota 68.

78. Nesse sentido, para o processo civil, reconhecendo que a sentença que reconhece a impossibilidade jurídica do pedido sujeita-se à coisa julgada material, cf. Furtado Fabrício. Op. cit., p. 26; Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 277.

que condenam ou absolvem o acusado (sentença definitiva em sentido estrito), existem as também as sentenças definitivas em sentido lato, isto é, sentenças que decidem sobre o direito de punir estatal debatido em juízo, embora sem absolver ou condenar o acusado. A sentença que julga extinta a punibilidade declara a inexistência do direito de punir, sendo uma sentença de mérito, ou seja, definitiva, mas não em sentido estrito, posto que não julga a imputação, absolvendo ou condenando o acusado.[79] Somente neste último sentido se cogita da consideração da "extinção da punibilidade" com "decisão quanto ao mérito".

Se, pela leitura da denúncia ou queixa, se observa, de plano, que já ocorreu a extinção da punibilidade (p. ex.: denúncia oferecida 30 anos após a prática do fato, ou queixa oferecida 1 ano após o fato, ou tendo por objeto delito em relação ao qual ocorreu a *abolitio criminis*), o juiz, de plano, rejeita a denúncia. Por outro lado, pode ocorrer que, somente diante da produção de provas juntadas com a resposta se verifique a ocorrência da causa extintiva da punibilidade.[80] Assim, por exemplo, se somente com a defesa, o acusado junta aos autos, certidão de nascimento, comprovando que, à época do fato, era menor de 21 anos e, diante da redução do prazo prescricional pela metade (art. 115, CP) está extinta a

79. Nesse sentido: GRIVOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES. *Recursos no processo penal* cit., p. 58. Parte da doutrina denomina a sentença que declara a extinção da punibilidade de *sentença terminativa de mérito* (cf.: José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. vol. 3, p. 42; TOURINHO FILHO. *Processo penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 4, p. 247; Julio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 423). Tal definição, contudo, representa uma *contradictio in terminis*. As sentenças que julgam o mérito, por definirem a relação de direito material posta em juízo são denominadas *sentenças definitivas*. Já as sentenças que, em decorrência da falta de uma das condições da ação ou de algum pressuposto processual, extinguem o processo sem julgamento do mérito são chamadas *sentenças terminativas*. Portanto, uma sentença não pode ser *terminativa de mérito*: ou a sentença julga o mérito e, portanto, é definitiva, ou a sentença não julga o mérito, sendo uma sentença apenas *terminativa*.

80. Substancialmente coincidente parece ser o raciocínio de Aury Lopes Jr. (Op. cit., p. 339) que, a despeito da revogação do art. 43, II, do CPP, e da inclusão da extinção da punibilidade como causa de absolvição sumária (art. 397, IV, CPP), reconhece: "isso não significa que tenha deixado de ser uma condição da ação processual penal ou que somente possa ser reconhecida pela via da absolvição sumária... a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada ou o réu absolvido sumariamente, conforme o momento em que seja reconhecida".

punibilidade, o juiz deverá, a teor do art. 397, IV, CPP "absolver sumariamente" o acusado.[81] Finalmente, pode ser que a causa extintiva da punibilidade somente ocorra ao final do processo. Assim, por exemplo, somente ao final da audiência de instrução e julgamento, nos debates orais, o querelante deixa de formular pedido condenatório, operando-se a perempção (art. 60, III, CPP).

Ou seja, a extinção da punibilidade poderá ser constatada de plano, *in statu assertionis*, ou poderá depender de análise probatória.[82] No primeiro caso, leva à rejeição da denúncia, no segundo, a uma decisão de "absolvição sumária" ou de extinção da punibilidade, que caracteriza uma sentença de mérito em sentido lato.

De qualquer forma, semelhante ao que ocorre com o reconhecimento da "impossibilidade jurídica do pedido", por atipicidade, em tese, da conduta narrada na denúncia ou queixa, o reconhecimento da extinção da punibilidade, ainda que liminar, no momento de rejeição da denúncia ou queixa, implica julgamento do mérito, ainda que em sentido lato, e, mesmo que realizado *prima facie*, encontra-se acobertado pela coisa julgada material.[83]

81. Para uma crítica do enquadramento da "extinção da punibilidade", como causa de absolvição sumária, cf., supra, item 7.

82. Acredita-se, inclusive, que tal ponto de vista não é incompatível com a posição daqueles que consideram como condição da ação a *punibilidade concreta* da conduta, a teor do revogado inc. II do art. 43 do CPP. Nesse sentido: Breda. Efeitos da declaração... cit, p. 177; Coutinho. *A lide*...cit., p. 148; Nunes da Silveira, *A tipicidade*... cit., p. 56-57; Aury Lopes Júnior. Op. cit., p. 351. Como explica Nunes da Silveira (*O interesse de agir*... cit., p. 126): "aqui, o adjetivo '*concreta*', marca a distinção em relação à chamada *punibilidade abstrata*, que decorre simplesmente da previsão legal de uma sanção à prática de um fato-tipo previsto como crime, em abstrato. À efetiva realização de tal fato-tipo, nasce ao Estado a possibilidade de punir o agente, isto é, em relação ao fato-tipo concreto, apresenta-se a *punibilidade concreta*". Não se trata, portanto, de uma punibilidade *concretamente acertada* e verificada, após atividade instrutória. A condição da ação exige que não seja possível, de plano, constatar que a punibilidade *concreta* está extinta. Então, neste caso, para fazer um paralelo com a tipicidade, tratar-se, sob este outro enfoque, de uma *punibilidade concreta "aparente"*.

83. No sentido de que a sentença de extinção da punibilidade faz coisa julgada material, cf: Greco Filho. *Manual de processo penal* cit., p. 343; Maria Thereza R. A. Moura. Op. cit., p. 256-257.

7.2 Distinções entre falta de justa causa e absolvição sumária

No processo penal, no que toca ainda à rejeição a denúncia e à absolvição sumária, outra diferença poderia ser apontada, tendo em vista a necessidade de justa causa para a ação penal. Como a justa causa exige um suporte probatório mínimo para a acusação, o recebimento da denúncia ou queixa não pode ter por base apenas as meras asserções feitas na peça inicial.

Na hipótese de rejeição da denúncia, por fatal de justa causa, em regra, somente os elementos de informação colhidos na investigação preliminar são apreciados. Se, nesse momento inicial, o juiz constata que o fato narrado na denúncia não encontra um suporte probatório mínimo nos elementos do inquérito (p. ex.: não há qualquer prova de que houve a subtração da coisa), a peça acusatória deverá ser rejeitada, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP). De se observar que, nesse caso, o problema *não será de atipicidade* do fato narrado (p. ex.: a denúncia que imputasse um furto de uso). Ao contrário, imputa-se, em tese, uma conduta típica (p. ex.: crime de furto), mas o fato concreto que se subsumiria ao tipo penal não encontraria suporte nos elementos de convicção do inquérito policial (p. ex.: não há prova da subtração).[84] O problema, portanto, não seria de tipicidade abstrata (simples "questão de direito"),[85] mas de

84. Justamente por tal motivo, discorda-se do novo posicionamento de GRINOVER (As condições da ação penal cit., 2007, p. 189), ao enquadrar em uma mesma condição – a possibilidade jurídica do pedido – tipicidade aparente do fato narrado e a justa causa: "voltando à tipicidade, ainda é necessário que esteja fundada em alguns elementos probatórios. É desse modo que a tipicidade se liga a outro requisito também enquadrável na possibilidade jurídica da acusação: chega-se, assim, ao conceito de justa causa". Ora, a tipicidade aparente deve ser aferida, segundo novo posicionamento da Autora, *in statu assertionis*. Trata-se, pois, de mera afirmação de conduta típica, cuja verificação independe de análise probatória. Por outro lado, a justa causa, depende da verificação de um lastro probatório mínimo, indicando, aquilo que, nas palavras da douta processualista, seria a "plausibilidade da acusação". Trata-se, pois de um juízo probatório e não de um juízo de mera afirmação.

85. Nesse sentido, correta a consideração NUNES DA SILVEIRA (*O interesse de agir...* cit., p. 119), citando Breda quando afirma a análise do que ele denomina de *tipicidade objetiva*, isto é, a subsunção do fato narrado à descrição legal da conduta (tipo legal) é "atividade mental que pode, em geral, ser feita sem necessidade de instrução probatória".

convencimento sobre a ocorrência do fato ("questão de prova").[86]

Por outro lado, num segundo momento, após a resposta escrita do acusado, aos elementos do inquérito se somam as provas juntadas aos autos com tal defesa. Nesse caso, a comprovação da inocorrência do crime, ou melhor, a inexistência do fato concreto que se subsumiria ao tipo penal, levará à absolvição sumária (art. 397, III, CPP). Ainda que em caráter potencial, na segunda situação, o nível de cognição será mais amplo e, principalmente, decorrerá de uma visão do fenômeno sob o prisma bilateral, após um contraditório inicial, e não apenas uma concepção unilateral dos órgãos de acusação. Justamente por isso, no primeiro caso, a decisão se sujeitaria apenas à coisa julgada formal, enquanto que na segunda hipótese, tendo a prova permitido uma cognição plena e aprofundada dos fatos, haverá coisa julgada material.

A mesma diversidade de situações pode ser transportada para a questão da autoria delitiva.

Se na denúncia se imputa ao acusado a pratica de um crime, mas o inquérito policial não fornece um mínimo indício de autoria, a peça acusatória deve ser rejeitada, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP). Por outro lado, se depois da prova juntada na resposta escrita, estiver cabalmente demonstrado o álibi alegado pelo acusado, a sentença será de absolvição sumária, por aplicação analógica do art. 415, II, do CPP.[87]

86. Como destaca NUNES DA SILVEIRA (*O interesse de agir*... cit, p. 131): "parece razoável insistir na distinção considerando que *tipicidade aparente* e *justa causa* enfrentam o mesmo problema – o caso penal – em planos distintos: a *justa causa*, aqui tomada em sentido estrito está no plano *probatório* e se restringe à prova de certo fato que se julga de relevância penal e de sua autoria; a *tipicidade aparente* enfrenta o problema desde uma ótica *valorativa*, que diz com a adequação da imputação fática contida na denúncia, ainda que aparentemente, ao fato comprovado". Discorda-se, porém, do jovem e culto autor, ao asseverar que "a *tipicidade aparente* não deve ser apreciada exclusivamente com base no que foi alegado pelo autor, na denúncia, de forma desconectada com o fato comprovado" (Op. cit., p. 132, nota 375) Em nosso entender, a tipicidade aparente deve ser considera no plano da mera asserção. Imputado um fato, em tese atípico, a denúncia deve ser rejeitada. Por outro lado, e neste ponto, tem razão o autor, "o juízo de admissibilidade da acusação é feito em concreto". Todavia, essa conexão com o caso concreto não deve ser buscada na "tipicidade aparente", mas na verificação da "justa causa".

87. Sobre a possibilidade de absolvição sumária em tal hipótese, cf. supra, item 7.

Novamente, como se observa, o problema não é de analise abstrata da narrativa contida na denúncia, que poderia levar ao reconhecimento da ilegitimidade de parte,[88] mas sim de "análise probatória".

Ou seja, a falta de justa causa, porque o fato narrado na denúncia – em tese típico – não encontra um mínimo lastro probatório quanto à autoria ou materialidade. Neste caso, a peça acusatória deve ser rejeitada (art. 395, III, CPP). A sentença de rejeição terá natureza terminativa, fazendo apenas coisa julgada formal e, conseqüentemente, não impedindo a repropositura da ação penal, caso surjam novas provas, de materialidade ou autoria, a caracterizar a justa causa para a ação penal. Por outro lado, no caso de absolvição sumária, haverá exame do mérito, normalmente com base nas provas juntadas com a resposta do acusado, quando permitirem, uma conclusão segura e cabal da inexistência do crime, seja pela comprovação de uma excludente de ilicitude, seja pela verificação de excludente de culpabilidade, seja porque o fato é atípico (art. 397, I, II, e III, CPP, respectivamente). Haverá julgamento antecipado ou – sumário – do mérito, fazendo a sentença coisa julgada material.

7.3 Reapreciação da inépcia da denúncia após a resposta do acusado

Posta a questão do relacionamento das condições da ação com o mérito e, no caso, com a absolvição sumária, cabe analisar o *problema da inépcia da denúncia ou queixa.*

Importante aclarar, desde logo, que, com relação à inépcia da denúncia ou queixa, por se tratar de vício relativo aos chamados "pressupostos processuais", o tema não guarda relação com o mérito, nem mesmo em caráter parcial ou conexo,[89] não sendo reconduzível à absolvição sumária.

88. A ilegitimidade de parte passiva seria reconhecida, de plano, e a denúncia rejeitada, por carência da ação (art. 395, II, segunda parte, CPP) se a denúncia ou queixa fosse oferecida não contra o autor do fato criminoso, mas contra uma testemunha, como exemplifica GRINOVER (*As condições da ação penal* cit., 1977, p. 151), ou contra a própria vítima. Nestes casos, a resolução da questão independeria de qualquer análise probatória, podendo a carência ser constatada apenas com base nos fatos narrados na denúncia ou queixa.

89. Já as condições da ação, justamente por se ligarem ao direito material e, portanto, ao mérito, quando ausentes, podem se "converter" em situações de "absolvição sumária". De se lembrar que, para LIEBMAN (*Manual de direito*

Por óbvio, para aqueles que admitem que o recebimento da denúncia somente ocorrerá no momento do art. 399 do CPP, o problema praticamente não existe, posto que haverá uma prévia decisão de recebimento da acusação.

Já para aqueles que consideram que o recebimento da denúncia deve ocorrer antes da resposta, nos termos do art. 396, *caput*, do CPP, a questão é mais complicada, posto que se poderia objetar com eventual efeito preclusivo da decisão de recebimento da acusação.

Não há, porém, qualquer óbice a que o juiz "reveja" o seu ato de recebimento. Aliás, do ponto de vista prático, não existindo uma fase saneadora, qual seria o sentido em se alegar "preliminares", como prevê o novo art. 396-A do CPP, se elas não pudessem ser apreciadas?

Além disso, no que toca à inépcia da denúncia, não haveria qualquer outro momento para o seu reconhecimento. Designada audiência de instrução e julgamento, em princípio, caberia ao juiz, ao final, proferir uma sentença de mérito, absolvendo ou condenando o acusado.

Por outro lado, as questões processuais previstas no art. 95 do CPP, que devem ser argüidas mediantes exceções, em peça apartada (art. 396-A, § 1.°, CPP), poderão ser revistas pelo juiz,[90] levando, inclusive, à extinção do processo, como no caso das exceções peremptórias que são a ilegitimidade de partes, a coisa julgada e a litispendência.

Não há qualquer sentido, do ponto de vista da limitação à atividade cognitiva, que o juiz, após o recebimento da denúncia, possa rever tal decisão, mediante exceção, no que toca à ilegitimidade de parte, mas não possa fazer o mesmo com a impossibilidade jurídica do pedido, a inépcia da denúncia ou queixa, ou qualquer outra questão de ordem pública. O juiz poderá dizer, "considerei que o autor era parte legítima, mas agora, diante da resposta do acusado, percebo que se tratava de parte ilegí-

processual civil cit., p. 154), o direito de ação é um direito público subjetivo, instrumentalmente conexo a uma pretensão material. O direito de ação é o direito a uma sentença de mérito, favorável ou desfavorável ao autor. A "conexão com a pretensão material" é representada pelas condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir. Ou seja, o direito de ação é abstrato, mas se liga a "uma situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo".

90. Mesmo a argüição da suspeição, que será julgada pelo tribunal (art. 100, *caput*, CPP), poderá ser apreciada inicialmente pelo juiz, que pode se declarar suspeito (art. 99, CPP).

tima, por isso, extingo o processo", mas não pode fazer o mesmo com relação à possibilidade jurídica do pedido ou a inépcia da denúncia? Diante da nova sistemática adotada no procedimento comum ordinário, com possibilidade de se alegar questões preliminares na resposta escrita e de haver absolvição sumária, é chegado o momento de uma evolução interpretativa, para admitir que o juiz tenha possibilidade de rever sua decisão de recebimento da denúncia ou queixa.

As condições da ação e os pressupostos processuais são matérias de ordem pública, que o juiz pode conhecer a qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes. Não há vinculação do juiz com a decisão anterior que recebeu a denúncia, nos termos do art. 396, *caput*, do CPP, vez que inexiste preclusão[91] ou qualquer outro mecanismo que torne o ato imutável ou não passível de reforma. Impossibilidade jurídica do pedido, extinção da punibilidade, ilegitimidade de partes, inépcia da denúncia, são temas que poderão ser revistos, mesmo após o recebimento da denúncia. Em alguns casos, a nova análise do mesmo tema, com um grau maior de cognição, em vista dos argumentos e provas trazidos com a resposta escrita poderá levar o juiz a absolver sumariamente o acusado. Noutros pontos, como a inépcia da denúncia, o reexame da questão poderá levar à extinção do processo sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto processual, no caso, a aptidão da denúncia ou queixa.[92]

91. Como explicam GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES (*Recursos no processo penal* cit., p. 25), "a preclusão fica excluída nos casos de questões cognoscíveis de ofício, cuja decisão pode ser revista pelo juiz a qualquer tempo, em primeiro ou segundo grau de jurisdição (por exemplo, as decisões sobre as condições da ação)".

92. Como destaca Furtado Fabrício (Op. cit., p. 13), "o exame dos pressupostos processuais impõe-se o juízo a todo tempo em qualquer grau, enquanto não julgado o mérito. A cláusula 'em qualquer grau de jurisdição' exarada no § 3.º [do art. 267 do CPC] deixa claro que a matéria não preclui para o órgão jurisdicional". Ressalte-se que o STF reconhece a aplicabilidade do referido dispositivo ao processo penal; "As condições da ação são apreciáveis de ofício, pouco importando que o processo esteja em fase de apelação interposta pelo querelante e que a legitimidade lhe diga respeito – aplicação subsidiaria do § 3.º do art. 267 do CPC" (STF, HC 69.531/RS, 1.ª T., j. 27.10.1992, m.v., rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão. Min. Marco Aurélio, *RT* 714/452).

7.4 Reapreciação da falta de justa causa após a resposta do acusado

Resta, por fim, o ponto mais difícil. A possibilidade de reapreciação da justa causa, após a resposta do acusado e, principalmente, após o recebimento da denúncia ou queixa, para os que consideram que tal ato se dá segundo o art. 396, *caput*, do CPP.

Para que haja justa causa, é necessária prova da existência do crime – *juízo de certeza* – e indícios de autoria – *juízo de probabilidade*. Por outro lado, ainda que recorrendo à analogia com o procedimento do júri, é possível a absolvição sumária nos casos de *juízo de certeza negativo* sobre a existência do fato e a autoria delitiva. Do ponto de vista da distribuição dos encargos probatórios, a situação é diversa. Para o recebimento da denúncia, pesa sobre a acusação a demonstração de que, segundo a prova do inquérito policial, existe o crime e há indícios de autoria. Já na absolvição sumária, é da defesa o encargo de demonstrar, plenamente, a inocorrência do fato ou que o acusado não foi o seu autor.

Na prática, portanto, a consideração de que, se o juiz recebe a denúncia, por considerar existente a justa causa, tal questão estaria preclusa, não mais podendo ser revista, salvo se ocorrer uma hipótese de absolvição sumária, poderá acarretar sérios prejuízos ao acusado. Tal forma de pensar, por meios sub-reptícios, cria um mecanismo de *inversão do ônus da prova*, quanto à justa causa para a ação penal. O acusado deixa de ter o direito de não ser processado sem *causa provável*, passando a ser possível a instauração de qualquer processo penal, salvo se houver prova plena – cujo ônus pesará sobre os ombros do acusado – de que o fato não existiu ou de que o acusado não foi o seu autor.

Não se discorda da possibilidade de absolvição sumária se, com a resposta, o acusado provar, plenamente, que o fato não existiu ou ele não foi o seu autor. O que não se pode aceitar, sob pena de o processo penal se transformar, facilmente, num instrumento rotineiro de ultraje à dignidade humana, é que, se a defesa demonstrar, na resposta escrita, que a investigação preliminar não gerou a convicção sobre a existência do fato – *juízo de certeza* – ou sobre indícios de que o acusado seja o seu autor – *probabilidade de autoria* – o juiz nada poderá fazer, e a denúncia, já recebida, permanecerá inatacável, com o prosseguimento do feito.

Se a justa causa exige, quanto ao suporte probatório dos fatos narrados na denúncia, que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, na ausência de tais dados, o juiz deve rejeitar a denúncia, nos termos do art. 395, III, do CPP. Ou seja, se os elementos

informativos do inquérito policial não gerarem no julgador a *certeza de que existiu um crime* e de que há *probabilidade de que o acusado seja seu autor*, a denúncia deve se rejeitada.[93]

Finalmente, diante de tudo o que foi considerado, não se pode deixar de destacar que o *recebimento da denúncia ou queixa deve ser fundamentado, pois tem natureza de* decisão (art. 93, IX, CF). A necessidade de fundamentação torna-se ainda mais evidente diante da nova sistemática da Lei 11.719/2008: a denúncia ou queixa somente será recebida se não for o caso de rejeição (art. 395, CPP)[94] ou de absolvição sumária (art. 397, CPP). Há, pois, um duplo juízo negativo como condição para o recebimento da denúncia ou queixa. Tais questões, portanto, terão de ser decididas pelo juiz, que deverá, em decisão motivada, indicar, com base nos elementos do inquérito policial, a presença das condições da ação, da justa causa e, caso alegado na resposta, a inocorrência da hipótese de absolvição sumária invocada pela defesa.

Equivocado, portanto, concluir que o recebimento da denúncia é mero despacho, sem conteúdo decisório e que, portanto, não necessita de fundamentação.[95] Há muito mais que simples ato de movimentação processual.

93. Embora à luz da sistemática anterior, em que não havia a possibilidade de absolvição sumária, é de se destacar importante julgado do STJ, que admitiu extinção do processo por ausência superveniente da justa causa: "Evidencia-se o constrangimento ilegal se o laudo obtido pelo exame de DNA, após a sentença condenatória, é conclusivo para afastar a autoria dos delitos de estupro com lesões seguidas de morte imputadas aos pacientes, *fazendo-se necessário o pronto trancamento da ação penal por falta de justa causa*" (STJ, HC 19.302/MG, 5.ª T., j. 21.03.2002, v.u., rel. Min. Gilson Dipp, *RT* 803/540).

94. Antonio Magalhães Gomes Filho (Op. cit., p. 208), observa que o art. 41 e o revogado art. 43 do CPP, ao definir os requisitos da denúncia ou queixa e as hipóteses de sua rejeição estão "traçando um *modelo de decisão* em que são estabelecidos os tema que devem ser objeto de cognição judicial nesse momento de graves repercussões para o acusado". Conseqüentemente, "a esse modelo de decisão deve corresponder uma adequada *justificação*, em que o juiz demonstre haver examinado tais questões, dizendo porque conclui pela admissibilidade da acusação".

95. O STF chegou a cunhar a eufemística e contraditória expressão "despacho com conteúdo decisório" (*RTJ* 69/785). Defendendo o posicionamento minoritário, pela necessidade de fundamentação: Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. 5.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p.

Principalmente na nova sistemática do Código de Processo Penal, o art. 395, ao prescrever, de forma mais detalhada as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, permite inferir, *a contrario sensu*, os casos em que deve ser *recebida* e, conseqüentemente, os temas que devem ser analisados pelo juiz. Assim, o juiz terá que, em relação a tais temas, justificar suas escolhas e conclusões sobre a presença dos mesmos.[96]

8. Conclusões

Não cabe sumariar os pontos do presente estudo que decorrem de simples aplicação dos novos artigos do Código de Processo Penal. Por outro lado, quanto aos temas controvertidos, podem ser destacadas as seguintes conclusões:

9.1 O art. 396, *caput*, do CPP, necessita de uma interpretação *corretiva* ou *ab-rogante atenuada*, corrigindo-o pela eliminação da parte em que prevê "recebê-la-á", com a prevalência do art. 399, na parte em que prevê o recebimento da denúncia, que somente deverá ocorrer após o oferecimento da resposta escrita.

9.2 Além das hipóteses de absolvição sumária, previstas no art. 397 do CPP, por analogia aos incs. I e II do art. 415, também será possível, no procedimento comum, a absolvição sumária, nos casos em que ficar plenamente demonstra a inexistência do fato ou que o acusado não foi o seu autor.

9.3 A inexistência do crime, por qualquer dos seus elementos – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – quando constatada de plano, deve levar à rejeição da denúncia, nos termos do inc. II, parte final, do art. 395 do CPP.

9.4 Se a denúncia narrar um fato atípico, ainda que tal hipótese costume ser considerada como falta de condição da ação penal, haverá

137; Giacomolli. *Reformas*... cit., p. 66. Na jurisprudência, embora se trate de posicionamento minoritário: TRF-3.ª Reg., HC 96.03.018348-2.

96. Em sentido contrário, Nucci (*Código de Processo Penal comentado* cit., p. 715) manifesta-se pela desnecessidade de fundamentação: "presume-se que, acompanhada de provas pré-constituídas, o juiz dela tenha se valido para analisar a existência de justa causa para a ação penal. Perdeu-se, certamente, uma boa ocasião para instituir o recebimento motivado, porém não foi esse o alcance dado pela Lei 11.719/2008".

julgamento de mérito, ainda, que *prima facie*, e a decisão fará coisa julgada material, ante a declaração judicial de inexistência do crime.

9.5 Após o oferecimento da resposta escrita pela defesa, se houver prova plena de que o crime não existiu, pela ausência de qualquer dos seus elementos – tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade – o acusado deve ser absolvido sumariamente, nos termos do art. 397 do CPP.

9.6 Se no momento do oferecimento da denúncia ou queixa, não houver prova plena da existência do crime – juízo de certeza – e indícios de autoria – juízo de probabilidade –, a peça acusatória deverá ser rejeitada, por falta de justa causa, nos termos do art. 395, III, do CPP.

9.7 Após o oferecimento da resposta, havendo certeza negativa quanto à existência do crime ou sobre a autoria delitiva, o acusado deve ser absolvido sumariamente. Trata-se de julgamento antecipado o mérito, que fará coisa julgada material, impedido a repropositura do feito.

9.8 Mesmo após a resposta, o juiz, ainda que já tenha recebido a denúncia, poderá reapreciar a questão relativa à inépcia da denúncia ou à justa causa para a ação penal, devendo designar audiência de instrução e julgamento, se a denúncia for apta e se houver justa causa.

9.9 Mesmo que a denúncia já tenha sido recebida, a resposta poderá ter por objetivo demonstrar que não há prova da existência do crime ou indício de autoria e que, portanto, o processo deve ser extinto, sem julgamento do mérito, por falta de justa causa para a ação penal. O acolhimento de tal defesa não levará à absolvição sumária, nem impedirá a repropositura da ação penal, desde que novas provas gerem a convicção necessária para considerar presente a justa causa.

Bibliografia

Almeida Júnior, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. vol. 2.

Amaral Santos, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1.

Armelin, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1979.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Legitimidade para agir. Indeferimento de petição inicial. *Temas de direito processual – 1. série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980

_____. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*. 4. Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. vol. 1.

BATISTA, Weber Martins. O saneamento no processo penal. *Direito penal e direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia* 156. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, out.-dez. 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: EUB, 1994.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Paraná* 9. Curitiba, 1980.

_____. Notas sobre o anteprojeto de código de processo penal. *Revista de Direito Penal* 11/12, Rio de Janeiro, jul.-dez. 1973.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las exceciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], vol. 3.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1950. vol. 2.

COSTA, Ary de Almeida Elias da. *A legitimidade das partes na doutrina e na jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1965.

COSTA, Paula Bajer F. M da. *Ação penal condenatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista de Processo* 70. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1993

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. 2.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. vol. 4.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da ação. *RePro* 58/7-32. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1990.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *Revista do Ministério Público do Paraná* 7, ano 6, Curitiba, 1977.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. vol. 3.

GIACOMOLLI, Nereu. *Reformas(?) do processo penal. Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. vol. 2.

_____. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. As condições da ação penal. *RBCCrim* 69. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2007.

_____. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência da ação. In: _____. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tulio. L'azione nella teoria del processo civile. *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950. vol. 2.

_____. L'azione nella teoria del processo civile. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Estudos de sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1986. vol. 1.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, vol. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. vol. 1.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1978. vol. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. 2.

_____. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1962. vol. 3.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. 4.

_____. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. vol. 2.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. vol. 2.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal*. Tese de Doutorado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio e Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996.

PRADO, Geraldo. Sobre procedimentos e antinomias. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 190/4-5. São Paulo: IBCCrim, set. 2008.

ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Ângela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. vol. 2.

SARACENO, Pascoale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: Cedam, 1940.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____; LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim do IBCCrim* 190/2-3. São Paulo: IBCCrim, set. 2008.

SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1976. vol. 1.

_____. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 1.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. vol. 2.

_____. A *relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3 e 4.

_____. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1 e 2.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile, parte generale*. Napoli: Jovene, 1978.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.

WATANABE, Kasuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

III Crime e Sociedade

1
Juzgamiento de los ilícitos penales cometidos por miembros de las Fuerzas de seguridad durante la vigencia de regímenes dictatoriales en Argentina

Federico Zurueta

Professor de Direito Penal e Ciências Penais. Secretário de Juízado Federal.

Área do direito: Penal-Processo penal; Internacional

Resumen: Desde el golpe de Estado producido el 24.03.1976 hasta el 10.12.1983, Argentina estuvo gobernada por la última dictadura militar. Durante ese período se cometieron gravísimas violaciones a los derechos humanos por parte de los miembros de las fuerzas armadas. Una vez concluido el gobierno de facto, en el año 1985 los miembros de la Junta Militar (Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini), en un histórico pronunciamiento judicial para el desarrollo de la Nación, fueron juzgados y condenados a penas privativas de libertad perpetuas, al encontrárselos culpables de decenas de homicidios calificados y torturas agravadas, entre otros delitos de extrema gravedad. El Tribunal les atribuyó responsabilidad como autores mediatos, basándose en la teoría del

Abstract: From the March 24, 1976 coup d'état until December 10, 1983, Argentina was ruled by the last military dictatorship. During this period, members of the Armed Forces committed many extremely serious violations to human rights. In 1985, after the end of the de facto government, Military Junta members (Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola and Armando Lambruschini) were tried, convicted and sentenced to life imprisonment. It was a historic legal ruling for the development of the Nation, as they were found guilty of dozens of homicides and aggravated tortures, among other heinous crimes. The Court found them accountable as co-perpetrators, as per the theory of control of fact through institutions of organized power. In 1986 and 1987

dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder. En los años 1986 y 1987 se sancionaron las Leyes 23.492 y 23.521 conocidas respectivamente como *"Punto Final"* y *"Obediencia Debida"*. La primera de ellas establecía, en lo sustancial, que se extinguía la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la Ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de su promulgación. Por su parte, la segunda imponía la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos a que se refiere el art. 10 punto 1 de la Ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción era aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resolvía judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de la ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. Posteriormente, algunos de los procesados que no habían sido alcanzados por las previsiones de las normas citadas, fueron beneficiados mediante indultos dispuestos mediante decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional de un gobierno constitucional democrático. Durante la presente década la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en más de una oportunidad la inconstitucionalidad de las dos leyes citadas como así también de los decretos que ordenaban los indultos referidos. Independientemente de ello, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 25.779 que dispuso *"declarar insanablemente nulas las Leyes 23.492 y 23.521"*. La validez constitucio-

laws 23.492 and 23.521 were passed, known respectively as "Punto Final (Full Stop)" and "Obediencia Debida (Due Obedience)". The *Punto Final* law dictates the end of investigation and prosecution of people accused of participating, in any way, in the crimes in article 10 of law 23.049 those who were fugitives or declared in contempt, or who have not been summoned to provide pre-trial declaration before a competent court 60 days prior to the date of its promulgation. In its own right, the law of *Obediencia Debida* dictates that it must be assumed, without the admittance of proof to the contrary, that those who served at the time as a chief official, subordinate official, sub-official, or common personnel of the Armed Forces, the Police, the Penitentiary Service and other security agencies cannot be legally punished for the crimes provided for in art. 10, point 1 of law 23.049, as they were acting out of due obedience. The same assumption was applied to superior officials who had not served as commander in chief, zone chief, subzone chief, or chief of security, police, or penitentiary force, if not legally resolved thirty days prior to the promulgation of this law, who had decisive capacity or participated in issuing orders. After that, some of the prosecuted officials that had not been covered by the provisions of the aforementioned norms could benefit from pardons granted through decrees dictated by the National Executive Power of a democratic constitutional government. During this decade, the Supreme Court of Justice of the Nation has declared the unconstitutionality of the aforementioned laws more than once, as well as of the decrees that ordered the subsequent pardons. Besides that, the Argentinean Congress passed law 25.779 that *"declares laws n. 23.492 and 23.521 irreversibly void"*. The constitutional validity of this norm was soon confirmed by the Argentinean Supreme Court of Justice itself. This radical change, both jurisprudential and legislative, of the normative system that, at that time,

nal de esta norma fue luego confirmada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta radical modificación, tanto jurisprudencial como legislativa, del esquema normativo que impedía en su momento el análisis y juzgamiento de los hechos cometidos durante la vigencia del gobierno de facto, obligó en la actualidad al Poder Judicial a perseguir y, en su caso, punir los responsables. Bajo esta premisa, se han reabierto numerosas causas en todo el territorio del país, en algunas de las cuales ya se han dictado sentencias y otras que aún se encuentran en trámite.

Palabras-clave: Amnistía – Aparatos organizados de poder – Autoría directa – Autoría mediata – Derechos Humanos – Dictadura militar – Dificultad probatoria – Imprescriptibilidad – Indulto – Lesa Humanidad – Obediencia debida – Prescripción – Punto final.

impeded the analysis and judgment of the acts committed during de facto government, obliged the Judicial Power to then prosecute and, if applicable, punish the responsible officials. Under this premise, countless suits were reopened all over the country, in some of which sentences have been given, while others are still in progress.

Keywords: Amnesty – Institutions of organized power – Direct perpetration – Coperpetration – Human Rights – Military dictatorship – Probative difficulty – Imprescriptibility – Pardon – Crime against humanity – *Obediencia debida* – Negative prescription – *Punto final.*

Sumário: 1. Contexto histórico en el que se desarrolló la última dictadura militar en Argentina – 2. Juicio a los miembros de la máxima Junta Militar – 3. La sanción de las Leyes 23.492 y 23.521. Posterior declaración de inconstitucionalidad y nulidad – 4. Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad – 5. Juzgamiento de los delitos referidos con posterioridad a la sanción de nulidad de las Leyes 23.492 y 23.521: 5.1 Dificultad probatoria; 5.2 Autoría mediata. Aparatos organizados de poder; 5.3 Autoría directa – 6. A modo de conclusión – Bibliografía: Normativa consultada; Jurisprudencia citada.

1. Contexto histórico en el que se desarrolló la última dictadura militar en Argentina

La gravedad de la situación que atravesaba el país en el año 1975, debido a la frecuencia y extensión geográfica de los atentados contra su vida institucional, constituyó una amenaza para la Nación, estimando el gobierno nacional democrático de ese entonces que los organismos policiales y de seguridad resultaban incapaces para prevenir tales hechos. Ello motivó que se dictara una legislación especial para prevención y

represión del fenómeno, debidamente complementada a través de reglamentaciones militares.

Así, el gobierno constitucional dictó los Decretos 261/1975 de febrero de 1975, por el cual encomendó al Comando General del Ejército ejecutar las operaciones militares necesarias para neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos en la Provincia de Tucumán; el Decreto 2.770, del 06.10.1975, por el que se creó el Consejo de Seguridad Interna, integrado por el Presidente de la Nación, los Ministros del Poder Ejecutivo y los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas, a fin de asesorar y proponer al Presidente de la Nación las medidas necesarias para la lucha contra la subversión y la planificación, conducción y coordinación con las diferentes autoridades nacionales para la ejecución de esa lucha; el Decreto 2.771 de la misma fecha que facultó al Consejo a suscribir convenios con las provincias, a fin de colocar bajo su control operacional al personal policial y penitenciario y el Decreto 2.772, también de la misma fecha, que extendió "la acción de las Fuerzas Armadas a los efectos de la lucha antisubversiva a todo el territorio del país".

La primera norma citada se complementó con la directiva del Comandante General del Ejército n. 333, de enero del mismo año, que fijó la estrategia a seguir contra los asentamientos terroristas en Tucumán, dividiendo la operación en dos partes, caracterizándose la primera por el aislamiento de esos grupos a través de la ocupación de puntos críticos y control progresivo de la población y de las rutas, y la segunda por el hostigamiento progresivo a fin de debilitar al oponente y, eventualmente, atacarlo para aniquilarlo y restablecer el pleno control de la zona. En su anexo n. 1 (normas de procedimiento legal) esta directiva contaba con reglas básicas de procedimiento sobre detención de personas, que indicaban su derivación preferente a la autoridad policial en el plazo más breve; sobre procesamiento de detenidos, que disponían su sometimiento a la justicia federal, o su puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional; sobre allanamientos, autorizándolos en casos graves, con prescindencia de toda autorización judicial escrita, habida cuenta del estado de sitio.

La directiva 333 fue complementada con la orden de personal número 591/1975, del 28.02.1975, a través de la cual se disponía reforzar la Quinta Brigada de Infantería con asiento en Tucumán, con personal superior y subalterno del Tercer Cuerpo del Ejército.

Por su parte, lo dispuesto en los Decretos 2.770, 2.771 y 2.772, fue reglamentado a través de la directiva 1/1975 del Consejo de Defensa, del 15 de octubre del mismo año, que instrumentó el empleo de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, y demás organismos puestos a su disposición para la lucha antisubversiva, con la idea rectora de utilizar simultáneamente todos los medios disponibles. Esta directiva dispuso que la acción de todas las fuerzas debía ser conjunta para lo cual debían firmarse los respectivos convenios y adjudicó al Ejército la responsabilidad primaria en la dirección de las operaciones contra la subversión en todo el territorio de la Nación, la conducción de la comunidad informativa y el control operacional sobre la Policía Federal, Servicio Penitenciario Federal y policías provinciales.

El Ejército dictó la directiva del Comandante General del Ejército n. 404/1975, del 28 de octubre de ese año, que fijó las zonas prioritarias de lucha, dividió la maniobra estratégica en fases y mantuvo la organización territorial – conformada por cuatro zonas de defensa – ns. 1, 2, 3 y 5 –, subzonas, áreas y subáreas. En esta directiva se estableció que los detenidos debían ser puestos a disposición de autoridad judicial o del Poder Ejecutivo.

El gobierno constitucional de ese entonces sancionó, además, leyes de fondo y de procedimiento que estaban dirigidas a prevenir o reprimir la actividad terrorista. Las principales fueron la Ley 20.642, de enero de 1974, que introdujo distintas reformas al Código Penal, creándose nuevas figuras y agravando las escalas penales de otras ya existentes, en relación a delitos de connotación subversiva. En septiembre del mismo año se promulgó la Ley 20.840 que estableció un régimen de penalidades para distintas actividades terroristas, y los Decretos 807 (de abril de 1975), 642 (febrero de 1976) y 1078 (marzo de 1976), a través de los cuales se reglamentó el trámite de la opción para salir del país durante el estado de sitio.

En ese contexto, se produjo el golpe de estado del 24.03.1976 que no significó un cambio sustancial de las disposiciones legales vigentes a esa fecha en cuanto a la lucha contra la subversión.

Tras el hecho de fuerza, los entonces Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas que asumieron el gobierno de la República constituyeron la Junta Militar que declaró caducos los mandatos del Presidente de la Nación Argentina y de los gobernadores y vicegobernadores de provincia; disolvió el Congreso de la Nación y removió a los miembros

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, 24.03.1976, *Boletín Oficial* del 29 del mismo mes y año).

El propósito básico fijado por la Junta Militar fue el siguiente: "Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia imprescindible para reconstituir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del pueblo argentino," (Acta Fijando el Propósito y los objetivos básicos para el Proceso de Reorganización Nacional – *Boletín Oficial* 29.03.1976).

Para el cumplimiento de los instrumentos legales existentes de lucha contra la subversión, el Estado contó con su *imperium*, emergente de la posibilidad de emplear las fuerzas policiales y de seguridad. A ello se sumó, a partir de octubre de 1975, la intervención de las Fuerzas Armadas, lo que equivale a decir que todas las armas de la Nación fueron aplicadas al fortalecimiento de la voluntad estatal de hacer cumplir la ley, sustrato básico de su política criminal.

De manera tal que en el transcurso del proceso, es innegable la mutua colaboración que se prestaron las distintas fuerzas durante el desarrollo de las operaciones; basta mencionar, a modo de ejemplo, los numerosos traslados de personas secuestradas, entre lugares de cautiverio dependientes de distintas fuerzas.

Es decir que pese a contar con todos los instrumentos legales y los medios para llevar a cabo la represión de modo lícito, sin desmedro de la eficacia, las Fuerzas Armadas optaron por la puesta en marcha de procedimientos clandestinos e ilegales sobre la base de órdenes que se impartían de acuerdo a las cadenas de mando.

Como vemos, pese a que los comandantes militares que asumieron el gobierno, decidieron mantener el marco normativo en vigor, con las jurisdicciones y competencias territoriales que éste acordaba a cada fuerza, lo acontecido fue radicalmente distinto, ya que si bien la estructura operativa siguió funcionando igual, su personal subordinado detuvo a gran cantidad de personas, las alojó clandestinamente en unidades militares o en lugares bajo dependencia de las fuerzas armadas, las

interrogó con torturas, las mantuvo en cautiverio sufriendo condiciones inhumanas de vida y alojamiento y, finalmente, se las legalizó poniéndolas a disposición de la justicia o del Poder Ejecutivo Nacional, se las puso en libertad, o bien se las eliminó físicamente.

Tal manera de proceder, que suponía la secreta derogación de las normas en vigor, respondió a planes aprobados y ordenados a sus respectivas fuerzas por los comandantes militares.

Para determinar las razones que motivaron esta gravísima decisión, debe partirse de la completa prioridad que se asignó al objetivo consistente en obtener la mayor información posible en una lucha contra organizaciones terroristas que poseían estructura celular y que estaban preparadas para esconder la identidad de sus miembros, los que se hallaban mimetizados dentro de la población.

Tal necesidad de lograr información, valorada por quienes, incluso para alcanzar el poder, menospreciaron la ley como medio para regular la conducta humana, fue condición suficiente para que el uso del tormento, el trato inhumano, la imposición de trabajos y el convencimiento creado a los secuestrados de que nadie podría auxiliarlos, aparecieran como los medios más eficaces y simples para lograr aquel propósito.

A su vez, aquel menosprecio por los medios civilizados para prevenir la repetición de los hechos terroristas, o castigar a sus autores, la certeza de que la opinión pública nacional e internacional no toleraría una aplicación masiva de la pena de muerte, y el deseo de no asumir públicamente la responsabilidad que ello significaba, determinaron como pasos naturales del sistema, primero el secuestro, y luego la eliminación física clandestina de quienes fueron señalados discrecionalmente por los ejecutores de las órdenes, como delincuentes subversivos.

La ilegitimidad de este sistema, su apartamiento de las normas legales aún de excepción, surge no del apresamiento violento en sí mismo, sino del ocultamiento de la detención, del destino de las personas apresadas, y de su sometimiento a condiciones de cautiverio inadmisibles cualquiera fuera la razón que pudiera alegarse para ello.

En suma, puede afirmarse que los comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos

de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, ya sea el ingreso al sistema legal, la libertad o, simplemente, la eliminación física.

Esta discrecionalidad en la selección del objetivo dio como resultado que muchas veces la privación de libertad recayera sobre personas que no tuvieran vinculación con la lucha contra la subversión o que la tuvieran sólo tangencialmente.

Inclusive hubo casos en los que las privaciones ilegítimas de la libertad obedecieron a móviles que no estaban vinculados directamente con los que guiaban a las organizaciones terroristas. Así, por ejemplo, se detuvo ilegalmente a familiares o amigos de desaparecidos que sólo hacían gestiones para ubicar los paraderos de éstos últimos; o a miembros de la sociedad que sólo realizaban manifestaciones de algún tipo en demanda de noticias sobre la suerte de los secuestrados; como así también a personas que se las mantenía en cautiverio y, mediante la aplicación de tormentos, se les exigía que aportaran datos que se suponía, sin prueba concreta alguna, que pudieran tener con respecto a algún miembro de los grupos terroristas.

Asimismo, la posibilidad de que el personal a quien se mandaba a domicilios particulares a cometer delitos de la apuntada gravedad, se apoderara sistemáticamente de bienes en su propio beneficio, fue también necesariamente prevista y asentida por quienes dispusieron tal modo de proceder. La enorme proporción de casos en que ello tuvo lugar, y el hecho de que se les otorgara igual tratamiento en cuanto a la impunidad de sus autores, que a los delitos antes descriptos, confirma la inferencia.

Como vemos, "durante todo el período transcurrido entre los años 1975 y 1983, se suspendieron en forma absoluta las garantías de los ciudadanos y se limitó substancialmente el ejercicio de derechos individuales, implementándose un sistema de violencia desde el Estado hacia la ciudadanía, caracterizado por la legitimidad, la desmesura, la impunidad y el absoluto desprecio por la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona, inscribiéndose dicho accionar dentro de una práctica que la doctrina ha definido como "terrorismo de estado" (Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, "Vargas Aignasse Guillermo s/ secuestro y desaparición", 15.12.2004)

"El sistema puesto en práctica – secuestro, interrogatorio bajo tormentos, clandestinidad e ilegitimidad de la privación de libertad y, en muchos casos, eliminación de las víctimas- fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la Nación y prolongado en el tiempo."

"Estos hechos tenían a su vez una serie de características comunes. Los secuestradores eran integrantes de las fuerzas armadas, policiales o de seguridad, y si bien en la mayoría de los casos, se proclamaban genéricamente como pertenecientes a alguna de dichas fuerzas, normalmente adoptaban precauciones para no ser identificados, apareciendo en algunos casos disfrazados con burdas indumentarias o pelucas" (Cfr. Cam. Nac. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Causa 13/84, 09.12.1985).

En ese contexto, cabe remarcar además, que las víctimas de este accionar por parte del Estado no fueron sólo aquellas personas detenidas, torturadas o asesinadas, sino también todo el resto de la población que ha vivido las consecuencias de este "mal radical" en la sensación de miedo constante, de ausencia de derechos, de pérdida del autorespeto, de la autoestima y de la conciencia de la propia dignidad. (Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, "Vargas Aignasse Guillermo s/ secuestro y desaparición", 15.12.2004).

Esto último fue inclusive remarcado por la Organización de los Estados Americanos, que debido a la cantidad de reclamos recibidos, envió el 06.09.1979 a una representación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de constatar a través de la observación directa la veracidad de tales denuncias.

Dicha Comisión se expidió a través del "informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina", publicado oficialmente el 11.04.1980. En el mismo se llegó a la conclusión de que, por acción u omisión de las autoridades públicas, se cometieron en el país en el periodo 1975 a 1979 numerosas y graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Comisión entendió que, en particular, esas violaciones habían afectado el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal, el derecho a la seguridad e integridad personal, el derecho a la justicia y al proceso regular y a la libertad de expresión y de opinión.

Es decir que, conforme lo reseñado, suponer que el gobierno de facto, que concentró en sus manos las más amplias potestades legisfe-

rantes y que, incluso, se arrogó el poder constituyente, no tenía otro modo de combatir el terrorismo que a través de la clandestinidad y la imposición de un terror equivalente, fuera de toda referencia normativa, resulta inadmisible.

Lamentablemente, a los delitos cometidos por los terroristas –ciertamente de gravedad– "las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido, porque, tal como se señaló, es innegable que desde el 24.03.1976 contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando y asesinando a miles de seres humanos" (Cfr. Informe final de la Conadep, "Nunca mas" Eudeba 1985).

2. Juicio a los miembros de la máxima Junta Militar

Los hechos ilícitos cometidos durante la dictadura militar referida, por parte de miembros de las distintas Fuerzas Armadas, fueron analizados y juzgados por primera vez en el año 1985.

En un emblemático antecedente jurisprudencial conocido comúnmente como "causa 13", la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal condenó a penas perpetuas a los miembros de la Junta Militar (Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini) por encontrarlos penalmente responsables de decenas de homicidios calificados y torturas agravadas, entre otros delitos de extrema gravedad.

Para así resolver, considerando especialmente que todos los condenados ostentaban la máxima jerarquía dentro de la cadena de mandos del Ejército Militar, el Tribunal les atribuyó responsabilidad como autores mediatos de los ilícitos cometidos, basándose en la teoría del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder.

Tuvo acreditado que los hechos ilícitos cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad durante ese período, se desarrollaron dentro de ese plan sistemático de represión ilegal al que se hiciera referencia anteriormente.

En esas circunstancias, destacó entonces que las organizaciones de estas fuerzas responden, por naturaleza, a un esquema vertical y disciplinado, por lo que resultaba imposible suponer razonablemente que pudieran haberse cometido sin órdenes expresas de los respectivos superiores.

En este sentido, el Tribunal afirmó expresamente que "no es posible la instalación de centros de detención y/o tortura en dependencias militares o policiales, ni su control por parte del personal de esas fuerzas, por las exigencias logísticas que ello supone, sin una decisión expresa de los comandantes en jefe" (Cfr. Cam. Nac. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Causa 13/1984, 09.12.1985).

En base a ello concluyó que la responsabilidad de los máximos responsables dentro de la cadena de mandos de las fuerzas de seguridad, debía encuadrarse dentro de la estructura estatal montada en ese entonces para la perpetración de delitos en forma sistemática conocida doctrinariamente, tal como lo mencionáramos líneas arriba, como "teoría de los aparatos organizados de poder".

3. La sanción de las Leyes 23.492 y 23.521. Posterior declaración de inconstitucionalidad y nulidad

Con posterioridad a la sentencia referida, en los años 1986 y 1987 se sancionaron las Leyes 23.492 y 23.521 conocidas respectivamente como "*Punto Final*" y "*Obediencia Debida*".

La primera de ellas establecía, en lo sustancial, que "(...) se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la Ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de su promulgación. En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10.12.1983".

Por su parte, la segunda imponía que "(...) se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la Ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración

de las órdenes. En tales casos, se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad".

Cabe resaltar que el dictado de la ley de "obediencia debida" fue consecuencia de la ineficacia que tuvo la ley de "punto final" para cumplir con los fines para los que había sido dictada, ya que dentro del plazo de 60 días que ésta preveía para la extinción de las acciones penales, los órganos jurisdiccionales libraron gran cantidad de citaciones para prestar declaración indagatoria a los supuestos responsables de tales delitos, impidiendo de esta manera la extinción de los procesos.

De tal manera, con la sanción de la segunda norma se persiguió garantizar impunidad a todos aquellos que hubiesen participado en la comisión de esos delitos sin tener un poder real de mando y/o decisión sobre su conducta. Ello obligó a los jueces, en consecuencia, a analizar el rango de cada uno de los sujetos que se encontraban sometidos a proceso, a fin de determinar si se encontraban o no comprendidos por dicha circunstancia.

Finalmente, y aún cuando las dos normas citadas ya limitaban notoriamente el poder jurisdiccional sobre los actos ilícitos cometidos durante el régimen del gobierno de facto, algunos de los procesados que no habían sido alcanzados por las previsiones de las mismas fueron beneficiados posteriormente mediante los indultos dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional por Decretos 1002/1989 y 2746/1990.

Sin embargo, todo este cuadro normativo al que hacemos referencia, se ha visto notoriamente modificado en la actualidad.

En primer lugar, las Leyes 23.492 y 23.521 han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En autos "Simón Julio Héctor y otros" (Fallos 328:2056, 14.06.2005) nuestro máximo Tribunal declaró de ningún efecto la validez de esas leyes y cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina, toda vez que el Tribunal entendió que ambas resultan violatorias del principio de igualdad ante la ley y

aparejan un tratamiento procesal de excepción para los sujetos amparados privando, de manera simultánea, a las víctimas de los hechos, o a sus deudos, la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el enjuiciamiento y punición de los actos ilícitos que los damnifican.

La Corte añadió que estas leyes, en cuanto intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre "civiles y militares" orientadas, como toda amnistía, al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos, se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables porque no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino las de carácter mundial, por lo cual se impone restarles todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y alcance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

Agregó que la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, ya no autoriza al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

Específicamente destacó que la presunción exculpatoria *iure et de iure* consagrada en la norma de "obediencia debida" importa la invasión por parte del Poder Legislativo de funciones propias del Poder Judicial, en clara violación al art. 116 de la Constitución Nacional, dejando en claro que el Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictar esas leyes, y al hacerlo ha vulnerado no sólo principios constitucionales sino también los tratados internacionales de derechos humanos, generando un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de lesa humanidad, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino.

Además, el Tribunal advirtió que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes no constituye violación del principio *nulla poena sine lege*, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho. Asimismo, recalcó que los objetivos del Preámbulo de la Constitución

Nacional serían negados en la medida en que se interpretase cualquiera de sus normas obligando a los jueces a admitir o legitimar una pretendida incapacidad de la Nación Argentina para el ejercicio de su soberanía, con la consecuencia de que cualquier otro país pueda ejercerla ante su omisión, en razón de violar el mandato internacional de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en su territorio por sus habitantes y ciudadanos.

En segundo lugar, e independientemente de esta categórica resolución del máximo Tribunal, con posterioridad a ello, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 25.779 que dispuso "*declarar insanablemente nulas las Leyes 23.492 y 23.521*".

Como toda declaración de nulidad, la misma tuvo efecto directo sobre todos los actos anteriores y/o contemporáneos en conexión con dicha norma, invalidando cualquier eficacia de los mismos.

Esta decisión del Poder Legislativo, mas allá de las criticas que suscitó por parte de un sector de la doctrina, también fue posteriormente convalidada por el más alto Tribunal de la Nación (Adla LXIII-E, 3843) que declaró su validez afirmando que su contenido coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas y, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío.

Entendió, además, que este era el medio para intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando.

Resaltó que si bien el Poder Judicial es el órgano facultado para declarar la eventual inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, ello no obsta a que el Poder Legislativo pueda dar cuenta del grado de adecuación constitucional de su accionar, ya que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias a hacer posible la plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

En ese entendimiento –agregó la Corte– el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas al establecer la inexequibilidad de las leyes 23.492 y 23.521, pues se ha limitado a

sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional, la cual pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina, permitiendo además la unidad de criterio en todo el territorio y en todas las competencias, resolviendo dificultades que podría generar las diferencias de opiniones en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige y brindando al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial.

En tercer lugar, y en fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también resolvió declarar inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1.002/1989 y anular el indulto a favor del ex Comandante de Institutos Militares, General Santiago Riveros –quien fuera oportunamente beneficiado por esta vía junto a otros miembros de las fuerzas armadas–. El máximo Tribunal afirmó que "corresponde declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad" agregando que "con esa decisión se pretendía cumplir con el deber que tiene el Estado de organizar las estructuras del aparato gubernamental a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (CSJN in re Mazzeo Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, 13.07.2007). Para así decidir, se tuvo en cuenta que "corresponde declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad" (CSJN, ibidem).

Como vemos, tal como se adelantara líneas arriba, todo el esquema normativo que impedía en su momento el análisis y juzgamiento de los hechos cometidos durante la vigencia del gobierno de facto, ha sufrido una categórica modificación en la actualidad, tanto legislativa como jurisprudencial, obligando así al Poder Judicial a la persecución de los mismos y, en su caso, a la punición de los responsables.

Mas aún, en este contexto actual, en mi opinión ya no es necesario entonces que cada magistrado se expida en cada causa en concreto acerca de la validez o invalidez constitucional de aquellas leyes de "punto final" y "obediencia debida" –tal como lo exigiría nuestro sistema vigente de control difuso de constitucionalidad– ya que la normativa legal referenciada, considerada formal y sustancialmente válida, declara expresamente la insanable nulidad de las mismas y tiene, como tal, pleno valor *erga omnes*, tornando así innecesario e ineficaz un pronunciamiento judicial al respecto.

Así lo ha sostenido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación al afirmar que si ese Tribunal declaró la validez constitucional de la Ley 25.779 (Adla, LXIII-E, 3843) por medio de la cual el Congreso de la Nación había declarado insanablemente nulas las leyes de obediencia debida y punto final, cualquier pretensión que se funde en estas leyes, carece de todo sustento legal (CSJN in re Vargas Aignasse, Guillermo, 03.05.2007).

4. Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Sabido es que la prescripción constituye una de las causales extintivas de la acción penal establecidas en nuestra legislación de fondo. Se presenta así como un límite al poder punitivo del Estado de iniciar o proseguir una persecución penal en contra de una determinada persona (CP, arts. 59, 62 y cc).

El principal fundamento del instituto radica en que "el paso del tiempo acalla la alarma social provocada por el delito y conlleva naturalmente al olvido y al desinterés por su castigo" (Cfr. CSJN, Fallos 292:103; "Corradino", 06.11.1987 ED, 127-500; entre muchos otros).

Sin embargo, en las últimas décadas, el derecho internacional ha ido consolidando la idea de vigencia de la acción penal a pesar del transcurso del tiempo y así se ha evidenciado un notorio incremento en las adhesiones a los tratados en la materia, en la voluntad de los Estados de hacerlos cumplir, en las adaptaciones internas legislativas o jurisprudenciales o en la incumbencia de los órganos supranacionales.

Es decir que en la actualidad podemos afirmar que la regla es la prescriptibilidad de la acción penal, pero excepcionalmente, por el interés que involucran, determinado tipo de delitos no están sujetos al régimen establecido en el Código Penal.

Las más importantes fuentes al respecto la constituyen los tratados internacionales adoptados por ley (principalmente la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad), que, como tales, son jerárquicamente superiores al Código Penal y por ende su aplicación cede ante aquellos.

La citada convención sobre imprescriptibilidad establece los delitos con tal carácter, cualquiera que fuere la fecha en que se hayan cometido, enumerando los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como de paz, según la definición del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (08.08.1945), y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (13.02.1946 y 11.12.1946): la expulsión por ataque armado u ocupación; los actos inhumanos debido a la política de 'apartheid'; el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, aún cuando esos actos no constituyan una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos. Asimismo, el Estatuto de Nüremberg citado, define como crimen de lesa humanidad a los asesinatos, exterminios, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Por su parte, el Estatuto de Roma establece que constituye un "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, en sus modalidades de asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución, esterilización o embarazos forzados, u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; apartheid; y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Entre nosotros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en "Arancibia Clavel" (Fallos 327:3312) que "el agravio relativo a la imprescriptibilidad... corresponde que sea tratado por la Corte toda vez que la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano" y agregó que "en materia de crímenes contra la humanidad, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción de la acción penal constituye una violación del deber a cargo del Estado argentino de asegurar la vigencia de los derechos humanos en todas las estructuras del aparato gubernamental, lo que incluye prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, el principio de imprescriptibilidad no puede verse supeditado ni, por ende, enervado, por el principio de legalidad –art. 18, Constitución Nacional–, pues los tratados internacionales sobre Derechos Humanos deben interpretare conforme al derecho internacional, en tanto éste es su ordenamiento jurídico, debiendo tenerse en cuenta que de nada serviría la referencia a los tratados hecha en la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional".

Para avalar su posición, el máximo Tribunal agregó que "si el fundamento de la prescripción es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico anecdótico" escapando de "la vivencia de sus protagonistas y afectados", la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que "no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe".

Posteriormente, en el precedente "Simón" (Fallos 328:2056, 14.06.2005), la Corte sostuvo que "la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos con el rango establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ya no autoriza al Estado a tomar decisiones...cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza", aclarando que "la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho" y "los principios que

en el ámbito nacional se utilizan para justificar el instituto de la prescripción, no resultan aplicables a los delitos de lesa humanidad, pues la imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera como una cláusula de seguridad tendiente a evitar que los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo".

En este contexto, cabe agregar que la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad, exceptuando a ciertos delitos del instituto de la prescripción, evidentemente perjudica a los imputados de hechos que encuadren en esa tipología, por cuanto impide que el tiempo extinga la acción penal. De esta manera, se plantea el problema de la aplicación de esta normativa excepcional a hechos ocurridos con anterioridad a su adopción expresa por el derecho interno.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ya ha sentado su posición al respecto, considerando igualmente aplicable los efectos de la Convención a hechos ocurridos con anterioridad, argumentando que ello "no lesiona el principio *nulla poena sine lege*, pues tales delitos usualmente son practicados por agencias estatales operando fuera del control del derecho penal, por lo que no es razonable la pretensión de legitimar el poder genocida en virtud del paso del tiempo, máxime si se considera que aún antes de que comenzara a regir dicho tratado existía una costumbre internacional respecto de su imprescriptibilidad". Así, entre el principio de no retroactividad que favorecería al autor de un delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los tratados internacionales sobre imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas del *ius cogens*, siendo el conflicto entre ambos preceptos sólo aparente, pues las normas de *ius cogens* que castigan los citados delitos han estado vigentes desde tiempo inmemorial.

El Tribunal agregó que "de esta manera no se fuerza la prohibición de irrectroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos", porque "la Convención ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional".

En base a ello, señaló que cabe apartarse del principio según el cual la ley penal "ex post facto" no rige cuando empeora las condiciones de los acusados –en el caso, normas de rango constitucional sobre

imprescriptibilidad de ciertos delitos–, si se está ante crímenes contra la humanidad, ya que se trata de supuestos que no han dejados de ser vivenciados por la sociedad entera, dada la magnitud y la significación que los atañe, por lo que no sólo permanecen vigentes para ésta, sino también para la comunidad internacional" (Cfr. Arancibia Clavel, Fallos 327:3312).

De esta manera, queda claro que para la última instancia judicial nacional las reglas del derecho interno sobre prescripción quedan desplazadas por el derecho internacional cosuetudinario y por la convención aludida.

Así, para la Corte, esta aplicación retroactiva perjudicial al imputado "ha sumado al deber de punición que corresponde a los tribunales, la presencia de una norma positiva de derecho internacional que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto de los delitos de lesa humanidad". Acorde a esta afirmación es el efecto que el mismo tribunal le otorga sobre la reglamentación procesal que establece el régimen de las excepciones relacionadas a la acción penal, al decir que en los procesos por esta clase de delitos "los imputados no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias... pues los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos no admiten que la obligación de los Estados de enjuiciar a los imputados cese por el transcurso del tiempo, amnistía, o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche".

El criterio del tribunal también analiza el cambio de régimen de la prescripción en el principio de culpabilidad, al que considera no vulnerado porque "no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan" ya que "aquellas personas a las cuales se les atribuye la comisión de un delito no poseen un derecho a liberarse de la persecución penal por el transcurso del tiempo, porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que pueda contar, al momento del hecho, el autor de un delito" toda vez que "en el caso de crímenes contra la humanidad, el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, el cual ésta misma ha declarado inextinguible" (Cfr. Arancibia Clavel, Fallos 327:3312).

5. Juzgamiento de los delitos referidos con posterioridad a la sanción de nulidad de las Leyes 23.492 y 23.521

5.1 Dificultad probatoria

Tal como se adelantó en algunas de las consideraciones previas, los hechos cometidos durante la vigencia de la dictadura militar deben ser analizados e investigados a la luz del derecho de gentes, como crímenes de lesa humanidad. Esto implica reconocer que la magnitud y la extrema gravedad de los mismos, son lesivos de normas jurídicas que reflejan los valores más fundamentales que la humanidad reconoce como inherentes a todos sus integrantes en tanto personas humanas.

Asimismo, tal circunstancia determina que la interpretación judicial a fin de formar la convicción sobre los hechos y la participación de los responsables, debe incorporar todas aquellas reglas que la comunidad internacional ha elaborado a su respecto.

En este sentido, se ha dicho que "la naturaleza de lesa humanidad produce un efecto sustancial en el proceso de conocimiento de los hechos, por lo que no puede comprenderse el delito que se trate de manera aislada o fragmentada –individualmente–, sin tener presente su consideración como fenómeno colectivo inserto en un plan o sistema".

"En este esquema, la verdad de los hechos individuales no debe buscarse de manera fragmentada, sino que debe alcanzarse en función de la totalidad del sistema, en lo que sea pertinente." (Cfr. Juzgado Federal n. 3 de La Plata, "Etchecolatz, Miguel O", 03.05.2006, LLBA 2006, 938)

Por todo ello es que tiene vital importancia todo lo expuesto en relación a las distintas circunstancias que rigieron el sistema de desapariciones y exterminio implementado en nuestro país y que tuvieron, como consecuencia directa y necesaria, su incidencia en materia probatoria en el desarrollo de cada uno de los procesos judiciales llevados adelante.

En este sentido, corresponde advertir que estos tipos de procesos se caracterizan principalmente por la escasez de prueba directa. Está claro que ello no es obra de la casualidad sino que se relaciona directamente con la lógica del plan sistemático de desapariciones ideado en ese entonces.

La jurisprudencia tiene dicho al respecto que "es un hecho notorio el que las personas que perpetraron los crímenes investigados diseñaron y ejecutaron un sistema de ocultamiento de pruebas, de encubrimiento

de los hechos. En primer lugar, todos los delitos fueron realizados en la clandestinidad: los secuestradores y torturadores ocultaban su identidad, ya sea realizando operativos en horas de la noche, ya sea incomunicando totalmente a las víctimas, dejándolos con los ojos vendados y negando su existencia a cualquiera que reclamase la existencia del secuestrado, negando la existencia de los lugares de alojamiento. El secreto y la clandestinidad fueron elementos claves para oscurecer la verdad de los hechos".

"A este eslabón se suma el proceso de desaparición de cadáveres: en algunos casos se trasladaba a los detenidos lejos del centro clandestino, se los fusilaba, atados y amordazados, luego se procedía a su entierro en cementerios como NN –tal el caso de la víctima en estos autos– o directamente se realizaba la cremación de los cadáveres; en otros casos se inyectaba a los detenidos un somnífero, luego se los cargaba en camiones para transportarlos a un avión, desde donde se arrojaban los cuerpos vivos al mar o al Río de la Plata" (Cfr. Juzgado Federal n. 3 de La Plata, "Etchecolatz, Miguel O", 03.05.2006, cit.).

También se ha dicho que "es un hecho notorio –tanto como la existencia del terrorismo– que en el período que comprenden los hechos imputados desaparecían personas; existían lugares clandestinos de detención dependientes de las Fuerzas Armadas; personal uniformado efectuaba permanentes "procedimientos" de detención, allanamientos, y requisas, sin que luego se tuviera noticia acerca de la suerte corrida por los afectados" (Cam. Nac. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Causa 13/84, 09.12.1985).

También cabe agregar que constituye otra verdad inquebrantable que el paso del tiempo atenta claramente contra cualquier investigación de todo hecho delictivo, y ello, se patentiza aún más en procesos como los que nos ocupan.

Es por ello que en todo el contexto expuesto, surge de manera evidente que las investigaciones judiciales sobre estos hechos delictivos encuentran límites y dificultades innegables. Así, las declaraciones testimoniales y los indicios reunidos adquieren todavía mucho mayor valor probatorio que en un proceso penal con características usuales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velásquez Rodríguez", sentó un criterio de gran importancia para la valoración de los hechos en procesos de contextos similares al que aquí se investiga, afirmando que "...la práctica de los tribunales internacionales e internos

demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos... la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas" (Cfr. CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29.07.1988, párrs. 130 y 131).

Para así resolver, tuvo en consideración la posición de la Comisión, basada en el argumento de que una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que esta última tenga con la práctica general (Cfr. CIDH, "Velásquez Rodríguez", cit., párr. 124).

Es por ello que las presunciones debidamente probadas dentro del esquema del debido proceso que manda nuestra Constitución Nacional (art. 18), tienen un rol fundamental en la valoración de estos hechos.

5.2 Autoría mediata. Aparatos organizados de poder

Esta teoría, que hiciéramos referencia al reseñar el juicio del año 1985 a la Junta Militar, es también aplicada mayoritariamente en la actualidad por los Tribunales de Argentina para fundar la responsabilidad de los miembros superiores de las fuerzas armadas, que en el transcurso de la dictadura militar, tuvieron poder de mando sobre otros inferiores que cometieron los delitos en forma directa y personal.

La misma recepta un fenómeno constituido por los diversos crímenes que se han cometido a través de regímenes organizados en un aparato que funciona independientemente de la composición de sus miembros, esto es, sin estar referida a la persona individual de los conductores, que funciona automáticamente (Cfr. Roxin Claus, "Voluntad de dominio de

la acción mediante aparatos de poder organizados", Doctrina Penal, Año 8, n. 31, Depalma, p. 402).

La jurisprudencia reciente ha destacado que para que exista autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder es necesaria la configuración de los siguientes elementos: a) la existencia de un aparato organizado de poder; b) que dicho aparato organizado se desarrolle desde el Estado y en el marco de la no vigencia del Estado de Derecho; c) la fungibilidad de sus ejecutores directos, en virtud de la maquinaria de la estructura de poder, de manera tal que las órdenes impartidas se cumplan con independencia de la persona del ejecutor, el que será siempre sustituible; d) que tanto el autor mediato como el ejecutor directo serán responsables por los ilícitos cometidos, lo que no implica negar la existencia de eventuales partícipes (Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, "Vargas Aignasse Guillermo s/ secuestro y desaparición", 15.12.2004)

En este sentido, calificada doctrina ha opinado que "en estas estructuras de poder organizadas, el dominio de la voluntad consiste, básicamente, en que el autor mediato tiene a su disposición una organización que funciona automáticamente, en el sentido que sus órdenes serán siempre ejecutadas. Su fundamento no estriba en una toma de posición anímica especial del que dá las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa".

"Así, el 'hombre de detrás' controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente." Precisamente, "...el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside pues en la fungibilidad del ejecutor..." (Cfr. Roxin Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270-271).

"Esta característica fungible del ejecutor implica que la negativa del mismo es indiferente al plan implementado a través de la organización, no impidiendo por ello que éste efectivamente se realice. Si no cumple la orden, de acuerdo con el propio orden del aparato de poder, inmediatamente otro le suplirá, no resultando afectada la ejecución del plan por esta circunstancia. Los ejecutores son pues sustituibles. Ahora bien, nada falta en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato, que es punible como culpable por mano propia, es decir, le corresponde

la calificación de autor inmediato o directo. Téngase presente que tanto a nivel interno como internacional no se admite la obediencia debida a órdenes superiores como causa de justificación en los casos de delitos de lesa humanidad."

Pero estas circunstancias "...son irrelevantes en cuanto al dominio del inspirador, porque según sus expectativas respecto del actuante, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiable...el ejecutor es...una ruedita cambiable en la máquina de poder, y esta doble perspectiva coloca al inspirador junto a él en el centro de los acontecimientos..." (cfr. Roxin. *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados* cit., p. 403).

A su vez, con relación a las cuestiones de proximidad con el delito, Roxin agrega que "...mientras que normalmente un partícipe cae más y más al margen de los acontecimientos, hasta quedar excluido de la autoría cuanto más lejos esté de la víctima y los hechos inmediatos, sucede en estos casos exactamente los contrario, puesto que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo..." (cfr. autor cit., *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, cit. p. 405).

Es precisamente este elemento objetivo del dominio, lo que sustenta la autoría mediata en estos casos. El dominio sobre la organización puede recaer sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el que se pueda impartir órdenes al personal subordinado.

Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al afirmar que "...los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Ello así, toda vez que, otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aún cuando alguno de los ejecutores

eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro que la efectuará" (Fallos 309:1689)

Consecuentemente, descriptas entonces las características principales de funcionamiento de los aparatos organizados de poder y su influencia directa sobre la autoría mediata, sólo resta agregar que la existencia de tal aparato y su finalidad en la época en que se desarrollaron los hechos que nos ocupan constituyen, hoy por hoy, una verdad incuestionable ya debidamente probada por jurisprudencia firme en Argentina (Ver en este sentido Cam. Nac. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Causa 13/84, 09.12.1985; Cám. Criminal y Correccional de la Capital Federal, Causa 44/86, 02.12.1986).

Así, en base a ella, se puede tener por demostrada la cuidadosa planificación del golpe militar ejecutado el 24.03.1976 y la existencia a partir de esa fecha y hasta 1983, de una organización represiva que utilizó el aparato estatal a efectos de ejecutar un plan criminal cuyo principal objetivo fue la aniquilación de ciudadanos calificados como opositores, agitadores o subversivos mediante un procedimiento que asegurara la identificación del individuo opositor, su captura clandestina, la incertidumbre sobre su destino y la impunidad de sus captores y responsables.

En la ejecución de tales objetivos, las Fuerzas Armadas dispusieron el alojamiento de los detenidos en unidades penitenciarias, policiales y centros clandestinos de detención a disposición de autoridades materiales; anulación de sus derechos y garantías constitucionales; violación de todos principios humanitarios –vigentes incluso para casos de guerra– en tanto se sometía a los detenidos a toda suerte de vejámenes, torturas y otras violaciones a sus derechos; centralización de la conducción de todo el proceso represivo a cargo de la Junta Militar; instalación en la población civil de una política basada en el terror con fines intimidatorios, a fin de conseguir la neutralización de eventuales opositores, desarticulando así los resortes democráticos de convivencia.

5.3 Autoría directa

Distinta es la situación de quienes tuvieron participación en forma directa y personal en los distintos ilícitos cometidos durante el período dictatorial, ya que éstos, frente a la sanción de nulidad de la ley de "obediencia debida", son juzgados como autores directos de esos actos

conforme los principios generales que rigen la autoría dentro de nuestro sistema penal.

Sin embargo, cabe advertir que en muchos de los hechos que actualmente son investigados, las condiciones ya apuntadas acerca de las dificultades probatorias, se acentúan aún más en relación a la acreditación de la responsabilidad de los autores materiales, por las circunstancias propias en las que se desarrollaron estos hechos ilícitos (ámbitos clandestinos, sin testigos presenciales o bien, frente a testigos que también fueron víctimas y que hasta el día de la fecha permanecen aún desaparecidos).

Distinta es la situación de quienes ocuparon cargos jerárquicos dentro de la estructura piramidal de las fuerzas de seguridad, ya que sus funciones eran de público y notorio conocimiento y ello permite, en base a los principios referidos acerca de la autoría mediata, su asignación de responsabilidad culpable.

No obstante lo apuntado y aún frente a estas dificultades, debe destacarse especialmente que igualmente se ha logrado probar, en supuestos ya juzgados, la participación directa y material de algunos responsables en los ilícitos perpetrados.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El desafío actual que tenemos como sociedad toda y, más aún, los que, de una manera u otra, nos encontramos vinculados al ámbito jurídico, está centrado en llevar adelante estos procesos con el más absoluto apego a la legalidad y al respeto por los principios de justicia y equidad, sin dejarnos influir por intereses políticos como así tampoco por sentimientos de venganza u odio, que si bien son absolutamente entendibles en las víctimas y sus allegados, no pueden ser el norte que guíe el desarrollo de un proceso judicial.

BIBLIOGRAFÍA

BADENI, Gregorio. El caso simón y la supremacía constitucional. *L.L., Supl. Penal*, 29.07.2005.

BAIGÚN, David. *Leyes de punto final y obediencia debida: leyes de impunidad, gemelas de la ley de autoamnistía*. NDP, 2000 B.

DENCKER, Friedrich. *Crímenes de lesa Humanidad y derecho penal internacional – Observaciones críticas*. Estudios sobre Justicia Penal, Libro en Homenaje al Profesor Julio Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

DONNA, Edgardo Alberto; MAIZA, María Cecilia. *Código Procesal Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado.* Buenos Aires: Astrea, 1994.

FILIPPINI, Leonardo. *El prestigio de los derechos humanos.* Respuesta a Daniel Pastor, NDP 2005/B.

HAIRABEDIAN Maximiliano y ZURUETA Federico. *La prescripción en el proceso penal!*, Ed. Mediterránea – Marcos Lerner, 2006.

LUCCA, Ianina. *¿El derecho internacional desplazó al principio de legalidad? – Mayoría internacionalista versus minoría garantista.* Eldial.com, suplemento de Derecho Penal, Buenos Aires: Albrematica, 2005.

PASTOR, Daniel. *El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Estudios sobre la Justicia Penal*, Libro homenaje al Prof. Julio B. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

QUINTANA, Linares. *Tratado de Interpretación constitucional.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. 2. vol.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio. *Código Penal de la Nación anotado.* Ed. Lexis Nexis, 2005.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados. *Doctrina Penal* 31, año 8, Depalma.

_____. *Derecho procesal penal.* Trad. Daniel Pastor y Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

VERA BARROS, Oscar. *Naturaleza jurídica de la Prescripción penal.* Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1958.

ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR. *Derecho penal parte general.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIFFER, Patricia. *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, Estudios sobre la Justicia Penal.* Libro Homenaje al Profesor Julio Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

ZURUETA Federico. Efectos de la prescripción. Córdoba: Actualidad Jurídica, 2006.

Normativa consultada

Acta Fijando el Propósito y los objetivos básicos para el Proceso de Reorganización Nacional – *Boletín Oficial* 29.03.1976.

Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, 24.03.1976, *Boletín Oficial* 29.03.1976.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina", 11.04.1980.

Decreto 261/1975, febrero de 1975.

Decreto 2.770, 06.10.1975.

Decreto 2.771, 06.10.1975.

Decreto 2.772, 06.10.1975.
Decretos 1.002/1989 y 2.746/1990 (indultos).
Decretos 807 (abril de 1975), 642 (febrero de 1976) y 1.078 (marzo de 1976).
Directiva 1/1975 del Consejo de Defensa, 15.10.1975.
Directiva del Comandante General del Ejército n. 333, enero de 1975.
Directiva del Comandante General del Ejército n. 404/1975, 28.10.1975.
Estatuto de Roma.
Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (08.08.1945).
Ley 20.642.
Ley 20.840.
Ley 23.492.
Ley 23.521.
Orden de personal del Ejército Argentino n. 591/1975, 28.02.1975.
Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (13.02.1946 y 11.12.1946).
Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio.

Jurisprudencia citada

Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, "Vargas Aignasse Guillermo s/ secuestro y desaparición", 15.12.2004.
Cámara Nac. de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Causa 13/84, 09.12.1985.
Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Causa 44/86, 02.12.1986.
CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29.07.1988.
CSJN "Mazzeo Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", 13.07.2007.
CSJN "Vargas Aignasse, Guillermo", 03.05.2007.
CSJN, "Arancibia Clavel", Fallos 327:3312.
CSJN, "Corradino", Fallos 292:103,06.11.1987.
CSJN, "Simón Julio Héctor y otros", Fallos 328:2056, 14.06.2005.
Juzgado Federal n. 3 de La Plata, "Etchecolatz, Miguel O.", 03.05.2006.

2
Tolerancia cero: una genealogía de la criminología de la intolerancia

GABRIEL-IGNACIO ANITUA

Doctor en derecho (Universidad de Barcelona). Profesor regular del departamento de derecho penal y criminología (Universidad de Buenos Aires).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal; Internacional

RESUMEN: Como toda práctica se basa en algún tipo de discurso, mi preocupación aquí es hacer una genealogía del pensamiento criminológico que ampara la represión penal de nuestros días. Partiendo de las desencantadas versiones de la criminología del "Estado de bienestar" se llega dos estrategias, denominadas, respectivamente, "criminología del otro" y "criminología de la vida cotidiana", que convergen en las prácticas denominadas "Tolerancia cero" y que también se analizan en esta conferencia.

PALABRAS-CLAVE: Represión penal – Intolerancia – Uso masivo de la prisión – Técnicas de control – Discriminación racial.

ABSTRACT: As all practices are based on some type of discourse, my concern here is to try to create a genealogy of the criminologist thinking that supports the current criminal repression. Frustrated versions of the "well-being" criminology led to the creation of two strategies, respectively called "criminology of the other" and "criminology of daily life" that converge in practices known as "zero tolerance" and that will also be looked at during this conference.

KEYWORDS: Criminal repression – Intolerance – Mass use of prison – Control techniques – Racial discrimination.

Con el nombre de "Tolerancia cero" se suelen englobar diferentes tácticas vinculadas a la represión penal o securitaria, que emergen en los últimos años y, en gran medida, con un marcado sesgo reaccionario, contrario tanto al espíritu de las propuestas críticas o alternativas como al de las políticas penales propias del período de la segunda posguerra mundial y enmarcadas dentro de los diversos proyectos de "Estado de bienestar".

De acuerdo al esquema presentado por David Garland,[1] son dos las lógicas que, desde postulados criminológicos diferentes, convergen en el diseño de las "sociedades de control" de la modernidad tardía o post *welfare*. Creo que esa convergencia se produce sin crear contradicciones porque ambas lógicas se centran en aspectos diferentes del "complejo del delito" o cuestión criminal. Así, la llamada, por Garland, "criminología del otro", tiene efectos en la materia del *castigo*, y ello repercute en materia normativa con el llamado populismo punitivo, que aumenta penas, con recursos emotivos y apelando a la venganza y a la inocuización de los tradicionales "enemigos".[2] Por otro lado, la llamada, también por Garland, "criminología de la vida cotidiana", tiene efectos más importantes en la materia de la prevención o, más comúnmente, *seguridad*. En ambas la premisa definitoria es la del miedo al delito, pero a diferencia de la otra corriente, en la última aparecen razonamientos

1. Especialmente en GARLAND, David. La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.
2. En el ámbito anglosajón, Garland hace un crítico análisis de la repercusión de ello sobre las prácticas punitivas estadounidenses, en la obra citada y en GARLAND, David, The Commonplace and the Catastropich: Interpretations of Crime in Late Modernity. *Review Theoretical Criminology* 3, 1999. Sobre estas nuevas estrategias se ha escrito muchísimo dentro de la tradicional doctrina penalística: JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005; GRACIA MARTÍN, Luis. *Crítica al derecho penal del enemigo*. Quito: Editorial Universitaria, 2008; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El derecho penal y procesal del enemigo: las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, en VV. AA. *Dogmática y ley penal*: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid, 2004, vol. 1, p. 693-720, MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*, en VV. AA. Serta: in memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, 2004, p. 1027-1054, FARALDO CABANA, Patricia. Un derecho penal para enemigos para los integrantes de sociedades criminales, en Faraldo (dir.) y Brandariz/Puente (coords.) *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Sobre los orígenes del derecho penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau, en *Cuadernos de Política Criminal* 75, Madrid, 2001; y los numerosos artículos en CANCIO MELIÁ, Manuel y Gómez-Jara Díez (eds.), *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión, 2 vol., Montevideo y Madrid: BdF y Edisofer, 2006. La reflexión que encuentra continuidades entre esta emergencia y las que son connaturales del poder punitivo en ZAFFARONI, Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

y prácticas menos irracionales, pero igualmente conservadoras ya que se basan en la prevención situacional, en las técnicas de las compañías privadas y, en definitiva, en una antropología que no trata a los "delincuentes" como monstruos pero sí como sujetos que eligen libremente aprovecharse de los demás.[3]

Ambas estrategias responden igualmente a dicho nombre de "Tolerancia cero", y de esta forma se han promocionado desde su lugar de origen en los Estados Unidos a otros ámbitos del planeta. También esa denominación ha servido, como se hará en esta ponencia, para criticar muchas propuestas político-criminales que puedan responder a ese sesgo reaccionario, punitivo y restrictivo de libertades.

Intentaré ir con cierto orden desde las desencantadas versiones de la criminología del "Estado de bienestar" hacia estas dos estrategias que emergieron tras ella, pasando por las políticas económicas y criminales implementadas entonces y que, en gran medida, explican tanto los temores sociales como las respuestas punitivas y segregadoras.

No daré cuenta aquí de lo que se ha denominado, en el ámbito anglosajón, "penalidad del bienestar".[4] Lo cierto es que tras varias décadas de investigación criminológica e inversión social en prisiones y también sobre barrios carenciados sobre todo en los Estados Unidos, pero también en los países europeos que impusieron Estados del bienestar algunos criminólogos empezaron a realizar balances desalentadores. El delito no sólo no se había erradicado sino que incluso, decían, aumentaba. La publicación que es paradigmática de este desencanto es el artículo de Robert Martinson, "¿Qué es lo que funciona? Preguntas y respuestas sobre reforma penitenciaria".[5] Se basaba en un informe anterior, en el que se analizaban los proyectos de rehabilitación, medida como evitación de reincidencia, publicados

3. Entre los representantes de esta corriente: WILSON, James Q. y KELLING, George L. The Police and Neighborhood Safety. *Review Atlantic Monthly*, marzo 1982; NELSON, Marcus. *Crime and Everyday Life*. Thousand Oaks: Pine Forges Press, 1994 y CLARKE, Ron V. Situational crime prevention en Tonry, M. y Farrington, D. P. (eds.), Building a safer society, *Review Crime and Justice* 19, Chicago: University Chicago Press, 1995.
4. GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. citada.
5. MARTINSON, Robert L. What Works? Questions and answers about prison reform. *Revista The Public Interest* 35, New Jersey, 1974.

entre 1945 y 1967. Ninguno de esos experimentos había tenido éxito para evitar la reincidencia, lo que avalaba las conclusiones más pesimistas. Allí se indicaba que "nada funciona" para lograr el objetivo de erradicar el delito de la sociedad. Se hacía especial referencia a todas las aplicaciones prácticas de la ideología del tratamiento. Martinson fue un pensador progresista formado en Berkeley, vinculado a los reclamos por derechos civiles de las minorías de color, y encarcelado él mismo en los años sesenta. Por ello intentó rápidamente evitar las peligrosas conclusiones que se sacaron de la frase entrecomillada, pero moriría en 1980 –se arrojó por una ventana de su noveno piso en Nueva York– apenado de haberse hecho famoso con el "nada funciona" que utilizarían como *slogan* los reaccionarios.

Ese "nada funciona" podía ser sostenido pues, como demostró Garland años después,[6] el éxito de la penalidad del Estado de bienestar no se traducía en la evitación de la reincidencia, o en la resocialización de los penados, o en una reducción del número de delitos, sino en la aceptación social de una forma distinta a la política de tratar determinados conflictos técnicamente y en forma oculta a la discusión pública. Sin embargo, el creer en finalidades ulteriores podía ser fácilmente contrastado con su fracaso permanente.

Frente a esa sensación de desencanto, muchos criminólogos pasaron en los años setenta a asumir la caída de la época del tratamiento y su reemplazo por una línea penal de "mano dura", que por otro lado se había mantenido casi desde la época de la Inquisición y simplemente actuaba en otro lado o con sordina. El derecho penal parecía ser más útil en este esquema que el ideal de cuño positivista o sociológico, consustanciado con el Estado de bienestar. No faltaron los pensadores o ideólogos que justificarían el abandono de este ideal. Para todos ellos resultaría más conveniente –por razones de justicia pero también por razones de economía– volver a un tratamiento clásico del delito, y abandonar de una vez las políticas inspiradas por el paradigma etiológico tanto en su vertiente positivista, que primaba en las prisiones, como en su vertiente sociológica, que era de uso en las políticas sociales.

Pero la forma en que se implementaría esta reforma penal en la práctica iría mucho más lejos de lo que podían sostener y hasta desear estos autores. Para cuando los esquemas de pensamiento criminológico

6. En la obra ya citada.

neoconservadores y neoliberales se estaban formulando, el gobierno de los Estados Unidos, y luego los del resto del mundo, se lanzarían a una nueva campaña de represión, que adoptaría el inapelable título de "guerra a las drogas", y de esta forma crearía un problema que evitaba reflexionar sobre la complejidad social.

Pasados ya más de treinta años de esta forma de encontrar nuevos peligros, y con ellos nuevas necesidades de soluciones, representadas por burocracias especializadas, ya no cabe duda que ello fue, además de la justificación de nuevas intromisiones imperialistas una vez que el "mito" de la guerra total y permanente frente al comunismo resultaba insostenible –particularmente en América Latina–, la forma de seleccionar a determinados sujetos –negros, pobres, jóvenes– sin necesidad de que cometieran conductas tradicionalmente calificadas como delitos.[7] Esta selección no sería casual, y respondería no sólo a la exclusión practicada por las nuevas modalidades económicas, sino también a las viejas y acendradas prácticas racistas de la sociedad estadounidense.

Como en los igualmente difíciles años 20, la forma de campaña y la ilegalidad declarada a una forma de ser crearían una diferencia muy definida entre los incluidos y los "otros": a los que a su vez se dividiría entre los malos "malísimos" –traficantes etc.– y los meramente peligrosos –los consumidores.

El efecto inmediato de la creación de estos nuevos "criminalizables" sería el del aumento del número, capacidad y empleados de las prisiones, paradigma del nuevo "vuelco punitivo". En los Estados Unidos, en 1975, la población reclusa era de 380.000 personas, diez años más tarde el número de presos había llegado a 740.000, para superar el millón y medio en 1995 y rozar los dos millones a fines de 1998, lo que supone un índice de encarcelamientos de 650 cada 100.000 habitantes. Respecto al índice de personas en prisión, cabe decir que era de 139 cada cien mil habitantes antes de 1979, cuando ya era de 230; de 426 en 1989; llegando a ser de

7. De las 395.000 personas detenidas en Nueva York desde 1980 por fumar en público o tener en su poder marihuana, cerca de 336.000 (85%) eran afro americanos o hispanos, ver The race/ethnicity disparity in misdemeanor marijuana arrests in New York city, en *Review Criminology & Public Policy* 6 (1), 131-164, Blackwell Synergy (Disponible en internet: <http://www.blackwell-synergy.com>)

esos 650 cada cien mil en el año 1998,[8] sin que esto guardara relación alguna con los índices de robos, violaciones y asesinatos –que se mantuvieron estables hasta 1998 y a partir de entonces descendieron– sino con la mayor represión efectuada por agencias nuevas como la DEA.

Lo señalado más arriba sobre la "guerra contra las drogas" se advierte en las proporciones raciales de los encarcelados en las prisiones estadounidenses, que no se corresponde con las proporciones raciales de la sociedad en general. El 63 por ciento de los encarcelados pertenece a las minorías negras e hispanas, que no llegan al 25 por ciento de la población total. El incremento de encarcelamientos por tenencia o tráfico de sustancias ilegales afectó especialmente a la comunidad negra, ya que el 62.7% de los encarcelados por delitos de drogas pertenecen a dicha minoría, llegando a sumar entre el 80 y el 90% en siete Estados. De acuerdo a los niveles actuales de encarcelamiento, un varón negro estadounidense recién nacido tiene una posibilidad entre cuatro de estar en prisión en algún momento de su vida. Ello se relaciona con la reacción de los sectores conservadores blancos a las luchas sociales en general, y a las de los negros en particular, que habían logrado ciertos éxitos en el reconocimiento de derechos humanos en la década del 70.

Y es que estos cambios criminológicos, y concretamente penitenciarios, corrían en paralelo con los cambios socio-económicos avalados por una ideología neoconservadora –se dice a sí misma, a veces, neoliberal, pero es profundamente conservadora–, encarnada en el ámbito anglosajón por la llegada al poder y por las políticas implementadas por Margaret Thatcher y Ronald Reagan. Esta ideología conservadora, de matriz nacionalista y religiosa, ya estaba presente en la vida estadounidense desde las persecuciones macartistas y luego en el gobierno de Richard Nixon. Pero se instalaría en los gobiernos a principios de la década de 1980 y permanecería hasta nuestros días, importándose hacia otras áreas del mundo. La fuerza de estos neoconservadores estaba basada en la crisis del Estado de bienestar y en las dificultades de los políticos de estos Estados para resolver los problemas sociales en un contexto de estancamiento económico, problemas aumentados por el corporativismo sindical y la burocracia estatal –lo que también se reflejaba en inflación–. Esa crisis del Estado benefactor fue ampliada luego por los gobiernos conservadores, empeñados en desmantelarlo. Ello se verificó

8. Los datos en Christie, Nils, *Crime control as industry. Towards Gulags, Western Style*, 3. ed. Londres: Routledge, 2000.

en el recorte del "gasto" en vivienda, educación y demás cumplimientos de derechos sociales, volcándose esos dineros a reforzar el peso estatal en cuestiones queridas tradicionalmente por la derecha, como los gastos militares, policiales y penitenciarios –bajo la consigna de "ley y orden" o "seguridad ciudadana"–. Por ello es que debe señalarse la necesaria complementación entre políticas económicas y punitivas.

La reaparición de los "vagabundos", de los pobres "sin techo" o *homeless*, en Europa y Estados Unidos –y el mantenimiento y agudización de esas diferencias en América Latina– formaría parte del gran crecimiento de las desigualdades sociales y económicas. Y, para peor, junto a las reformas sociales positivas del siglo XX también querría acabarse con la laicización y humanización de valores reclamada en los siglos XVIII y XIX. Todo ello necesitó de mayor inversión en materia punitiva. Como denunciaría Jock Young,[9] era necesario crear *gulags* para mantener sociedades en las que "el ganador se queda con todo". Esto se profundizaría al comenzar el tercer mileno, con el ascenso al poder de fanáticos religiosos y empresarios inescrupulosos, que convirtieron en íconos a las figuras de Reagan y Thatcher. "No al gasto estatal" sería la divisa conservadora, mientras se aumentaba el dispendio en un mercado ya no regulado y a merced de los productores de armamento y seguridad.

Incluso algunos autores, asesores políticos o criminólogos, llegaron a reprochar al Estado benefactor haber tenido un efecto disolvente sobre la estructura familiar, y que por ello ese gasto no sólo no evitaba delitos sino que aumentaba sus posibilidades de existencia. Entre ellos se encontraba el reaccionario John di Iulio Jr., para quien el Estado benefactor frustra la formación de la familia, de la "verdadera familia" a la cual considera el pilar de la sociedad. Según este autor, las políticas asistenciales a las madres solteras fomentan el nacimiento de hijos extramatrimoniales, que carecerán del cuidado necesario propio de una "familia decente". Estas son sus palabras: "Gracias a la disolución de la familia, nadie les ha impartido a estos individuos las normas de una vida civilizada, ni siquiera las básicas, de respeto a sus pares y a las autoridades, de superación personal, de trabajo duro y otros valores de clase media". De esta disolución del pilar fundamental de la sociedad este autor extraía la consecuencia de que la próxima generación de delincuentes juveniles será especialmente violenta, predatoria y perversa. Y la solución que propuso para estos jóvenes delincuentes, mayoritariamente negros, fue

9. YOUNG, Jock. *La sociedad excluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

el internamiento en "instituciones residenciales, privadas, basadas en una iglesia, a cargo de hombres y mujeres negros integrantes de la gran población negra urbana que paga impuestos, trabaja duro, profesa su culto con fe y cría buenos niños. Pienso en ellos como un 'kibutz negro urbano'", decía este autor[10] quien también escribiría un terrible libro defendiendo la incapacitación de amplios sectores.[11]

La caída del Estado benefactor, propiciado por estos autores, produjo un aumento importante del rol de las empresas en general. Estas empresas ofrecerían nuevos miedos y nuevas formas de aplacarlos a esas ya de por sí atemorizadas franjas de población incluidas por el momento.

La seguridad sería ahora un bien que puesto en el mercado. Aun cuando el Estado seguiría cargando con el "trabajo sucio", ciertas empresas aplicarían el mismo esquema de las privatizaciones para ofrecer nuevos servicios a quienes pudieran pagarlo.

Para los pobres ése sería un bien excesivamente caro. Pero para los aún más pobres ya no sería un bien, sino que la necesaria publicidad de la nueva necesidad de contar con alarmas, guardias de seguridad, seguros y elementos de defensa personal, sería la herramienta para nuevas discriminaciones y represiones.

Para remarcar la importancia de la privatización de la seguridad y del control, se hace también necesario señalar que la privatización de las funciones del Estado de bienestar llegaría también al manejo de las prisiones. De esta forma, el "negocio" sería redondo, y tan importante que comenzaría a hablarse del "complejo industrial penitenciario".

Durante los últimos veinte años –ahora mismo parece estar en decadencia este "negocio"– algunas compañías se dedicaron a "vender" el producto cárcel a los distintos gobiernos. Tan arraigada estaba la idea de la empresa privada que compañías de cárceles privadas llegarían incluso a cotizar en la Bolsa de valores estadounidense. La de la privatización no sería, empero, una política general sino que se daría sobre todo en los Estados de Texas, Florida y California.

10. En Soluciones al crimen. 18 cosas que podemos hacer para luchar contra él. *Revista Delito y Sociedad* 15-16, año 10, Buenos Aires/Santa Fé, 2001.

11. Di Iulio, John. No escape: the future of American corrections. New York: Basic Books, 1991.

El primer sistema de prisiones privadas se desarrolló en forma experimental a principios de los ochenta y con dos centros en Houston y en Laredo, ambos en Texas. No se sabe si el éxito del programa piloto podía medirse en dinero o en simbolismo. Pero lo cierto es que esos proyectos prohijados por la administración republicana de Reagan y sus intelectuales orgánicos tuvieron como consecuencia inmediata la creación de una empresa llamada Corrections Corporation of America. Las relaciones de esa empresa con los funcionarios de prisiones y el poder político se estrecharían y confundirían cada vez más, en otro círculo que se retroalimentaba con políticas punitivas, mayores ingresos para la "industria" de las prisiones, crecimiento de sindicados y salarios, contribuciones con dinero y votos para las campañas, y vuelta a empezar. Las ganancias de las compañías privadas serían, finalmente, a costa del Estado.

La segunda compañía de prisiones privadas en importancia, la Wackenhut Corrections, era la continuación de la empresa de seguridad privada fundada por un ex agente del FBI, George Wackenhut, en la época de la guerra fría. La "privatización" vinculada políticamente al Estado y sus necesidades de orden no se limitan al encierro. De hecho, la privatización de las cárceles rendiría unos beneficios mínimos en comparación con la de los servicios de seguridad. Si estas empresas empleaban en Estados Unidos a 290.000 personas en 1969, para el 2000 serán 1.800.000 "guardias" los que trabajaban para las mismas firmas.

Estos "guardias" responderán a aquel que les pudiera pagar. Aunque otra vez se observaban interesantes trasvases entre lo político y lo público. No sólo entre los miembros de las burocracias encargadas de la "seguridad", que serían básicamente las mismas personas en el trabajo privado y público a la vez o alternadamente, y con instrumentos simbólicos similares –uniformes, armas, etcétera–. Sino también en cuanto a los intereses perseguidos, de maximización de ingresos y de ampliación de legitimidad. Cuanto peor parece estar la cuestión securitaria, mejor les va a las empresas que ofrecen servicios de ese tipo y a los políticos demandantes de "mano dura". El "miedo" es, para algunos, un buen negocio.

En los ciudadanos en general, primero en los Estados Unidos, pero luego en Europa e incluso en América Latina, esa "retirada" hacia lo privado resultó coetánea con una liberación de responsabilidades sobre lo social. Y con esa despreocupación, y negación de la culpa, aparecería la imposición de culpabilidades y de reproches a "otros", lo que a su vez

también serviría de caldo de cultivo para esas políticas insaciables de "mano dura" en materia penal y también para la aparición del racismo y la xenofobia.

Pero, aunque todo ello pareciera ser un círculo en el que alguien tuviera el control –previsiblemente, los generadores de miedos y "vendedores" de sus remedios–, el miedo y la "asocialidad" derivarían en una espiral de violencia que no casualmente provocaría "inexplicables" muertes con armas de fuego en diferentes escuelas y demás lugares públicos. La película de Michael Moore, "Bowling para Columbine", intenta mostrar el efecto que produce una gran cantidad de armas de fuego disponibles en una sociedad atemorizada e individualista.

También ello se relaciona con la cuestión de las armas como derecho para la defensa de las personas "honradas". En este tema de la tenencia de armas por parte de particulares, es donde se evidencia el excluyente pensamiento de la derecha, incluso la criminológica. Sólo mediante una radical separación entre el "ellos" –los malos, los peligrosos– y el "nosotros" –los buenos, los honrados– pueden explicarse algunas de las paradojales propuestas que hacen los pensadores de derecha. Por ejemplo, la propuesta de controlar la tenencia ilícita de armas es compartida por la mayoría de criminólogos de derecha, quienes por otra parte muestran un rotundo rechazo al establecimiento de límites a la tenencia de armas por parte de la gente "obediente a la ley", ya que consideran que éstas son fundamentales para la autodefensa frente al delito.

En tal sentido es ejemplificativa la tenebrosa obra de John Lott Jr., Más armas, menos crimen de 1998.[12] En ese libro se pretende demostrar con datos supuestamente empíricos –deudores del análisis económico del derecho– que el hecho de que mucha gente porte amas induce a una reducción de la tasa de delitos, aunque en definitiva reconoce que ello depende del contexto y la cultura del lugar, así como del tipo de delito, pues los "pasionales" parecen injustificables. A ninguno de estos defensores del libre mercado de armas se le ocurre pensar que se puede impedir seriamente su fabricación, y por tanto argumentan que ilegalizar su tenencia tendría efectos tan negativos como la prohibición de ciertas drogas, política que sin embargo sí practican y, como se ha visto, con singular dureza.

12. LOTT, John Jr. *More guns, less crime*. Chicago: University Chicago Press, 1998.

Pero si los ciudadanos iban a dejar de interpelarse con tales y, en cambio, serían considerados clientes, algo deberían ofrecer las burocracias estatales para justificarse. Y algo visible. A pesar de la manifiesta inutilidad en un mundo globalizado, esa visibilidad sería dada por el elemento "seguridad". Donde, más allá de su eficacia, las medidas pueden ser vistas. Los cambios culturales que acompañaban los desarrollos económicos y sociales de los últimos treinta años posibilitaban que muchos ciudadanos ya no pudieran ni pensar que reforzar el aparato represivo estatal pudiera ser algo que, a la larga o a la corta, pudiera afectarlos a ellos. La mayor presencia policial para detectar "peligrosos", las mayores prisiones con muchos "enemigos" dentro: todo ello estaría destinado para los "otros". Para reprimir a los otros.

Al interior de los Estados, ese discurso serviría para reforzar la estigmatización de ese "otro" al que se le teme y que, pese a no querer ni ver, los incluidos se encuentran cuando paran en una esquina, al ir en un coche "super-seguro" del barrio "cerrado" al banco o a su trabajo también "protegidos".

Esa violencia y desprecio por otros seres humanos sería teorizada desde los años setentas por aquellos que pretendían expresamente acabar con lo que denominaban un dominio de expertos especialmente blandos con los delincuentes. Para ellos era necesario abandonar las grandes teorizaciones y "volver a lo básico", a lo que la gente común entiende como bien y mal. Se ha dado en llamar a este intencionalmente "básico" pensamiento como "criminología de la vida cotidiana". Sus autores se centrarían sobre todo en la prevención del delito, que según ellos tendría que ver con la elección racional, con las rutinas cotidianas, y con las oportunidades situacionales. De esa forma se mezclan ideas razonables con otras totalmente extravagantes, vinculadas al populismo punitivo, para dar sustento a una criminología de la intolerancia (o "tolerancia cero").

En los principios de los años setenta James Q. Wilson se convirtió en el criminólogo de cabecera para la derecha estadounidense. Este criminólogo es quien manifiesta más claramente la relación de la política criminal represiva con el pensamiento conservador estadounidense. Desde los tempranos años setenta sirvió para indicar a los reaccionarios gobernantes republicanos una veta importante para captar apoyos electorales y, a la vez, ampliar la represión penal de la pobreza y lograr la descalificación intelectual del pensamiento crítico. Su trabajo, por tanto, se vincularía con las funciones represivas de los gobiernos republicanos

y también con las demandas de ciertos grupos de presión como la Rand Corporation –de ideología conservadora y vinculada con la industria militar, primero, y la de la seguridad luego–.

En 1975 escribió "Pensando sobre el delito".[13] Sus críticas iban dirigidas a los que aquí denominarían "garantistas", a los propulsores de un Estado social y a la vez liberal. En concreto, decisiones como la de la Suprema Corte al imponer las "reglas de Miranda" para limitar abusos policiales eran criticadas por impedir que la policía hiciese lo que siempre había hecho. Son estos liberales, a juicio de Wilson, los que deben ser derrotados intelectualmente para "volver a lo básico". Este texto, vendido como *best seller*, sería la base de legitimación de los cambios en las políticas criminales que dispararon el número de personas presas en los Estados Unidos a partir de la década del ochenta. Esta perspectiva fue llamada "realismo criminológico" o, con mayor claridad ideológica, "realismo de derecha".

Para Wilson los índices delictivos en Estados Unidos habían subido porque habían bajado las posibilidades de ser detenido, condenado y, sobre todo, de ser severamente castigado. Argumentaba que las consideraciones disuasorias debían ajustar el nivel general de imposición de penas y que los delincuentes peligrosos o reincidentes debían ser sujetos a penalidades más severas, principalmente incapacitadoras.

Entre los representantes del realismo de derecha también está Ernest van den Haag, quien en otro libro de 1975, "Castigando a los delincuentes",[14] identificaba al orden como valor jurídico supremo y por lo tanto no decía creer ni en la utilidad entendida como caridad, ni tampoco en la justicia. Según este autor sería más fácil disuadir que rehabilitar, y afirmaba que tampoco aquello último era posible. En definitiva decía que había tres clases de personas: los malos, los inocentes y los calculadores. Lo único que se podría hacer con los "malos" era separarlos de los otros para que no les hicieran daño. A los inocentes habría que protegerlos. Y para la gran mayoría de sujetos que piensan de acuerdo a la lógica de costo-beneficio debería haber una serie de leyes que los convencieran de la inconveniencia de delinquir. Con las políticas

13. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 1975.

14. VAN DEN HAAG, Ernest. *Punishing criminals: concerning a very old and painful question*. New York: Basic Books, 1975.

penales del bienestar "no se habría prestado atención a los malos, se habría burlado a los inocentes, y se alentaba a los calculadores".

También quería acabar con las perspectivas sociológicas o médicas que eran vistas como muy indulgentes con los criminales. Sobre todo criticaba a la resocialización, puesto que señalaba que constituía un enorme gasto a sufragar por las personas "honradas" y que, en el mejor caso, aprovecharían los que no se lo merecían. En esa insistencia en el "merecimiento" habría una recuperación de ideas morales y jurídicas.

Sin embargo se daría aquí una rara mezcla de teorías, puesto que si bien se criticaba al positivismo desde presupuestos liberales, se lo volvería a recuperar para explicar por qué los delincuentes son siempre los mismos, son siempre "otros" –que si no se considerarían "monstruos" o anormales, sí que serían especialmente unos sujetos identificables–. El estudio de Marvin Wolfgang, Thorsten Sellin y Robert Figlio sobre quienes son delincuentes dentro de una misma generación sería también una de las bases de recuperación de una criminología más represiva en los años setenta.[15] En ese trabajo sus autores investigaron los antecedentes penales o por "mala conducta" de todos los varones nacidos en la ciudad de Filadelfia en 1945: era una muestra de 9.945 sujetos desde el día de su nacimiento hasta que cumplieron dieciocho años en 1963. Para ello utilizaron registros oficiales como los producidos por escuelas y departamentos de policía, para arribar a las conclusiones de que un 34,9 por ciento del total registraba al menos un contacto con la policía, pero que dentro de ese grupo sólo el 6,3 por ciento del total había tenido cinco o más contactos con la policía, por ello caracterizados allí mismo como reincidentes crónicos. Ahora bien, este pequeño grupo era el responsable del 51,9 por ciento de los 10.214 delitos presuntamente cometidos por todos los integrantes de la muestra que tenían prontuario, cifra que se elevaba al 63 por ciento en los delitos más graves. Los hallazgos de este trabajo, en un contexto político muy favorable para su difusión, se constituyeron así en la base sobre la cual se cimentó toda la investigación posterior acerca de los delincuentes habituales. Allí estaba también la base teórica de la nueva práctica inhabilitadora que también forma parte de la tolerancia cero en lo que hace a la materia del castigo.

Pero esta política criminal es tal vez más conocida por sus repercusiones en las tareas policiales o de prevención. Ya para cuando los

15. WOLFGANG, Marvin; FIGLIO, Robert y SELLIN, Thorsten. *Delinquency in a birth cohort*. Chicago: University of Chicago Press, 1972.

neoconservadores llegaron al poder con Ronald Reagan el mencionado James Q. Wilson, entonces asesor del actor-presidente, se haría famoso con la teoría de las "ventanas rotas", que juntaba ideas sociológicas más amplias con la justificación para detener a los "sospechosos de siempre" antes de que realicen hechos graves. Debidamente difundidas por todos los medios de comunicación masivos, esa, y otras ideas emparentadas, no tardarían en gozar de amplio apoyo del público.

George Kelling y Catherine Coles realizaron la explicación más amplia y conocida de esta teoría en 1994.[16] Además de su traducción por una fundación conservadora, su popularidad en el ámbito latinoamericano vendría dada por su difusión por medio de comunicadores sociales con evidentes conexiones con el negocio de la inseguridad. Según estos autores, los pequeños desórdenes desatendidos serían el inicio de problemas mucho más serios de convivencia. El control social sobre estas pequeñas cosas sería la mejor forma de prevenir delitos graves, y por ello la gran importancia de la dedicación policial y represiva a lo que en otras latitudes se llamaría "incivilidades". Contra ellas debería actuar una ciudadanía consustanciada con la policía y con unos valores morales conservadores. Además, en el libro también recurren a la vieja técnica inquisitorial de encontrar culpables entre los deslegitimadores de su teoría: los criminólogos y políticos liberales, con sus reclamos por libertad, tolerancia y derechos humanos, serían, en realidad, los responsables de todo ese desmadre.

El artículo, algo más elaborado, que originalmente había pregonado esas ideas había sido publicado en 1981 por Wilson y Kelling.[17] Allí sostenían la necesidad de perseguir las más pequeñas incivilidades callejeras, debido a que éstas son el punto de partida de un mayor deterioro en los barrios. Ello lo ejemplificaban con la metáfora de las "ventanas rotas": si una ventana de un edificio está rota y se deja sin reparar, el resto de las ventanas serán rotas pronto porque una ventana sin reparar es señal de que a nadie le preocupa, y por lo tanto romper más ventanas no tiene costo alguno. Un edificio con todas sus ventanas rotas traduce la idea de

16. KELLING, George L. y COLES, Catherine M. *No más ventanas rotas. El nuevo paradigma policíaco*, México: Instituto Cultural Ludwing von Mises, 2001.

17. WILSON, James Q. y KELLING, George L. Broken windows: The police and neighborhood safety, en *Review The Atlantic Monthly*, Marzo 1982, vol. 249, n. 3, disponible en internet en Manhattan Institute Online (<http://www.manhattan-institute.org>).

que a nadie le importa lo que pasa en las calles, y pronto otros edificios serán dañados. Ello tendrá efectos negativos pues "sólo los jóvenes, los criminales, o los temerarios tienen algún negocio en una avenida sin protección, y por lo tanto más y más ciudadanos abandonarán la calle" –con lo que dejan en claro a quienes no consideran ciudadanos.

Para evitar ese deterioro y para que los "ciudadanos" ocupen los lugares públicos, dirían los autores, se debe sacar a la policía fuera de sus automóviles y hacer que vigilen los barrios a pie, ya que de este modo se eleva el nivel de orden público en esos barrios. Esta idea era bastante razonable, y en parte era también una reacción al fracasado modelo de "tecno-policía" que llegaba para entonces a su cenit en Los Ángeles –en realidad lo haría para los juegos olímpicos de 1984–. Frente a un cuerpo integrado por superpolicías alejados de la realidad merced a la formación y a los medios técnicos más desarrollados, Wilson propondría una policía más barata, eficiente, visible y cercana.

Pero esa policía más cercana no tendría tanto la finalidad de perseguir delitos sino que más bien le correspondería combatir las conductas desordenadas o antisociales como el vagabundeo, la mendicidad, la prostitución, etc., pues ellas serían la "ventana rota" que luego daría lugar a conductas más graves. "Si el barrio no puede evitar que un mendigo fastidioso moleste a los transeúntes, el ladrón puede razonar que es incluso menos posible llamar a la policía para identificar un asaltante potencial o interferir si el asalto realmente está sucediendo".[18]

Ésta era una teoría no necesariamente represiva y en principio descriptiva de la realidad depauperada de los barrios y la caída del "control social". Por tanto, tan razonable como racionalizante. Pero escapaba de los límites de la razón al proponer medidas concretas. Como de aquí se desprendía que por varios motivos en los barrios más deteriorados se produjo un menor control informal –y con ello un aumento de todo tipo de delitos e incivilidades– se recomendaba reemplazarlo si era preciso con un control formal. Por tanto, y contrariamente a lo que indicaban las teorías clásicas del derecho penal, debería castigarse más duramente un acto que no sea necesariamente más grave. O incluso criminalizar lo que no sea legalmente delito, la "incivilidad". La política criminal preventiva recomendada era la consecuencia de no dejar ni una ventana rota, ni una muestra de descontrol sin castigo. Se propondría controlar

18. Obra citada.

esas actividades que favorecerían la delincuencia con tanto rigor, o más, que a la delincuencia misma.

De aquella teoría de las "ventanas rotas" se derivaría la técnica de policía intensiva conocida como "tolerancia cero". Ese nombre, en verdad, proviene de la estrategia policial que se implantó en Nueva York, y que de allí, de la mano de fundaciones y empresas privadas, se extendería a otras partes del mundo.

En 1994 el conservador Rudolph Giulliani fue elegido alcalde de la tradicionalmente liberal ciudad de Nueva York gracias a una campaña electoral basada en el tema de la criminalidad, de la seguridad, y de la recuperación urbanística de la ciudad. En realidad esa campaña estaba basada en la lógica belicista, pues se declaraba la "guerra" a la delincuencia callejera, a la droga, a las bandas, y a la violencia de los jóvenes en general. A todo ello se le dice "basta" con la expresión "tolerancia cero", que sería uno más de los múltiples *slogans* con los que el realismo de derecha actuaba populísticamente.

La violencia de los cuerpos policiales y de seguridad, incluso privada, sería un componente de ese discurso simplificador que buscaba la aceptación de importantes sectores de la opinión pública. Les ofrecía resultados. Para ellos, una vez en el poder Giulliani contaba con la experiencia de un programa de seguridad en la línea de transporte subterráneo llevado adelante por William Bratton. En los años anteriores, y mediante la concesión de poderes discrecionales a policías y guardias de seguridad, se habían eliminado bruscamente la presencia de *grafittis*, de bandas de jóvenes –que asustaban a los "ciudadanos"–, de mendigos, y de pequeños delitos contra la propiedad en esa red de subterráneos famosa por la sensación de "inseguridad". Bratton es puesto entonces al frente del cuerpo encargado de llevar adelante esa guerra, la policía municipal. Sus palabras al asumir fueron "Combatiremos casa por casa, barrio por barrio, ¡y venceremos!".

El "enemigo" sería, de acuerdo a las tesis de Wilson y Kelling, aquella fuente de miedo que los habitantes identifican con aquella gente que catalogan como desordenada. El jefe de la policía Bratton señalaba como desordenados a los *squeegee-men* (quienes limpian los parabrisas de los autos), las prostitutas, los pequeños revendedores de droga, los mendigos, los vagabundos y los *graffiti boys*.

La medida más emblemática de la "tolerancia cero" contra estas personas fue la técnica *stop and frisk* (detención y requisa) mediante la

cual se permite detener discrecionalmente a los "razonablemente sospechosos".

Sólo al año de haber asumido se mostrarían números que daban cuenta de que la "guerra" se estaba ganando, pues a los que pedían limosnas o lavaban parabrisas ahora se les arrestaba en vez de multarlos, las detenciones se habían triplicado, el número de policías había aumentado un 20 por ciento, y los delitos denunciados habían bajado un 30 por ciento. Asimismo, las demandas por abusos policiales se duplicaban, el número de muertos por balas de la policía aumentaba un 35 por ciento y un 53 por ciento el de los fallecidos mientras estaban bajo la custodia policial. Pero lo que resultaba más importante era que tres de cada cuatro neoyorquinos consultados –y consultables– se declaraba más "seguro". Ésos eran los resultados buscados.

Aunque quizá, como señalaron diversas investigaciones críticas, entre ellas la de Jock Young,[19] el orden causal podría ser invertido: no fue la política de tolerancia cero la que erradicó la delincuencia, sino que la baja de la delincuencia permitió desviar recursos policiales para realizar la política de tolerancia cero.

En este caso, el total de violencia social aumenta por tal política, aunque ahora se trata de un aumento de la violencia ejercida por la policía al "luchar" contra los que realizaban pintadas en edificios públicos, no pagaban los servicios públicos, dormían o consumían diferentes sustancias en lugares públicos, u ofrecían servicios de carácter sexual en la vía pública. Pero ello sería normal en una lógica de "guerra", en la que las bajas de los otros no cuentan y en la que se busca imponer una seguridad ciudadana, pública, estética, moral definida justamente en contra de esos "otros".

El accionar de la policía neoyorquina se comentará y discutirá –convenientemente difundido por determinadas empresas y burocracias– en todos los lugares de América Latina y Europa, donde se lo toma como modelo a importar. De lo que se trataba era de justificar una nueva criminalización de la marginalidad o pobreza que, a su vez, se gestaba en las decisiones macroeconómicas que eran consustanciales a tal modelo punitivo.

Esa estrategia no sólo se basaba en penas muy severas que impondrían los legislativos en general y los judiciales en casos particulares,

19. En YOUNG, Jock. *La sociedad excluyente*, citada.

sino también en diversas medidas represivas para aquellas conductas que no constituyen delitos pero que merecerían represión policial. Una represión que llegaría a justificarse éticamente con un discurso simplificado que la derecha tiene poco problema en formular, pero que incluso cierta pretendida izquierda culminaría por abrazar –como ejemplo, el primer ministro británico Tony Blair dijo "es justo ser intolerante con los vagabundos callejeros"–. Tal discurso simplificado se haría monopólico alrededor de la cuestión de la "seguridad", que centraría todas las discusiones de fines de siglo XX y principios del XXI, sobre todo, extrañamente, en aquellos países centrales en donde los grados de seguridad alcanzados por sus habitantes serían los más altos de los vividos nunca por otra sociedad en la historia –la expectativa de vida ronda hoy los 80 años–. Sin embargo, esa realidad no es óbice para que se manejen miedos, frente a un futuro siempre fantasmagórico y frente a un presente en que se pasaría a señalar a los "sospechosos de siempre".

Ellos serán los que centralizan el siempre utilizado discurso del miedo. Es por ese miedo que se justifica investigar el comportamiento de los otros, para controlarlo y eliminarlo. Pero las investigaciones derivan en intervenciones, que no se limitan a las practicadas sobre el individuo sino que preferirían actuar sobre grupos considerados de "riesgo". Además de en sus integrantes también se intervendría en factores, ambientes y situaciones.

Recibirá el nombre de control "situacional" el conjunto de una serie de innovaciones urbanísticas para impedir que aquellos que de todas formas harán algo malo, pues son el "otro", lo puedan hacer. Barreras físicas, impedimentos como cámaras de video-vigilancia, etcétera, conformarían un nuevo arsenal destinado a blindar la seguridad, sobre todo de quienes participan de las industrias que lo producen.

En 1983 el propio Wilson editó un libro colectivo llamado "Delito y políticas públicas", en el cual muchos de los autores, como Charles Murray, declaraban que esas políticas debían "defender" el ambiente físico de la ciudad frente a los potenciales depredadores.[20] Policía pública, policía privada y ciudadanos deben cooperar entre sí para dar lugar a una red que observa, identifica, denuncia y captura a los sujetos considerados "peligrosos". No sería de extrañar, entonces, que ese pensamiento de unión entre preclaros fanáticos religiosos o morales de cualquier tipo,

20. Wilson, James Q. (ed.) *Crime and public policy*. San Francisco: Institute for Contemporary Studies Press, 1983.

de capitalistas inescrupulosos y ávidos de aumentar sus rendimientos, de burócratas estatales y mediáticos, y de amplios grupos de población manipulados en el miedo, recurriese a pensamientos en gran medida racistas o basados en el prejuicio.

En 1985, el mencionado James Q. Wilson y el psicólogo Richard Herrnstein escribieron una obra claramente racista, "Delito y naturaleza humana", donde hablaban de la predisposición al delito como una opción racional de ciertos individuos tras hacer un repaso muy poco serio a diferentes pensamientos criminológicos.[21] Lo que importa, en este libro, es remarcar que la criminalidad debe ser vista desde un punto de vista individual, en contra de todo el acervo criminológico existente que hacía hincapié en las causas sociales. En un primer momento estos profesores de la Universidad de Harvard intentan recuperar la obra del positivista Earnest Hooton. Pero luego, y sin desdeñar los factores psicológicos, sociológicos y de aprendizaje del individuo delincuente, sostienen que la clave explicativa de la criminalidad debe volver a un criterio de "sentido común" que indica que el que delinque lo hace para beneficiarse. Insistían en excluir explicaciones sociales y políticas y en reducir el problema a una cuestión de mentalidad humana. Mentalidad, además, que es reprochable moralmente pues el que delinque sabe lo que hace, calcula el beneficio que obtendrá de su acto y en ese cálculo incluye el de riesgo de ser atrapado y castigado. Hay un problema, por tanto, en que ese riesgo es muy bajo y permite un aumento de quienes calculan racionalmente aprovecharse de otros.

En cierto sentido hay en este libro una recuperación de las teorías ilustradas. No sólo del contractualismo sino sobre todo del utilitarismo, que se tomaba de la versión, algo menos elaborada que la benthamita, de Gary Becker. Los conceptos sobre los que se basa la teoría "causal" de la criminalidad de estos autores son los de acción racional, el hedonismo de los humanos, el valor económico de los actos y el reforzamiento o recompensa psicológicos. El cálculo del sujeto con mentalidad delincuencial se hace para lograr mayor placer y para evitar el dolor. En ello hay, para los autores, razones tanto biológicas como psicológicas –pues se declaraban conductistas–, pero es sobre todo ello un cálculo de conveniencias. El determinismo iba de la mano de soluciones de "sentido

21. WILSON. James Q. y HERRNSTEIN, Richard. *Crime and human nature. The definitive study of the causes of crime*. New York: Simon and Schuster, 1985.

común", que indicaban que lo mejor sería reprimir severamente, con un menor costo que las políticas sociales de los liberales.

Es por ello que, en un primer momento, Herrnstein renunciaría a cualquier investigación etiológica y decidiría que todo el esfuerzo pensante debe centrarse en la forma de reprimir más eficazmente. Pero finalmente Herrnstein debería volver sobre la etiología, como ya había hecho junto a Wilson al señalar la importancia de la predisposición individual y sus raíces biológicas para realizar la elección de delinquir. Este autor profundizaría ello mediante la cuestión a las causas hereditarias, con lo que se adscribiría mucho más claramente al racismo en el libro "La curva en forma de campana" –en referencia a la "campana normal" de Gauss– escrito juntamente con Charles Muría.[22] Aquí aplicarían supuestos razonamientos matemáticos para sostener unas hipótesis inaceptables moral y jurídicamente. Según el libro, la mayoría de la población tiene una inteligencia o habilidad cognitiva normal y similar, pero a los costados de la cúpula de la campana caen los minoritarios grupos brillantes –a los que dedican la primera parte del libro– y los especialmente estúpidos –a los que dedican la segunda parte–. En todo momento intentan demostrar que la herencia está relacionada con los niveles de inteligencia, medidos según el coeficiente intelectual, y que ello se asocia con los problemas sociales –que no serán ya "sociales"– y, por supuesto, con la criminalidad. El coeficiente intelectual de los presos, a quienes los autores denominan delincuentes, sería inferior al de los que viven en libertad, considerados no delincuentes. Se recuperan, así, las teorías del siglo XIX y se hace una expresa denuncia de los pensamientos sociológicos posteriores. El racismo, imputación que el libro rechaza por ser su investigación "científica", se hace más evidente en la tercera parte del libro explicativa de la menor inteligencia de negros y latinos como una cualidad física más. Las propuestas que realiza la parte final del trabajo se encaminan a combatir todo intento de "acción afirmativa" y de distribución económica y de oportunidades, para dejar de gastar inútilmente en los más tontos –para los que llegan a recomendar algunas técnicas eugenésicas– y sacar más provecho de los blancos, ricos y, según Herrnstein y Murray, inteligentes.

Esto cierra el círculo de lo apuntado más arriba pues la acumulación de la riqueza propiciada por las políticas económicas se justificaría

22. MURRAY, Charles y HERRNSTEIN, Richard. *The bell curve: intelligence and class structure in American life*. New York: Free Press, 1994.

de esta forma (y no por los negociados y amiguismos con los gobernantes) que sería la misma que legitimaría al populismo punitivo (recordemos quienes son los que componen esa población en aumento de las prisiones) así como la exclusión del espacio público llevada adelante por las políticas de seguridad.

En los dos primeros años desde que Bratton y Giulliani lanzaran su "tolerancia cero" se detuvieron a 45.000 personas por sospechas basadas en su ropa, aspecto, comportamiento y por sobre todas las cosas: su color de piel. Cerca del ochenta por ciento de los jóvenes negros y latinos de la ciudad de Nueva York fueron arrestados y registrados al menos una vez por las fuerzas de seguridad.[23]

Por lo tanto, se cierra el círculo de la peor manera posible, pues las ideas justificadoras de la represión tienen indudables resonancias racistas.

Bibliografía

Vv. Aa. Soluciones al crimen. 18 cosas que podemos hacer para luchar contra él. *Revista Delito y Sociedad* 15-16, año 10, Buenos Aires/Santa Fé, 2001.

Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias dos pensamentos criminologicos*. Rio de Janeiro, Revan, 2008.

Christie, Nils. *Crime control as industry. Towards Gulags, Western Style*. 3. ed. Londres: Routledge, 2000.

Clarke, Ron V. Situational Crime Prevention en Tonry, M. y Farrington, D. P. (eds.). Building a Safer Society. *Review Crime and Justice* 19, Chicago: University Chicago Press, 1995.

Di Iulio, John. *No escape: the future of American corrections*. New York: Basic Books, 1991.

Garland, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

Garland, David. The commonplace and the catastropich: Interpretations of crime in late modernity. *Review Theoretical Criminology* 3, 1999.

Golub, Andrew; Johnson, Bruce; Dunlap, Eloise. The race/ethnicity disparity in misdemeanor marijuana arrests in New York City. *Review Criminology & Public Policy* 6/131-164, (1), Blackwell Synergy (Disponible en internet: <http://www.blackwell-synergy.com> y en: <http://www.drugpolicy.org/docUploads/nymmj_racialdisp.pdf)>.

Kelling, George L. y Coles, Catherine M. *No más ventanas rotas. El nuevo paradigma policíaco*. México: Instituto Cultural Ludwing von Mises, 2001.

Lott, John Jr. *More guns, less crime*. Chicago: University Chicago, 1998.

23. Wacquant, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2000.

MARTINSON, Robert L. What Works? Questions and answers about prison reform. *Review The Public Interest* 35, New Jersey, 1974.

MURRAY, Charles y HERRNSTEIN, Richard. *The bell curve: intelligence and class structure in American life*. New York, Free Press, 1994.

NELSON, Marcus. *Crime and everyday life*. Thousand Oaks: Pine Forges, 1994.

VAN DEN HAAG, Ernest. *Punishing criminals: concerning a very old and painful question*. New York: Basic Books, 1975.

WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2000.

WILSON, James Q. (ed.). *Crime and public policy*. San Francisco: Institute for Contemporary Studies Press, 1983.

WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 1975.

WILSON, James Q. y KELLING, George L. Broken windows: the police and neighborhood safety. *Review The Atlantic Monthly* 249, n. 3, Marzo 1982, disponible en internet en Manhattan Institute Online: <http://www.manhattan-institute.org>.

WILSON. James Q. y HERRNSTEIN, Richard. *Crime and human nature*. The Definitive Study of the Causes of Crime. New York: Simon and Schuster, 1985.

WOLFGANG, Marvin; FIGLIO, Robert y SELLIN, Thorsten. *Delinquency in a birth cohort*. Chicago: University of Chicago Press, 1972.

YOUNG, Jock. *La sociedad excluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

3
Violência e liberdade

HÉLIO R. S. SILVA

Bacharel em História pela UFRJ. Licenciado em História pela UFRJ. Mestre em Antropologia Social pelo Museu Nacional/ UFRJ. Doutor em Comunicação e Cultura pela UFRJ. Professor aposentado da Universidade Federal de Santa Catarina. Ex-professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Criminais da PUC-RS. Ex-pesquisador da FGV (1978-1988).

ÁREA DO DIREITO: Sociologia jurídica

RESUMO: O artigo explora as implicações simbólicas da obsessiva tematização da violência e de seu correspondente sentimento de insegurança no Brasil de hoje, particularmente em suas grandes cidades, tomando como *lócus* de observação o Rio de Janeiro. Retoma em seus traços essenciais a discussão instaurada pelos modernistas e institucionalizada a partir do primeiro Governo Vargas sobre uma identidade coletiva fundamentada nas especificidades da sociedade brasileira. Observa a coincidência entre o esmaecimento dos símbolos dessa identidade postulada e a intensificação pública dos signos do medo. Há um desafio subjacente, o da formulação de um sentido compartilhado para o projeto nacional de vida social. Trata-se de um pré-requisito para que a questão da liberdade individual e o problema do pertencimento a um Estado Nacional adquiram por sua vez seus sentidos específicos.

PALAVRAS-CHAVE: Violência – Liberdade – Valores coletivos – Integração.

ABSTRACT: The article explores the symbolic implications of the obsession concerning topics related to violence and the resulting feeling of insecurity in Brazil today, especially in big cities, with Rio de Janeiro serving as the observation field. It resumes the discussion opened by modernists and institutionalized as of Vargas' first administration about the collective identity formed by Brazilian society's specificities. It points out the coincidence between the weakening of symbols of this identity and the public intensification of signs of fear. There is an underlying challenge to formulating a shared meaning for the national project of social life. This is a pre-requisite for giving a specific meaning to individual freedom and the problem of belonging to a State.

KEYWORDS: Violence – Freedom – Collective values – Integration.

SUMÁRIO: Introdução: forma e encaminhamento – 1. O mito da integração pela identidade – 2. O mito desintegrado: 2.1 Fragmentos de Brasil; 2.2 As falas entre fragmentos – 3. Conclusões – Bibliografia.

INTRODUÇÃO: FORMA E ENCAMINHAMENTO[1]

A forma. Ao etnógrafo, que fundamenta seu discurso sobre a observação de contextos delimitados, o exercício da generalização parece tarefa alheia. A visão de perto e seu detalhamento recuperam propriedades sócio-simbólicas da vida social que vazam muitas vezes por entre as redes de compreensão tecidas para captar o "todo" e para oferecer uma visão "panorâmica" da sociedade. Essas tonalidades menos pronunciadas, esses detalhes que impregnam ações e valores tecem um pequeno rendilhado, matéria dos papéis e das ações, solo das alianças e dos conflitos, cujas propriedades são dificilmente generalizáveis. Não esclarecem tudo, mas explicam muita coisa. Como lembrou certa feita Clifford Geertz, o que o homem é depende tanto de onde ele está e de como ele vive que fica difícil separar o que lhe é essencial do acessório. Há muito, os trabalhos etnográficos revelam que o acesso ao outro, a relação com a alteridade, o contato com o diferente, só ocorre plenamente quando o etnógrafo sofre a imersão nos detalhes que compõem toda cena social. Não se pode falar em compreensão e aceitação do outro que não seja um outro posto em circunstância, isto é, detalhado.

São os detalhes que revelam os significados "profundos" da vida social. O que fundamenta o trabalho etnográfico, pelo menos da maneira que o pratico, é um exercício para evitar as tentações do mergulho em profundidade à cata de essências pela errância atenta na superfície em busca de aparências significativas e suas prováveis relações.

1. Sou tributário e devedor das reflexões e ensinamentos de Alba Zaluar, Bárbara Mussumeci, Julita Lemgruber, Leonarda Mussumeci, Luiz Antonio Machado da Silva, Luiz Eduardo Soares, Michel Misse, Miriam Guindani, Roberto Kant de Lima, Ruth Gauer, Salo de Carvalho, Sérgio Adorno, Sílvia Ramos. Suas idéias não estão sendo diretamente aproveitadas aqui, mas fornecem o pano de fundo a partir do qual tento este ensaio sobre as implicações do sentido da vida social.
O reconhecimento da dívida em geral não faz justiça à contribuição particular de cada um deles, mas sua especificação se tornaria muito extensa para o escopo deste artigo.

Traços comuns observados em diferentes contextos nem sempre derivam de evidências etnográficas e podem não passar de projeções do observador. Aspectos e propriedades diversos convertem-se, no exercício comparativo, em categorias comuns, projetando-se sobre os dados colhidos no campo. As conexões eleitas para assegurar a generalização no estudo das sociedades e os métodos definidos para o exercício da comparação foram responsáveis por divergências significativas entre as várias teorias sociais.

É deste lugar do etnógrafo, um especialista na observação de coisas miúdas, que o autor deste artigo pretende, contra sua natureza e suas predisposições, fazer algumas observações de longo alcance. O risco implícito em tal empreitada talvez venha a ser atenuado pela circunstância de que tais observações mantêm os pés fincados em trabalhos de campo realizados no Rio de Janeiro em quatro momentos, o primeiro de 1990 a 1993,[2] o segundo de 2001 a 2004,[3] o terceiro de 2005 a 2008,[4] e um quarto ainda em curso.[5] A pretensão é a de que a amostragem sustente minimamente tais generalizações ou as torne hipóteses fecundas.

Há aqui algo de ensaístico, o que não diminui sua legitimidade. Admita-se que o ensaio em certos registros não se opõe à ciência. Pode mesmo corresponder a alguns procedimentos científicos. No presente caso, um exercício de formulação de hipóteses.

Enfim, este artigo consiste numa reflexão, a partir de algumas experiências etnográficas no Grande Rio, sobre o sentido da questão proposta[6] pelos organizadores do VI Encontro do IBCCrim, "a lógica da liberdade frente à violência", nos contextos carioca e adjacente.[7] Entre a questão e

2. Cujos resultados estão contidos em Silva (1993); Silva (1996a); Silva (2007); Silva; Florentino (1996); Silva (2003); Silva; Milito (1995); Silva; Milito; Soares (1996); Silva (1996).
3. Silva, Hélio R. S. *Longe é muito perto*. Originais (2006), no prelo.
4. Silva (2008)
5. "Etnografia dos encontros de grupos organizados e eventos de denúncia e combate à violência", cujos dados e impressões preliminares são discutidos neste artigo no item "2.2 As falas entre fragmentos".
6. Da minha mesa, participaram a Dra. Ruth Gauer e o Dr. Rui Cunha Martins.
7. Para os de fora, vale a pena lembrar que parte do universo estudado, a Baixada, é fluminense e não carioca.

as propriedades dos universos pesquisados, uma reflexão de fundo sobre a integração na sociedade brasileira. O que de certa forma, tomando o Rio de Janeiro como fonte, faz do artigo um ensaio sobre o Brasil de hoje e, assim, duplica a heresia generalizadora aqui praticada.

Encaminhamento. Pode-se, especulativamente, estender ao máximo os horizontes de possibilidade da liberdade. Exercícios filosóficos podem fazer a crítica aos conceitos formulados por vários pensadores, depurando-os e desbastando-os do que lhes tolhe a eficácia enquanto princípio social. E se pode fazer o exercício apoiado nas experiências históricas que estreitaram ou dilataram os horizontes da liberdade. Este artigo não se ocupa de tais possibilidades legítimas. Envereda por outra possibilidade. Parte do pressuposto de que a liberdade é um valor da vida social e busca situar esse valor em um contexto específico. Isto porque, produzidos contextualmente, valores sociais jamais atingem o estatuto de princípios universais. Seus significados não integram a substância humana, mas, em sua circunstancialidade, seus significantes são índices de humanidade. São humanos porque são circunstanciais, produtos da linguagem. Trata-se, portanto, de indagar sobre o que é liberdade para "eles"? Como "eles" se situam e reagem aos reptos que a violência vem impondo à liberdade nos contextos urbanos brasileiros de hoje?

Neste caso, pensar a liberdade inscrita em um contexto exige, por óbvio, investigar a inscrição da liberdade enquanto valor e como meta em um mundo que significa e cujos significados se depreendem de uma vida social feita de detalhes. Tais detalhes são compostos de enunciados, ações e produtos, que circulam ali, que relacionam coisas e pessoas, que ali são consumidos. São evidentes, visíveis, audíveis, apalpáveis. Um mundo de miudezas no qual circulam, entre outras coisas, seres e valores, o etnógrafo e a noção de liberdade. Pessoas, coisas e valores erram na superfície social. Não há nada além das aparências. E se é verdade que as aparências enganam, nem por isso devem ser evitadas. Pode ser que haja alguma coisa além delas, mas o raio de abrangência do equipamento do etnógrafo jamais as ultrapassa. Deve-se detalhá-las, separá-las das aparências reveladoras, as que não enganam e conectá-las para fazer dessa própria possibilidade de engano uma propriedade legítima a compor a cena. Relacionar é a palavra chave. Mentiras, despistes, dissimulação, falso testemunho, idealizações e contradições, ao contrário do que ocorre numa acareação, não constituem matéria a ser transcendida. Integram a cena e esta será íntegra apenas quando incorporá-las.

É difícil pensar o indivíduo sem pensar com ele, seu grupo de referência, seus colegas de trabalho, sua família, suas interações para o exercício do lazer, os fiéis que freqüentam sua igreja. Tais interações que ocorrem em redes específicas a cultivarem códigos particulares, produzem valores e objetivos heterogêneos que se cultivam e orientam em espaços contíguos. A idéia de liberdade é sem dúvida um desses valores. Emerge sempre em um contexto e traz suas marcas múltiplas, heterogêneas. É preciso perceber etnograficamente o que significa a liberdade individual ante a igreja, no lazer, entre familiares, em meio ao trabalho, para o grupo de referência. O sentimento e a prática da liberdade derivam de um complexo de conceitos, relações e atores sociais entre os quais se inscrevem e ganham sempre um sentido relativo.

Nos contextos que venho estudando a lógica da liberdade se vê maior parte das vezes atravessada pelos sofismas da luta pela sobrevivência. E tão arraigadamente que parece às vezes que o que se impõe e sedimenta é a lógica da sobrevivência, a liberdade soando como um sofisma, talvez uma ironia. E a razão para isto é clara, as imposições da sobrevivência suscitam arranjos táticos, definidos *ad hoc*. A circunstância e a imprevisibilidade desafiam qualquer veleidade estratégica. Essa propriedade está cheia de implicações e desdobramentos para o fio central de argumentação deste artigo, pois o horizonte da probabilidade é a única circunscrição capaz de demarcar uma área onde se possam cultivar e praticar valores ditos civilizados.

Interessa aqui o quanto o fenômeno da violência transcende a mera questão técnica, policial ou penal, a ocupar os interstícios sociais, para tornar-se questão de todos, política e existencialmente, a demarcar todos os espaços e a medir todo o tempo.

Entre nós, alguns princípios ditos civilizados vêm sendo arranhados constantemente, cotidianamente, insidiosamente. Cenas, situações e personagens que no passado soavam como escabrosas exceções passaram nas duas últimas décadas a integrarem a paisagem urbana sem suscitar mobilização à altura das proporções do fenômeno. O que tem havido é uma constante retração, uma espécie de cultura da evitação, que se compraz em inventariar espaços e horas de risco para riscá-los dos mapas e dos horários de nossos percursos possíveis. O toque de recolher do estado de sítio, instituto limitador das liberdades individuais, tão comum na República Velha, tornou-se hoje providência doméstica, auto-imposição realista na cidade sitiada, por dentro. E isso, em duplo

sentido. O inimigo está entre nós. Nós impomos a nós mesmos limites para ir e vir, para andar e ver.

Até quando nossa convivência será pautada por tais precauções? Até quando uma sociedade que se organiza a partir de um pacto tácito ou explícito de convivência poderá sobreviver nesse clima restritivo e sufocante? Até quando nossa engenharia institucional e os valores que a fundamentam serão capazes de sustentar sua legitimidade frente à corrosiva maré-montante da inconvivência?

Não são todos que podem cultivar na cidade a cultura da evitação. O toque de recolher não soa igual para todos. Há os eternamente expostos pela vulnerabilidade de suas residências e de seus trânsitos, pela contigüidade de suas habitações com territórios dominados pelo tráfico ou pelas milícias.

Como em tal contexto se reformulam e reafirmam os ideais de liberdade?

Valores ganham sentido no contexto em que circulam e no qual foram formulados. As suas propriedades derivam de suas origens e suas marcas de sua circulação.

O conceito de liberdade que nós, intelectuais, professores, pesquisadores, profissionais liberais, partilhamos talvez dependa estreitamente das condições de sua projeção no tempo social. Sua sustentação e suas garantias dependem da perspectiva da probabilidade. Contextos oscilantes nos quais universos de regras heterogêneos se sobrepõem ou sofrem interrupções em sua vigência tornam vulneráveis a liberdade e o direito.

O nosso material etnográfico é feito dessa matéria-prima: bala perdida, incursões policiais intempestivas, agentes da lei substituídos por agentes da "ordem", disseminação de leituras heterodoxas do universo legal, áreas interditadas, áreas proibidas, áreas segregadas, sobreposição de ordenamentos operados pelo tráfico, pela polícia, pela milícia.

São universos sociais que lembram nebulosas em formação ou laboratórios da convivência voltados para experiências limite. O insólito se infiltra pelo cotidiano. Não se está diante de uma cultura distante com tradições exóticas e, portanto, ininteligíveis ao primeiro olhar. O caráter cifrado não vem da distância, mas da proximidade. Cada um desses atores sociais está mapeado. Todos nós sabemos de onde vieram, quem eram e o que faziam seus pais. Todos nós imaginamos o que poderiam estar fazendo. Seus destinos estão, contudo, enredados em um cipoal

de impasses e o cotidiano vem sendo conduzido por um sentido de improvisação que talvez seja a marca genérica desse conjunto de dados, situações e rotinas.

Não estão sendo mais acolhidos por nenhum sonho comum.

1. O MITO DA INTEGRAÇÃO PELA IDENTIDADE

No entanto, muito recentemente em termos históricos, tivemos uma notável e curiosa experiência que buscava acolhê-los. A experiência frustrou-se porque seus conceitos traíam o cenário elitista de onde foram concebidos, mas não só por isso. O recurso à homogeneização como método de criação de uma identidade coletiva para uma população heterogênea fez com que tais discursos fossem perdendo sentido e vigência, acentuado pela globalização e a debilitação da idéia de estado nacional.

O que se segue é um pouco dessa história.

Mudanças múltiplas ocorridas na passagem do século XIX para o XX (Abolição da escravidão, proclamação da República, intenso processo imigratório, I Guerra Mundial, processo de urbanização e industrialização de São Paulo[8]) concorrem para um reconhecimento generalizado, e expresso por vários intelectuais da época, em torno da "necessidade" de uma ruptura tanto com nossos tradicionais padrões artísticos e literários quanto com a mentalidade dominante entre as elites e o *modus vivendi* da sociedade nacional. Esses testemunhos difusos, mas persistentes antecedem a eclosão do modernismo. De certa maneira parecem evidenciar o que Richard Morse, no artigo acima citado, chama de "geração sem marcos de referência".

Em *Violência e política no Rio de Janeiro*, citado no rodapé 2, Leandro Piquet Carneiro e Luiz Eduardo Soares observam que não há possibilidade de que a vida política se torne uma rotina sem uma religião de Estado.

O processo modernista brasileiro iniciado na década de 20 do século passado, além de suas rupturas artísticas (literatura, poesia, artes plásticas, arquitetura, música) suscitou uma tradição ensaística que tentava criar uma mística de pertencimento. E deu curso à produção de mitos de integração pela identidade, marcos de referência. Era como se fosse necessário, para penetrar no labirinto da modernidade, um fio

8. " (...) locais de explosões industriais sem paralelo, com todos os seus concomitantes: Manchester para o ocidente e São Paulo, um século mais tarde, para o Terceiro Mundo" in Morse (1978).

qualquer que nos conectasse com nossas origens e raízes. Busca de certa forma criar uma "religião" da brasilidade que desse sentido às rotinas econômica, política, social, cultura e administrativa.

Tratava-se de promover a integração pela identidade. De suscitar o sentimento de pertencimento. Uma máscara alegre e futurista estava sendo moldada no país do carnaval. Identificava-se o caráter nacional brasileiro, descobriam-se as raízes do Brasil, definia-se a brasilidade e inventariava-se a cultura brasileira.

Claro, o empreendimento suscitou múltiplas interpretações. Tinham todos, no entanto, a perspectiva comum do amálgama entre os brasileiros e entre estes e seu país, que nunca foi exatamente *uma* cultura, *uma* sociedade, *uma* nação, mas apenas um estado nacional organizado politicamente, o que não é pouco e foi uma conquista histórica notável.

Haveria uma qualidade nessa brasilidade e imbuído dela uma possibilidade de integrar o concerto universal, como observou há algum tempo Eduardo Jardim de Moraes.[9]

As limitações e problemas desse ensaísmo estarão sendo sinalizados a seguir, mas de qualquer modo a percepção da importância de uma mística de pertencimento integrou os problemas considerados relevantes pela inteligência brasileira durante umas sete décadas.

Um longo debate coloca em circuito alguns pressupostos e privilegia certas questões que buscavam criar um sentimento comum de brasilidade. Era, portanto, congenial a tal idéia a disposição de propagá-la. Há uma extensa literatura que rastreia a propagação do(s) ideário(s) modernista(s) na imprensa, na política editorial, na educação, na política, na administração. Essa propagação teve o papel de integrar as camadas escolarizadas no Brasil não exatamente na camisa de força de uma interpretação do Brasil, mas de um leque de possibilidades dadas por alguns *topois* que vigoraram até aproximadamente a década de 80 e que vivem desde então sua crise.

Essa crise estava dada desde suas primeiras formulações, na fase heróica mesma do modernismo. E isto porque o processo modernista revela ainda em suas complexas formulações sobre identidade nacional, caráter nacional brasileiro e raízes da nacionalidade uma flagrante dificuldade em lidar com a diferença, em reconhecer a pluralidade nacional

9. Moraes (1978).

e seus projetos distintos de vida coletiva. A diferença parece sempre ser vista e vivida como ameaça e desagregação.

Assim, o modernismo é um processo de discussão e de colocação em circuito de interpretações do país, condicionado pelas dificuldades nacionais ante as mudanças e pela intolerância brasileira perante a diferença. O modernismo legou aos setores escolarizados em nosso país durante certo tempo um definido território sobre o qual tornaram-se possíveis alguns pontos de vista e, ao mesmo tempo, um correspondente horizonte sobre o qual se projetam as perspectivas possíveis da angulação delimitada.

Não se trata de uma receita nem de um perfil inequívoco. O processo é complexo e admite angulações específicas.[10] Mas há um traço comum entre elas. Todas evitam o modelo plural. Todas evitam a costura que permitiria transformar os retalhos em uma colcha.

A leitura das dezenas de ensaios produzidos a partir de 1928 – quando Paulo Prado publica o primeiro[11] desta série fecunda – revela claramente que todos são redutíveis a quatro modelos para pensar o Brasil, o caráter nacional brasileiro e a modernização (ou o projeto, ou a mudança).

O primeiro produz uma sociedade desestruturada. O país seria um vazio, um deserto. É o modelo anômico. O país da tristeza. Abre a possibilidade messiânica, seja intelectual ou política. Isto porque tal anomie solicita o intelectual condutor, messiânico, capaz de produzir os conteúdos redentores, seja pela via política, seja pela via pedagógica. A constituição de uma elite intelectual preparada para instaurar o sentido da nacionalidade, torná-lo um sentimento coletivo e conduzir o povo a seu destino, que tal elite entrevê no sentido que instaura. Os que vão preencher de sentido essa realidade vazia.[12] O iluminado é um tipo público freqüente à época nos meios políticos e intelectuais. Entre os pedagogos, como os pioneiros da escola nova, particularmente o mais oficial entre eles, Manoel Bergström Lourenço Filho.

O segundo corta o país ao meio, avistando na parte rural, o atraso e o passado, e na parte urbana, a modernização e o futuro. Propõe que os traços positivos da parte moderna se imponham sobre a parte atrasada.

10. Leite (1976); Mota (1977); Silva (1994).

11. Prado (1972).

12. O mais notório desses ensaios é o de Paulo Prado, citado na nota anterior.

Esse país duplo pode ser constituído de polarizações como rural-urbano, agrícola-industrial, hinterland-litoral, desenvolvido-subdesenvolvido A periferia litorânea vista às vezes como o verniz europeizado contra o pano de fundo do Brasil profundo, o interior pensado como um caroço, uma essência. É o Brasil dual, o Brasil esquizofrênico, os dois brasis, o Brasil dividido.[13] O nosso futuro se resolveria quando as tensões entre os dois atingisse acordos duradouros.

O terceiro detecta a região exemplar, que expressa os valores autenticamente nacionais e projeta-a para o todo. Reduz os valores de outras regiões como menos brasileiros, "contaminados" e se bate pela prevalência sobre o Brasil como um todo dos símbolos etnográficos, do estilo de vida e da visão de mundo da região específica enquanto agentes da coesão nacional. A região autêntica gesta o Brasil. Pode ser o planalto paulista de onde os bandeirantes partiram irradiando uma vertebração nacional. Pode ser o nordeste açucareiro que se espalhou em seus traços fundamentais e teve suas continuidades estendidas ao longo do empreendimento cafeeiro. É o modelo metonímico, da parte pelo todo. A índole canônica flagrada num recanto.[14]

O quarto desentranha o Brasil da clássica comparação com os Estados Unidos, ou França, ou Portugal ou uma vaga e genérica cultura européia, conformando-o a partir dos traços negativos responsáveis pelo seu fracasso, atraso ou subdesenvolvimento. Ao optar pelo uso equivocado[15] desse método, identifica uma cadeia de equívocos em nosso processo histórico que produz uma identidade vazia e improdutiva. Aproxima-se curiosamente do primeiro modelo, pois instaura a ideologia da anomie e do vazio. No primeiro caso, o líder é o salvador, neste último a salvação

13. Um exemplo desse segundo tipo são *Raízes do Brasil* de Sérgio Buarque de Holanda, embora sua complexidade e acuidade na leitura da vida nacional o torne muito mais do que apenas isso.
14. O mais perfeito dos seus representantes é *Casa grande & senzala* de Gilberto Freire.
15. Não se trata de questionar o método comparativo em geral. Há, porém, muitos métodos de comparação, nem todos férteis. No caso dessa tradição criadora de um Brasil por comparação, que é nosso objeto aqui, talvez baste a observação preliminar de que qualquer conjunto aleatoriamente constituído oferecerá regularidades ou especificidades face a qualquer outro conjunto também constituído aleatoriamente.

pode se conter no exemplo do país desenvolvido.[16] Ou então cria mitos como o do país jovem, em oposição a civilizações caducas ou senis, extraindo múltiplas implicações dessa metáfora orgânica. Por derivação deste último modelo, que opõe país velho a país novo, há um outro tipo de comparação de teor mais abstrato. Não se trataria especificamente de tal ou qual país, mas de um traço específico dos países velhos, a tradição, que imprimiria às respostas culturais um certo teor canônico. Povo de baixa tradição, o brasileiro não contaria com essas reservas canônicas, mas operaria com mais eficácia pelo sentido da extraordinária capacidade de improvisar e, portanto, de surpreender.[17]

Os quatro modelos evitam enfrentar a pluralidade brasileira e a discussão em torno da aliança possível para que tais sociedades definam projetos comuns. Em nenhum deles se pensa a aliança como união de diferentes ou se aponta para a possibilidade de que múltiplas identidades cooperem diferencialmente em um estado comum, configurado e definido a partir do respeito às diferenças internas.

Mais que isso, o drama da identidade e de sua corrupção pelos valores postiços de uma Europa de clichê, insinuado em pensadores da transição para o modernismo, como Euclides da Cunha e Alberto Torres, parece necessitar de matéria concreta, tangível, social e culturalmente. O sul dos imigrantes fornece o modelo do anti-Brasil.[18] Nem tanto o Rio Grande do Sul, mas inequivocamente o Paraná e Santa Catarina.

16. O exemplo mais conhecido e lido dessa vertente é o ensaio de Vianna Moog, *Bandeirantes e pioneiros*.
17. As duas grandes fontes dessa tendência são a Antropofagia de Oswald de Andrade e, embora distinto em suas formulações, o Macunaíma de Mário de Andrade, esse híbrido de manifesto e ficção. Esses mitos de produção erudita se alimentam de fontes populares e exercem sobre a população influências que são propagadas por diversos meios. No caso do modelo do malandro, a ressonância popular se exprimiu claramente numa série infindável de anedotas que correram de boca em boca e cujo *plot* consistia em uma situação difícil enfrentada por personagens de diversas nacionalidades e um brasileiro. Ante o problema *x*, alemães, franceses, italianos, judeus ou portugueses dariam respostas canônicas depreendidas de uma imagem clichê da nacionalidade respectiva, enquanto o brasileiro resolvia o problema de forma surpreendente.
18. É curioso que na década de 50, em seu ensaio sobre a formação do Paraná, Wilson Martins lhe dê o título de *Um Brasil diferente*.

Essa dificuldade em reconhecer a pluralidade sócio-cultural do Brasil, o pendor catequético dos modernistas e a decorrente institucionalização de seus pressupostos sobre identidade nacional criaram um discurso oficial que identifica "áreas mais brasileiras", tipos "essencialmente nacionais", traços nacionais autênticos, o que pressupõe sempre a existência dentro do território brasileiro de traços, tipos e áreas menos autênticos ou sem qualquer autenticidade. Em momentos mais exaltados, a diferença no Brasil chegou a merecer diagnósticos clínicos, como *quisto cultural*. O *quisto* seria uma irrupção letal para a nacionalidade. É já enquanto palavra um convite à extirpação.

Todos os modelos mencionados derivam de interpretações históricas, mas em geral de um tipo particular de leitura que, de certa forma, transforma a História em mito produtor de essências identitárias. Construíam um passado comum, pedra fundamental do arcabouço da nação, cuja substância continha os traços básicos de cunho geral.

Esse discurso é elaborado exatamente quando a formação social brasileira se reconfigura. Aproximadamente, a população brasileira pré-cabralina seria de 5 milhões. Entre 1531 e 1856 o Brasil teria recebido 4.009.700 milhões de africanos. Ora, num período de 48 anos (1872-1920), o Brasil recebeu 3.200.000 milhões. O país entrava em outra nebulosa, um novo universo social vinha sendo elaborado.

Forneceu critérios para a crítica de literatura, artes plásticas, música. Integrou lógica e moralmente gerações de estudantes de primeiro e segundo graus desde os pioneiros da escola nova. Tornou-se critério para política oficial de Estado, desde Capanema e Getúlio, passando por Juscelino e vigorando ainda ao longo dos governos ditatoriais do período militar.

É um discurso que começa a agonizar pelos fins da década de 80 quando essa malha simbólica – que integrava as camadas escolarizadas e instaurava critérios para avaliação da produção simbólica nacional e de sua vida social – começa a dar sinais de esgarçamento. Aos poucos, todo um repertório se torna esquecido, seus signos mais conspícuos perdem a resplandecência pública e se obscurecem.

Não há o que lamentar. O movimento modernista, embora nos tenha legado uma produção artística notável, crítica e libertária, foi igualmente responsável pelo engessamento da nacionalidade ao fundá-la sobre uma substância ao invés de alguma metáfora da relação e da cooperação.

Durante sete décadas, os quatro modelos explicadores do Brasil foram instrumentos de exclusão. Eram extremamente equívocos enquanto metáforas de integração, mas continham pelo menos essa aposta na criação de uma mística de pertencimento.

2. O MITO DESINTEGRADO

Essa mística de pertencimento integrou os problemas considerados relevantes pela inteligência brasileira. Os mitos produzidos por toda uma geração tornaram-se ideário de Estado, disseminaram-se pelas instituições escolares e culturais. A imprensa trocou-os em miúdos. Tiveram um papel integrador notável entre os segmentos escolarizados em todo o país.

O Brasil, contudo, mudou. Tornou-se mais complexo. Há suficiente literatura sobre o tema e o espaço não comporta senão sinalizar o colapso dessas referências pretensamente integradoras.

As novas dinâmicas culturais, sociais, políticas e econômicas foram solapando a partir da década de 80 os fundamentos de tais discursos o os tornando obsoletos. A globalização, o esvaziamento da idéia de Estado-nação, a pós-modernidade criam novos mitos e novos apelos.

A falência desse discurso pode ser observada quando o cientista social se aproxima de segmentos que integram, representam e expressam a maioria da sociedade. Se o discurso é o da integração, o teste de sua eficácia e sentido será mais rigoroso quando aplicado nas periferias das extensões que tal discurso pretendeu abarcar com seus diagnósticos e interpretações para atingir suas palavras de ordem, sua didática e seus signos. Hoje, ao contrário da década de 20, esses contingentes estão nas grandes cidades. Vivem sob o signo da exclusão, fragmentação e anonimato.

2.1 Fragmentos de Brasil

O processo de redemocratização da sociedade brasileira na década de 80 após duas décadas de ditadura militar, impôs um amplo debate nacional sobre liberdade, direitos e projetos coletivos para um novo Estado Nacional. Esse processo ocorre aproximadamente ao mesmo tempo em que nas periferias urbanas o tráfico vai se estabelecendo e criando áreas ambíguas disputadas com o poder público. Luiz Eduardo Soares já chamou diversas vezes a atenção para a circunstância de que a redemocratização do país vem deixando à margem significativos contin-

gentes de sua população que vivem sob a tirania policial, das milícias ou do tráfico.[19]

O que significa no Rio de Janeiro de hoje falar em direito de ir e vir? As áreas interditadas, de difícil acesso (não por razões topográficas), perigosas, duvidosas se intercalam no mapa, tornando inútil para sua leitura a escala com que foi confeccionado. As instituições não governamentais e mesmo as governamentais contam com "diplomatas" encarregados de contatos com os baronetes locais e chegam a acordos que viabilizam a entrada de técnicos incumbidos de trabalhos de intervenção social.

As áreas pesquisadas variam muito em seu estatuto de relação com a cidade. Vão desde as relações francamente abertas, entravadas apenas pela precariedade do sistema de transportes até as comunidades bem fechadas cujos contatos com o exterior podem ser chamados de profissionais.

A literatura publicada, teses e dissertações ainda inéditas, depoimentos de agentes de intervenção social sobre tais comunidades apontam para um regime complexo, de graus variáveis de integração e de constituição de universos num *continuum* de possibilidades que oscilam do máximo grau de abertura até a abertura quase zero.

No interior desses enclaves, o Estado intermitente, os serviços públicos precários ou inexistentes, a questão da segurança vem sofrendo modulações de sentido, o que imprime flutuações ao conceito de liberdade.

O que significa hoje no Rio falar em garantias da liberdade, do direito de ir e vir, do direito à vida? O tema da liberdade face à violência comporta e exige múltiplas abordagens. Neste artigo, tenta-se uma aproximação situada do tema, tendo o Rio de Janeiro como foco. O exercício ilustra um drama nacional que ganha no Rio de Janeiro contornos específicos, embora muitos traços sejam compartilhados com outras cidades brasileiras. De qualquer modo, como já ficou claro, nosso pressuposto é de que apenas o contexto e os detalhes permitem a compreensão plena da cena social.

Num mundo globalizado e integrado a um estado nacional de porte continental, esses pequenos mosaicos são atravessados permanentemente por signos, símbolos, bens que os conectam ao exterior nem sempre compreensível e algumas vezes inóspito. Os valores locais orientam as

19. Soares (2000).

antenas que captam as emissões desse mundo em volta e raízes fincadas num território de pertencimento que "faz terra" para que as mensagens captadas façam sentido.

Estamos em outro paradigma. Um universo se complexifica enquanto se debilita nitidamente a instituição escolar, a religiosidade se reconfigura e torna-se matizada. Não se ouvem mais nessas periferias, mesmo que diluídas, as vozes centrais que promoviam a velha mística da integração.

O tema da violência e a tematização obsessiva da violência no Rio de Janeiro é a evidência de que o diálogo trocou seus sinais. Metáfora por excelência da inconvivência, ao tematizar os riscos individuais aponta para a dissolução dos pactos coletivos. Qual o papel que a estabilização de um tal tipo de consciência exerce entre os fatores econômicos, sociais e políticos?

Para além das determinações de última instância, vale refletir sobre o quanto o agravamento da crise nacional que a escalada da violência exprime e denuncia não estaria minando simbolicamente as possibilidades de representações do Brasil e a idéia de projeto comum e borrando socialmente o mapa mental no qual nos situávamos. O convívio tornou-se a iminência do atrito. Será possível segregar tal cenário na periferia urbana e enfrentá-lo com uma política pública de segurança ou os sinais que vem emitindo já se tornaram uma questão nacional?

Esta última questão sintetiza o problema e focaliza seu nó, isto é, as dificuldades de generalização. Trata-se da tarefa etnográfica de circunstanciar contextos. Mas, trata-se também de tentar avançar sobre seus limites e refletir sobre sua representatividade, o que implica em enveredar pelas vias temerárias da generalização. As determinações da cena social não conformam os sentidos da cena, produzem uma ambiência propícia a certas respostas que o processo interativo acolhe ou escolhe. Os arranjos de cena é que arrumam em cena, entre os sentidos prováveis, os sentidos oportunos.

A instabilidade e o regime de medo não são fenômenos recentes. Aproximadamente um quarto de século cronifica essa ambiência e congela esse estado de espírito. São velhos princípios fustigados que sustentam a indignação a cada manifestação de violência e irracionalidade. O cotidiano já não emite sinais expressivos de perturbação da ordem. A perturbação integra seus traços rotineiros e regulares. A indignação se renova inventando um sentimento de surpresa que não corres-

ponde à ordem dos fatos, mas que reintroduz na discussão esperanças adormecidas e velhas expectativas frustradas.

Valeria a pena pensar a questão da violência, tema reiterado em nosso cotidiano e em nossos discursos, como o rescaldo do "incêndio" modernista. Vale repetir: não se afirma isto sem reconhecimento e admiração pelas grandes realizações poéticas do movimento, nosso patrimônio. Nem se o afirma como se o modernismo fosse responsável por este estado de coisas. O que interessa é perceber na vacuidade de hoje uma falta, que tem um sentido e um alcance. O sentido de que não podemos conviver sem uma crença entusiástica nessa convivência. O ensaísmo modernista e sua institucionalização nos interessam como experiência histórica de um projeto que buscava produzir essa crença envolvida. Interessam ainda como experiência limite de uma possibilidade que devemos recusar, senão em suas intenções, pelo menos em suas realizações. Desse modo, reatualizamos aqui a famosa frase de Mario de Andrade: "Eu creio que os modernistas da Semana de Arte Moderna não devemos servir de exemplo a ninguém. Mas podemos servir de lição."[20] O deserto simbólico, no qual vagueiam essas populações, apenas ilustra os limites das velhas intenções e dos velhos projetos, tornados imprestáveis e obsoletos em pouco mais de meio século.

Artificialmente usamos a palavra "processo" para designar a institucionalização do modernismo a partir de Vargas e sua confusa diluição pelo livro didático dos escolanovistas, pela política de tombamento do patrimônio artístico e histórico brasileiros, pelos cadernos culturais de nossa imprensa e várias outras instâncias que criaram entre nossas camadas escolarizadas um difuso sentimento de pertencimento todo feito de fusões, amálgamas, sincretismos e miscigenação que nos tornaram cegos para a alteridade, para o pacto solene da vida pública, para a convivência e para as negociações adultas impostas pelo convívio – e, sobretudo, para nossas graves responsabilidades perante os que falharam, os que ficaram à margem e todos aqueles que nunca disseram querer aderir: aqueles que não subscreveram o documento afiançador de nossa convivência, seja por não concordarem com seus termos, seja simplesmente por não saberem ler.

20. Andrade (1978).

Não se trata de recusar a iniludível circunstância de que as tradições são inventadas ou que as comunidades são imaginadas, para lembrar, respectivamente, Hobsbawn e Anderson. Trata-se de pensar na operosidade e na oportunidade de nossas metáforas modernistas, que mal disfarçavam, na euforia ante o novo, a dificuldade perante a mudança. A golpes de frases de efeito, mutilamos nossa história e a transformamos em um mito todo feito de essencialidades desbastadoras de componentes dificilmente solúveis e de regressões históricas produtoras de fados e destinos. A saudável crítica inaugural a elites descontextualizadas, anacrônicas e *depaysées* terminou no discurso entronizado ao culto da irreverência e de um bem-humorado sentimento de pertencimento nacional que corroeu intensamente a medula grave de todo o pacto social.

Não se faz aqui um retrato ou uma caracterização do modernismo, mas a fixação de um estado de espírito. O lençol espichado que vinha nos cobrindo está a revelar as canelas nuas – e o frio do medo que nos assalta talvez possa ser visto como a seqüela de dívidas não saldadas.

Nossa língua-geral, hoje, é a da violência. Estamos diante de um complexo do medo, que nos assalta e sobressalta, composto de realidade e fantasia. Esta, reiterada e coletivamente compartilhada, torna-se mais real que os próprios dados reais isolados pela análise. Essas fantasias agregam incessantemente novas propriedades ao objeto, tornando inócua e ingênua qualquer tentativa de isolamento do fenômeno. Isto porque é exatamente no interior contraditório de suas multiplicidades interpretativas que o complexo se esclarece em suas propriedades multifacetadas e permite identificar as múltiplas causas que o condicionam. Essas fantasias operam como filtros do real, seus instituidores e seu aval.

O complexo social da violência, via de acesso para o entendimento de nosso cotidiano, contém propriedades heterogêneas e deriva de causas múltiplas. Decorre da vacuidade simbólica produzida pela crescente falta de correspondência entre os mitos modernistas explicadores do Brasil e a imprevista e imprevisível realidade tecida por nossos impasses e pelo atrito inamistoso de nossa convivência econômica, política, social e simbólica. Ele se deve a nossos impasses crônicos: reforma agrária, distribuição de renda, desemprego, fome, mortalidade e prostituição infantis, reconfiguração do universo familiar das ditas "classes populares" em face dos novos desafios. Do mesmo modo, ele deriva de graves frustrações políticas.

O complexo social da violência também decorre de nosso racismo mal resolvido e mal assumido, das mudanças drásticas no universo familiar, dos novos papéis assumidos pelas mulheres, da própria reelaboração dos papéis sexuais, da reconceituação em ato das prerrogativas e dos deveres da infância. Ele se depreende dos cismas religiosos, que abalam a idéia de uma fé hegemônica, referência geral mesmo quando não se professava aquela fé,[21] da produção multi-seriada de cosmovisões, da galopante ascensão da tecnologia que nos atinge cotidianamente e embaralha nossos marcos referenciais.

Tudo isso está contido nas falas das pessoas nas ruas; tudo isso é suscitado pelas conversas com os informantes de nossas calçadas. A busca dos signos pertinentes à série proposta não modula tais discursos. Parecem, antes, conduzidos pela magia metafórica que imprime em todas as falas significativas flutuações entre séries díspares e aparentemente desconectadas.

Faz-se necessário, aqui, um reparo. Essa disposição não se circunscreve a limites jurisdicionais de qualquer classe social: o discurso percorre incólume a Barra, a Vieira Souto, Copacabana e Tijuca e sobe

21. Índices de mudança, Pierucci (2004): "Em 1940: 95,2%, caindo em 1950 para 93,7, em 1960 para 93,1 e em 1970 para 91,1. Descem da casa dos 90% em 1980, aparecendo já na marca de 89,2. E daí por diante o ritmo das perdas relativas passa a ser mais veloz: caem para 83,3% em 1991, despencando finalmente para esses 73,8 cravados em 2000. (...) a aceleração da curva declinante como um movimento demográfico que marca as duas últimas décadas do século XX, particularmente os anos de 1990. Correspondentemente, foi nos últimos vinte anos que as taxas de crescimento do conjunto dos evangélicos mais subiram." "A perspectiva da construção de uma identidade nacional esteve sempre à mão entre os intelectuais, pelo menos desde a República, o que desde logo favoreceu toda uma boa vontade com a umbanda. Afirmativamente afro e marcantemente popular, ela não se fechava etnicamente em sua negritude, mas se oferecia brasileiramente a todos os brasileiros. Pensava suas raízes como plenamente brasileiras e não simplesmente africanas. E povoava o panteão de deuses africanos, os orixás, com suas 'linhas' de espíritos desencarnados de personagens tipicamente brasileiros: índios, caboclos, baianos, boiadeiros etc. O africanismo brasileiro em sua forma umbandista desde sempre se apresentou e se representou como uma 'mistura típica', 'bem nacional', de ingredientes de proveniência diversa, porém, ressignificados como autóctones. Isso o imunizou de qualquer pudor de embarcar nas diferentes ondas de nacionalismo cultural que se manifestariam em nossa história republicana a partir dos anos de 1930."

– com modulações alteradas – favelas urbanizadas ou não; distende-se pela Baixada Fluminense, freqüenta bairros operários, encontra guarida nas escadas e nas calçadas daqueles que não têm casa ou usam-na apenas nos finais de semana.

As expressões "distensão lenta e gradual", "salvaguardas", "poder moderador", "devagar se vai ao longe", "cuidado com o andor, que o santo é de barro"; ou "quistos culturais", "sincretismo religioso", "miscigenação", "branqueamento", "caráter nacional brasileiro", "negro de alma branca" constituem alguns entre tantos índices de duas grandes síndromes históricas brasileiras, provisoriamente anestesiadas pelo discurso modernista: o horror à mudança e a aversão pela alteridade. Atualmente, um quadro difuso potencializa as duas incógnitas, tornando-as exponenciais.

Quando julgávamos que a experiência modernizadora da vida urbana estivesse a corroer essas síndromes provincianas, eis que, no próprio espaço metropolitano do Rio de Janeiro, as mudanças em múltiplos planos e o contato acentuado com a diferença promovem uma reelaboração coletiva desses miasmas históricos: decididamente, passamos a ver em *alter* o avalista de nosso medo, e a avistar, em cada nova baliza, um afiançador de nossa insegurança.

Tendo em vista que o processo decorre de causas multifatoriais e se distende de maneira multifacetada, ele termina por exigir signos tangíveis sobre os quais possamos identificar os móveis de nosso medo e de nossa insegurança. O mais curioso deles foi, sem dúvida, aí pelos inícios da década de 90, o "menino de rua", monstruosidade composta pelas clássicas idealizações que agitam nossos devaneios em torno da infância, misturadas aos horrores "que esses meninos aí, soltos, são capazes de fazer".[22] Fatos e fantasias, cenas diurnas e imagens de pesadelo compõem um quadro coerente, indissolúvel, que torna noturno o cotidiano, que nos torna irreconciliáveis com a rua e com todas as metáforas de claridade, de razão e de lucidez. A *polis* tornou-se o *lócus* do desencontro – portanto um não-lugar. Ou o lugar a ser evitado. Chamo a esse fenômeno de *subcultura da evitação*: os homens de bem clamam por refúgios, e os fora-da-lei cuidam de seus esconderijos. Noticiário e cotidiano balizam o espaço social nestes termos: refúgios e esconderijos. Todos os encontros foram desmarcados, e todas as

22. Silva; Milito (1995).

conversas silenciadas. Só há negociação quando membros do esconderijo driblam a vigilância desses refúgios e detêm, em cárcere privado, algum de seus membros. O seqüestro atualiza soturnamente o diálogo interrompido ou – talvez – jamais iniciado. Intimidação, imposições, evasivas, instauram a guerra de nervos; medo, impotência, dor, angústia e culpa tornam os refugiados presas dóceis da maré montante que, ao atingir alguns, ameaça a todos.[23]

O discurso múltiplo sobre violência e insegurança vem assaltando as consciências pelo menos nos últimos 25 anos. Está cronificado. Não apenas nas grandes metrópoles realmente sobressaltadas, mas também em pacatas cidades interioranas. A violência como mercadoria nos meios de comunicação já constitui uma tradição.

Nossa paisagem toda balizada de há muito por guarda-costas, seguranças, porteiros armados, guaritas e alertas, detectores de metais, exterminadores, assassinos de aluguel, milícias, mineiras. Cotidiano controlado por câmeras de circuito interno: todo um aparato de sofisticado futurismo para nos proteger das contas não saldadas do passado.

Trata-se do triunfo, retorno e popularização do homem cordial, não exatamente aquele do entendimento de Cassiano Ricardo,[24] mas o da formulação de Sérgio Buarque de Holanda.[25]

2.2 *As falas entre fragmentos*[26]

Vejamos quais os traços dessas falas entre fragmentos, que parecem tentar preencher de sentido essa realidade vazia. São falas colhidas em meus itinerários nas pesquisas mencionadas e no trabalho em curso.[27]

As cenas detalhadas, únicas compreensíveis, revelam ambiências mentais e redes sociais dessintonizadas com a sociedade abrangente em torno de algumas questões e sobre alguns acordos indispensáveis.

23. Silva (2000).
24. Ricardo (1959).
25. Holanda, op. cit.
26. As informações contidas neste tópico são anotações preliminares de pesquisa em curso intitulada "Etnografia dos encontros de grupos organizados e eventos de denúncia e combate à violência".
27. Citado na nota anterior.

A memória dessas pessoas, suas falas sobre organização de invasões de terras da União, suas referências à saúde, educação, saneamento básico, segurança pública, transportes revelam, sobretudo quando a questão do Estado não está em foco, o que é mais expressivo e revelador, um distanciamento muito pronunciado de sua órbita. Não que ele não seja cogitado e acionado. Mas, se cogita dele e ele vem a ser acionado, sempre em uma perspectiva tópica. O que remete às perspectivas táticas da luta pela sobrevivência.

Falta ainda aqui aquele horizonte de probabilidade aberto pelos valores civilizados e capaz de colocar em perspectiva as rotinas civilizatórias.

Isso não impede que nesses pedaços, esboços de uma provável paisagem urbana, sejam encontrados intelectuais sofisticados e lideranças comunitárias e políticas com leitura crítica sobre a realidade e consciência dos direitos do cidadão e deveres do Estado. Não se opera aqui uma redução preconceituosa das possibilidades críticas, intelectuais e políticas dessas populações periféricas. Líderes políticos e comunitários são constituídos e atuam, há revelações contundentes de consciência crítica com depoimentos claros e informados. No entanto, o histórico de abandono e o cotidiano desamparado não ancoram claramente tais líderes. Talvez seja promissor o estudo do caráter intermitente dos movimentos sociais, de seus piques, seguidos de longos tempos de marasmo. Tributar tais oscilações a algum traço inerente a suas populações seria uma injustiça a mais perpetrada contra elas. A frouxidão da ancoragem das lideranças e a intermitência da mobilização indicam – antes de tudo – uma outra frouxidão – a dos laços com o Estado – e a outra intermitência – a das promessas e cuidados dispensados às populações locais.

Retome-se a questão da transformação do fenômeno da violência de matéria de especialistas em assunto de todos. Essa proliferação de sujeitos de discurso mina na base a questão da autoridade, do *expert*.

Ampliam-se os sujeitos intervenientes num debate público que se estende sobre pequenos cenários, o portão sobre a calçada, o balcão da padaria, o ponto de ônibus, o botequim, o vagão do trem, a arquibancada do Maracanã. Esses pequenos cenários se intercomunicam através das falas emitidas que vão ecoando de uns para outros e produzem uma malha metropolitana, espaço entrecortado, mas intercomunicante, ao longo do qual parece quase física o que alguns gostam de chamar de

"consciência coletiva" e que talvez pudesse ser chamado de "processo discursivo".

Esse tipo de rede é avesso ao especialista cuja linguagem ali soa arrevezada. Suas expressões parecem não corresponder à realidade que julgam dominar. Os lugares dessas falas são os mesmos lugares nos quais a violência irrompe. Neles, se tece uma grande conversa *ad hoc* composta de múltiplas pequenas conversas cujos fios são retomados nos mesmos espaços, em outros espaços trançando um saber aparentemente disperso, mas que se concentra na consciência individual que o testa reiteradamente pelos "toques"de linguagem, breves sinalizações que servem para verificar a adequação e sintonia de cada linguagem e cada consciência.

O especialista sobra aí. Ele não se comunica por esses tipos de impulsos. Com um saber sistematizado, operando analiticamente, percebendo dinâmicas ocultas, o seu próprio domínio desses cenários ocultos e sua precisão na montagem dos nexos causais e dos contextos, que são, entre outras, exatamente as operações que asseguram seu domínio da matéria, o tornam inconsistente naqueles lugares públicos. Estes não oferecem as correspondências necessárias ao discurso. Não, oferecem, sobretudo, as evidências legitimadoras que todo discurso solicita e requer. O cenário que o torne verossímil.

Assim, se torna lógica e sensata a admissão da mineira que funciona em terras da União no piemonte do Maciço da Pedra Branca, vertente de Jacarepaguá. Em terras que hoje pertencem à Fiocruz e Prefeitura, a justiça local não está afeta nem ao município nem à União. Dela cuida a mineira que policia, flagra e sentencia. Admitindo já, como prova de modernidade e flexibilidade, as penas alternativas, como no caso dos adolescentes flagrados fumando maconha na favela de Entre Rios e que tiveram de fazer pequenos trabalhos para a comunidade, como capinar o campo de futebol e cuidar de um esgoto que despejava dejetos em plena rua.

As falas dos encontros promovidos em vários cenários para discutir a questão da violência no Rio de Janeiro estão aqui fixadas em estado preliminar e incompleto. Essas reuniões congregam especialistas, autoridades públicas, lideranças comunitárias, vítimas notórias de violência ou parentes de vítimas de chacinas. Não faremos aqui a distinção da procedência dessas falas. Interessa-nos apenas delinear as questões e temas suscitados por atores diferentes para caracterizar a substância de uma grande conversa, que de certa forma se disse-

mina, pois os participantes dos grupos reduzidos que as integram tratam de disseminá-los em suas interações com vizinhos, colegas de trabalho, amigos, parentes, companheiros de percurso nas longas viagens de casa para o trabalho do trabalho para a casa, nos metrôs, trens, vans e ônibus.

Uma observação constante incide exatamente sobre uma questão que de certa forma está contida em nossa reflexão páginas atrás sobre a escalada da violência e a liquidação em definitivo das fantasias em torno do país incruento. É a percepção e sentimento inquieto de que a violência deixou há muito de ocorrer nos interstícios sociais para demarcar todos os espaços e medir todo o tempo.

Percebe-se uma espécie de redução dos princípios constitucionais, o que entroniza o que os especialistas costumam chamar de "democracia de baixa intensidade", uma democracia atravessada pela violência.[28]

Em tais discursos há um reconhecimento mais ou menos explícito de uma preponderância entre nós do Estado penal sobre o Estado social.

Objeto de ampla discussão foi o caso recente da perda de mandato de deputado estadual de um ex-chefe da polícia civil durante seis anos e dois governos, envolvido em graves ilícitos durante o exercício mesmo deste último cargo.

Tema recorrente é o da percepção de um "Estado paralelo" ou de um "Estado ausente". Algumas vozes lamentam a ausência do Estado e reclamam sua presença como um direito dos cidadãos das áreas de onde ele teria se retraído. Já outras vozes discordam quanto a sua ausência, percebendo no cotidiano sobressaltado, particularmente no caso de ação policial, uma evidência de que a realidade adversa não se passa distante do Estado, está dentro do Estado. Não se trataria de um universo paralelo, mas de dinâmicas e predisposições que se passam e se encontram dentro do Estado. O Estado não estaria atendendo interesses públicos, e sim privados.

Há uma consciência generalizada e expressa com emoção e veemência sobre uma disseminada e diabólica criminalização da pobreza.

28. Mitos, modelos mentais do país atravessados pela violência.

Nesta perspectiva, o sistema de segurança pública estaria operando uma sistemática eliminação do "outro" que, em princípio, seria bandido.

Evidências, testemunhos ou avaliações mais abstratas concorrem para o reconhecimento da institucionalização da negociação com o crime organizado. Há nesse diapasão toda uma reflexão em torno da obediência – pacto, arranjos de proteção – medo e terror que explicariam a formação, os princípios e as ações das milícias e a política de segurança pública.

Há quem considere que se trata mesmo de uma política de extermínio, adotada pelo Estado e voltada contra o problema constituído pelo não-consumidor improdutivo. Nesta perspectiva, a polícia seria apenas o braço armado executor de tal política, mera co-responsável.[29] Tratar-se-ia de uma programática eliminação de vidas e territórios. Falas de autoridades locais como a referência à política de segurança como "inseticida", a declaração de que não se deve dar "pétala de rosa para bandido", ou a imagem de que certa área periférica seria "fábrica de produzir marginais" são objeto de constantes referências e protestos. Indagam: se governar é proteger, quem é o inimigo? A quem se vai proteger?

A literatura sobre o tema, os especialistas e os assim chamados "populares" reconhecem que estão morrendo os moradores de periferia, do sexo masculino, jovens, pobres, negros, pardos, de baixíssima escolaridade.

A relação política-polícia suscita o reconhecimento de que segurança pública não é uma questão de polícia, mas de política.

A militarização da segurança pública é denunciada como uma fonte alimentadora da indústria de armamentos. Discute-se o uso e o significado na prática do auto de ocorrência e do auto de resistência. Comenta-se nesse contexto discursivo a frase segundo qual "Defesa de direitos humanos é defesa de bandidos".

29. A presente, as anteriores e as subseqüentes afirmações contidas neste item 2.2 foram emitidas por pessoas concretas e não são opiniões ou observações do autor. Não as identifico aqui, pois operei sobre suas falas sínteses, tentando extrair diagnósticos bem gerais com o objetivo tão somente de mapear um debate que se torna público e, portanto, integra o repertório de todos. Nesse sentido esquemático, os emissores de tais conteúdos talvez não os reconheçam como seus à falta dos detalhamentos discursivos que os fundamentam e costuram.

Tematiza-se a relação justiça, sistema prisional, polícia. Denuncia-se uma suposta injustiça social contida na dificuldade popular de acesso à justiça. Algumas vozes chegam a questionar o instituto da defensoria privada. São estas vozes que preconizam uma defensoria pública acessível a toda a população. Denunciam a advocacia privada e nela vêem a expressão apenas dos interesses dos próprios advogados.

É generalizada a avaliação de que fracassou o sistema prisional brasileiro, que conta com a quarta população carcerária do mundo, composta, sobretudo, de jovens, pobres, negros, pardos, de baixíssima escolaridade.

Discutem-se, para além da truculência policial e de seu papel como instrumento de extermínio, a circunstância de que a instituição policial não é regida por regras formais claras e previamente definidas. A burocracia policial funcionaria a partir do que o policial define para si. Propõe-se que tal instituição sofra o controle de instâncias democráticas cabíveis.

Quanto à sociedade, fala-se com muita constância em estado de barbárie. Em certo debate, observa-se que a flexibilidade e a falta de perspectiva de futuro seriam marcas das sociedades pós-industriais. Em nossa sociedade, os segmentos das populações de periferia entre os 6 e 18 anos encontrar-se-iam sem nenhuma oportunidade, nenhuma perspectiva de vida, sem amanhã e, curiosamente, "sem romantismo", expressão que parece no contexto de discussão remeter exatamente para a vacuidade simbólica à qual estamos aludindo e alocando, em função do nosso passado recente, na identidade nacional, não tanto por julgar que esta seja necessária, mas pela circunstância de que foi a articulação historicamente tornada possível. Esse tipo de discussão suscita ainda a denúncia da falência da educação pública, outro indicador de proximidade com o projeto modernista que se institucionalizou sobre um expressivo componente pedagógico presente nos conteúdos dos livros didáticos e nas inúmeras reformas de educação empreendidas pelos escolanovistas.

Fala-se ainda nas cicatrizes deixadas pela violência junto às populações periféricas. O que suscita o reconhecimento da importância da escuta. Escuta da periferia, da favela. Existem psicanalistas e psicólogos desenvolvendo trabalhos com pacientes desses estratos. A dimensão psicológica se insinua, complexificando os recortes tradicionais que percebiam os pobres na exclusiva perspectiva social e econômica. Essas

experiências constituem o morador da periferia como paciente psicanalítico, o que provavelmente terá – além de questionar o estereótipo do pobre privado de psiquê e movido apenas por necessidades econômicas e limitações sociais – conseqüências para a própria teoria psicanalítica entre nós. Esse movimento de particularização e detalhamento integra o quadro generoso, que se insinua em meio aos problemas, abrindo a perspectiva concreta de transcender os clichês que reduziam tradicionalmente a imagem do outro. Privilegiam as vias da particularização e do detalhamento, instâncias humanizadoras por excelência.

A consciência de que a falta de respeito costura o cotidiano da relação entre tais populações com autoridades e segmentos mais abastados da sociedade é traço comum em tais discursos. Múltiplos episódios são relatados sejam por observadores, sejam pelos próprios atingidos por tais atos de desrespeito. Há um rap conhecido na periferia que tematiza isso: "sou desrespeitado". Tema e questão que atravessam os relatos de MV Bill e Celso Ataíde.[30]

Outro tema de grande significado é a idéia de manutenção da ordem criminosa. Questão com nítidos vínculos com o que denominamos acima como cronificação da violência. Segundo tais falas, o crime não é marginal, segue todos os princípios neo-liberais. Num desses encontros, alguém lança a questão de se seria possível conceber o caveirão combatendo o ecstasy na Vieira Souto?

Um quadro, portanto, que introduz um sentimento generalizado de perplexidade e revolta e que conduz à interrogação em torno de se valeria ainda esperar pelo Estado ou partir para a ação através de redes.

E o nosso tema encontra lugar aqui, pela voz popular do habitante da periferia: não se tem o direito de ir e vir? Essa questão vem acompanhada de um lamento sobre as limitações impostas por tal estado de coisas: "não saio mais de casa para tomar minha cerveja com minhas amigas".

Num desses encontros a pergunta perplexa, em sintonia com o que se considera neste artigo como cronificação do estado de violência: "o que falta mais acontecer?"

Pergunta que encontra surpreendentemente na voz da periferia, e não da Zona Sul como se suporia, a resposta cidadã que poderá, a longo

30. Soares; Bill; Ataíde (2003).

prazo, criar novas malhas de significado abrangentes para a vida social em nosso país: "aumentar nossa voz, buscar soluções".

Trata-se de um discurso radical, conversas que andam tomando, nesses encontros, as coisas pela raiz. Economia, Estado, Território, Governabilidade e Soberania são questões que balizam o discurso.

Não se podem prever seus desdobramentos. Seguiremos registrando as propriedades desse discurso e os rituais promovidos para sua enunciação. Esperamos ao cabo de um ano oferecer uma análise do que aqui se apresenta sintética e incompletamente, mas ainda assim candente nesses parcos fragmentos.

Como se vê, o elenco de temas é extenso e heterogêneo. Esses dois traços indicam a consciência da radicalidade do momento. Ordenamentos básicos e práticas tradicionais de estado estão sendo questionados, o que indica um "mal-estar" equivalente àquele citado acima e expresso pelos intelectuais brasileiros nas vésperas da eclosão do movimento modernista. Apenas, agora, a via não é mais a da arte e da produção intelectual e, sim, a da cidadania.

3. Conclusões

Em nosso cenário o horizonte da probabilidade que permite o projeto está sendo solapado pela rotinização da violência, a agudização da luta pela sobrevivência e pela ausência de representações compartilhadas de pertencimento social. Crime organizado, milícias, mineiras, seguranças, linchamento, informalidade, desemprego, baixa escolaridade, redução do significado social da escola, ausência de signos e símbolos de identidade coletiva constituem os índices respectivos que atestam tal estado de coisas. Este artigo se ocupou desta última característica do universo, isolada analiticamente, embora na realidade atue integrada aos outros aspectos. Essa opção foi determinada pela pouca freqüência com que esse aspecto é tratado pela literatura especializada.

Parece curioso discorrer sobre uma falta quando se afirma, ao mesmo tempo, que o trabalho etnográfico circunscreve-se ao material tangível pelo qual transita e com o qual se depara o etnógrafo. Essa curiosidade se dissipa ante a recuperação do modernismo, experiência histórica relativamente recente e que constitui um notável empreendimento intelectual e institucional para dotar de sentido a experiência do estado brasileiro. Alguns traços do discurso ainda resistem no cenário social, fragmentos pouco inteligíveis de um empreendimento que foi um fato

social total no sentido emprestado por Marcel Mauss[31] a envolver dimensões geográficas, psicológicas, econômicas, sociais, políticas e culturais. Essa vacuidade não é perceptível, portanto, etnograficamente. Trata-se de uma recuperação histórica que, na interpretação empreendida, revela os limites da configuração de um discurso e, ao mesmo tempo, o sentido social e simbólico que poderia vir a ter numa outra configuração de alcance plural para a fixação de uma mística de pertencimento.

Quando, em uma roda qualquer, um episódio recente suscita o tema da violência e da insegurança pública no Rio de Janeiro, é comum que alguém se refira à "crise dos valores". Essa alusão pode conter graus variáveis de complexidade que se insinuam nas especificações e detalhamentos, mas, na maior parte das vezes, o enunciado se basta, intransitivo, dispensando complemento.

Nesta última forma, absoluta, sintética, perplexa, ela parece contribuir para tornar o clima em volta um pouco mais carregado. Aponta para um vácuo, para uma falta de alguma coisa essencial que não é nomeada. Com isso, acentua o sentimento de impotência.

A percepção e o sentimento que a frase traduz não estariam apenas em estado difuso, estendendo a tudo o que talvez se aplique a uma dimensão mais precisa da vida social?

Esta a nossa hipótese. Os valores ausentes são exatamente aqueles que poderiam criar um sentimento de pertencimento e projetar um horizonte comum ao fundo do cenário conflitivo dos interesses e divergências.

As imposições da sobrevivência são arranjos táticos, *ad hoc*, a circunstância e a imprevisibilidade desafiam qualquer veleidade estratégica. Essa propriedade está cheia de implicações e desdobramentos para o fio central de argumentação deste artigo. É difícil conceber que no clima generalizado de insegurança associado aos parcos recursos que tornam a sobrevivência objeto de um esforço que se refaz a partir de arranjos táticos que exploram as *chances* do cotidiano que o horizonte da liberdade possa a vir a ser distendido, pois isso implica em luxos de direitos e reivindicações que o solo da insegurança mina e que o imediatismo da sobrevivência negligencia.

Apesar do cálculo, no entanto, pelas vias imprevistas de alguns insubordinados, algumas lideranças e por vítimas do estado de coisas,

31. Mauss (1974).

certas vozes restauram o sonho complexo do ideal da plenitude de direitos e do postulado da liberdade.

Um encontro com engenheiros de campanha política na recente disputa para a Prefeitura do Rio revela ao autor deste artigo tipos curiosos que têm: a cidade na cabeça e que fazem cálculos precisos sobre seus arranjos e tendências. Quando a memória traz ali o reconhecimento das falhas de previsão e fracassos pelas quais foram responsáveis os cálculos cerebrais do passado, não questionam a natureza do cálculo nem a possibilidade de colocar a cidade na cabeça. ("Ando por aí, converso com um e com outro", clichê que autoriza o impressionismo de orelha em pé). Assim seguem.

Nossa cidade, ao contrário não se aninha em forma de modelo no cérebro do autor deste artigo. É cidade sobre a qual se anda e de onde se recolhem, na superfície, sinais que merecem leitura, ao mesmo tempo, ávida e cautelosa.

Seria imprudente fazer prognósticos. Deixemos aos engenheiros de campanha a volúpia mental de conter em si o que é necessariamente exterior e, portanto, surpreendente. São momentos nos quais se torna aguda a importância de uma desinflação do intelectual. Retomar talvez a velha consideração de Karl Mannheim sobre o princípio de autoavaliação. Um programa de escuta e diálogo, prevenido pela consciência dos limites do diálogo.

A questão da liberdade se encontra em alguns quadrantes refém de um paradoxo que está a depender do diálogo, da interação entre redes nas quais os significados não terminem esterilizados pela hermenêutica de gabinete. O brilho dessa hermenêutica não é avalista de sua procedência nem assegura seus acertos. Avaliza e assegura apenas o exercício intelectual. Este, porém, como o nosso modernismo exemplifica, pode ser agudo e complexo, mas desconectado de seu objeto. Altos exercícios lógicos nem sempre ganham consideráveis altitudes antropológicas.

O outro deverá emergir pleno nos detalhes que substituem a familiaridade. Emergir não apenas enquanto ator ao qual se restitui um sentido, mas ao qual se atribui um papel cujo sentido e alcance ele próprio inventará no jogo de cena.

É preciso um projeto. Mas é preciso abrigar o projeto em permanente estado de dúvida, o que significa abertura constante para um diálogo que, por definição, é interminável, pois o sentido está permanentemente

a se repor. Se a sociedade é um texto, deverá ser um texto sendo escrito e não um texto editado.

Isso não significa uma demissão intelectual, mas uma reconfiguração do significado do papel de intelectual neste *imbróglio*. Perdemos a hora de negociar contra o pano de fundo de valores estáveis. Temos agora que negociar valores.

Fica claro, por tudo que foi desenvolvido até aqui que o tema fundamental deste artigo é o da integração social. Não se trabalha com esquemas de certo funcionalismo mais simplista, segundo o qual as sociedades funcionariam como organismos ou relógios. Não se parte da idéia de interdependência das partes. Talvez o que esteja plantada como pano de fundo de toda essa cogitação, seja a velha pergunta de Simmel: how society is possible?

A antropologia urbana aqui praticada é tributária direta, entre outras influências, da Escola de Chicago. Ora, uma das primeiras descobertas desta escola é que não se encontra na cidade um tipo específico de sociedade contraposta ao rural, tema caro a alguns integrantes, como o próprio Simmel ou Robert Redfield. O que se descobre são as tais áreas morais de Park. A cidade é mosaica. E se descobre um pouco depois que o sentido emerge da interação (Herbert Blumer) para se chegar à evidência de que a linguagem, instrumento por excelência dos processos interativos é uma fonte de mal entendidos (Erving Goffman).

Chicago, o laboratório deles, era a Babel de todos os imigrantes.

Hoje, os conhecidos conflitos parisienses encontram nos subúrbios onde se concentram grandes contingentes de imigrantes e seus descentes mal integrados à sociedade francesa uma fonte de distúrbios e agitação.

Em nosso caso, a questão da integração oferece um outro registro. Admita-se o caráter mosaico do Rio de Janeiro, a importância que os bairros adquirem na vida social e na produção de valores como chão do encontro. Admita-se ainda que, em geral e não só no Rio de Janeiro, a vida social é por natureza conflitiva porque costurada por negociações, barganhas, trocas, interesses expressos pela linguagem simbólica que, muitas vezes, dissocia mais que aproxima. Mesmo admitindo tudo isso como pressuposto, o que se vem observando nas áreas periféricas do Rio de Janeiro e nos morros encravados em suas áreas ditas nobres e centrais demonstra por parte do poder público local uma tradição de intervenção em tais áreas que acentua sobremaneira essas propriedades entrópicas da vida social. Será o problema dessas áreas o de ausência

Bibliografia

Andrade, Mário de. *Macunaíma, o herói sem nenhum caráter*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988, edição crítica coordenada por Telê Porto Ancona Lopez.

Andrade, Mário de. O movimento modernista. *Aspectos da literatura brasileira*. São Paulo: Martins, 1978.

Andrade, Oswald de. *Do pau-Brasil à antropofagia e às utopias*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

Cândido, Antonio. Dialética da malandragem (Caracterização das Memórias de um Sargento de Milícias). *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros* 8. São Paulo: USP, 1970.

Freyre, Gilberto. *Casa grande & senzala*. Coleção Biblioteca Básica Brasileira, n. 7, 12. ed. brasileira, 13. ed. em língua portuguesa. Brasília: Ed. UnB, 1963.

Fundação Cide. Programa nova baixada – Componente desenvolvimento institucional. *Rio Urbano – Revista da Região Metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Cide, mar. 2002, p. 12 a 21.

Holanda, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 6. ed. Coleção documentos brasileiros. Rio de Janeiro: José Olympio/INL, 1971. vol. 1.

leite, Dante Moreira. *O caráter nacional brasileiro. História de uma ideologia*. São Paulo: Pioneira, 3. ed. rev., refundida e ampl., 1976.

Martins, Wilson. *Um Brasil diferente*. São Paulo: Anhembi, 1955.

Matta, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis. Para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

Mauss, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: Mauss, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: E.P.U./ Edusp, 1974, p. 37 a 184. vol. 2.

Moog, Vianna. *Bandeirantes e pioneiros*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

Moraes, Eduardo Jardim de. *A brasilidade modernista – sua dimensão filosófica*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

Morse, Richard M. A economia de Manchester e a sociologia paulista. *Dados* 18/33-56. Rio de Janeiro: Iuperj, 1978, p. 33.

Mota, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira (1933-1974)*. São Paulo: Ática, 1977.

Oliven, Ruben George. *Violência e cultura no Brasil*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

Pierucci, Antônio Flávio. Declínio demográfico de três das nossas religiões tradicionais: o catolicismo, o luteranismo e a umbanda.

Prado, Paulo. *Retrato do Brasil. Província & nação*. Coleção Documentos Brasileiros, n. 152. Rio de Janeiro/São Paulo: José Olympio/Conselho Estadual de Cultura, 1972.

Ricardo, Cassiano. *O homem cordial e outros pequenos estudos brasileiros*. Biblioteca de Divulgação Cultural, Série A – XXIII. Rio de Janeiro: MEC/INL, 1959.

SILVA, Hélio R. S. *Travesti – a invenção do feminino*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ISER, 1993.

_____. *As raízes do retrato*. Rio de Janeiro: Tese de doutoramento, UFRJ, 1994.

_____. MILITO, Claudia. *Vozes do meio-fio*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

_____. *Certas cariocas*. Rio: Relume Dumará/Prefeitura do Rio de Janeiro, 1996.

_____. MILITO, Claudia; SOARES, Luiz Eduardo. Homicídios dolosos praticados contra crianças e adolescentes, no Estado do Rio de Janeiro – 1991 a Julho de 1993. In: SOARES, Luiz Eduardo et alii. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER/ Relume Dumará, 1996, p. 189 a 215.

_____. O menino, o medo e o professor de Saarbrucken. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos. *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ/ Editora da FGV, 1996, p. 25 a 47 e 246 a 264.

_____. FLORENTINO, Cristina. Espelhos, papéis e interpretações. In PARKER, Richard; Regina Maria Barbosa (orgs.). *Sexualidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1996, p. 105 a 118.

_____. Do caráter nacional brasileiro à língua-geral da violência. In: ARANTES, Antonio Augusto. *O espaço da diferença*. Campinas: Papirus, 2000, p. 288-304.

_____. Joyce e travesti. Semiosfera, *Revista eletrônica da Escola de Comunicação da UFRJ* 4 e 5, ano 3, jul. 2003, seção Imaginário Plural. <http://www.eco.ufrj.br/semiosfera/index.html>

_____. *Longe é muito perto*, originais (2006), no prelo.

_____. *Travestis entre o espelho e a rua*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

_____. *Os novos internos da Colônia Juliano Moreira*, pesquisa concluída, em fase de redação do Relatório final, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, Luiz Eduardo; MV BILL; ATAÍDE, Celso. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

4
La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o "las teorías criminológicas no son inocentes"

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

Profesora Titular del Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" (ICLAC) de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal; Internacional; Criminologia

RESUMEN: Se revisa el camino seguido por el pensamiento criminológico desde sus orígenes hasta nuestros días, señalando sus relaciones con los Derechos Humanos, a partir de su negación en el positivismo, y de los peligros que experimentan hoy en el sistema penal de la Sociedad contemporánea, hasta su extrema afirmación en la que hoy podríamos denominar Criminología de los Derechos Humanos.

PALABRAS-CLAVE: Derechos humanos – Pensamiento criminológico – Sociedad del riesgo – Miedo al delito – Sistema penal instrumental – Terrorismo – Migraciones e instrumentos internacionales.

ABSTRACT: We will revise the development of criminologist thinking from its inception up until our times, highlighting its relationship to Human Rights. This association ranges from denying positivism and the threats it comes up against in contemporary Society's criminal system to its extreme affirmation in what we could call Human Rights Criminology.

KEYWORDS: Human rights – Criminologist thinking – Risk society – Fear of crime – Instrumental criminal system – Terrorism – International migration and instruments.

SUMARIO: 1. Las teorías criminológicas no son inocentes – 2. La sociedad de riesgo y la contra-reforma humanística – 3. La contrarreforma humanística vista en el sistema penal actual – 4. ¿Todo el derecho penal es derecho penal del enemigo? – 5. Pero: ¿Hay verdaderamente un mundo globalizado (castigar "al otro")? – 6. Los diferentes, los instrumentos internacionales y el sistema de garantías – 7. El sistema penal: una función meramente instrumental – 8. Una primera ojeada a la criminología de los derechos humanos – 9. Los crímenes de masa y la criminología de los Derechos Humanos – 10. La intensa y dinámica relación entre criminología y derecho penal. La inversión de los roles – Bibliografía.

1. LAS TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS NO SON INOCENTES

Sin duda, el control penal es el termómetro de los Derechos Humanos. También, en consecuencia, ese control penal define la democracia, ya que todos los gobiernos intentan legitimar sus estilos o ideologías a través, si no siempre del Derecho, sí a través de la Ley.[1]

Ese control penal se disfraza también de teorías legitimantes. A partir de la consideración de la Criminología Crítica como una Teoría Crítica del Control Social, – en nuestro caso, es la manera como la entendemos,[2]– el análisis del pensamiento criminológico no puede sino detectar cómo este control social se modula en cada tipo de criminología, bien limitando, bien enfatizando la protección de los derechos que son atinentes al desarrollo progresivo, tanto material como espiritual, de la especie humana.

Una consideración de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal, como pensamiento criminológico, en cuanto se trata de una forma de control social,[3] –tal como implícita o explícitamente han hecho, según

1. Esto no es aceptable. Como se sabe, Derecho y Ley no son la misma cosa. La sola ley no es fuente de legitimidad del ejercicio del poder estatal. Debe haber sumisión del Estado a la justicia. El Derecho es el valor superior del ordenamiento jurídico: lo constituyen los principios jurídico-políticos que conforman la cultura jurídico-constitucional.
2. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de la liberación*. Publicaciones del Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro (ICLAC) de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1987.
3. Por ello se le ha definido como una criminología especulativa, administrativa y legal. Ver PAVARINI, Massimo, Control y Dominación, México: Siglo XXI, 1983.

los casos, los primeros que iniciaron el pensamiento crítico sobre la criminología,[4]– abre las puertas para ver el movimiento de los Derechos Humanos a partir de la que, desde entonces, se ha denominado Criminología Clásica.

El movimiento pendular de las diferentes criminologías[5] se ha ido desplazando desde un extremo al otro de espectro protector de los Derechos Humanos, para llegar hoy al punto intermedio en el cual las garantías y derechos resultan ser la característica de la Criminología Crítica contemporánea.

La tensión fundamental, como se sabe, ha estado representada por los dos polos históricos de los Derechos Humanos: la igualdad y la

4. Por ejemplo Rusche y Kirkheimer, Chambliss; Taylor, Walton y Young, Tony Platt, Masssimo Pavarin y Dario Melossi, Alessandro Baratta, Lola Aniyar de Castro, Roberto Bergalli, Juarez Cirino dos Santos, Rosa del Olmo, Emiro Sandoval, Mauricio Martínez, Vera Malaguti, –y la lista después se hace muy larga, incluyendo no sólo a criminólogos puros, sino también a penalistas críticos como Nilo Batista, Raúl Zaffaroni, Juan Bustos, y hasta sin proponérselo al mismo Eduardo Novoa Monreal–, ya que se han ido sumando gran cantidad de personas de generaciones intermedias y recientes
5. No trataremos de dar una definición de Criminología, pues Criminologías hay muchas, según la orientación epistemológica que las guía. Baste saber que, para quien escribe, una buena, iluminada y comprensiva Criminología, debe tratar no solamente la transgresión de lo penal, sino también la criminalización. Y que ésta, a su vez, tiene que ver con: a) las definiciones sociales e institucionales; b) con las instituciones sociales normativas y administrativas que la manejan c) con las expectativas sociales; d) con el imaginario colectivo, e) con la manipulación política que usualmente se hace de este conjunto de hechos, ideologías y situaciones. f) con el castigo, en sus manifestaciones abiertas u ocultas. g) con una política criminal humanista que signifique todos los derechos para todos. Una criminología democrática debería también incluir el interés por las víctimas, tanto de las transgresiones como del mismo sistema penal. Y una estrategia para controlar a quienes controlan. Debe estar orientada a garantizar tres derechos humanos fundamentales (sin perjuicio de los otros que pueden perderse en el camino de control penal): libertad, igualdad, seguridad. Debe también incluir una discusión sobre las conductas que son socialmente dañinas aunque no estén castigadas por los Códigos Penales. Por ello, el pensamiento racional y coherente que se llama Criminología, debe tener como objeto de análisis al mismo Derecho Penal, como parte que es del sistema penal total.

libertad. Pero tratándose del control penal y de sus matices, el cúmulo de derechos vulnerables se destaca con mayor intensidad.

Se sabe que la llamada Criminología Clásica desarrolla derechos humanos individuales: el ciudadano, nacido como tal de la Revolución Francesa, disponía de formas para contener el poder punitivo del Estado, especialmente representadas por esos denominados derechos individuales, los cuales, sin embargo, como fue demostrado,[6] servían a la vez que como un muro frente al autoritarismo y el poder omnímodo de los regímenes anteriores, también para facilitar el libre y pacífico desarrollo del mercado naciente. Así, la seguridad jurídica resultó estar blindada a través de principios legales, que hoy tienden a ser constitucionales, y que son uno de los pilares del moderno garantismo, como los principios de reserva legal, de la irretroactividad de la ley, de la necesaria codificación e interpretación disciplinada de la misma. Todos ellos le dieron a la libertad el carácter de derecho supremo. Mientras tanto, la igualdad estaba presumida en un supuesto nacimiento contractual del Estado moderno, y en una norma general y abstracta sobre "la igualdad de todos frente a la Ley", la cual no estaba asegurada por las relaciones sociales de base. Con razón, Anatole France hizo escarnio de esa supuesta igualdad al recordar que el Código Napoleónico prohibía por igual, a los ricos y a los pobres, pedir limosa y dormir bajo los puentes.

La criminología positivista, por su parte, bajo el imperio de una Ciencia deificada por su estrecho amarre a los métodos antropo-bio-psicológicos, tanto como a los de una sociología funcionalista en buena parte de marcado tipo organicista, fue recortando derechos, y estableciendo estereotipos del delincuente de carácter clasista, a la vez que las políticas criminales derivadas enarbolaban criterios amenazadores como el de la peligrosidad pre-delictual, las tablas de predicción, y las medidas curativas o asegurativas de tiempo indeterminado. En el terreno jurídico, se acompañó de leyes o interpretaciones peligrosistas, y le dio impulso al Derecho Penal de Autor.

Frente a esos criterios cientificistas, el construccionismo epistemológico hizo irrumpir la duda sobre la autoridad de un control surgido de bases tan poco previsibles como la reacción social y la variedad de la misma. Especialmente, al liberar el valor de las diferencias, contribuyó a considerar también a "la diferencia" como un derecho humano. El

6. Vid Pavarini, ob. cit.

interaccionismo simbólico, en las democracias liberales, no sólo diluyó la tesis de la concentración y el voluntarismo del poder político, sino que al develar la complejidad de la vida social, y la importancia de identificar intereses variados, puso la batuta en las manos de los grupos sociales organizados (asociados por intereses de género, religiosos, etarios, profesionales, ideológicos, financieros, etc.) que tuvieran la capacidad de imponer sus criterios. Inclusive, en la práctica de la reacción social, también el poder se encontraría en las decisiones individuales de criminalizar o no criminalizar determinados conflictos o determinadas personas. El poder, con esta teoría, aunque no está dicho especialmente en los libros del interaccionismo, se demuestra capilar y múltiple, como en sus últimas consecuencias lo describe Foucault.[7]

Al liberarse, pues, con esa criminología interaccionista, las diferencias sociales en un marco de filosofía política que ya no es consensual sino conflictivo, se abre el camino, bien para asignarle nuevos valores, actuales o posibles, al control formal; bien para escrutarlo en busca de sus determinaciones económicas, culturales, militares o políticas.

La verdad absoluta asignada a Códigos y Constituciones queda, pues, desnudada en su pretensión de serlo. Y todo queda permeado por las posibles interrogaciones.

Es allí donde los planteamientos abolicionistas encuentran su raíz más provechosa. La libertad y la diversidad vuelven a ser un valor absoluto, y se confunden con una nueva definición de la democracia.

Cuando irrumpe la criminología radical, con sus señalamientos de clase, de selectividad del control, y con nuevas concepciones de los derechos humanos, en los cuales los valores centrales serían el de la igualdad y el de los intereses de la clase trabajadora, el planteamiento linda con modelos autoritarios, aunque orientados a reconocer los derechos de grandes mayorías. Sin embargo, el reconocimiento de la diversidad vuelve a considerarse un elemento tanto de la libertad y-

7. En *La Verdad Y Las Formas Jurídicas*, Michel Foucault se nos aparece relacionado, aunque autónomamente, a estos planteamientos del interaccionismo, En su *microfsica del poder*, se refiere al poder como "una trama de poder microscópico, capilar", que no es el poder político ni los aparatos de Estado ni el de una clase privilegiada, sino el conjunto de pequeños poderes e instituciones situadas en un nivel más bajo. No existiría un poder; en la sociedad se dan múltiples relaciones de autoridad situadas en distintos niveles, apoyándose mutuamente y manifestándose de manera sutil.

paradójicamente- también de la igualdad , al señalarse el sometimiento de sectores sensiblemente dominados, asociados no por clase, sino por género, o edad; o por etnia o color, o por su pertenencia a cualquier grupo organizado en torno a intereses específicos.[8]

De alguna manera, las Criminologías siguen el movimiento histórico de los Derechos Humanos proclamados por Naciones Unidas: los Derechos de la Primera Generación, sostenidos por el llamado Primer Mundo (básicamente la libertad); los Derechos Humanos de la Segunda Generación, impulsados por los regímenes que vivenciaron revoluciones socialistas, o Segundo Mundo (básicamente la igualdad). Y posteriormente, con las progresivas descolonizaciones que dieron lugar a nuevos países con derecho a voto en Naciones Unidas (países del Tercero y Cuarto Mundo), los de la Tercera Generación (que aún no tienen completa protección penal), como el derecho a la soberanía, al ambiente, al desarrollo, a la nutrición, a la información.

La libertad y la igualdad, –o Justicia Social–, siguen campeando en el discurso político y en el criminológico y penal, porque son más factibles de judicialización. Estos derechos se orientan, respectivamente, a enfrentar los autoritarismos y la selectividad del control penal.

La criminología crítica, por su parte, con su observación permanente del ejercicio del poder, y centrándose tanto en la justicia social como en toda acción de democracia emancipatoria generalizada,[9] incorpora

8. Víd Hermann y Julia Schwendinger, los cuales, después de haber asignado a los Derechos Humanos reconocidos por Naciones Unidas, el carácter exclusivo de orientar los Bienes Jurídicamente Tutelados por el sistema penal, posteriormente proponen criminalizar sólo aquellas acciones que inhiben los derechos de la clase trabajadora y que reproducen los intereses de la clase dominante. Ver de los autores: Clases Sociales y la Definición del Delito en *Capítulo Criminológico* 13, Maracaibo, Venezuela: Órgano del Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, de la Universidad del Zulia, 1985 y Defenders of Order or Guardians of Human Rights, *Issues in Criminology* 15, Berkeley.

9. De hecho, Alessandro Baratta, en Requisitos Mínimos del Respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal. *Dei Delitti e Delle Pene* 3, anno 3, 1985 (ver en español en Capítulo Criminológico, Órgano del Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela) cuando se refiere al contenido del referente material del delito, habla de "intereses generalizables que contribuyan a la emancipación general". Sobre el anti-autoritarismo de la Criminología Crítica, ver Aniyar de Castro Lola: *Criminología de la Liberación*. Maracaibo: Ed.

la concepción no sólo de estos derechos, sino la de todos los derechos humanos, y para todas las personas.

La vocación anti-autoritaria de la criminología crítica ha recogido el conocimiento antropológico que está en la base de abolicionismo aunque "provisionalmente" acepte la necesidad de criminalizar algunas acciones, considerando su criminalización como un "espacio residual" y "dentro de una política integral de protección de derechos".[10]

Hoy en día se hace como nunca emergente la necesidad de refrescar el pasado y el presente del pensamiento criminológico y su relación con la ampliación, la reproducción y la ratificación de la voluntad humanística que debe tener todo pensamiento progresivo, frente a la negación o limitación de derechos humanos. Estamos padeciendo una circunstancia histórica regresiva que podríamos denominar como contra-reforma humanística.

2. La sociedad de riesgo y la contra-reforma humanística

Para explicar y legitimar estas políticas regresivas se nos remite al concepto de Sociedad de Riesgo,[11] en la cual se generarían temores y ansiedades generalizados.

Según esta Teoría de la Sociedad del Riesgo,[12] en virtud de las nuevas tecnologías, en la modernidad tardía se estarían produciendo

del Vicerrectorado Académico de la Universidad del Zulia, 1987. (Trad. portugués: Criminologia da Libertação en Rio de Janeiro, Brasil, 2007).

10. Así lo sostiene Baratta quien a su manera se asocia al garantismo de Ferraioli como una necesidad de contener la pretensión punitiva del Estado. Ver Ferraioli, Luigi. *Diritto E Ragione, teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Ed. Laterza,1989.
11. Riesgo es una expresión tomada de las ciencias actuariales, con todas su posibles mediciones estadísticas y probabilísticas. Su extensión a la criminología etiológica no deja de producir amenazas a los derechos humanos, especialmente cuando se aplica a *poblaciones en riesgo* para sustituir el positivista concepto de peligrosidad predelictual generalmente asociado a poblaciones económicamente precarizadas.
12. Vid. Beck, Ulrico. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999; Beck, Ulrich: *La sociedad del* Riesgo: *hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidos, 1998; Rodrigues de Assis Machado, Marta. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

riesgos que, aunque artificiales y construidos, tendrían la capacidad de generar destrucciones masivas. En una Sociedad del Riesgo no existiría la posibilidad de establecer patrones de regularidad o normalidad. En ella todo sería incierto, y no habría forma de manejar signos confiables de previsibilidad y calculabilidad.[13] En la Sociedad de Riesgo se exige un conocimiento más especializado, –al decir de algunos estrictamente "científico"–,[14] sobre el diagnóstico y la gestión de los riesgos, en una nueva etapa de la ingeniería social, con lo cual se exigiría la presencia de expertos conocedores de la materia actuarial, también en el campo penal, tanto de la acción y de las políticas como del mismo Derecho. El criminólogo se profesionalizará y se hará apto para la comercialización de sus nuevos saberes. La pertenencia a "grupos de riesgo", como criterio probabilístico, afectará entonces la justicia social por cuanto no sólo arrojará sospechas sobre sus conductas futuras aunque no sean comprobables de antemano, sino que excluirá a quienes arrope el calificativo, de participar en la actividad productiva. Serán los nuevos parias de la ciencia, los abortos de la inseguridad.

Por su capacidad de generalizar las víctimas, aunque algunos autores han dicho que estos riesgos implicarían una "democrática" tendencia igualitaria, lo cierto es que más bien existe una fuerza de atracción entre la extrema pobreza y los riesgos extremos, de manera que en la práctica las personas desprotegidas en mayor grado siguen siendo las víctimas más generalizadas.[15] Esto puede constatarse al trasladarse el concepto del riesgo al ámbito criminológico. En efecto, allí encontramos que, ni el sentimiento de inseguridad ni la inseguridad real, están en relación directa con la posesión de bienes de fortuna; y el por qué, por el contrario, a veces lo encontramos expresado con mayor intensidad en los estratos más carentes de recursos de sobrevivencia y también de protección.

13. Ver Giorgi, Raffaelle de. O risco na sociedade contemporânea. *Revista Sequencia* 28. Revista do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, jun. 1994.

14. Beck, ob. cit. p. 212.

15. Vid. lãs obras citadas de: Beck, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999; Beck, Ulrich: La sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidos, 1998; Rodrigues De Assis Machado, Marta. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais*.

Aunque algunos autores del sedicente mundo desarrollado insistan en que en la Sociedad del Riesgo interesan menos las estigmatizaciones y el control "cara a cara" que las técnicas de prevención del riesgo, y que las policías sólo reaccionarán a las llamadas de emergencia y a las expectativas institucionales,[16] lo cierto es que en nuestros ambientes eso parece más bien una predicción de ciencia ficción, y no lo que en realidad significa: una intensificación del estereotipo del malo y el peligroso y una represividad y un control incrementados. La abundancia de demandas penales y la generosa respuesta institucional parece ser un fenómeno global.

En efecto de la Sociedad del Riesgo a la contrarreforma humanística no hay más que un paso:

Como se ha especulado, se planteará una aparente confrontación entre eficiencia y eticidad (aunque la "eficiencia", la cual a la larga amenaza la seguridad ciudadana, pues es más una imagen de protección que protección real). El estereotipo del delincuente será guía para la acción del control social formal e informal. El Derecho Penal del Riesgo expandirá el modelo de administrativización del control formal. Priorizará un procedimiento penal breve, a pesar de la pérdida de garantías que pudiera implicar para el imputado. Borrará las tendencias hacia la solidaridad y hacia la comprensión y tolerancia de las diferencias culturales y sociales. Se aumentará el tamaño de la pena y crecerán las penas secundarias de la Administración. Influirá en los procedimientos argumentativos judiciales para fijar la pena en cada caso. Vinculará el

16. Todo dependería ahora de las demandas de conocimiento de instituciones fundamentales como las compañías aseguradoras, las oficinas oficiales de control estadístico, las instituciones sanitarias, los tribunales penales. La vigilancia se hará por mecanismos electrónicos que faciliten esa vigilancia. "En este ambiente de vigilancia, de la producción de conocimiento para la gestión de poblaciones (Dandeker, 1990), la policía comunitaria se transforma en una policía de las comunicaciones (Ericson y otros, 1993)": ERICSSON, Richard y CARRIERE, Kevin. La Fragmentación de la Criminología, en SOZZO, Máximo, Coordinador, *Reconstruyendo la criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006. Los criminólogos "colaborarían con numerosas instituciones para construir enemigos convenientes, controlar lo irracional por medios racionales y conformar tecnologías configuradas por el seguro." La expresión "enemigos convenientes" deriva del trabajo de Nils Christie "Suitable enemies" en BIANCHI, H. y VON SWAANINGEN ed: Abolitionism: *Toward a non repressive approach to crime*. Amsterdan: Free University Press, 1983.

Derecho Penal del Enemigo al peligrosismo positivista. Y las penas serán básicamente entendidas en función de la retribución.

Lo que sí es innegable es que, al menos, producto o no del recalentamiento global, o de los factores tecnológicos, la Naturaleza se nos ha vuelto vindicativamente hostil: la amenaza de huracanes y tormentas, deslaves e inundaciones parece haber aumentado. Por otra parte, las prácticas del capitalismo salvaje asoman amenazas de hambruna mundial por escasez de alimentos, o de la destrucción del Amazonas. Tomemos en cuenta los movimientos políticos y sociales emergentes de vocación violenta, el terrorismo, las guerras económicas, o religiosas, étnicas, o tribales; las crisis financieras de las economías virtuales del primer mundo que arrastran a todos los países; la voracidad del mundo petrolero; la convicción de que también los Estados y no sólo internamente sus gobiernos pueden ser delincuentes. Estamos vivenciando la apoteosis de la transgresión. Vivimos en medio de infracciones generalizadas, donde las viejas consignas de Ley y Orden pierden sentido al hacerse imposibles. La criminología y el Derecho Penal tradicional se tambalean, incapaces de encontrar soluciones eficaces con sus convencionales recursos, clasistas e intra-nacionales, y sin ser capaces de contener, en los niveles planetarios, las violentas tendencias de políticas, conductas y reacciones. Todo ello conforma un panorama de destrucción y catástrofe. La rapidez de las comunicaciones hace que ellas sean parte "naturalizada" de nuestra rutinaria y a la vez alterada cotidianidad. Simultáneamente, se genera la necesidad de producir chivos expiatorios, de identificar enemigos, así como odios indefinidos que buscan hacia dónde dirigirse.

Acotemos que el sentimiento de inseguridad, en general, es tanto o más peligroso en sus consecuencias sociales y políticas que la inseguridad real.

Los miedos, por supuesto, son construidos, aunque no falten razones para crear ansiedades. El crimen se ha vuelto un valiosísimo recurso de entretenimiento televisivo y cinematográfico, sin el cual estas industrias no sobrevivirían. Ya nadie hace, como antes, aquellas investigaciones de cuántos delitos aparecen en una semana de televisión o cine. Las cifras son innecesarias. No hay entretenimiento sin violencia, lecturas sin sangre, sexo sin furia destructiva o placer egocéntrico. Aún en la cotidianidad de la vida privada, la desconfianza recíproca se instala.

Vivimos en un mundo globalmente aterrorizante, que se nos presenta como casi totalmente ignorante, –si no negador–, del Estado de Derecho. La violencia es un panorama cotidiano en todos los niveles, nacionales o internacionales. Las cifras negras se han puesto de moda, y las encuestas de victimización también, porque las estadísticas oficiales de transgresión son insignificantes o meramente simbólicas. Las denuncias y acusaciones son mínimas, los conflictos se resuelven, si alguna vez se resuelven, al margen del sistema penal. Las relaciones sociales se reducen, las interacciones urbanas son las indispensables para sobrevivir. El Leviatán ha regresado. Y el fascismo también. Someterse al Estado de Hobbes permite conjurar los miedos. Ya no importan ni la corrupción oficial, ni que el Sistema Penal sea garantista en la cúspide e implacable en la base.

Todo lo que se relaciona con la criminología es profundamente político (la Justicia Penal, la legislación penal, las políticas criminales y penales, la cárcel, el bien jurídico tutelado, las teorías de la pena y la supuesta proporcionalidad de la misma, el mal llamado "espíritu del legislador", la criminalización efectiva). Es además el más sólido entre los pilares que sustentan la mesa de la gobernabilidad. El miedo va a reflejarse en los derechos y garantías que el Derecho está llamado a proteger. Y no sólo aumenta las reacciones represivas. Sino la tolerancia a la violencia institucional. Y ello a su vez produce un confortable colchón para la impunidad oficial y para la legislación regresiva.[17]

3. La contrarreforma humanística vista en el sistema penal actual

Una mirada de la Criminología de los Derechos Humanos debe enfocar algunas medidas legales que, disfrazadas de asignación de derechos, representan prácticamente las mismas situaciones de represión que antes sufrían, o disminuyen sus especiales consideraciones anteriores. Por ejemplo, Unicef, encubierta bajo la excusa de otorgarles el derecho a un juicio con todas sus garantías, y con su prestigio, nos vendió la receta universal de las Leyes de Protección al Niño y al Adolescente. Ahora los

17. Así vemos que el 22% de los caraqueños considera que las autoridades tienen derecho a matar delincuentes y a un 16 % le da igual. El 46% considera que las autoridades tienen derecho a detener ciudadanos sin orden judicial; el 51% justifica matar al victimario en casos de violación; y el 41% justifica el asesinato de los "azotes de barrio", según la Encuesta de Victimización Caracas 2007.

menores, víctimas tradicionales de las peores situaciones a través de la historia, están incorporados al campo penal, que es un terreno minado. Esas Leyes traían como caballo de Troya aquella reducción de la edad de la imputabilidad penal, la misma consecuentemente propugnada por la derecha castigadora, reducción que tanto quisimos evitar. Y se ha estado haciendo a límites nunca soñados,[18] ni aún en los discursos más represivos, mientras bajo la máscara de un discurso garantista se mantienen instituciones de reclusión similares a las prisiones, aunque nuevos especialistas parajurídicos estén hipotéticamente actuando. ¿Se presume que el campo penal es aséptico y produce justicia? En vez de mejorar los sistemas de protección al menor abandonado o en conflicto con la ley, ¿se cambiaron las leyes– en detrimento de la mayoridad penal– para que nada cambiara? ¿No vale la pena evaluar lo que ha resultado de estas reformas? No se tomó en consideración que en nuestros países no hay– y en muchísimos años tal vez no habrá–, instituciones de calidad para ayudar a los menores en conflicto con la Ley.

Otra cara del problema es el caso de la otra víctima tradicional: las leyes de protección al "derecho de la mujer a una vida libre de violencia", no sólo no se acompañan de instalar una cultura de la no violencia contra la mujer, –lo que explica que las acusaciones sean insignificantes–, sino que las casas de abrigo para protegerla son prácticamente inexistentes (en Venezuela sólo hay dos, y apenas con capacidad de 10 personas cada una).

Simultáneamente, las medidas alternativas al encarcelamiento, y que por lo tanto privilegian la libertad, están ya siendo rápidamente recortadas en sucesivas reformas legales.

Es así como las políticas criminales desplazan su foco de la Prevención a la Seguridad. Grave problema que significa ir de la planificación y las políticas sociales, al inmediatismo del control y la represión. Interesan más ahora los "costos sociales" que las inversiones sociales. Significa que los problemas de base, los más significativos para la construcción de una ciudadanía plena, no serán resueltos, porque no es lo que importa.

Las medidas penales son oportunistas e insidiosas. Entre las nuevas estrategias encontramos la ocultación de la pena. Pues, como se sabe, el castigo no está sólo en leyes penales. Está disperso en muchas otras leyes administrativas, o en otra clase de medidas restrictivas. El tan

18. En Venezuela se redujo hasta los 12 años de edad.

debatido Derecho Penal del Enemigo, se manifiesta de manera especial en la administrativización de lo penal. En ella resulta más difícil rastrear la pérdida de garantías. Son métodos ocultos de castigo esas de señalar a quienes pertenecen a "grupos de riesgo", disfraz neo-positivista; así como las medidas legales que excluyen, las que privan de derechos, y el no permitir medidas alternativas a la pena privativa de libertad para ciertos delitos considerados más escandalosos o dañinos, como los llamados "Crímenes Hediondos" en Brasil. El someter a los reclusos a una especie de "segundo juicio" administrativo o en manos de expertos no jurídicos, y sin garantías, para otorgarles o no salidas anticipadas o alguna otra medida limitativa del encierro.

Así, tenemos en casi todas partes unas precarias democracias, que se sostienen, por una parte, sobre leyes cada vez más represivas, y, por la otra, sobre las penas informales del que, en otras ocasiones, he denominado "sistema penal subterráneo". En ambos casos, estas sedicentes democracias, de alguna manera también, como las viejas dictaduras militares, se sientan sobre la punta de las bayonetas.

Hoy hay que invertir demasiado esfuerzo en mantener, al menos algunos de los principios del viejo Derecho Penal Liberal, que ya no nos sirven sino para los relativamente escasos juicios penales formales que aún se realizan. En la práctica, el control formal se convierte en un pulpo de muchos brazos, inicio institucional de la capilaridad del control social, que deja reducido al derecho penal convencional a su más limitada expresión simbólica.

4. ¿Todo el derecho penal es derecho penal del enemigo?

Aún lo que queda de ese Derecho Penal tan reducido en su aplicación, como sabemos, está ya contaminado...la Dogmática misma (al menos la de Jakobs y Silva Sánchez) se encarga de reducir garantías, bien separando el Derecho Penal del Ciudadano del Derecho Penal del Enemigo (pre-seleccionado), o inventando un Derecho Penal de varias velocidades, según a quién se aplique.[19]

19. El concepto viene de Jakobs (auque su esencia original es schmittiana), quien enfrenta el derecho penal del ciudadano al derecho penal del enemigo, o lo que es lo mismo, la asimilación del control social a un ejercicio de guerra. Hablar de guerra es hablar de batallas, muertes, y bajas.

Nada más lejos de una concepción democrática del buen gobierno. Ya Mezger, al servicio del nazismo, aducía que ese enemigo del régimen no pertenecía a la comunidad, que era un extraño. Por lo tanto, bien podía ser objeto de todos los exabruptos.

Por otra parte, las formas de atrapar al Enemigo sean ido haciendo cada vez más peligrosas: lo vemos en la autorización de las escuchas telefónicas, en las recompensas al denunciante, en los carteles que difunden sus rostros, en la pérdida de la privacidad comunicacional electrónica; en la Justicia negociada, e, inclusive a través del estímulo a la población para que se organice para acciones de verdadera inteligencia social y hasta política. Y, cuando "el selecto atrapado" –ese que Christie llama "enemigo conveniente"– entra a la cárcel y visualizamos el panorama de horror y degradación de la misma, totalmente al margen de los principios de la Convención contra la Tortura, no podemos menos que preguntarnos si ese Derecho Penal, todo él, no es, siempre, por definición, un Derecho Penal del Enemigo. ¿No se trata de rechazar, neutralizar, eliminar, segregar, encarcelar, según los casos, al seleccionado como enemigo de la sociedad? ¿No nacen las teorías penales modernas, como dice Bacigalupo, de un libro de Hugo Grotius sobre la guerra y la paz?[20] Guerra, Enemigo y Derecho Penal tienen sospechosos vínculos de comunicación.

En cuanto a los muertos y heridos provenientes de instituciones y funcionarios del mismo sistema penal subterráneo, –ese ya viejo tema, permanente, por lo tanto–, de los muertos en las cárceles y las ejecuciones extrajudiciales, tenemos que reportar que hoy, como nunca, están a la orden del día.[21] El número de muertos en las cárceles, sólo por motines internos, sin contabilizar las provenientes de factores atinentes al abandono de su salud, se ha incrementado geométricamente. El secuestro de las cifras oficiales impide a veces dar reportes al día. Los funcionarios policiales que hagan públicas cifras de delincuencia regis-

20. Bacigalupo, Enrique. *Prólogo a responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo*, de Germán Aller, Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2006, p. 21.

21. Sólo en Venezuela se contabilizan más de 3.655 muertos por la policía, prácticamente sin castigo, desde agosto del año 2000 a febrero del 2005, de los cuales 2300 fallecieron en presuntos enfrentamientos, lo que es tal vez más grande que el número de homicidios cometidos por particulares en el mismo período.

trada que sean diferentes de las dadas oficialmente desde arriba, pueden ser destituidos.[22] Considerar que los muertos en enfrentamiento entre bandas o grupos no deberían contabilizarse como cifras de homicidios realizados,[23] es negar el valor de la vida humana y acentuar su desprotección así como la agresión al Estado de Derecho.

En el caso de las ejecuciones, generalmente impunes, se aplica una pena de muerte no autorizada constitucionalmente. Hay violación por omisión, y también por acción, de los Derechos Humanos, particularmente del derecho a la vida, en el caso de las cárceles. La parte más peligrosa de la contrarreforma se apoya en las expectativas de la población. Ella legitima la barbarie y esta se reproduce también en leyes penales, pues nuevos delitos están siendo cada día definidos o las penas aumentadas.

Todo esto ha sido llamado la "sociedad terrorista":[24] los controles serían los ideológicos de contención y los punitivos de represión. Es decir, violencia legal en la guerra interna y violencia organizada en lo institucional: cuerpos armados, policía, cárceles.

Por otra parte, la industria de la seguridad se ha convertido en una muy rentable. De alguna manera, abandonar grandes sectores poblacionales a la necesidad de solucionar sus necesidades sin los recursos institucionalmente aceptados, es obligarlos a sobrevivir en medio de redes de personas y actos donde los límites de lo legal y lo ilegal se enredan y confunden, en beneficio de actores que viven en el limpio escenario de lo aparentemente lícito. Que el delito es funcional lo demuestran los grandes capitales que se invierten en este sector,[25] donde lo instrumental y lo comunicacional son fuertemente productivos, cerrándose un círculo de límites difusos de transgresión-control-negocios-corrupción-contrabando-legislación, pena y Justicia. De esta manera, la represión también se convierte en reproducción de transgresiones.

22. Esto corresponde a la realidad venezolana, septiembre, 2008.
23. Así lo expresó el Ministro de Relaciones y Seguridad Rodríguez Chacín en el mes de junio del 2008.
24. Ver Henri Lefebvre. La vida cotidiana en el mundo moderno, en *Antropos*, p. 11.
25. Marx lo decía hace mucho tiempo. Hoy, los Libros de Wacquant tienen una gran cantidad de información sobre lo rentable de esta industria

5. PERO: ¿HAY VERDADERAMENTE UN MUNDO GLOBALIZADO (CASTIGAR "AL OTRO")?

En realidad, ese manoseado término se reduce a la globalización del mercado, con su correspondiente equipaje cultural e institucional.

Aquí también presenciamos una esquizofrenia activa: por una parte, la unidimensionalidad cultural, la "aldea global" que hace ya casi medio siglo fuera demonizada por los filósofos frankfurterianos, parecería hoy acentuada en virtud del enérgico campo de una información virtual y comunicacional cada vez más centralizadas en el ámbito internacional.[26]

En el terreno institucional esta globalización se cristaliza, entre otras cosas, en la búsqueda de un fácil, seguro, uniformizado y eficiente control, tanto penal como social. Este control supuestamente garantiza al mercado sociedades de consumo, las cuales serán estables, manejables y predecibles.[27] Así tenemos reformas penales, procesales, policiales, que tienen poco que ver con nuestra realidad institucional de base; al igual que las legislaciones internacionales sobre la delincuencia organizada, la tendencia a tener cárceles y policías privadas; y por supuesto, también las teorías del control basadas en la Tolerancia Cero y la del *one, two, three strikes, out,* que bendicen un renacer del positivismo del Código Rocco.[28]

A pesar de esto, por la otra parte, las diferencias culturales caracterizan los enfrentamientos básicos del mundo actual. No reconocemos al diferente, y las guerras actuales, además de los intereses económicos que las sustentan, tienen mucho que ver con esas diferencias legitimantes,

26. Compramos los mismos productos, nos gustan las mismas películas, los mismos actores, las mismas canciones; oímos las mismas noticias, tratamos de vestirnos igual; y hasta nuestro idioma se ha ido reduciendo a traducciones generalmente extrañas y, por supuesto, también centralizadas, de los subtítulos de mensajes y películas en inglés.

27. Así tendremos los mismos enemigos, los mismos estereotipos, los mismos odios y las mismas maneras de actuar contra ellos

28. Un informe del entonces Ministro francés Sarkozy, hoy Presidente, que presentaría a la Asamblea Nacional, se basó en una investigación del Instituto Nacional para la Salud y la Investigación Médica (Inserm), solicitaba establecer medidas de seguimiento a niños que, desde el Jardín de Infancia, podrían ser tempranamente detectados, y por lo tanto, ser considerados sospechosos de conductas indebidas en el futuro.

que hacen, de la cacareada "globalización", una gran mentira, a menos que no se trate sino de una orden de uniformidad colectiva, obligatoria, so pena de exclusión.

6. Los diferentes, los instrumentos internacionales y el sistema de garantías

Desde la vieja criminología positivista se ha venido aseverando que el delincuente suele primero legitimar su acción, degradando, a través de sus racionalizaciones, el valor y el significado de su victima.

Otra cosa, sin embargo, es que el mismo sentido de alteridad genere víctimas por la diferencia de grupo, ideología, color, religión, etnia, género o clase social. El principio del fascismo se ha fincado en la necesidad de castigar, eliminar o segregar al diferente, al "otro", despojándolo ideológicamente de sus cualidades humanas y, por lo tanto, de su dignidad y sus derechos. De allí suelen venir conceptos y acciones características propias de los Crímenes de Odio.

Se ha ido produciendo una esquizofrenia en el campo de los Derechos Humanos: por una parte los organismos internacionales desarrollan más y más bienes protegibles por las Declaraciones de Derechos Humanos, y por la otra, los países que las aprueban y los recogen no están dispuestos a protegerlos en la práctica; o simplemente no los ratifican, con lo cual niegan esos derechos.

Por otra parte, los organismos internacionales de Derechos Humanos funcionan con lentitud y con dificultades para ser ciento por ciento eficaces.

Por diferentes motivaciones extremas que podrían considerarse "estado de necesidad", la tendencia a cambiar los patrones de la ocupación tradicional del espacio, eufemísticamente denominados en el terreno institucional, bien "desplazados" bien "refugiados", o simplemente inmigrantes o "sin papeles", se han convertido en nuevos sujetos criminalizables, y en fuente de miedo y odio. La reacción más temida, sin duda, es el crecimiento del racismo, y la violencia que puede generar.[29]

29. En Estados Unidos se han visto surgir juegos cibernéticos para matar mexicanos, y mujeres embarazadas o con sus niños en los brazos, que intentan cruzar la frontera. También actos de violencia racista se han estado practicando en algunos países.

En el 2005, los inmigrantes internacionales estaban entre 185 y 192 millones de personas (aproximadamente el 3 por ciento de la población mundial, y comparable a la población de Brasil). Casi todos los países están involucrados en las migraciones, bien como exportadores, bien como receptores, como países de tránsito, o por una combinación de las tres situaciones.

La "Convención de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias", se hizo vigente después que 20 países lo ratificaron en marzo del 2003.

Reconoce que los inmigrantes legales tienen legitimidad para reclamar más derechos que los indocumentados, pero que los derechos fundamentales de éstos también deben ser respetados, como seres humanos son.

Los países que han ratificado la Convención son básicamente los países de los cuales son originarios los inmigrantes, como México, Marruecos y Filipinas.

Ningún país occidental receptor de inmigrantes ha ratificado la Convención, aunque la mayoría de éstos viven en Europa y Norteamérica. Tampoco otros países receptores importantes, como Australia, los países del Golfo, y la India la han ratificado. Como indicador curioso de la esquizofrenia que se ha apoderado del campo de los Derechos Humanos, gracias a una Convención que pretendía beneficiar a los inmigrantes, ahora hay seres humanos sin derechos.

Por otra parte, hay acciones legales que son tan dañinas como las conductas declaradas ilegales y por lo tanto sancionadas. Por ejemplo: la privación del acceso a alimentos y servicios médicos a inmigrantes ilegales, debería ser considerada conducta delictiva cuando cause enfermedad o muerte. Sería un delito menor, en todo caso, si se compara con el llamado crimen de "exterminio" en el Estatuto de Roma, el cual se considera crimen contra la humanidad cuando se calcula que puede destruir una parte de la población.

Es necesario remodelar la tradicional estructura institucional y conceptual de la soberanía y las fronteras: en un momento en el cual las fronteras económicas están desapareciendo, sería igualmente ilegítimo establecer fronteras humanas.

El rechazo y el castigo a la diferencia, como en los tiempos de la Inquisición, se manifiesta en actos como éste: la prohibición de (y la

expulsión por) el uso del velo por parte de niñas musulmanas en países occidentales, por ejemplo, es una manera de criminalizar esa conducta. El uso del velo es sin duda contrario a los valores occidentales. Pero las acciones pedagógicas convincentes son más apropiadas y menos punitivas que la expulsión de esas niñas de establecimientos escolares.

Es así como, aún cuando sólo, si acaso, el producir intencionalmente un resultado gravemente dañino debe ser considerada delito, las simples inmigraciones ilegales se han convertido en un asunto criminológico. Es el ejemplo más contemporáneo de cómo los problemas de gobernabilidad se traducen en términos de criminalización. Es fácil ver sus efectos en las cifras de criminalización de extranjeros, y en su privación de libertad en lugares para depositar a estos "extraños", lugares que son prisiones aunque se les denomine de otro modo. Esto se produce a pesar de que existe un castigo, y no precisamente oculto, en el hecho de reintegrar a los inmigrantes ilegales a sus países de origen. "La deportación o transferencia forzada de población" es, de acuerdo al Estatuto de Roma, un delito contra la humanidad cuando se usa como un medio para salir de población inaceptada.

No se trata solamente de la Ley del Retorno que permite detener hasta por 18 meses a los inmigrantes ilegales. En Italia, el hecho de ser un inmigrante ilegal, se acaba de convertir en una nueva, insólita, agravante para ciertos tipos delictivos:

Como explica Wacquant, como consecuencia de los Tratados de Shengen y de Maastricht, que se orientaron a acelerar la integración jurídica para asegurar una efectiva libre circulación de sus ciudadanos, la inmigración fue definida por sus autoridades como un problema de seguridad continental, del mismo nivel que el crimen organizado y el terrorismo. Según este Autor, esta privación de libertad en depósitos de extranjeros, es más un *encarcelamiento de diferenciación* que un *encarcelamiento de seguridad.*[30] Como el mismo autor cita, el aumento del peso de los extranjeros en la población encarcelada en Francia, depende exclusivamente del aumento tres veces mayor en los últimos años, de prisioneros que han violado sus normas de permanencia en Francia.[31] Y,

30. WACQUANT, Loïc. Ibíd. Ver también TOURNIER, Pierre. La délinquance des étrangers en France: analyse des statistiques penales" en PALIDDA, Salvatore. *Délit d'immigration/ Immigrant delinquency*. Brussels: Comission Europeenne, 1996, p. 158.

31. Ibídem, p. 111

como puede verse en las cifras que él presenta, hay una situación similar en toda Europa. También informa que "...la evolución de la población penitenciaria estadounidense"... testimonia "el ennegrecimiento constante de la población detenida, que hace que, desde 1989, y por primera vez en la historia, los afro-americanos son mayoritarios entre los nuevos ingresados en las prisiones estadales, aunque no representen más del 12% de la población del país" "Los latinos son el grupo cuya tasa de encarcelamiento creció más rápido en el período reciente".[32] "Esta *desproporcionalidad racial*... es aún más pronunciada entre los jóvenes... porque, en todo momento, más de un tercio de los negros de 18 a 29 años están en la cárcel, o bajo la autoridad de un juez de aplicación de penas, o de un agente de vigilancia penitenciaria, o bien a la espera de presentarse ante un tribunal."[33]

Los instrumentos normativos internacionales, por su parte, han tenido otro rol importante en la disminución de garantías: Vemos como el relativo a la Delincuencia Organizada y el referido a la Corrupción, mientras definen de manera oscura e imprecisa los hechos perseguibles, creando un amplio abanico de intervenciones en desmedro de la seguridad jurídica, se ocupan también de golpear el sistema de garantías.

La criminología se hace cada vez más regresiva: vuelven con mucha aceptación los viejos abandonados estudios genéticos sobre gemelos univitelinos y las investigaciones cerebrales; y hasta el nuevo concepto de poblaciones vulnerables, mal utilizado, se hace amenazador, al identificarse la vulnerabilidad con elementos característicos de la pobreza. Regresan las investigaciones criminológicas hechas en las penitenciarías (donde mejor se expresa la selectividad), y se legitiman las teorías del funcional-positivismo orientadas hacia la clase social.

Se han revivido la teoría ecológica de la Escuela de Chicago y el concepto de "desorganización social". En zonas de inmigrantes en los Estados Unidos, se investigan "las diferencias delictivas" entre familias mexicanas, o peruanas o colombianas... La criminología primermundista, ahora se debate entre una izquierda que así se autodenomina por su tendencia humanista, y una derecha que ahora se caracteriza por rasgos fascistas. Podrían citarse muchas investigaciones norteamericanas y europeas que intentan explicar sus delincuencias a través de rasgos

32. WACQUANT, ob. cit., p. 98.

33. Ibídem.

étnicos, o antropológicos, o culturales (los límites de esos conceptos son movibles) de los migrantes del tercero y cuarto mundos. Investigaciones cuyas recomendaciones se debaten entre los dos extremos: criminalizar o integrar.

Así, frente a esa "derecha" que buscaría encontrar rasgos delictivos en barrios latinos de Estados Unidos, partiendo de la hipótesis –implícita o formulada– de que allí hay valores negativos, hay una "izquierda" también funcional-positivista que aduce que en los barrios donde residen personas de una misma proveniencia nacional, los vínculos con los valores de las familias del mismo origen resultan ser más bien buenos controles de la delincuencia.[34] La teoría del conflicto de culturas de Sellin, ha sido de nuevo puesta sobre el tapete, aunque aún no resulta ser reivindicadora de la diferencia. La tesis actuarial de los factores de riesgo tenderá a convertirse en las nuevas, peligrosas Tablas de Predicción de los cónyuges Glueck.

7. El sistema penal: una función meramente instrumental

A pesar de la probada incapacidad del Derecho Penal para sus fines manifiestos, éste ha sido seleccionado prioritariamente para solucionar problemas sociales y políticos. Es cuestión, parece ser, de ahorrar en gastos, por una parte, y de ofrecer falsas "soluciones" inmediatas, por la otra, con aparatosas reformas legislativas y las llamadas Leyes de Emergencia, que pretenden sacar conejos de sombreros con algunos rápidos pases de prestidigitación.

Ese juego de utilizar la legalidad (el Sistema Penal) como legitimidad (para justificar simbólicamente un estado de cosas que no interesa, o no se sabe, o no se puede enfrentar de otra manera); ese oscilar entre los bordes de la legalidad y la ilegalidad, hace de la criminalización el gran problema actual de la democracia y de los Derechos Humanos.

Por eso se ha dicho que la protección de los Derechos Humanos debe ser el objeto y a la vez el límite del poder punitivo del Estado. Y por eso se aboga por un Derecho Penal Mínimo, también llamado Derecho Penal Axiológico o Derecho Penal de la Constitución.[35]

34. Es el caso de las investigaciones de Sampson y Laub.

35. Como Baratta, Alejandro. Afirma: El Derecho Penal debe ser "el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos, cuyo se considere inevitable para

Que el Derecho Penal Mínimo deba ser considerado como un Derecho Humano, es una postura necesaria para una renovada Criminología Crítica que enfrenta al Estado policial-penal máximo y su lenguaje de guerra. Pero el eslogan de "guerra contra el crimen" no es sólo un asunto de lenguaje.

No sólo las policías y las actividades de contra-terrorismo, las políticas contra las drogas o las instituciones que manejan el crimen organizado se han ido militarizando, sino también se está solicitando que las policías y las actividades del control formal de la delincuencia convencional tengan una organización interna militarizada, cuando no que se refuercen con presencia o prácticas militares.

También se hace cada vez más urgente considerar la independencia del Poder Judicial como tal derecho humano.[36]

Por otra parte, señalemos un peligro adicional: como la violencia está también presente en el lenguaje de los gobiernos y de los políticos que se ofrecen en elecciones,[37] y como la violencia se aprende, la violencia que pudiera aparecer en la sociedad se retroalimentará con los discursos oficiales. El incremento de la violencia, delictiva o no, que se produce al generarse una atmósfera de guerra virtual, se ha dicho que se debe a fenómenos que pueden ser de irradiación o de asociación.[38]

De la misma manera como los Derechos Humanos han sido propuestos como límite y como objeto del Derecho Penal,[39] el cual no

responder a gravísimas violaciones de derechos fundamentales". Ob. Cit. Ferraioli ha escrito numerosas e importantes páginas sobre el tema.

36. Víd. BENITO, Mauricio: Como forma de contener la crisis social generada como consecuencia del creciente numero de marginados, se ha apostado por una política represiva asentada sobre el principio de más estado penal. Esto nos lleva a la situación de contar con "Estado mínimo" para las políticas sociales y económicas y "Estado máximo" en materia policial- penal.

37. "Peñonazos" o "guerra" contra el crimen, "mano dura", por ejemplo, son expresiones características en las campañas electorales de Venezuela

38. Según Guillaume. Ver ANIYAR DE CASTRO, Lolita. Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la Criminología Crítica en Venezuela, en los inicios del Siglo XXI. *Capítulo Criminológico* 36, n. 2, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia Dra. Lolita Aniyar de Castro, Maracaibo, Venezuela, abr.- jun. 2008.

39. BARATTA, ob. cit.

estaría legitimado si no contribuye a disminuir la violencia punitiva, también los Derechos Humanos deben ser el límite y el contenido de la misma Criminología.[40]

La contra-reforma institucional que estamos experimentando, como se ha dicho, es exactamente la inversión de estos principios. Ningún principio iushumanista se ha abandonado más que el del Derecho Penal Mínimo: el Derecho Penal no sólo deja de ser mínimo, sino que hasta ha dejado de tener, al admnistrativizarse, la apariencia formal del Derecho Penal.

8. Una primera ojeada a la criminología de los derechos humanos

Como la Criminología pareciera tocar los límites de una discusión sobre el Bien y el Mal, corre el riesgo de asumir una dimensión religiosa. Por eso, debe estar sólo focalizada sobre los efectos de las acciones[41] y medidas personales y oficiales, que se relacionan con las necesidades humanas reales, esenciales o fundamentales.[42] Una discusión refrescada, moderna y sin prejuicios sobre el concepto del bien jurídico tutelado, debe hacerse. ¿Se incrimina primero y se inventa después, el bien tutelado? ¿Cuál es su sentido real, su organización sistémica, su correspondencia con cuáles intereses?

9. Los crímenes de masa y la criminología de los derechos humanos

El llamado a una Criminología de los Derechos Humanos está más que legitimado por la constatación de que hay formas de macrocriminalidad que tradicionalmente no ha estudiado la Criminología, protegiéndose bajo las coartadas, o de que son de naturaleza política

40. Ver Aniyar de Castro, Lola. La nueva Criminología y lo Criminalizable. *Capítulo Criminológico* 15, Maracaibo, Venezuela, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia "Dra Lolita Aniyar de Castro, 1987.

41. Y en ciertas circunstancias sobre las no-acciones, cuando éstas son requeridas para evitar un daño.

42. Aniyar de Castro, L. (ver de la Autora: La nueva criminología y lo criminalizable, en Capítulo Criminológico, *Revista del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia* 15, Maracaibo, Venezuela, 1987), quien trató de explicar las posibilidades de identificar esas necesidades reales y fundamentales como base objetiva de lo criminalizable, o referente material del delito, según lo enunciaba Baratta.

(escondiendo que en el mundo del delito todo es político), o de que estarían fuera de su alcance investigativo. Es una grave y certera acusación a la criminología tradicional la de haber descuidado la discusión de las similaridades que hacen que algunas situaciones de motivación política, o de la actuación de operadores políticos, se manejen como verdaderos delitos. Con esta última falsa justificación se insiste en la arcaica concepción de la criminología como un saber estanco, incapaz de relacionarse transdisciplinariamente.

Ante el espantoso panorama de los millones de muertos que se han producido desde el siglo pasado, entre guerras por tesoros, ideologías, petróleo, religiones, nacionalismos, exterminios étnicos y terrorismos, para señalar su incapacidad heurística, es lícito preguntarse cuántos asesinatos pasan bajo la mirada indiferente de la criminología tradicional, Para el Derecho Penal una conducta no es delito si no viola una descripción legal a la que se le asigna una pena. De manera que, antes de que existiera el Estatuto de Roma, aquella Criminología que se autodenominaba "auxiliar del Derecho Penal", podía argüir al menos esa razón, para no tratar esos temas. A pesar de que son evidentes las características comunes entre un tipo y otro de asesinatos, esa Criminología se limitó a excusarse bajo la coartada de que se requerirían dos tipos diferentes de explicación, aunque no se ocupó tampoco mucho de formular la señalada segunda explicación.

Y aún después de que ese Estatuto, y la Corte Penal Internacional existieron, le ha resultado más cómodo dejar a políticos y gobiernos el manejo de la macro-criminalidad. Sólo la Criminología Crítica extrajo una lección de ella por cuanto, al aplicar criterios externos a lo penal a los actos definidos como delito,[43] desnudó el sentido de la selectividad del sistema punitivo y su simbolismo. Podríamos esperar, confieso que sin mucho optimismo, que, en la medida en que algunas legislaciones hayan asumido la necesidad de criminalizar los crímenes contra la humanidad, también la vieja criminología "auxiliar" comience a desarrollar explicaciones coherentes, al menos en la medida en que no perturbe su histórica función legitimante.

43. KENNEDY, Mark. Beyond Incrimination, en REASONS, Charles ed: *The criminologist:crime and the criminal*, p. 106-135.

10. La intensa y dinámica relación entre criminología y derecho penal. La inversión de los roles

La criminología ha dejado de ser "Ciencia Auxiliar del Derecho Penal", Derecho que es hoy apenas uno de los objetos de su estudio y análisis crítico. Como se ha dicho, una Criminología como Teoría Crítica del Control Social, al ser una criminología de los Derechos Humanos, y por lo tanto axiológica, normativa, no es diferente de la Política Criminal[44]. Y es en consecuencia un "deber ser". El Derecho Penal, para esta nueva Criminología, es parte del "ser" a estudiar y a vigilar; "Ser" al cual hay que controlar las desviaciones que se produzcan en el terreno de los valores. La Criminología de los Derechos Humanos controla los controles. Y para ello, debe tener bajo observación permanente los movimientos de toda relación fáctica de poder.

Un penalista crítico y un criminólogo crítico se encuentran en el mismo terreno, en un trabajo fordista de aporte, asimilación y reelaboración. El criminólogo, con los pies en la tierra, aporta el dato crítico exterior. El penalista lo convierte en tendencias modernas de la Dogmática.

Hay ya una larga lista de situaciones en las cuales podemos identificar esas desviaciones. Invitamos a agregar las muchas que se están produciendo en los ámbitos internos e internacionales. Entre otras cosas, las guerras que se producen como formas de castigo a presuntas transgresiones que ni siquiera han sido verificadas ni legitimadas. Ese Control Penal Internacional Informal, que elimina más vidas que los homicidios de la calle, sumados, de todos los países.

Invitamos a estar alerta frente a las tendencias que están, a veces subrepticiamente, destruyendo una democracia que ha costado mucha sangre construir.

Es así como la Criminología de los Derechos Humanos como Criminología Crítica del Siglo XXI, será un compromiso con la vida, la igualdad, la libertad, la inclusión y la seguridad. Y no dará cuartel ni al fascismo, ni a la derecha, ni a lo que pretenda llamarse izquierda con violación de derechos humanos. Porque, al parafrasear a la escritora

44. Vid. Zipf, citado por Martínez, Mauricio. El Estado actual de la Criminología y de la Política Criminal, en *Capítulo Criminológico* 27/48, n. 2, Maracaibo, Órgano del Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro de la Universidad del Zulia, (ago. 1999).

Gertrude Stein: "una rosa es una rosa es una rosa", debemos decir que, en cualquier circunstancia política, "un crítico es un crítico es un crítico".

Y aunque el regreso a las sombras del pasado nos acose, no debemos olvidar que la noche es siempre más oscura antes del amanecer.

Bibliografia

Aniyar de Castro, Lolita. Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la Criminología Crítica en Venezuela, en los inicios del Siglo XXI. *Capítulo Criminológico* 36, n. 2, Maracaibo, Venezuela: Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia Dra Lolita Aniyar de Castro, abr.- jun. 2008.

Aniyar de Castro, Lolita. *Riminología de la liberación*. Publicaciones del Instituto de Criminología. Lolita Aniyar de Castro (ICLAC) de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1987. Trad. al portugués en Rio de Janeiro como Criminologia da Libertação, 2005.

_____. La nueva Criminología y lo Criminalizable. *Capítulo Criminológico* 15, Maracaibo, Venezuela: Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia Dra. Lolita Aniyar de Castro, 1987.

Bacigalupo, Enrique. Prólogo a Responsabilidad Social, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo, de Germán Aller, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2006. p. 21.

Baratta, Alessandro. Requisitos Mínimos del Respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal. *Dei Delitti e Delle Pene*, anno 3, n. 3, 1985 (ver en español en Capítulo Criminológico, Maracaibo, Venezuela, Órgano del Instituto de Criminología. Dra. Lolita Aniyar de Castro de la Universidad del Zulia,).

Beck, Ulrico. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999. En español: Beck, Ulrich. *La sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidos, 1998.

Christie, Nils. Suitable enemies en Bianchi, H. y Von Swaaningen. ed: Abolitionism: *Toward a non repressive approach to crime*. Amsterdan: Free University Press, 1983.

De Giorgi, Raffaelle. O risco na Sociedade Contemporanea. *Revista Seqüência 28*, Revista do Curso de Pos Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, jun. 1994.

Ericson, Richard y Carriere, Kevin: *La fragmentación de la criminología*, en Sozzo Máximo, Coordinador: Reconstruyendo la criminologías críticas. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.

Ferraioli, Luigi: *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989.

Kennedy, Mark. Beyond incrimination, en Reasons, Charles ed: *The criminologist: crime and the criminal*, p. 106-135.

Lefebvre, Henri. La vida cotidiana en el mundo moderno, en *Antropos*, p. 11.

Pavarini, Máximo. *Control y dominación*. México: Siglo XXI, 1983.

MARTÍNEZ, Mauricio. El estado actual de la criminología y de la política criminal, *Capítulo Criminológico* 27/48, n. 2, Maracaibo: Órgano del Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro, de la Universidad del Zulia, ago. 1999.

RODRIGUES DE ASSIS MACHADO, Marta. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCcrim, 2005.

RUSCHE, Georg y KIRKHEIMER, Otto. *Prision y Clase Social*. Bogotá: Temis, 1984.

SCHWENDINGER, Hermann y Julia. Clases sociales y la definición del delito, en *Capítulo Criminológico* 13, Maracaibo, Venezuela: Órgano del Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, de la Universidad del Zulia, 1985.

_____. *Defenders of Order or Guardians of Human Rights* en Issues in Criminology, Berkeley, n. 15.

TOURNIER, Pierre: La délinquance des étrangers en France: analyse des statistiques penales en PALIDDA, Salvatore. *Délit d'immigration. Immigrant delinquency*. Brussels: Comission Europeenne, 1996.

5
A atuação do Brasil no banco dos réus no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

RAIMUNDO JORGE SANTOS SEIXAS

Bacharel em Direito pela UCSal. Licenciado em Ciências Sociais. Especializando em Processo pelo Centro de Cultura Jurídica da Bahia/Fabac e em Ciências Criminais pela UFBA. Oficial de Chancelaria, atualmente lotado na Divisão de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores.

BARTIRA MEIRA RAMOS NAGADO

Bacharel em Direito pela USP. Especializanda em Psicologia Junguiana pela Facis. Advogada da União, atualmente em exercício na Assessoria Internacional da Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

RESUMO: O sistema interamericano de direitos humanos é de vital importância para o Brasil. A atuação do país no sistema e as conseqüências advindas de sua responsabilização internacional por violação a direitos humanos influenciam a política externa brasileira e a implementação de políticas públicas de direitos humanos no âmbito interno. Ao mesmo tempo, em que se mostra a fragilidade do Brasil em matéria dos direitos humanos, em virtude da histórica desigualdade social e dos resquícios de instituições enrijecidas pelo período ditatorial, o sistema interamericano pode oportunizar um *turn over* na política externa brasileira em direitos humanos, na medida em que o Brasil instrumentaliza a experiência adquirida para propor, internamente, modificações paradigmáticas na área, ainda que como resposta do país frente à comunidade do continente.

ABSTRACT: The Inter-American system of human rights is of vital importance to Brazil. The way the country acts within this system and the consequences of its international accountability for violating human rights influence Brazil's foreign policies and its internal implementation of public human rights policies. While Brazil's history of social imbalance and institutions hardened by the dictatorial period is an impairment to the country in terms of human rights, the Inter-American system could provide a change in Brazil's international human rights policies. Brazil can use the experience acquired to propose internal paradigm changes, even if done solely in response to the members of the rest of the continent.

Palavras-chave: Sistema interamericano – Direitos humanos – Comissão interamericana de direitos humanos – Corte interamericana de direitos humanos – Processual Penal – Recomendações – OEA.

Keywords: Inter-American system – Human rights – Inter-American commission on human rights – Criminal procedural – Recommendations – OAE.

Sumário: 1. Aspectos introdutórios – 2. Sistema interamericano de casos: 2.1 Trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 2.2 Trâmite perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; 2.3 Medidas cautelares e medidas provisórias – 3. Implementação das decisões proferidas por organismos internacionais de proteção de direitos humanos: sistema interamericano – 4. Reflexos das decisões da Comissão e Corte Interamericanas no direito penal e processual penal – 5. Conclusão – Bibliografia.

1. Aspectos introdutórios[1]

O tema da proteção internacional dos direitos humanos ainda é desconhecido da maioria dos profissionais da seara jurídica. Assim, a abordagem do tema específico do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, construído a partir da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, requer alguns esclarecimentos prévios sobre seu funcionamento e sua importância para a política externa e interna do País.

O alheamento ao assunto deve-se menos ao interesse que ele desperta e mais em razão de sua pouca divulgação, em parte explicada pela ausência da disciplina "Direitos Humanos" e do tema "Sistema Interamericano" na grade curricular da maioria dos cursos de Direito do país, da escassa publicação de artigos e obras sobre o assunto em língua portuguesa e dos poucos casos brasileiros submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, a aceitação da aplicação do direito internacional, qualquer que seja seu objeto, no âmbito interno, ainda é

1. Texto inspirado na participação, do primeiro autor, no painel "Brasil no Banco dos Réus – Sistema Interamericano de Direitos Humanos", realizado no dia 27.08.2008, no âmbito do 14.º Seminário Internacional do IBCCrim. O conteúdo desse texto não expressa necessariamente a opinião oficial do Estado brasileiro sobre o tema.

bastante restrita e vista com reservas, que passam pela preocupação com a soberania do País e com a prevalência da Constituição.

Entretanto, no que diz respeito aos direitos humanos, ressai sua natureza primordialmente supranacional, em razão de sua construção e fortalecimento na era moderna decorrer da união das nações em torno de ideais de respeito e garantia a direitos inerentes à condição da pessoa humana e na busca da paz mundial. Essa especial característica torna inseparável seu estudo dos mecanismos internacionais de proteção e garantia dos direitos humanos. Mister se faz, portanto, que seja vencida a barreira da desconfiança em relação ao direito internacional, sobretudo no momento em que os países encontram-se cada vez mais interdependentes, em todos os sentidos.

A adesão do Brasil aos diversos tratados de direitos humanos vai ao encontro de sua vocação na promoção da dignidade humana, com o mais nobre propósito de ofertar à humanidade uma gama de direitos indispensáveis à plena realização do ser humano. Nesse sentido, a Constituição de 1988 arrola como fundamento da República a dignidade da pessoa humana[2] e prescreve que a prevalência dos direitos humanos deve pautar o País em suas relações internacionais.[3]

No contexto internacional, o Brasil vem galgando posição de protagonismo na promoção dos direitos humanos. Ao assinar e ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, anuindo com o sistema regional de proteção dos direito humanos, avançou na liderança do tema no continente americano, na medida em que se mostrou aberto às decisões emanadas dos organismos internacionais. Nos sistemas subregional e universal, o Brasil também tem buscado atuar de forma transparente e propositiva, tornando-se exemplo para outras nações.

Permanece, no entanto, um grande desafio para o país no âmbito interno: criar mecanismos que possibilitem a implementação das decisões emanadas da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, as quais o país não pode se furtar a cumprir.[4] Antes de aprofundar esse

2. Art. 1.°, III, CF/1988.

3. Art. 4.°, II, CF/1988.

4. "Alguns estudiosos do tema da implementação de sentenças internacionais em âmbito nacional também enfatizam a importância das chamadas *enabling legislations*, que são normas domesticas que buscam viabilizar a execução e garantir a eficácia das sentenças internacionais. Poucos países do continente americano já estabeleceram mecanismos específicos ou normas

debate, passamos a tecer alguns esclarecimentos sobre o funcionamento do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, necessários para a compreensão do tema.

2. Sistema interamericano de casos

2.1 Trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos compõe-se de dois órgãos com atribuições de analisar denúncias de violações de direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana é porta de entrada das denúncias, que podem ser submetidas pelos legitimados previstos no art. 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH): qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental, desde que legalmente reconhecida em qualquer país membro da OEA. A denúncia, em geral, é consubstanciada em uma petição, mas pode também ser levada à Comissão por meio de formulário a ser preenchido na Internet, facilitando o acesso ao Sistema.

Ao receber a denúncia, a CIDH realiza uma análise preliminar e sumária sobre a admissibilidade da petição, de acordo com os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 46 da CADH,[5] afastando aquelas denúncias que de pronto e sem necessidade de exame mais aprofundado, se mostram sem fundamento. É possível ainda que a CIDH solicite ao peticionário que emende ou apresente provas complementares.

Superada essa fase inicial, a CIDH notifica o Estado a manifestar-se sobre a admissibilidade da denúncia, com prazo de dois meses para resposta. Recebida a manifestação do Estado, requer-se a manifestação dos peticionários, desenvolvendo-se um procedimento contraditório entre as partes, restrita a matéria, no entanto, aos requisitos de admissibilidade do art. 46 da CADH.

que facilitam a importância das chamadas *enabling legislations*, que são normas domésticas que buscam viabilizar a execução e garantir a eficácia das sentenças internacionais." Coelho, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba; Juruá, 2007. p. 184.

5. Vide também o art. 28 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Dentre os requisitos constantes desse artigo, destacam-se três, pela maior freqüência com que são alegados e debatidos, sobre os quais cabem alguns comentários: (a) o prévio esgotamento dos recursos internos ou a impossibilidade de fazê-lo; (b) o prazo de seis meses, contados da última notificação do esgotamento dos recursos internos, para apresentação da petição; e (c) a ausência de litispendência.

A exigência de esgotar, previamente ao encaminhamento da denúncia à CIDH, os recursos internos disponíveis à proteção do direito violado, funda-se no caráter subsidiário do Sistema Interamericano, que não deve ser utilizado em substituição aos mecanismos internos existentes. É necessário permitir ao Estado a possibilidade de resolver internamente seus conflitos, garantindo-lhe o exercício de sua jurisdição.

Assim, o peticionário deve demonstrar que se valeu dos recursos a sua disposição para buscar a proteção ou reparação a seu direito no âmbito do sistema jurisdicional interno e que, não obstante, os recursos disponíveis não foram capazes de responder adequadamente à violação de que foi vítima. Ressalte-se que o provimento jurisdicional contrário aos interesses do denunciante, mas que adveio após o trâmite regular de processo, com observância de todas as garantias processuais, e devidamente fundamentado, não autoriza a intervenção do sistema interamericano. Nesse sentido, é farta a jurisprudência da Comissão e da Corte no sentido de que o sistema interamericano é subsidiário e não pode ser utilizado como "quarta instância" em face dos tribunais nacionais.[6]

Nesse momento, as informações prestadas pelo Estado no tocante às ações e recursos judiciais existentes no ordenamento jurídico são de grande valia, pois a CIDH, como organismo internacional, nem sempre detém entre seus comissionados e assistentes, pessoas com conhecimento do direito brasileiro e, em especial, do sistema processual. Depende,

6. Convém salientar que os órgãos do SIDH não representam uma quarta instância de apelação ou corte de cassação de decisões de tribunais nacionais as quais possam ser insatisfatórias para a suposta vítima. Segundo entendimento da Corte IDH e da própria Comissão, na jurisdição internacional, as partes e a matéria da controvérsia diferem do âmbito interno e, por conseguinte, este Tribunal possui atribuições para estabelecer a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências jurídicas e não para investigar e punir os agentes do Estado os quais houvessem participado de supostas violações. Luis Guillermo Bedoya de Vivanco v. Peru, Case 369/01, Report 45/2004, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 at 645 (2004).

portanto, dos esclarecimentos e provas que são apresentados pelos peticionários e pelo Estado.

O debate sobre o esgotamento prévio dos recursos internos costuma provocar intensa troca entre as partes de argumentos jurídicos, jurisprudências e posições doutrinárias divergentes, e aumenta quando o peticionário alega algumas das exceções previstas no art. 46.2 da CADH, que consistem em circunstâncias que excepcionam a necessária demonstração de que houve o esgotamento dos recursos internos, em razão da impossibilidade ou dificuldade de esgotá-los.

A demora injustificada na ultimação da ação judicial é a exceção mais alegada, pois, via de regra, o fato que enseja a submissão de um caso à CIDH passa pela demora na obtenção de um provimento judicial em tempo razoável. Muito se discute sobre a necessidade de conferir celeridade ao Judiciário brasileiro e este debate tem se estendido aos casos brasileiros em tramitação na CIDH. Por força dessa exceção, o Brasil dificilmente consegue evitar a admissibilidade da denúncia.

O requisito do prazo de seis meses para propositura da demanda também tem servido para os Estados refutarem prosseguimento de petição perante o sistema interamericano. Embora fosse dever da CIDH rechaçar tais petições, *inaudita altera pars*, costuma-se aguardar pronunciamento do Estado para tomar a decisão de não admitir petições com esse vício formal.

Por fim, a ausência de litispendência em esfera internacional, que consiste em não haver outro procedimento sobre os mesmos fatos em outro sistema internacional de proteção de direitos humanos, com o sistema universal das Nações Unidas. Portanto, não se deve dar prosseguimento a petições, no sistema interamericano, que tenham por objeto a mesma violação já tratada em outra instância internacional.

Ao decidir pela admissibilidade, a CIDH expede o chamado "Relatório de Admissibilidade", e passa-se à discussão de mérito, ou seja, o exame quanto à ocorrência ou não de violação com base na Convenção Americana de Direitos Humanos. Admite-se também o exame de violações com base em outros tratados celebrados no âmbito do sistema regional, desde que previsto nesses instrumentos internacionais essa possibilidade e haja o Estado anuído com essa cláusula.

Excepcionalmente, pode a CIDH entender que o exame de admissibilidade será realizado em conjunto ao de mérito, normalmente quando

entende não dispor de elementos necessários à análise do esgotamento dos recursos internos, por falta de manifestação do Estado.

Na fase de mérito, desenvolve-se igualmente o contraditório entre as partes acerca dos fatos alegados na denúncia e da aplicabilidade dos artigos da CADH. Não há prazo para o término da fase de mérito; em regra, cada parte deveria manifestar-se por duas vezes, em observações de mérito e observações adicionais de mérito. No entanto, na prática, a CIDH costuma promover contínuas manifestações, nem sempre proveitosas, pois, ao fim, todos os argumentos já foram esgotados e resta apenas reiterar as alegações anteriores.

Logo que admitido o "Caso" – como a denúncia passa a ser denominada, a CIDH comunica às partes sobre a possibilidade de realizar acordo de solução amistosa, indagando-as sobre seu interesse e colocando-se à disposição para auxiliar na negociação. A solução amistosa consiste em importante mecanismo para por fim à contenda e fazer com que a violação possa ser prontamente reparada. Além disso, repercute positivamente à imagem do Estado, por mostrar seu interesse em promover a proteção e reparação dos direitos violados.

Não havendo interesse das partes em promover acordo, ou restando esse infrutífero, o caso prossegue, até a expedição do Relatório de Mérito previsto no art. 50 da CADH, que traz a decisão da CIDH. Se entender que não houve violação de direitos humanos, decide pelo arquivamento; caso contrário, conclui pela responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos e profere recomendações ao Estado, com prazo para serem cumpridas. As recomendações têm o intuito de promover a restituição das coisas ao estado anterior ou, em caso de impossibilidade, buscar a reparação pela violação. Assim, apresentam quatro eixos: medidas de reparação pecuniária; medidas de reparação simbólica; medidas preventivas ou de não repetição (como por exemplo, a elaboração de políticas públicas ou edição de uma lei) e promoção da responsabilidade interna pela violação.

Esse primeiro Relatório de Mérito é reservado, estando as partes impedidas de divulgá-lo. Inicia-se com ele etapa de grande desafio ao Estado, que deverá estabelecer mecanismos de cumprimento das recomendações. No Brasil, o Ministério das Relações Exteriores e a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República atuam em conjunto, buscando interlocução com os entes federados e poderes competentes para implementar os termos da decisão, consoante as

regras de repartição de competência da Constituição Federal. Saliente-se que, não obstante no plano internacional o demandado seja o Estado brasileiro, internamente, entende-se serem aplicáveis as regras constitucionais pertinentes ao federalismo e divisão de poderes, razão pela qual o cumprimento das decisões da CIDH depende da cooperação de todos os atores responsáveis. Nesse processo, o primeiro passo é conscientizar todos os atores, nem sempre familiarizados com os procedimentos internacionais, acerca da necessidade de cumprir as recomendações expedidas.

Saliente-se que, em qualquer fase do procedimento, a CIDH poderá, a pedido ou *ex officio*, designar a realização de audiência pública ou reunião de trabalho sobre o caso, ocasião em que as partes podem expor seus argumentos perante a CIDH ou tentar um acordo.

Caso o Estado não consiga a atender satisfatoriamente às recomendações da CIDH, em prazo de três a seis meses, restam à CIDH duas alternativas: emitir um segundo Relatório de Mérito, com base no art. 51 da CADH, em que constata o não cumprimento pelo Estado das recomendações, e publicá-lo na Assembléia-Geral da OEA, ou encaminhar o caso à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Deve-se salientar que a publicação do segundo Relatório de Mérito consubstancia-se como sanção, porque, ao expor o país na condição de violador de direitos humanos perante a comunidade internacional, prejudica sua imagem no cenário internacional, interferindo em outras áreas da diplomacia.

Por outro lado, a circunstância de a CIDH enviar um caso a julgamento pela Corte, propicia um debate mais profundo, jurídico e menos suscetível à ingerências políticas, não obstante existam ainda muitos pontos por avançar em termòs de judicialidade no procedimento da Corte.

2.2 *Trâmite perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*

Os processos que tramitam a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) regem-se por regras mais formais, em razão caráter judicial da Corte, em contraposição à natureza política e quase judicial da CIDH. Os legitimados ativos à propositura de demandas perante a CIDH resumem-se aos Estados-Parte e à CIDH. Até o momento, no sistema interamericano, não houve Estado que se aventurasse no pólo ativo de uma demanda em face de outro Estado. Costumeiramente, os países da

região têm preferido a via diplomática para resolver suas controvérsias relacionadas a direitos humanos.

Há quem defenda a possibilidade de um Estado demandar contra a CIDH, visando anular Relatório de Mérito que lhe impute, indevidamente, a responsabilidade internacional por violação a direitos humanos. A hipótese encontra adeptos até mesmo na CIDH, mas ainda é inédita.

Embora o art. 61 da CADH não permita aos representantes das vítimas ou de seus familiares a possibilidade de iniciar demanda perante a Corte, uma vez proposta pela CIDH, poderão eles apresentarem autonomamente petições, argumentos e provas, de acordo com o art. 36.1 de seu Regulamento. Essa modalidade de participação assemelha-se, em certa medida, com a figura do assistente de acusação do Processo Penal.

Proposta a demanda pela CIDH, a Corte IDH notifica a Estado a apresentar contestação, no prazo de quatro meses, devendo expor alegações sobre as exceções preliminares e o mérito. Ao Estado cabe também se manifestar, nesse mesmo prazo, sobre a petição eventualmente apresentada pelos representantes das vítimas ou seus familiares, a qual, em geral, tem como contribuição precípua trazer argumentos e informações necessárias à fixação da reparação. A necessidade de contestar as duas petições, cujos argumentos e acusações podem divergir bastante, no mesmo prazo, causa dificuldade à defesa do Estado e consiste em inegável desequilíbrio processual. No entanto, a participação dos representantes das vítimas tal como estabelecidos encontra defensores entre doutrinadores de peso.[7] A CIDH e os representantes das vítimas/familiares podem ainda manifestar-se em réplica à contestação.

As exceções preliminares, a que alude o art. 37 do Regulamento da Corte, compreendem os requisitos de admissibilidade, vícios de forma no procedimento, incompetência da Corte, intempestividade das petições,

7. "Há, no nosso entender, razões fortes e cogentes no sentido de assegurar às supostas vítimas acesso direto e locus standi in judicio ante a Corte em todas as etapas do processo (em casos a ela já submetidos pela Comissão), por questões tanto de princípio como de ordem prática, a beneficiar ambas as partes – tanto indivíduos demandantes como Estados demandados –, e o sistema regional de proteção de direitos humanos como um todo." TRINDADE, Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Piovesan. *O sistema interamericano dos direitos humanos e o direito brasileiro*, p. 103-151.

dentre outros. A jurisprudência da Corte tem admitido que, nas alegações preliminares, os Estados reiterem argumentos de inadmissibilidade previamente argüidos perante a CIDH.

Registre-se que o Brasil somente aceitou a jurisdição obrigatória da Corte em dezembro de 1998. Assim, violações ocorridas antes dessa data não estão submetidas à sua jurisdição, salvo se constituir violação continuada, que se estende no tempo até momento posterior à data de aceitação da jurisdição, como via de regra ocorre nas hipóteses dos arts. 8.º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial).

Superado o contraditório entre as partes, a Corte designa audiência para oitiva das testemunhas, peritos e alegações orais. É facultado à Corte realizar audiência somente para decidir sobre as exceções preliminares ou realizá-las em conjunto com a de mérito e reparações, por economia processual. Tem sido praxe a Corte realizar audiência sobre exceções preliminares em um dia e, no turno seguinte, ou no dia seguinte, realizar a audiência de mérito.

A realização das duas audiências na mesma sessão de trabalho da Corte, se por um lado favorece a celeridade do procedimento, por outro pode não ser muito proveitoso à boa solução do caso. A falta de tempo entre uma audiência e outra impede que as partes amadureçam o assunto discutido na primeira audiência e possam, inclusive, reelaborar a estratégia de defesa, em razão do que foi decidido na audiência de preliminares. Pode, inclusive, ser contraproducente à vítima, pois os Estados poderiam adotar nova postura de reconhecimento, parcial ou total, de responsabilidade, a partir do resultado das exceções preliminares desfavoráveis.

Realizada a audiência, as partes têm o prazo de um mês para apresentar suas alegações finais escritas. Em seguida, a Corte profere sentença, condenando ou absolvendo o Estado, ou arquivando o processo por falta de provas.

A sentença condenatória, tal como as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, costuma trazer as seguintes obrigações ao Estado: obrigação de reparar à vítima e seus familiares por danos materiais e morais, incluindo danos emergentes e lucros cessantes, cujos valores obedecerão aos *standards* internacionais; obrigação de retornar ao *status quo ante*; obrigação de adotar medidas de não-repetição, em geral por meio de políticas públicas que visem diminuir ou evitar que

violações semelhantes voltem a ocorrer; obrigação de processar e punir agentes perpetradores da violação.

Os valores da reparação poderão ser deixados para serem fixados posteriormente, em razão da necessidade de aprofundar o exame do acervo probatório relativo à extensão do dano material e moral, ou mesmo para determinar com precisão o número de beneficiários.

A partir daí, resta ao Estado cumprir a sentença internacional no prazo fixado, sob monitoramento da Corte.

2.3 *Medidas cautelares e medidas provisórias*

Além dos procedimentos já mencionados, existem mais dois procedimentos de natureza cautelar. As medidas cautelares da Comissão Interamericana e as medidas provisórias da Corte. Ambas possuem como característica buscar preservar a vida e integridade pessoal de indivíduos que estejam sob iminente perigo ou sofrendo violações. A maior diferença entre os institutos, é que as medidas cautelares são previstas no regulamento da Comissão, ao passo que as medidas provisórias possuem caráter cogente originária da própria CADH. Como prática, a Comissão tem decretado medidas cautelares e, em caso de serem insuficientes, solicita à Corte a decretação de medidas provisórias. Foi assim, por exemplo, com as medidas provisórias em favor das pessoas privadas de liberdade do Presídio Urso Branco.

3. Implementação das decisões proferidas por organismos internacionais de proteção de direitos humanos: sistema interamericano

Com o desenvolvimento cada vez maior do direito internacional dos direitos humanos, que, na época moderna, foi impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a questão da implementação, no plano interno, das decisões emanadas dos organismos internacionais de proteção ganha relevo em todos os países inseridos em algum dos sistemas de proteção.

O sistema interamericano tem a peculiaridade, quando comparado com os outros sistemas, de apresentar um mecanismo de coerção mais rigoroso, representado pela publicação dos relatórios da CIDH na Assembléia Geral da OEA e pelo julgamento pela Corte, os quais repercutem de forma negativa, tanto interna, quanto externamente. Por isso, a importância de desenvolver instrumentos que permitam a rápida e efetiva implementação das decisões internacionais.

Há um embate doutrinário sobre o poder coercitivo das recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto alguns Estados entendem não haver obrigatoriedade nas recomendações, a CIDH reiteradamente invoca a obrigatoriedade de cumprimento de seus relatórios.

A Corte, ao menos em duas oportunidades, manifestou-se diretamente sobre esse tema e apontou que, embora não haja na CADH previsão expressa de força obrigatória e vinculante das recomendações, ao se comprometerem com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, os Estados anuíram com a existência dos relatórios da Comissão, submetendo-se, de boa fé, aos seus termos.

De fato, essa posição é a mais consentânea com a finalidade do sistema interamericano de proteger os direitos humanos e compelir os Estados ao mesmo. As decisões da CIDH devem ser dotadas de força, independentemente do encaminhamento do processo à Corte. Os relatórios finais de mérito são publicados perante a Assembléia-Geral da OEA e, caso as recomendações não sejam cumpridas, serão, ano após ano, reeditadas.

A reedição demonstra à comunidade internacional a fragilidade de determinado país no tema e pode fundamentar a adoção de medidas econômicas restritivas. Embora não existam exemplos de sanções econômicas tendo como fundamento especificamente o descumprimento de recomendações da Comissão ou sentença da Corte, a violação aos direitos humanos tem sido o mote utilizado para justificar para invasões ao Iraque, embargo econômico a Cuba, dentre outros.

Portanto, é possível afirmar que as recomendações da Comissão consubstanciam, no direito internacional, *soft law*, com limitado poder de obrigatoriedade, embora, devam ser cumpridas de boa fé pelos Estados.

A posição assumida pelo Estado brasileiro, por seus órgãos federais responsáveis pela implementação das decisões, é no sentido de que todas as obrigações emitidas por recomendações devem ser cumpridas. No entanto, apesar do esforço e boa-fé no cumprimento das decisões, o Estado ainda não conseguiu se organizar administrativa e politicamente de modo a promover o efetivo cumprimento de todas as recomendações.

Em parte, essa dificuldade decorre da própria estrutura do Estado brasileiro, fundada na divisão dos poderes e no federalismo. Nem sempre

o cumprimento das recomendações depende unicamente da ação do Poder Executivo. Muitas vezes, as recomendações requerem atuação do Poder Judiciário, por exemplo, a determinação de que o Estado julgue rapidamente um caso, e do Poder Legislativo, ao determinar a alteração ou revogação de lei.

Do mesmo modo, a maioria das recomendações requer a atuação dos entes federados para serem cumpridas, seja por meio de implementação de políticas públicas, seja promovendo a responsabilidade administrativa de servidor causador de violação. A reparação pecuniária é também freqüente objeto de discussão, pois a União entende que ser de competência dos entes federados o pagamento de indenização, quando violações cometidas por seus agentes tiverem dado causa à demanda internacional.

Saliente-se que não se trata de mera controvérsia sobre recursos financeiros, com os quais a União poderia arcar. Trata-se de utilizar a recomendação da Comissão como forma de divulgar o sistema interamericano nos Estados e Municípios, envolvendo esses entes na proteção dos direitos humanos. Busca-se o efeito didático que as recomendações da CIDH podem provocar.

Nesse processo de cumprimento das recomendações, alguns Estados encontram-se mais avançados, inclusive criando designando estruturas para interlocução com a União. O Estado de São Paulo e o Estado do Rio de Janeiro designaram, por decreto, suas Procuradorias-Gerais como responsáveis por prestar informações para a elaboração das manifestações do Estado brasileiro nos casos, participar de audiências públicas e atuar como interlocutores nos contatos com a Secretaria Especial dos Direitos Humanos e o Ministério das Relações Exteriores.

O Estado do Pará também estuda adotar essa prática, que muito tem contribuído para a atuação do Estado brasileiro nos casos. Nesse sentido, cabe registrar o parecer elaborado pelo Professor Luis Roberto Barroso, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, que, instado a se manifestar sobre a possibilidade de o Estado efetuar reparação material por força de recomendação da Comissão Interamericana, concluiu positivamente, aduzindo, inclusive, que poderia ser dispensado o pagamento por meio de precatório e efetuado o pagamento por decreto do Poder Executivo.

Em sua análise, o Ilustre Procurador do Estado destacou que, embora sobre a União recaia o dever constitucional de representar o Estado brasileiro perante os organismos internacionais, a obrigação de

respeitar aos tratados internacionais assinados pela União recai a todos os entes – União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que tange às sentenças da Corte, o entendimento em prol da obrigatoriedade já se encontra consolidado. Nesse caso, decorre não apenas do princípio da boa fé, como também do caráter jurídico obrigatório e vinculante das sentenças da Corte, típico do *hard law*, conceito insculpido pelo Direito Internacional.

O Brasil ainda possui pouca experiência no que tange à implementação de sentenças da Corte. Até o momento, somente dois casos brasileiros foram levados a julgamento: Caso Damião Ximenes e Caso Gilson Nogueira. Este último, aliás, foi um dos poucos em que a Corte não condenou um Estado, por entender que não havia prova suficiente para ensejar a responsabilização do Estado brasileiro naquele episódio. A denúncia dizia respeito ao homicídio de advogado, defensor de direitos humanos em Natal, no Rio Grande do Norte, após denunciar ação de grupos de extermínio na região. Em sua defesa, o Estado brasileiro logrou mostrar a complexidade das investigações e a ação da Polícia Federal como suposto garante da imparcialidade da investigação no caso. Por fim, entendeu a Corte a ausência de prova robusta da responsabilidade do Estado brasileiro no insucesso das investigações em descobrir os criminosos e puni-los. Reforçou a tese predominante de que a obrigação de investigar e punir do Estado é uma investigação de meio, que deve ser realizada à exaustão, mas que não garante a efetiva punição, por força da prevalência da primazia da realidade.

Com o Caso Damião Ximenes, o Estado brasileiro teve, até então, a única experiência de ser condenado pelo Tribunal. A sentença, de 04.07.2006, condenou o Estado brasileiro por responsabilidade nos maltratos sofridos pela vítima, que ocasionaram sua morte dentro de um Hospital Psiquiátrico particular, conveniado ao SUS. Nesse caso, o Estado brasileiro logrou demonstrar que o seu projeto antimanicomial satisfazia parte das obrigações contidas na sentença, motivo pelo qual, no que toca às medidas de não-repetição, a Corte considerou o trabalho desenvolvido e apenas ordenou a sua continuidade.

Em relação aos valores arbitrados, o Estado brasileiro foi condenado a indenizar os familiares da vítima, no total de 600 mil dólares, consoante os padrões internacionais. A esse respeito, observa-se que o Estado brasileiro, forte no princípio da boa fé e em respeito aos organismos do sistema interamericano, buscou cumprir *sponte proprio* sua obrigação de

indenizar, reconhecendo que a violação ocorreu em hospital conveniado ao SUS e que, portanto, houve negligência da União na fiscalização das condições do referido hospital conveniado. Caracterizado, portanto, o nexo causal direto entre a omissão da União e a violação. Em 2007, foi criado destaque orçamentário próprio nas verbas direcionadas para a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, a fim de efetuar o pagamento das indenizações.

Assim, adotou-se o entendimento de que o ente federado violador de direitos humanos deverá efetuar o pagamento. Referida noção causou descontentamento de algumas entidades da sociedade civil atuantes no sistema interamericano, uma vez que a imputação de responsabilidade ao Estado ou Município poderá gerar dificuldades no cumprimento das sentenças da Corte. Essa preocupação, no entanto, não merece guarida, pois na recusa de determinado ente em indenizar, recai sobre a União o dever de proceder a esse pagamento. Há de se ter em mente que a União representa o Estado brasileiro perante a esfera internacional, atuando como verdadeiro garante das dívidas contraídas por motivo de obrigação internacional resultante de violação de direitos humanos. Além disso, nos termos do art. 28 da CADH, denominada cláusula federal, o Estado não pode escusar-se de suas obrigações internacionais alegando questões internas.

4. Reflexos das decisões da Comissão e Corte Interamericanas no direito penal e processual penal

Consoante já explanado, um dos eixos da reparação de violações aos direitos humanos na esfera dos tribunais internacionais refere-se à promoção da responsabilidade penal pelo Estado em face das pessoas que deram causa à violação. O recebimento dessa determinação, seja por recomendação da CIDH ou por sentença da Corte, demonstra que, no corpo do procedimento, concluiu-se pela omissão do Estado em seu dever de investigar ou de punir, ou de ambos. É possível também que se tenha verificado haver irregularidade nas investigações ou no processo penal, bem como demora injustificada na tramitação do feito. Em todos esses casos, o Estado incorre em violação aos arts. 8.º ou 25. Não raras vezes, aponta-se violação conjugada desses artigos.

O art. 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos contém as chamadas garantias judiciais e relaciona-se ao direito à ampla defesa e devido processo legal. O art. 25, por sua vez, trata da proteção judicial,

e reflete-se nas garantias pertinentes ao acesso à justiça e efetividade do processo.

A conjugação dos arts. 8.° e 25 da CADH levam ao reconhecimento da obrigação de investigar, dever que somente cessa quando o Estado consegue demonstrar que utilizou todos os meios à sua disposição para esclarecer os fatos. Esse dever persiste ainda quando existem impedimentos legais no direito interno, como as leis de anistia,[8] prescrição e outros institutos excludentes da responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados.[9]

As recomendações que se referem à investigação pela polícia de crime encontram dificuldade no cumprimento quando o inquérito policial foi arquivado. Por vezes, não se verifica a existência de novas provas a fundamentar o desarquivamento, muito embora se apontem falhas na investigação, como a não realização de perícias e a falta de oitiva de testemunhas importantes. A falta de um recurso à vítima, ou seus representantes, hábil a promover o desarquivamento do inquérito policial tem sido alegada como violação ao art. 2.° da CADH, segundo o qual o Estado deve dispor dos recursos adequados a amparar os direitos previstos na Convenção.[10] A CIDH tem se manifestado reiteradamente

8. 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden 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 puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú. Caso Barríos Altos. Peru, Sentença de 14.03.2001.
9. 41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Caso Barríos Altos. Peru, Sentença de 14.03.2001.
10. "Doutrinariamente, prevalece o entendimento do primado do direito internacional sobre o direito interno. Um Estado, ao contrair obrigações internacionais, compromete-se a adotar, no ambito interno, as medidas

no sentido de que a inexistência de recurso específico contra o arquivamento de inquérito policial encerraria a possibilidade de as vítimas ou seus representantes prosseguirem na sua busca por justiça.

Ainda no tocante à investigação, a CIDH tem questionado que a investigação de supostos crimes cometidos pela polícia – civil e militar – seja conduzida pela própria polícia, o que, em seu entender, não garantiria a imparcialidade da investigação. Chama a atenção, em especial, para denúncias de prática de crime de tortura e maus tratos, os quais não são devidamente apurados. Desse modo, existem várias decisões recomendando a alteração da legislação, para que a investigação de crimes cometidos por policiais não seja realizada pela própria corporação policial de que fazem parte.

No tocante à ação penal, a principal crítica da CIDH refere-se à demora do procedimento, em especial daqueles de competência do Tribunal do Júri. Quando é o caso, o Estado brasileiro procura demonstrar que a demora justifica-se pela complexidade da ação, em que muitas vezes figuram vários réus. Nem sempre, no entanto, esse argumento pode ser utilizado, já que pode ocorrer demora excessiva sem justificativa aparente. Busca-se, quando possível, interlocução com as autoridades responsáveis pela condução da ação, solicitando agilidade no seu andamento. O Estado brasileiro também tem informado, nos casos pertinentes, sobre as recentes alterações legislativas no Código de Processo Penal, que atingiram o rito aplicável aos crimes de competência do Tribunal do Júri, procurando demonstrar o esforço em propiciar maior celeridade aos processos, sem deixar de assegurar a ampla defesa e o contraditório.

Saliente-se que um dos poucos casos brasileiros de inadmissibilidade da denúncia internacional refere-se à questão processual penal. Em 2007, a CIDH declarou a inadmissibilidade[11] do Caso 12.293, em julgamento conjunto de admissibilidade e mérito, por entender que os arts. 593, 594 e 595 do CPP (deserção do recurso de apelação em caso de fuga do réu) não violam os arts. 8.º e 25 da CADH. Entendeu a Comissão que, em nenhum momento, o Estado privou a suposta vítima da possibilidade de recurso, mas foi a suposta vítima quem se subtraiu à justiça.

necessárias à realização dos compromissos assumidos". JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 55.

11. Relatório de Inadmissibilidade 59/2007.

A CIDH também tem apontado a resistência das instituições em investigar e punir os crimes de racismo e tortura. Subsidiados por informações prestadas pelas entidades não governamentais, alega não haver muitos casos de condenação por esses crimes no Brasil, o que indica a resistência ao trato desse temas pelos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público. No caso do racismo, por exemplo, a CIDH já entendeu haver a prática de racismo institucional no Estado brasileiro.

No que concerne à tortura, registra-se que o sistema interamericano tem sido acionado, algumas vezes, por presidiários que alegam estarem presos por terem confessado o crime sob tortura. Até o momento, nenhum desses casos teve decisão, até pela dificuldade da CIDH em avaliar eventuais provas. Salienta-se que, nessas situações, procura-se verificar internamente a possível procedência das denúncias de tortura, e só então o Estado se posiciona perante a Comissão.

Por fim, recorda-se que a Lei Maria da Penha, que criminalizou a violência doméstica no Brasil, deu-se no contexto do cumprimento de recomendações da Comissão Interamericana no Caso Maria da Penha. Podem ser citados ainda outros casos em tramitação na Comissão e na Corte, que podem ter influências no âmbito penal, como o Caso Guerrilha do Araguaia, o Caso Interceptação de Linhas Telefônicas de Organizações Sociais e o Caso do Presídio de Urso Branco, na hipótese de condenação.

5. Conclusão

A participação do país no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ainda é recente. Somente em 1992 o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e apenas em 1998 aceitou a jurisdição da Corte. Assim, em comparação aos demais países americanos, são poucos os casos brasileiros em trâmite nos órgãos do sistema, sobretudo se considerarmos as dimensões do país e as diversas questões sociais presente.

No entanto, já foi possível constatar, no plano das relações externas, intercâmbio positivo gerado pela experiência de sua participação no sistema interamericano. Países do continente, com problemas sociais semelhantes, promovem rico fluido de experiências que podem ser aproveitadas para promover e proteger os direitos humanos no Brasil.

Além disso, ao assinar e ratificar tratados em direitos humanos, o Estado brasileiro assume compromissos que nem sempre são intei-

ramente cumpridos no momento de sua internalização, o que gera um construtivo ambiente de cobrança nacional e internacional a fomentar o desenvolvimento e criar as condições internas indispensáveis à real efetivação de direitos. Trata-se de força exógena benéfica que impulsiona a sociedade a marchar rumo à plenitude dos direitos humanos.

Internamente, persiste o desafio de implementar plenamente as decisões emanadas dos órgãos dos sistemas interamericano, o que requer colaboração sobretudo dos Estados federados e do Poder Judiciário. A pouca divulgação do sistema interamericano e a resistência frente ao direito internacional dificultam esse processo. Sem adentrar a outros ramos do direito, no que diz respeito aos direitos humanos, há de se levar em conta sua origem preponderantemente supranacional e sua finalidade de promover a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado brasileiro. Os tratados e decisões internacionais, nesse sentido, não objetivam solapar a soberania do Estado, mas com ela contribuir, na medida em que a soberania estatal se rege pela dignidade e bem-estar de seus indivíduos.

O ano de 2008, em que se comemoram os 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tida como o marco do nascimento dos direitos humanos no mundo moderno, traz essa temática e pede novas reflexões, de forma corajosa e isenta de preconceitos.

Bibliografia

Caso Barríos Altos. Peru, Sentença de 14.03.2001. Disponível no site <http://www.corteidh.or.cr> em: 01.12.2008.

CIDH. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos – 25 anos*. Publicação mar. 2006. CIDH.

CIDH. Relatório de Inadmissibilidade n. 59/07. Caso 12.293. Disponível no site <http://www.cidh.oas.org/comissao.htm> em: 01.12.2008.

Coelho, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

Jayme, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Ribeiro, Maria de Fátima (coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008 (1. ed., 2004).

Trindade, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2000.

_____. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Piovesan. *O sistema interamericano dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

VIVANCO, Luis Guillermo Bedoya de. v. Peru, Case 369/01, Report n. 45/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 at 645 (2004).

6
A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança

RUTH M. CHITTÓ GAUER

Professora do PPGH, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas e do PPGCrim, Faculdade de Direito da PUC-RS. Doutora em História moderna e contemporânea pela Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Sociologia jurídica

RESUMO: A história das idéias políticas registra o que foi convencionado chamar de clássicos do pensamento liberal e as lutas para o estabelecimento de democracias liberais estruturadas na determinação da liberdade, do indivíduo livre vivendo essa liberdade indiferente para o domínio público. Por outro lado ocorreu uma preocupação com a liberdade da coletividade. Na história do pensamento ocidental moderno a liberdade torna-se uma idéia-força baseada na premissa da igualdade através da naturalização da razão a qual permitiu a eliminação das amarras do *Ser* imprimindo o primado do *Devir*, tendo como meta a busca da eliminação da hierarquia. Essas transformações permitiram substituir a pessoalidade pela impessoalidade, condição estruturante do direito natural moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade – Idéias políticas – Liberdade – Segurança.

ABSTRACT: The history of political ideas includes what has been conventionally called classics of liberal thought and struggles to establish liberal democratic structures in the determination of freedom, that is, the free individual, living this freedom regardless of public domain. On the other hand, there was concern with collectivity freedom. In the history of Western thinking, freedom has become a core idea based on the premise of equality through the naturalization of reason, something that has enabled the break from the Being and imposed the Becoming to seek the elimination of the hierarchy. These transformations enabled replacing the personalness with impersonalness, which is the structuring condition of modern natural law.

KEYWORDS: Modernity – Political ideas – Freedom – Security.

SUMÁRIO: 1. O pensamento liberal moderno – 2. A questão da liberdade no século XX – Bibliografia.

1. O PENSAMENTO LIBERAL MODERNO

O título diz a direção da análise. Trata-se de dois conceitos que se tornaram desconcertantes em face da sua ambigüidade. Em que pese essa ambigüidade eles se tornaram reguladores do pensamento liberal clássico. Na história do pensamento ocidental moderno a liberdade de expressão refletia o progresso da razão a qual previa a condição da segurança social. Analisados sob diferentes enfoques teóricos desde o início da modernidade, os clássicos desenvolvidos a partir do século XVII deixaram um legado, o qual impõe compreender a variedade e a multiplicidade de significados. A liberdade encontra o seu limite na liberdade do outro, essa afirmativa apresentada por Stuart Mill[1] no ensaio *Sobre a servidão das mulheres*, tornou-se o lugar comum. Stuart Mill,[2] um dos teóricos modernos do liberalismo, debruçou-se sobre a questão da liberdade como um dos mais importantes desafios a ser enfrentado e pensado pelo Estado. Com esse enfoque, o tema liberdade foi tratado pelos pensadores do século inspirados na racionalidade científica, procuravam aplicar o método científico aos estudos da sociedade. Trugot[3] fez uma distinção precisa entre ciências físicas e morais, atribuindo às primeiras leis periódicas, e às últimas, modelos que mudavam conforme o progresso do conhecimento. Outros como Condorcet, curvavam-se perante o método matemático. Em ambos podemos encontrar análises clássicas para pensar a liberdade.

A história das idéias políticas registra o que foi convencionado chamar de clássicos do pensamento liberal e as lutas para o estabelecimento de democracias liberais estruturadas na determinação da liberdade do indivíduo livre vivendo esta liberdade, sendo indiferente para o domínio público, por outro lado, a preocupação com a liberdade da coletividade. O fundamento dessa concepção de liberdade foi a criação da igualdade através da naturalização da razão, a qual permitiu a eliminação das amarras do *Ser* imprimindo o primado do *Devir*, e a busca da eliminação da hierarquia. Essas transformações permitiram substituir a pessoalidade pela impessoalidade, condição estruturante do direito natural moderno. Tais fundamentos criaram condições para pensar

1. MILL, Stuart. A defesa da liberdade. *História da filosofia*. REALE, Giovani; ANTISERA, Dario. São Paulo: Edições Paulinas 1991, vol. 3, p. 324-326.
2. Idem, ibidem.
3. BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Edições 70, 1990, vol. 1, p. 245-264.

a liberdade como autodeterminação: diante do indivíduo agindo no mundo público sob normas instituídas pelo Estado, simultaneamente a privacidade se colocava frente à religião como uma escolha privada, pois foi considerada uma questão indiferente ao domínio público, em um Estado laico. A visão de liberdade vinculada ao princípio da convivência com a diferença possui dois exemplos emblemáticos que tratam do princípio de liberdade de escolha: Espinosa no *Tratado teológico-político* e Locke na *Carta sobre a tolerância* – onde este autor deixa claro o falta de legitimidade jurídica no que se refere à possibilidade de legislar sobre as crenças religiosas.

A partir do surgimento do Estado moderno e dos diferentes regimes político que se instalaram nos séculos XVII e XVIII, a sociedade ocidental criou condições para uma grande mudança nos sistemas políticos com a instalação das monarquias absolutas. Nos séculos subseqüentes ocorreu a implantação das democracias liberais tal como foi organizada no século XIX, assim como a democracia de massa no século XX. Durante esse processo de mudanças o cuidado com o privado passou a ser uma preocupação manifestada no âmbito do público, a propriedade privada recebeu a proteção de uma normatização pública. Embora a propriedade seja um dos elementos que identificam esse imbricamento, público e privado, a criação da categoria indivíduo, tal como pensada na modernidade implicou o reconhecimento de uma ampla liberdade de escolha. Alguns dos valores, em vez de emanarem da sociedade, são determinados pelos indivíduos para seu próprio uso. O indivíduo como valor (social) exige que a sociedade lhe delegue parte de sua capacidade de fixar os valores e as normas. A liberdade de consciência é um exemplo contundente. No entanto, a capacidade do indivíduo é limitada, pois ele foi conduzido a optar pelo conjunto de valores virtuais existentes ou criar uma nova idéia-valor. O que se observa é que os valores estão prescritos e imbricados nos diferentes sistemas de representação existentes na sociedade.

O fluxo moderno instituiu as bases do pensamento sobre liberdade, vários autores, entre eles Montesquieu, não demonstraram uma preocupação central com as definições, no entanto, Montesquieu identificou o que era afinal a liberdade na obra *Sur l'Esprit des lois*.[4] Fez inicialmente uma distinção entre a liberdade do súdito e a liberdade da constituição. A primeira se refere à liberdade civil, acima de tudo, à segurança do

4. MONTESQUIEU, apud BAUMER, Franklin L. Op. cit., p. 254, 255.

indivíduo, à liberdade religiosa, à liberdade de pensamento e à justiça legal entre outras semelhantes. Embora a salvaguarda dessas liberdades fosse, talvez, a preocupação mais importante de Montesquieu, ele não pensava nelas como direitos naturais, no sentido lockeano. Eram liberdades garantidas pela e na sociedade, fixadas pela lei. A liberdade é o direito de fazer o que a lei permite. Seguindo a reflexão o autor afirma: "o súbdito pode ser livre e a constituição não".[5] Essa afirmativa revela a preocupação com a liberdade da constituição, que para ele era o meio de evitar o despotismo e assegurar a liberdade individual.

A maior parte dos filósofos, a exemplo de Locke, entendia que o indivíduo precedia a sociedade, e deveria ser livre, dentro de limites, para organizar a sua vida como melhor lhe parecesse. Baumer[6] é de opinião que – na concepção do Abade Siéyès, representava a posição de Locke e Rousseau simultaneamente quando referiu: "os desejos dos indivíduos (*volontés individuelles*), são o ponto de partida de todas as sociedades políticas".[7] Embora formando uma "vontade comum", por razões de conveniência, eles entregavam apenas ao governo a parte do poder necessário para manter a boa ordem. O "direito de querer" básico continuava a pertencer-lhes como direito inalienável.

Os pontos mais evidentes sobre o pensamento de Montesquieu quando enfoca a liberdade, estão em sua análise comparativa entre as instituições Européias e Asiáticas. Escreveu as *Cartas Persas*, onde enfatizou a moderação dos governos europeus mais próximos aos fundamentos racionais do que os governos despóticos da Ásia. Tocqueville,[8] seguindo a tradição de Montesquieu, concordou que a constituição dos Estados deveria estar relacionada aos hábitos e aos costumes dos povos, inspirado, sob este aspecto, no direito consuetudinário. Ao estudar a política em relação ao contexto social geral e, em particular, com as idéias e valores, Tocqueville[9] analisou a igualdade social e a liberdade política na democracia da América, entregou-se a uma comparação sociológica e concluiu: um sistema político democrático só é viável

5. Idem, ibidem, passim.
6. BAUMER, Franklin L. Op. cit., p. 258.
7. Idem, ibidem.
8. TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. Belo Horizonte: Itatiaia/ São Paulo: Ed. USP, 1987.
9. TOCQUEVILLE, Aléxis de. *Igualdade social e liberdade política*. São Paulo: Nerman, 1988. p. 31-37.

quando cumpridas certas condições sociais. O domínio do político não pode absorver o da religião ou dos valores fundamentais, ao contrário, deve ser complementado e sustentado por ele.

Com perspectiva diferenciada dos autores acima citados, Rousseau tratou a questão da liberdade focando a passagem do Estado de natureza ao Estado civil, para o autor:[10] uma mudança notável no homem, substituindo a "liberdade da natureza, limitada pela força do indivíduo, pela liberdade civil limitada pela vontade geral e por uma nova liberdade moral que reprimia seus apetites". No *Contrato Social*,[11] defendeu o surgimento de uma nova religião civil que seria um culto ao Estado; ao mesmo tempo em que essa religião teria o papel de inculcar lealdade ao Estado, deveria cultuar os deveres da cidadania. Dumont[12] vê uma contradição em Rousseau, a qual se revela nos dois primeiros artigos da Declaração dos Direitos do Homem. Os artigos assim se explicitam:

"Art. 1.º Os homens nascem iguais e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum."

"Art. 2.º A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão."

Nas palavras de Dumont,[13] vê-se imediatamente que o art. 2.º contradiz a estipulação central do *Contrato Social*, "a alienação total de cada associado com todos os seus direitos e toda a comunidade". Não bastaria ver na Declaração o coroamento das doutrinas modernas do direito natural porque, o ponto essencial é o transporte dos preceitos e ficções do direito natural para o plano da lei positiva: a Declaração foi concebida como base solene de uma Constituição escrita, ela mesma julgada e sentida como necessária do ponto de vista da racionalidade artificial. Tratava-se de fundar exclusivamente na base do consenso dos cidadãos um novo Estado e de colocá-lo fora do alcance da própria autoridade política.

10. Tocqueville Aléxis de. Op. cit. (1988), p. 35.
11. Rousseau, Jean-Jaques. *O contrato social*. 40. ed.. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1981.
12. Dumont, Louis. *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 109.
13. Dumont, Louis. Op. cit.

Os exemplos acima apresentados possibilitam identificar alguns dos diferentes enfoques na análise da liberdade iniciados no século XVII, quando esta preocupação passou a ser importante para os homens de letras e de ciência que tentavam descobrir tudo o que a história e a lógica impuseram para pensar um determinado contexto. No entanto, ao mesmo tempo em que acreditavam estar defendendo a liberdade, conviviam com a ilusão da mesma. É precisamente quando a sociedade assegura a sobrevida da liberdade dos indivíduos que podemos identificar um risco maior, a negação do indivíduo em nome dos interesses superiores das instituições e das organizações. O exemplo mais contundente é a institucionalização de uma razão de Estado, culminando no silêncio, na uniformidade totalizadora, assim como na eliminação das diferenças. Essas questões é que levaram muitos autores a buscar de forma obsessiva a autonomia e a autenticidade de uma ordem diferente que não seria programada e imposta, deveria ser produzida por uma infinidade de sujeitos criadores.

A liberdade como uma idéia-força, segundo a concepção de Baumer, não deixou de ser um tema desconcertante mesmo se tornando senso comum. Uma importante contribuição para pensar o tema foi deixado por Kant[14] com a metáfora do vôo de um pássaro. Descreve o encanto da liberdade quando observava um pássaro ágil, indagou a respeito da resistência do ar que o impediria de voar mais depressa. Na verdade, argumentou, é justamente essa resistência que lhe serve de suporte, pois seria impossível voar no vácuo. Esta compreensão de liberdade legada por Kant é condicionada pelo determinismo do limite, assim como em Mill.

O vôo livre do pássaro é uma ilusão à liberdade sem limite, é, na melhor das hipóteses, um desafio. Kant exigiu a libertação da autoridade, especialmente a religiosa, para que os homens pudessem pensar eles próprios e, assim, acelerar a racionalidade. Afirmou o autor: "a liberdade consiste na obediência às leis que o próprio sujeito moral se impõe".[15] Sob essa premissa o determinismo está concentrado na lei. O que Kant afirmou foi que os homens podiam reagir racionalmente se quisessem, mas para ele "a moralidade é como uma lei para nós, porque somos

14. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

15. KANT, Immanuel. A liberdade, o indivíduo e a república. WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991. p. 54-55.

seres racionais". Com esse fundamento afirma ainda que "a liberdade é também uma propriedade de todos os seres racionais".[16] O determinante neste aspecto se concentra na racionalidade a qual fundamentou a primeira posição sobre o limite da lei. Para o autor "o direito é um regulamento entre subjetividades, mas não é um regulamento entre os desejos das subjetividades, e sim entre os arbítrios dos homens. O conceito de direito diz respeito a uma obrigação correspondente (o conceito moral de direito), aplica-se primeiro, apenas às relações externas e práticas de uma pessoa a outra, na medida em que dela podem ter influência sobre uma outra. Segundo, o conceito de direito não expressa a relação de arbítrio de uma pessoa à volição do outro, ao contrário expressa apenas a relação ao arbítrio do outro. Terceiro, o conceito de direito não leva em conta a matéria do arbítrio. O direito, portanto, é o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode ser combinado com o arbítrio de uma outra segundo a lei universal da liberdade".[17] O que seria o arbítrio dos homens senão a manifestação dos limites da lei. Enquanto para Kant o limite é a moral, que se explicita pela lei que é da ordem da razão, para Mill o limite é o outro, o indivíduo, que não pode lesar os interesses alheios ou aquele determinado pelo grupo de interesses que, por expressa disposição da lei ou por tácito consenso, deva ser considerado como direito. Como se observa, o limite é o outro, expressado pelo consenso ou pela lei.

Do legado Kantiano podemos tirar inúmeras lições sobre liberdade e limite, diz o autor: "antes de falarmos sobre os limites do poder estatal, se faz necessário distinguir na conduta humana as leis morais e as leis jurídicas, esse critério de distinção é apenas formal. Não há referência sobre os conteúdos das normas, mas à forma da relação utilizada pelos homens com relação ao conteúdo". Para tanto se torna importante apontar que as ações morais são realizadas para obedecerem a leis do dever. Determinadas pela máxima e não pelos fins, sendo o princípio da vontade que as determina, movidas pelo respeito à lei, aponta o autor para uma reflexão sobre os princípios referindo: "faz-se necessário distinguir entre ações internas e ações externas. As leis da liberdade são as que determinam as ações como princípios em virtude delas mesmas. As leis jurídicas são apenas externas". Na concepção acima apresentada,

16. WEFFORT, Francisco C. Op. cit., p. 54-56.

17. Idem, p. 73.

o Direito[18] subordina-se a certos valores materiais: como a ordem pública (lembrando Hobbes) ou várias modalidades de pensamento incluindo os autoritários. Assim como na igualdade (a exemplo: as concepções que erigem a "justiça social", as reformas de estrutura ou o bem-estar social como valores supremos da ação legislativa do Estado). A afirmativa de Kant de que a sociedade se organiza conforme a justiça, quando, nela, cada um tem a liberdade de fazer o que quiser, contanto que não interfira na liberdade dos demais, permite deduzir, por um lado, que a vontade moral é autônoma ou não é moral, por outro, a vontade jurídica é heterônoma. Essas bases do pensamento Kantiano levaram o autor[19] a afirmar que Kant é o mais sólido e radical teórico do liberalismo. O Estado (*Civitas*) para Kant, é a união de um conjunto de homens sob as leis do Direito. No que se refere à forma do Estado, o autor assinala que a idéia de Estado deve ser segundo os princípios puros do Direito. Essa idéia serve de padrão (norma) para a efetiva união dos homens em repúblicas.

2. A QUESTÃO DA LIBERDADE NO SÉCULO XX

Nos avanços sobre a compreensão do que é a liberdade outros intelectuais se destacam entre eles Popper.[20] O filósofo se deixou seduzir a tal ponto sobre a temática que ao distinguir a sociedade aberta das sociedades fechadas, fê-lo pelo reconhecimento de que não existem sociedades perfeitas, mas seria possível procurar combater os males maiores e os mais urgentes, reconhecendo na liberdade uma importância maior do que a igualdade. Por outro lado alertou que a tentativa de realizar a completa igualdade punha em perigo a liberdade. A convicção de que só a democracia podia fornecer a estrutura institucional para reformas contínuas, sem violência, objetivando o uso da razão na política, assim como para a liberdade de pensamento e progresso da ciência, foi defendida por Popper. A sua posição se insere na tradição ocidental, a qual conjuga altruísmo e individualismo. Reconhece a realidade de um modo independente, dotada de padrões próprios o que permitiu uma aproximação de verdade. A influência liberalizadora da ciência, na concepção

18. Idem, p. 57.

19. Idem, p. 55.

20. POPPER, K. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1976. vol. 2.

defendida, foi centrada exatamente em seu caráter hipotético e na impossibilidade da certeza.

A preocupação com a liberdade atingiu todos os campos do saber e chegou à atividade científica e à academia quando se passou a discutir a liberdade do cientista. A ligação entre o reconhecimento das funções fiduciárias da ciência e do pensamento à fórmula individualista da liberdade foi objeto de várias publicações, entre elas, *A lógica da liberdade*, escrita por Michael Polanyi.[21] O autor criticou a fórmula que conduziu a crença na liberdade nascida no individualista, pois esta só poderia ter sido apoiada pela inocência do racionalismo do século XVIII, com suas ingênuas auto-evidências e inabaláveis verdades científicas. Para além dessa posição sobre a liberdade, o autor analisou outro ponto decisivo, a perspectiva do poder de destruição crescente das descobertas científicas. Como Professor de filosofia da ciência, teve importante papel em Manchester após ter fugido do nazismo. A destruição produzida pela Segunda Guerra havia despertado no filósofo a preocupação com a liberdade do cientista. Com o olhar voltado para a capacidade destrutiva da técnica, o autor analisou o auto-governo da ciência. Constatou: "a crise paradigmática se tornava coletiva, pois o cientista conquistava o poder de contra-interpretar os resultados dos próprios colegas, quando um novo paradigma, um novo tipo de inteligibilidade, impõe uma escolha".[22] O aspecto acima apontado foi discutido pelo autor através da análise do auto-governo da ciência de forma contundente, quando afirma: "a pesquisa científica é a arte de fazer certas espécies de descobertas, essa atividade só ocorre quando a liberdade de criar pauta a atividade acadêmica".

A oposição ao planejamento científico levou o autor a construir uma epistemologia da ciência baseada na crença de uma natureza individual dos descobrimentos, livre de qualquer interferência oficial ou dogmática. Optou por pensar: o mais importante para o bem-estar dos homens é a espontaneidade a qual é o resultado do processo interativo, o maior exemplo de ordem espontânea é a própria ciência. O desafio, segundo sua interpretação, estava na busca em ajustar a realidade da equipe de

21. Polanyi, Michael. *A lógica da liberdade*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 89, 91, 101, 102.

22. Polanyi, Michael Polanyi. Op. cit. Após uma visita à Rússia escreveu em 1958 importantes contribuições à epistemologia com seus conceitos "dimensão tácita" e "inversão moral".

pesquisadores de diferentes áreas do conhecimento, as quais ultrapassam as fronteiras de uma única ciência. Ao experienciar novas formas de ajuste, os cientistas proporcionaram uma abertura para o aprendizado a qual tenta conciliar vários saberes: o econômico, o filosófico e o científico. O autor, crítico severo à planificação da ciência, defendeu valores como, justiça, tolerância e caridade, dessa forma deslocou a questão individualista da liberdade e abriu caminho para pensar os diferentes campos científicos.

As diferenças entre os campos conceituais que configuram o saber dos pesquisadores de diferentes áreas encaminharam para o que foi denominado de escândalo fecundo, há muito anunciado por Thomas Kuhn. Para o autor, a relação entre a noção de anomalia e o ponto crítico em que uma diferença se reconhece como significativa, desestabiliza o paradigma e não a competência do cientista. No entanto, o ponto focal que põe em tensão o cientista torna-se vetor de uma criatividade que, porventura, não terá sido inspirada por uma atitude lúcida, isto é, cética relativamente ao poder das teorias. A quebra da autonomia de comunidades científicas[23] põe em causa as bases da ciência e não o cientista.

Os objetivos primordiais da epistemologia que Kuhn[24] se propôs investigar foram as condições necessárias para atingir a coerência entre o conteúdo semântico dos conceitos e o tratamento formal ao qual são submetidos. Para além desses aspectos, faz-se necessário considerar as variáveis observáveis, variáveis encobertas e condições onde ambas se imbricam. Uma interpretação resultante de uma liberdade criativa requer uma análise que se constitua em simultâneo com uma percepção, como referido por Bergson, "uma forma mais elevada de análise".[25]

Os esforços dos autores citados não esgotaram o tema, ele persistiu no campo da filosofia, da história das idéias, na ciência política, entre outros campos. A preocupação com os limites da liberdade chamou a atenção de muitos intelectuais no século XX, em especial no período das Grandes Guerras, filósofos como Merleau-Ponty desenvolveram grandes debates sobre o tema. O autor analisou as relações entre o homem e o mundo buscando explicar *a fenomenologia da percepção*. A

23. STENGERS, Isabelle. *As políticas da razão*. Lisboa: Edições 70, 1993. p. 11.

24. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científica*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

25. BÉRGSON, Henri Bérgson. *Matéria e memória*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 83, 88.

sua grande preocupação centrou-se no significado das coisas no mundo e do próprio mundo que permanece aberto ou, ambíguo, a ambigüidade e a abertura são constitutivas da existência. Talvez por isso Merleau-Ponty optou por uma liberdade "condicionada": "se é errado conceber a relação entre a consciência e o corpo como relação causal entre duas substancias, também é errado conceber relação de causalidade entre o homem e a sociedade". Por isso, se Sartre está fora de rumo com a sua idéia da liberdade absoluta, também é errada a teoria marxista da primazia causal do fato econômico sobre a constituição do homem e da sociedade.[26] Na opinião do autor o homem é livre e não existe estrutura, como a econômica, que possa anular a sua liberdade constitutiva. Mas a liberdade do homem é a *liberdade condicionada*: condicionada pelo mundo em que vive e pelo passado que viveu. Sendo assim, "não existe nunca determinismo, não existe nunca escolha absoluta, eu não sou nunca uma coisa e não sou nunca consciência nua".[27] A realidade é que "nós escolhemos o nosso mundo e o mundo nos escolhe". Por isso é desviante o dilema que afirma que a nossa liberdade ou é total ou não existe. Para o autor, "a liberdade existe, não por que algo me solicite, mas, ao contrário, porque de repente eu estou ora de mim e aberto para o mundo". Ou seja, a liberdade existe, mas é condicionada, porque "somos uma estrutura psicológica e histórica, porque estamos misturados ao mundo e aos outros em confusão inextricável".

Podemos deduzir que a liberdade não destrói a situação, mas se insere nela. É por essa razão que as situações permanecem abertas, já que a inserção do homem nelas poderá configurá-las de um ou de outro modo, enquanto as situações o permitem. Portanto, não há fuga dos fatos, eu posso faltar à minha liberdade quando "procuro superar minha situação natural e social sem primeiro assumi-la, ao invés de, através dela, unir-me ao mundo natural e humano". Mas também não há rendição aos fatos, como pretende o materialismo histórico. Para Merleau-Ponty, substancialmente, a concepção do Direito, a moral, a religião e a estrutura econômica se inter-significam reciprocamente na unidade do acontecimento social, assim como, as partes do corpo se implicam mutuamente na unidade de um gesto ou como os motivos

26. MERLEAU, Ponty. A liberdade condicionada. REALE, Giovani; ANTISERA, Dario. *História da Filosofia*. vol. 3, São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 615- 617.

27. MERLEAU, Ponty. Op. cit., p. 616.

fisiológicos, psicológicos, e morais, se entrelaçam na unidade de uma ação: portanto, é impossível reduzir a vida humana tanto às relações jurídicas e morais pensadas pelos homens, do mesmo modo que é impossível reduzir a vida individual tanto às funções corpóreas como ao conhecimento que nós temos da vida.[28]

O indivíduo aparece tanto no plano das representações filosóficas enquanto sujeito autônomo, em todas as instâncias da vida. A autonomia se caracteriza pelo surgimento de uma intimidade, que irá se diferenciar nas diversas formas de habitar, nos estilos de vida, em novos hábitos determinados por atitudes individuais: a leitura silenciosa, a libertação representada pelo acesso ao mercado através das trocas econômicas as escolhas afetivas, são exemplos. O desenvolvimento urbano não ocorreu sem a perspectiva econômica baseada no desenvolvimento do mercado, este por si só constitui espaço para a liberdade, na medida em que as trocas não obedecem a uma lógica exterior, mas antes de tudo respondem a acordos entre indivíduos.

Do ponto de vista sócio-histórico, a figura do indivíduo constitui-se em uma progressiva interiorização de várias normas de conduta, de capacidades de autocontrole e de auto-restrição demonstradas por Norbert Elias,[29] quando apresenta como ,a partir dos séculos XV e XVI, vão se constituindo no conjunto da sociedade as maneiras de educação, modos de agir, que poderão representar não só a "fachada" dos indivíduos, bem como representar as máscaras de proteções próprias da tradição ocidental onde a liberdade de escolha possui um controle socialmente construído. Outro fator reside no surgimento da consciência de uma interioridade a qual foi constituindo-se em nossas evidências fundamentais. Portanto, a categoria indivíduo se caracteriza por uma reivindicação de independência individual com base na liberdade, contrapõe-se à lógica pela oposição à própria lógica.

Há na liberdade individual uma crença de verdade que Foucault considera ser um dos grandes temas privilegiados pelos relatos legitimadores do presente. Em diferentes graus muitos autores são sensíveis à ambivalência apontada pela modernidade, que se por um lado produz o indivíduo em sua autonomia, por outro o expõe. Quanto maior for

28. Idem, ibidem.

29. ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 13-79.

a liberdade maior terá de interiorizar um determinado número de obrigações, e mais essa necessidade surgirá paradoxalmente, este fato se constitui em um encargo muito difícil de ser cumprido. O paradoxo da liberdade impõe um preço a pagar, quanto maior a liberdade maior seu custo, quanto maior o individualismo maior a socialização. Norbert Ellias coloca o indivíduo em relação com a sociedade em sua totalidade, a essa individualização crescente constitui uma sociedade crescente, na medida em que quanto mais nos individualizamos, mais nos socializamos, isto visto sob o prisma da norma social. Foucalt[30] vê a atual sociedade funcionando através de normas, onde cada um deve estar em conformidade com estas, não por acaso dizemos que a liberdade possui seu custo. Ao mesmo tempo em que a norma social limita a ação dos indivíduos, ela paradoxalmente é também desejada.

Não são as condições políticas e econômicas da existência que constituem em si mesmas obstáculos a desmontar e a decodificar em ordem à busca da verdade, mas sim certos domínios de saber. Domínios que formam o sujeito e as relações com a verdade. Neste sentido Foucault refere, "só se desembaraçando dos grandes temas do sujeito, do conhecimento, ao mesmo tempo originário e absoluto, utilizando eventualmente o modelo nietzscheano, se poderá fazer uma história da verdade".[31] Com a atual mutação ao nível do lugar da experiência, é possível falar da incerteza da liberdade. Na medida em que aumenta a crença na liberdade individual aumenta a vontade de controle. No entanto, o autor afirma que não se pode fugir à premissa de que o homem está condenado à sua liberdade. Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia, uma sociedade histórica pode ser construída de homens livres, mas não iguais nas respectivas esferas da liberdade, assim como de iguais enquanto não são livres, podemos dizer que há desigualdade na liberdade e igualdade na escravidão, porém só podemos medir a liberdade de que desfrutam os cidadãos pela maior ou menor igualdade entre eles.

Paradoxalmente, o que podemos constatar é que durante o século XX, mais especificamente no pós-guerra, a vida em sociedade passou a se caracterizar por um significativo aumento de normas. O indivíduo se atomiza, o único laço que permanece é o de natureza institucional,

30. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 1999.

31. FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 27; 142.

a partir da emergência das necessidades de leis e de regulamentos. Isso aponta para o fato de que quanto mais livres somos mais necessitamos de regulamentações, portanto esta socialidade é produto da própria liberdade. Com a atual mutação no que diz respeito ao lugar da experiência, hoje acelerada pelo ritmo social, de modo irreversível, é possível falar da incerteza da liberdade. Tais incertezas ampliam a vontade de controle. Liberdade, como liberdade de movimento, é uma forma de lidar com constrangimentos e obrigações, ou seja, aproximação e distância em relação aos outros. A questão da liberdade, uma idéia-força na visão de Baumer, constitui-se em tema fundamental para se pensar a normatização da sociedade contemporânea, fundamentalmente como ferramenta para a compreensão das diferenças, da autonomia tanto social como individual, da liberdade em todos os níveis sociais, do fazer científico e de suas "proibições" nem sempre tácitas.

O mundo da autonomia das morais contemporâneas não leva à desordem sem freio dos costumes, tanto que para Lipovetsky: "a cultura cujo funcionamento ocorre dentro de um caos organizador",[32] é sempre reelaborada. Sob essa premissa é possível ver que a liberdade trava, limita e impede a liberdade. Para o autor outra exemplificação do "caos organizador" é o fato de que já não se apela para morrer pela Pátria, embora a democracia nunca tenha estado em tão "boa forma". Assim, "*a moral à la carte* não é a idéia do dever, enquanto tal, que se afunda, mas a ideologia do dever disciplinador e hiperbólico, ou seja, o valor da renúncia suprema a si próprio, no altar da família, da história, do partido, da pátria, da humanidade".[33] Os exemplos, citados na nota, podem servir

32. Gilles Lipovetsky, in: PRIGOGINE, Ilya; MORIN Edgar (orgs.). *A sociedade em busca de valores – para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Piaget, 2001. p. 34.

33. Gilles Lipovetsky, in: PRIGOGINE, Ilya; MORIN Edgar (orgs.). Op. cit., p. 34-37. Para o autor, o ideal altruísta teve uma espécie de renascimento, pois, apesar de estar fora de moda, isso não impede que um em cada dois franceses contribua "com dinheiro para um acontecimento lançado por uma operação mediática excepcional. Dois franceses em cada três apoiaram a instauração do Rendimento Mínimo de Inserção. Existem em França dois milhões de voluntários, cujo trabalho efetuado é equivalente ao de 500.000 assalariados a tempo inteiro. Em Inglaterra e nos EAU, entre 40 a 50 por cento dos adultos são, de vez em quando, voluntários. É sempre o princípio da 'desordem organizadora' que funciona". Toda esta argumentação é encaminhada para criticar a teoria de um caos totalmente desorganizado. Igualmente como ocorre com a tolerância – que é a segunda virtude a ser

de parâmetro para constatar que as transformações ocorridas, após a segunda metade do século XX. Para comprovar tais referências, é suficiente consultar as redes de "internautas" e verificar a importância da busca da felicidade presente a qualquer custo. A constatação de Max Weber,[34] segundo a qual "o fim precípuo de nossa época, caracterizada pela racionalização, pela intelectualização e, principalmente, pelo 'desencantamento do mundo'", corre o risco de ser substituída pela convicção de que há um (re)encantamento do mundo.

A ética moderna não abandonou o projeto de responder à questão da liberdade e dos limites tanto no plano moral como jurídico. O princípio da autolimitação – limite da liberdade – e a universalidade da lei permanecem e se confrontam com a sacralização do autêntico enquanto tal, a referência à própria idéia de limite parece deslegitimada pela exigência imperiosa da plena realização individual e o direito à diferença. A tendência de se pensar na autolimitação implica relacionar com a questão de ordem. O autor[35] refere: "sempre que vemos um arranjo bem-ordenado de coisas e de homens, nós, instintivamente, supomos que alguém, de forma intencional, coloca-os daquele modo. Tal modo de ver as coisas consiste em limitar a liberdade das coisas e dos homens de continuarem como estão ou de se moverem segundo suas vontades,

inculcada nas crianças, sendo que ela se tornou um valor de massa. –, afasta as idéias apocalípticas sobre o nosso tempo, apesar do quadro preocupante. Essa idéia sucumbe em razão do individualismo. Cita, como exceção, o caso da Madre Teresa, ao que dizer que embora sejam elogiáveis suas ações altruístas, essas preferências "já não tem nada que ver com a interiorização de uma moral exigente em si mesma, com a prioridade incondicional do altruísmo. Isso está deslocado no tempo. Hoje as boas maneiras são consideradas mais importantes que a solidariedade". O autor refere que "quando se pede para destacar, em uma lista de 17 qualidades morais, as cinco virtudes que desejaríamos ver prioritariamente inculcadas nas crianças, apenas 15 por cento dos europeus se preocupam em mencionar o altruísmo. A obrigação de socorrer o outro ocupa apenas o 15.º lugar entre 17. Ao mesmo nível da paciência! Quando se interroga a faixa dos 13-17 anos sobre aquilo que os pais verdadeiramente lhes ensinaram, 75 por cento falam da necessidade de trabalhar bem para ter um bom emprego. Mas, o respeito pelos princípios morais é apenas citado uma vez em cada quatro: a própria idéia da educação moral perdeu o valor".

34. WEBER, Max. *Ciência e política. Duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 57.

35. POLANYI, Michael. Op. cit., p. 242.

desejos consciente ou inconsciente". Essa tendência vincula-se à alternativa totalitária e constitui-se em uma ficção. Na análise sobre liberdade, lemos[36] que a "conclusão a que chegamos que tanto a liberdade econômica como a ordem jurídica estabelecida para a salvaguarda e orientação da liberdade só se justificam para fins de gerência de uma tarefa particular". Como a permanência de situações bem-ordenadas constitui-se em situações que permanecem em temporalidade muito pouco duradora, um sistema de leis contratuais que garantam essa situação e, ao mesmo tempo a liberdade, seja para um sistema jurídico pelo qual se administram essas leis, seja por um sistema de ordem espontânea, ultrapassa a própria lógica da liberdade.

A sedução da autonomia moderna, que compreende a moralidade com sua independência para o consenso, a autenticidade para o consumo contemporâneo – o indivíduo –, átomo que por ser único, apela para a segurança. Essa distinção, no entanto, não eliminou a banalidade do universal abstrato assim como não resistiu a obsessão do limite o qual não permite eliminar o poder e a punição. Há, no entanto que se considerar os deslocamentos ocorridos. Poder e punição se deslocaram na contemporaneidade de tal forma que a norma já não incide apenas sobre o ilícito, mas sobre os que não podem se proteger dela.

A conquista de um espaço criador passa pela construção de novos espaços de liberdade no seio da sociedade civil, de esferas autônomas e independentes dos grandes sistemas burocráticos estatais, é uma busca em direção a outras formas de liberdade. Trata-se das autogestões, dos empreendimentos inovadores, da inovação proposta pelas minorias e pelas novas redes de comunicação informatizadas, assim como das novas instâncias de descentralização de produção. Essas propostas circunscritas pelos deslocamentos do poder, "inovam" uma vez que se acredita não ser mais possível pensar em um poder central como a garantia da liberdade. A fuga das programações redutoras das grandes organizações abala a sedução da liberdade conduzida pelos aparelhos políticos tradicionais. O exemplo contemporâneo de maior visibilidade de um espaço criativo em busca de outra concepção de liberdade foi a modificação da posição da mulher nas sociedades ocidentais. Em pouco tempo o feminismo modificou papéis sociais, assim como as relações de poder que estavam em vigor historicamente. A profunda metamorfose que esse movimento

36. POLANYI, Michael. Op. cit., p. 291.

ocasionou na sociedade teve ondas de deslocamento de poder que ainda não foram sentidas em sua totalidade.

A "autonomia" do mundo feminino, conquista do movimento que ganhou as ruas do mundo ocidental na década de sessenta do século passado, tornou-se um desafio que muitos indivíduos não conseguem enfrentar. Os ricos que as pessoas se submetem, frente à busca de ser autônomo, implicam em riscos, encargos e responsabilidades difíceis de serem carregados. A manifestação das mulheres após o movimento feminista denunciava e continua a denunciar a sobrecarga a que foram submetidas. Sob esse aspecto, a liberdade torna-se um encargo maior que um privilégio, daí se pode deduzir que a liberdade absoluta além de não existir, parece conduzir a outras formas de limites. Há que se salientar a possibilidade de se falar em vários planos de controle social com o objetivo de melhor compreender o limite à liberdade. Todos eles estão submetidos a sanções que vão desde as decisões pessoais, no caso de ultrapassar limites formalmente convencionados, até as sanções impostas pelo sistema jurídico. As últimas correspondem a sanções determinadas por órgão competente que procede a sua aplicação. Nas sociedades estruturadas pela cultura jurídica moderna deveriam haver garantias para impedir arbitrariedades na aplicação da norma. As sanções jurídicas são os elementos principais do controle social. O controle não será totalizante na medida em que as autoridades constituídas só poderão aplicar sanções penais em lei prevista anterior ao fato delitivo.

As condições de resistência à liberdade e a obsessão pelo controle são uma presença constante no cotidiano das instituições. Como resistir à obsessão pelo controle? A autoridade do Estado se legitima no destino que decorre da sua razão de ser, o de ele próprio atingir uma posição de exterioridade a partir da qual poderá conter e justificar, assim como definir a organização da sociedade. O Estado moderno nasce a partir da separação da sociedade em relação a ela mesma sem justificação da alteridade divina. Ao contrário do mito, o projeto moderno não possui sua legitimidade no passado, mas no futuro. O projeto não dispensa uma programação controlada. A liberdade sob esse enfoque não dispensa a segurança. Entre os acontecimentos o planejamento busca neutralizar, é importante contar com os efeitos imprevisíveis que engendram a contingência do projeto moderno cuja prioridade um tanto sagrada dada ao sujeito desde Descartes, há dois ou três séculos. A filosofia ocidental postulava, de modo explícito ou implícito, o sujeito como fundamento

nuclear de todo conhecimento, como aquilo em que e a partir de que a liberdade se revelava. O autor[37] afirma ser interessante ver-se como através dos tempos se dá a constituição de um sujeito, que não é dado definitivamente, mas de um sujeito que se constitui no interior da história, que a cada instante é "fundado e refundado pela história". Entende que a prática social, em que a análise histórica permite localizar a emergência de novas formas de subjetividade, está nas práticas jurídicas, em especial nas práticas judiciárias.

A compulsão pela ordem esteve, e está, presente nas sociedades, seja nos regimes políticos das democracias liberais seja nos regimes totalitários. Porém há que se salientar que a violência depuradora sempre esteve mais presente nos ambientes onde à exceção constitui-se a regra. Nos estados de exceção, os perigosos, todos os que são identificados como potencialmente contaminadores, devem ser purificados ou eliminados. Foi quando os Estados passaram a estabelecer políticas públicas para cuidar do corpo da população, purificando a sociedade e assim "protegendo" e ordenando a vida pública e privada, abriu-se a possibilidade para a inclusão de alguns e logicamente a exclusão de outros; no contexto o controle tornou-se legítimo.

Importante lembrar ainda outra expressão do pensamento de Walter Benjamim, quando cita a seguinte passagem: "o estado de emergência em que vivemos não é a exceção, mas a regra. Temos de nos ater a um conceito de história que corresponda a essa visão".[38] A luta contra a discriminação, a opressão, o perigo da impureza racial, entendido como perigo e impureza, não apenas muda a direção da história ocidental, mas também contesta sua idéia historicista de tempo como um todo progressivo, ordenado e controlado. A análise da despersonalização não somente aliena a idéia iluminista de homem, mas também contesta a transparência da realidade social como imagem pré-dada do conhecimento humano. Afinal, a própria natureza da humanidade se aliena na condição da discriminação e a partir daquela. Para o autor a "declividade nua" emerge, não como uma afirmação da vontade nem como evocação da liberdade, mas como uma indagação enigmática.

37. FOUCAULT, Michel. Op. cit.

38. Ver: BENJAMIM, Walter. Sobre o conceito de história, em *Magia e técnica, arte e política: ensaios de literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

Cada vez que o poder fixa sua atenção no controle das microatitudes do cotidiano, ele se torna mais eficaz. O Estado oferece a segurança da existência, mas a proteção acarreta a submissão, quando a regulamentação social chega a todos os segmentos sociais e todas as idades e a todas as ações, o Estado, em nome da ética, que regulamenta as "boas" atitudes em sociedade, legaliza esta forma de controle em nome do Estado providencial, verdadeiro representante da democracia. Essa forma de controle segundo Maffesoli[39] constituiu um problema "que se preocupa, sobretudo com a perdurância da forma não vê que o 'bem' factual e secundário que, imposto ou dado de fora, culmina em anestesia social, na letargia que em dado momento será a própria negação do estado". Quando se estabelece tutores para o conjunto da vida social, leva-se ao sufocamento da solidariedade orgânica e da espontaneidade da sociedade. Para o autor a super-proteção acarreta quase sempre a autonomia ou a revolta. Trata-se de fenômenos complementares que pertencem, ambos, no sentido estrito, à anomia.

O controle exercido pelo Estado, entidade globalizante, por um lado visa a segurança dos indivíduos pela implementação da homogeneidade, por outro, a "domesticação", e para atingir tal nivelamento como possibilidade impõe uma indiferenciação, igualitária, totalitária que permite eliminar as qualidades particulares e com essa eliminação limita a liberdade. A liberdade como movimento é uma forma de liberdade com constrangimentos e obrigações. Não por acaso, Tocqueville afirmou: "o preço da liberdade é a eterna vigilância", tornar-se um "homem livre" tem um preço, pois em nome da liberdade perdemos o benefício dos laços de solidariedade orgânica próprios das sociedades tradicionais, o que nos leva desde o nascimento até a morte a uma constante inquietação. Buscamos ser livre, a busca nos faz inseguros. O homem moderno está carregado de culpa e julgamentos permanentes, de si e dos outros.

O homem como indivíduo deve ser livre, como ser social deve estar com os demais indivíduos em relação de igualdade. Esta afirmativa conduziu a análise do autor[40] ao pensamento político e histórico sobre a determinação do conceito de pessoa humana como ser que se distingue, ou pretende se distinguir, de todos os demais seres vivos. Ambos os conceitos de liberdade e igualdade são suscetíveis de profundas transfor-

39. Maffesoli, Michel. *A violência totalitária*. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 267.

40. Bobbio, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

mações no curso da história, sendo assim, não é tão crucial o problema da liberdade nos modernos. Sobre o significado do termo liberdade, Bobbio[41] refere-se à dificuldade de estabelecê-lo, pois ele reside, sobretudo em sua ambigüidade, já que possui pelo menos dois significados diversos. Em sua concepção, o autor assim se refere: "liberdade indica um estado, mais precisamente uma qualidade ou uma propriedade da pessoa (não importa se física ou moral), e, portanto, seus diversos significados dependem do fato de que esta qualidade ou propriedade pode ser referida a diversos aspectos da pessoa, sobretudo à vontade ou sobretudo à ação, a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos". A liberdade em face do Estado ou da sociedade política são questões fundamentais, no entanto, o problema da sociedade global em face do progresso tecnológico, leva a ampliar o debate. Entre os problemas atuais da liberdade, a questão da não-liberdade que renasce no seio do próprio limite dá visibilidade a novas formas de poder que tanto mais se intensificam quanto mais se fortifica a liberdade. É como se toda a intensificação do controle demandasse novas emergências de demandas de liberdade. Tanto é assim que instituições consideradas fundamentais para a dinâmica da sociedade contemporânea – as quais estavam baseadas no princípio da autoridade como a família, a igreja, a escola, entre outras – são atualmente contestadas da mesma forma que as prisões, os conventos e os manicômios. As análises realizadas pelos denominados "interacionistas simbólicos", a exemplo de Goffman,[42] que questionou fortemente o poder das instituições "totais", como excepcionais e anormais em face da ausência de liberdade (liberdade de agir e de querer), o que as mantiveram à margem da sociedade democrática, pois, se organizaram de forma anti-liberal O excepcional funcionamento destas instituições esteve vinculado ao comportamento anormal ou desviante, o que permitiu mantê-las à margem da liberdade. Além dos exemplos das instituições "totais", podemos referir os campos de concentração criados no período da Segunda Guerra, assim como as prisões montadas atualmente para prisioneiros de guerra que violam as convenções internacionais do Direito do Homem, entre outros; os exemplos revelam a diferença entre liberdade e não-liberdade.

41. Bobbio, Norberto. Op. cit., p. 11, 12.

42. Goffman, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva. 1974.

A história demonstra que a liberdade dos modernos, vinculada a uma concepção individualista da sociedade, e a formação do Estado moderno foi estreitamente interconectada à liberdade civil, a exemplo da liberdade de imprensa, de opinião, de associação e de reunião, à liberdade de participação política. Para o autor,[43] ao longo do século XIX os liberais acusavam os democratas de estarem permitindo a abertura de um caminho para o despotismo, enquanto os democratas acusavam os liberais de favorecer, sob o nome de liberdade, o interesse dos *beati possidetis* e de minar a unidade social. A história da liberdade exige uma resposta à pergunta: liberdade em face de quê? Uma resposta definitiva não pode ser dada, a liberdade enquanto libertação pressupõe um obstáculo. Houve assim, na história, tantas liberdades quantos foram os obstáculos retirados em cada situação. O certo é que sempre que as privações de liberdade ocorrem, intensificam-se os movimentos na busca de maior liberdade. É certo ainda que toda a intensificação de novas formas de dominação corresponderá a um aguçamento da necessidade de liberdade. Se a liberdade é a ausência de todos os impedimentos como disse Hobbes, é certo que alguns pensam que os homens desejam ser livres, mas também preferem mandar a obedecer, desejam não serem importunados por qualquer controle, mas reivindicam a eficácia do controle realizado pelos aparelhos de Estado. A liberdade de culto e de palavra, assim como a liberdade em face do terror ou das necessidades básicas, não exclui a não-liberdade. Se na opinião de outros, a exemplo de Sartre, "estamos sós e sem desculpas. É o que traduzirei dizendo que o homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não se criou a si mesmo. E, no entanto, livre, porque, uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto fizer". Podemos questionar a opinião do autor, pois a própria idéia de responsabilidade nos impõe limites.

O que se coloca ainda como um dos problemas para pensar a liberdade vincula a impossibilidade de esquematizar o mundo aos moldes da domesticação do início da modernidade, o mundo era esquematizado como a natureza, os acontecimentos domesticados com uma finalidade única. Essa possibilidade esgotou-se, como pensar a vida em uma megalópole utilizando como parâmetro a liberdade "domesticada" por um modelo? Os cenários apresentam-se multifacetados, complexos, a sensação de que se habita o inabitável aponta para o exílio, para o gueto, para a permissividade e o nomadismo, onde o controle já não possui

43. Bobbio, Norberto. Op. cit., p. 66.

contornos territoriais, ele, o controle pensado como esquema moderno, as metamorfoses ocorrem em uma velocidade inapreensível. A megalópole revela apenas a grandeza que ultrapassa a escala doméstica. Ela contém múltiplos mundos, apenas as obsessões do controle objetivando a segurança frente à sedução da liberdade persistem como crença.

BIBLIOGRAFIA

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Edições 70, 1990. vol. 1.

BENJAMIM, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios de literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BÉRGSON, Henri. *Matéria e memória*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

DUMONT, Louis. *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 1999.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. A liberdade, o indivíduo e a república. WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científica*. São Paulo: Perspectiva. 1982.

MAFFESOLI, Michel. *A violência totalitária*. Porto Alegre: Sulina, 2001.

MERLEAU, Ponty. A liberdade condicionada. REALE, Giovani; ANTISERA, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Edições Paulinas 1991. vol. 3.

MILL, Stuart. A defesa da liberdade. REALE, Giovani; ANTISERA, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Edições Paulinas 1991. vol. 3.

NORBERT, Elias. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

POLANYI, Michael. *A lógica da liberdade*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

POPPER, K. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1976. vol. 2.

PRIGOGINE, Ilya; MORIN, Edgar (orgs.). *A sociedade em busca de valores – Para fugir à alternativa entre o ceptismo e o dogmatismo*. Lisboa: Piaget, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. 40. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1981.

STENGERS, Isabelle. *As políticas da razão*. Lisboa: Edições 70, 1993.

TOQUEVILLE, Aléxis de. *Igualdade social e liberdade política*. São Paulo: Nerman, 1988.

_____. *A democracia na América*. Belo Horizonte: Itatiaia/São Paulo: Ed. USP, 1987.

WEBER, Max. *Ciência e política. Duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

IV Sistema Prisional

1
Análise normativo-teleológica do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos Direitos Humanos Internacionais

Carlos Frederico Braga da Silva

Diretor de Cidadania e Direitos Humanos da Associação dos Magistrados Mineiros. Professor de Direito Constitucional e de Cidadania e Direitos Humanos da FESP/UEMG. Mestrando em Direito Constitucional Comparado – Cumberland School of Law, Birmingham, Al/EUA. Juiz de Direito da 3.ª Vara Cível da Comarca de Passos/MG.

Área do direito: Penal-Processo penal

Resumo: O presente estudo analisa, sob o prisma normativo-teleológico, dispositivos de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil referentes às finalidades específicas do sistema prisional. Sugere-se a acomodação do estabelecido no Código Penal com o sentido do *tratamento dos delinqüentes* previsto nas normas internacionais – de status constitucional – levando-se em consideração cada finalidade específica. Ressalta-se a importância da função do Juiz da Execução Penal, para que a individualização da pena prevista na Constituição da República seja observada, principalmente para que se evite a reincidência, protegendo-se a sociedade e prestigiando-se a justiça.

Abstract: This paper analyses, under a normative-teleological aspects, international human rights treaties ratified by Brazil regarding the specific purposes of the imprisonment system. One suggests the settlement of what is set forth in the Criminal Code provisions, concerning the *treatment of offenders,* established by international norms – under constitutional status – taking into account each specific purpose. One stresses the importance of the judge of penal execution (corrections), to grant the observance of the right to punishment individualization, established in the Federal Constitution, mainly to avoid recidivism, thus protecting society and improving justice.

Palavras-chave: Direitos humanos – *Standards* internacionais – Tratamento de condenados – Finalidade – Reincidência – Deveres do Juiz.

Keywords: Human rights – International standards – Treatment of convicts – Purposes – Recidivism – Judge's duties.

Sumário: Introdução – 1. Surgimento do direito internacional dos direitos humanos – 2. Disposições internacionais sobre a função da pena privativa de liberdade – 3. Tratados Internacionais de direitos humanos à luz da jurisprudência do STF – 4. Disposições de leis federais – 5. Disposições estaduais – 6. Dos princípios e deveres do Juiz de Direito – 7. Conclusão – Referências bibliográficas.

Introdução

O presente trabalho analisa sob o prisma normativo-teleológico o Projeto Novos Rumos na Execução Penal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, considerando o texto dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que tratam sobre as finalidades da imposição da pena privativa de liberdade, bem como a sua respectiva posição hierárquica no ordenamento jurídico do Brasil. Também serão apreciadas as legislações federal e estadual sobre o tema em exame,[1] além dos efeitos jurídicos delas decorrentes.

O trabalho de investigação se inicia quando terminam as discussões doutrinárias e de política criminal sobre as múltiplas finalidades da pena privativa de liberdade no âmbito do Direito Penal, sendo que o recurso à dogmática constitucional e aos precedentes será adotado tão-somente na atividade hermenêutica discursiva para que se compreenda o sentido lógico das normas e se justifique, pragmaticamente, a sua observância.

A final será proposta uma interpretação racional que acomode a aplicação da pena privativa de liberdade de forma consistente ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que se cumpra a finalidade normativa de reforma e readaptação social dos apenados. A aceitação da autoridade do argumento constitucional dimensionará o alcance da compreensão sugerida.

1. As normas estaduais citadas estão disponíveis no endereço <http://www.tjmg.gov.br/info/pdf/?uri=-/responsabilidade_social/atos_normativos.pdf> Acesso em: 04.09.2009.

1. Surgimento do direito internacional dos direitos humanos

Após o término da Segunda Guerra Mundial e da apuração das monstruosidades praticadas na era Hitler, elaborou-se o documento jurídico mais traduzido de todos os tempos e festejado por muitos como marcante obra jurídica: a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O seu artigo primeiro assimila relevante influência da filosofia, do direito natural e do universalismo ao declarar que *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. O expresso reconhecimento da jurígena condição de ser humano repele a visão tradicional de que os direitos somente poderiam ser conferidos pelos Governos,[2] bem como concretiza o entendimento de que "o direito a ter direitos"[3] se trata de conquista histórica da humanidade.

Porém, principalmente em decorrência da guerra fria e da condição social e política que vigia àquela época, somente em 1966 foram publicados pela Organização das Nações Unidas o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Culturais, Econômicos e Sociais, compondo a Carta Internacional dos Direitos Humanos ou *The International Bill of Human Rights*, de acordo com a terminologia adotada pela doutrina internacional,[4] inaugurando-se o sistema global de proteção desses direitos.[5]

2. Disposições internacionais sobre a função da pena privativa de liberdade

Estabelece o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[6] que toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana, bem como que o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja

2. Lauren, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen* 213-227. 2. ed. (University of Pennsylvania Press, 2003).
3. A expressão é atribuída à Hannah Arendt por Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.
4. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/> Acesso em: 08.09.2008.
5. Piovesan, Flávia. Op. cit., p. 158.
6. Art. 10, 1.

a reforma e reabilitação social dos prisioneiros.[7] Ou seja, o dispositivo prevê a maneira como a pena de prisão tem que ser executada e também prescreve a sua finalidade precípua.

A Organização das Nações Unidas adota Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros,[8] tendo definido que o fim e a justificação de uma pena de prisão ou de qualquer medida privativa de liberdade é, em última instância, proteger a sociedade contra o crime, bem como que o fim somente pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois de seu regresso à sociedade o delinqüente não apenas queira respeitar a lei e se auto-sustentar, mas também que seja capaz de fazê-lo.[9] Para alcançar esse propósito, o sistema penitenciário deve empregar, tratando de aplicá-los conforme as necessidades do tratamento individual dos delinqüentes, todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e de outra natureza, e todas as formas de assistência de que pode dispor.[10]

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma

7. Idem, 3.
8. Adotadas pelo 1.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através de sua Resolução 663 CI (XXIV), de 31.07.1957, aditada pela Resolução 2076 (LXII) de 13.05.1977. Em 25.05.1984, através da Resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas, conforme *Direitos humanos: coletânea de legislação*/Cleyson de Moraes, Thelma Araújo Esteves Fraga, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 1097 e ss.
9. Regra 58.
10. Regra 59. Ressalte-se, por fim, a regra 61, a qual prescreve que, no tratamento, não deverá ser enfatizada a exclusão dos presos da sociedade, mas, ao contrário, o fato de que continuam a fazer parte dela. Com esse objetivo deve-se recorrer, na medida ao possível, à cooperação de organismos comunitários que ajudem o pessoal do estabelecimento prisional na sua tarefa de reabilitar socialmente os presos. Cada estabelecimento penitenciário deverá contar com a colaboração de assistentes sociais encarregados de manter e melhorar as relações dos presos com suas famílias e com os organismos sociais que possam lhes ser úteis. Também deverão ser feitas gestões visando proteger, desde que compatível com a lei e com a pena imposta, os direitos relativos aos interesses civis, os benefícios dos direitos da previdência social e outros benefícios sociais dos presos.

e a readaptação social dos condenados.[11] A ilação obrigatória é que o sistema penitenciário *tem que ao menos disponibilizar* os instrumentos transformadores, principalmente levando em consideração que grande parte dos condenados será originariamente submetida ao sistema oficial de formação da sua personalidade no interior das penitenciárias.

3. Tratados Internacionais de direitos humanos à luz da jurisprudência do STF

O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado.[12] Dissertando sobre os fins do Estado, o Desembargador Kildare Gonçalves de Carvalho esclarece que, dentre as medidas destinadas a assegurar as bases da existência inclui-se a reintegração de grupos socialmente marginalizados, como, por exemplo, os drogados, os alcoólatras e dos delinqüentes.[13]

No julgamento do RE 466343 o Min. Gilmar Mendes afirmou em seu voto[14] que tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – são diplomas internacionais sobre direitos humanos que têm lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

O eminente Ministro Celso de Mello, em voto proferido no dia 12.03.2008 quando do julgamento do HC 87.585-8/TO, também brilhantemente explicou, após mencionar as lições doutrinárias dos eminentes professores Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer e Valério de Oliveira Mazzuoli, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções interna-

11. Art. 5.°, 6.

12. STF. Tribunal Pleno, RE 229096/RS, rel. p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, j. 16.08.2007.

13. Carvalho, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional, Teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 158.

14. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> Acesso em; 12.09.2008.

cionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. No seu voto o Ministro Celso de Mello transcreveu a lição de Celso Lafer sobre a matéria em exame, *verbis*:

"O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade."

É sabido que o Direito Constitucional Brasileiro recebeu muita influência da doutrina constitucionalista norte-americana. No leading-case *Marbury* v. *Madison*[15] foi afirmado que não se pode presumir que qualquer disposição da Constituição possa restar sem efeito e uma interpretação judicial não poderia ser construída nesse sentido, a não ser que a Constituição literalmente assim determinasse.

Por sua vez, o Pretório Excelso já decidiu que embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.[16]

15. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

16. RE 436996-6Agr/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005.

4. Disposições de leis federais

Estabelece o Código Penal que o juiz, atendendo às circunstâncias judiciais, estabelecerá a pena aplicável, a sua quantidade e o regime inicial do seu cumprimento, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.[17] Por sua vez, a Lei de Execução Penal determina que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.[18]

O presente estudo sugere que as disposições internas antes transcritas merecem interpretação conforme ao estabelecido nas normas internacionais de direitos humanos sobre as funções da pena privativa de liberdade, de uma maneira que se acomodem ambos os sentidos e se delineiem precisamente as respectivas esferas de incidência. Lapidar, a meu sentir, a bicentenária regra de interpretação ditada pela Suprema Corte Americana no caso *Murray* v. *The Schooner Charming Betsy*: as leis aprovadas pelo congresso jamais devem ser interpretadas para violar o direito das gentes se outra interpretação for possível[19] (tradução livre). Cada ramo do direito antes mencionado tem um momento específico de incidência e não há colisão nesse caso.

Atente-se para a advertência de Flávia Piovesan, de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. Cuida-se de garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais.[20]

Assim, nos termos da legislação interna, primeiramente é mister do Juiz mensurar a pena para reprovar e prevenir o crime, no interesse da sociedade, de acordo com a natureza jurídica da sanção imposta. Ainda, o limite judicialmente fixado evita odioso arbítrio e punição eterna por

17. CP, art. 59.

18. Lei 7.210, de 11.07.1984, art. 1.º.

19. Murray v. The Schooner Charming Betsy, 6 U.S. 64 (1804): "[t]he statutes enacted by Congress ought to never be construed to violate the law of nations if other possible construction remains". Confira-se, ainda, art. 5, 2, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

20. Op. cit., p. 159.

parte do Estado, bem como revela ao condenado a quantidade da sanção que lhe foi imposta. Em um segundo momento, tendo como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o interesse do condenado em agregar valores e o da comunidade de evitar a reincidência do réu, obtendo-se a sua ressocialização, a execução da pena privativa de liberdade já determinada pelo Estado-Juiz não pode se distanciar da sua finalidade precípua, consistente num tratamento visando à reforma e readequação social do condenado.

Registre-se que a palavra *tratamento*, na tradição do Direito Penal brasileiro, sempre esteve mais ligada à medida de segurança do que à pena privativa de liberdade. Assim, é admissível uma primeira resistência na aceitação do sentido previsto na norma internacional. Entretanto, considera-se que a interpretação finalística é a melhor, compreendendo-se o tratamento mencionado na normativa internacional não como uma singela solução de clínica médica, mas, sim, como uma intervenção penitenciária complexa e de natureza multidisciplinar, dotada de eficácia suficiente a evitar a reincidência daquele submetido ao regime prisional, a ser ministrada de maneira contemporânea à experiência carcerária. As circunstâncias de cada caso, aliadas à colaboração e à indispensável manifestação volitiva do condenado, a serem apuradas pelo Juiz da execução penal,[21] irão reger o seu desenvolvimento, influenciar o resultado atingido e concretizar a disposição constitucional da individualização da pena[22] também na sua fase de execução.

21. Confira-se a Portaria-conjunta 862/07, de 23.05.2005, que estabelece normas para a transferência de presos em cumprimento de pena privativa de liberdade para os Centros de Reintegração Social – CRS geridos pelas Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APACs, editada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e pelo Corregedor-Geral de Justiça: "Art. 2.° O preso condenado a pena privativa de liberdade, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, independentemente da duração da reprimenda e do crime cometido, poderá ser transferido para os CRS geridos pelas APACs, através de ato motivado do Juiz da Execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e satisfeitas as seguintes condições: I – manifestar, por escrito, interesse em ser transferido e propósito de, após a transferência, ajustar-se às regras do CRS).

22. CF, art. 5.°, XLVI.

5. Disposições estaduais

A legislação mineira estabelece como dever do Estado garantir ao preso as condições necessárias à sua readaptação à vida em sociedade, mantendo, para esse fim, profissional devidamente habilitado.[23]

O Poder Judiciário, como todo poder que se preza, possui cúpula e hierarquia. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no âmbito de suas atribuições e concretizando[24] as disposições antes mencionadas, bem como considerando que a função essencial da pena é a ressocialização do condenado, e que o art. 4.º da LEP preceitua que o Estado deverá[25] recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança, criou o "Projeto Novos Rumos na Execução Penal" com o objetivo de incentivar a criação das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, instituição apta a desenvolver método de valorização humana para oferecer ao condenado melhores condições de se recuperar, visando a proteger a sociedade e promover a Justiça.

6. Dos princípios e deveres do Juiz de Direito

Quando supre a omissão, o Juiz apenas atua supletivamente, agindo provisória e secundariamente onde o legislador infrator não agiu.[26] A ineficiência do Poder Judiciário, ao deixar de enfrentar a matéria e de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, é que poderia, ao menos em tese, contribuir para uma crise de legitimidade.[27]

O eminente Min. Celso de Mello, no voto proferido no RE 466.343, já mencionado na primeira parte do estudo, esclareceu que "o Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda,

23. Lei Estadual 12.936, de 08.07.1998, art. 2.º.

24. Resolução 433/2004, de 28.04.2004, editada pela Corte Superior.

25. O Juiz Paulo Antônio de Carvalho, da Comarca de Itaúna, sempre ressalva o verbo usado na forma imperativa: "deverá".

26. Cunha Júnior, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 334.

27. Idem, p. 349.

efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana".

O Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (Unodc) estabeleceu os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas, conforme prefácio da edição brasileira.[28] Sua elaboração teve por objetivo "debater o problema criado pela evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais (...)". Foi ainda afirmado que se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas.

Destaque-se o princípio segundo o qual competência e diligência são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante,[29] bem como que o juiz deve manter-se informado sobre acontecimentos relevantes na lei internacional, incluindo convenções internacionais e outros instrumentos estabelecendo normas sobre direito humanos.[30]

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça exorta todos os juízes brasileiros à fiel observância do Código de Ética da Magistratura Nacional,[31] o qual prevê que o conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

28. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2002> Acesso em: 12.09.2008.
29. Princípio 6.
30. Princípio 6.4.
31. Aprovado na 68.ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06.08.2008, nos autos do Processo 200820000007337; publicado no *DJ*, p. 1 e 2, do dia 18.09.2008; Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/codigo_etica_magistratura> art. 32, Acesso em: 02.10.2008.

Com efeito, nos dias de hoje, indubitavelmente existem influências recíprocas entre as mais diversas culturas jurídicas, o que tem sido estimulado pela globalização e por troca de informações científicas. De maneira similar, o advento do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos tem modificado a jurisdição constitucional em muitos países, porquanto a coexistência de sistemas nacionais e internacionais para a articulação e proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos pode resultar em conflito ou cooperação; nada obstante, inevitavelmente um sistema influenciará o outro.[32] Assim, a criação de um autorizado sistema normativo internacional de Direitos Humanos tem provocado impacto. O seu papel, entretanto, é essencialmente subsidiário. O destino dos direitos humanos – a sua respectiva implementação, privação, proteção, violação, exeqüibilidade, negativa ou desfrute – é amplamente matéria de ação nacional e, não, internacional. Isto implica em uma particularidade na maneira como as normas internacionais são colocadas em prática.[33] Ainda, ao sistema internacional falta não somente um corpo legislativo próprio, mas principalmente um sistema judicial robusto e desenvolvido, ao invés dos fracos poderes coercitivos investidos nos órgãos internacionais.[34] Consequentemente, para a solução do problema, propõe-se que a linguagem internacional e a evolução dos *standards* ajustados também penetrem no Direito substantivo doméstico através da incorporação pelos precedentes judiciais e pelas decisões normativas das Cortes domésticas das razões e dos valores estabelecidos consensualmente nos tratados internacionais. Não se pode desconsiderar a relevância das matérias relacionas aos Direitos Humanos no constitucionalismo internacional.

Ensina o eminente Des. Almeida Melo que a constitucionalização do Direito, mais do que a banalização da Constituição ou a migração das regras dos diversos ramos para a Constituição, é a penetração da Constituição para dar forma e vida às leis infraconstitucionais. Não se concebe mais o texto hermético de uma Constituição, porém sua associação a um bloco de constitucionalidade, que abrange normas

32. NEUMAN, Gerald L. The *uses of international law in constitutional interpretation*, 98 A.J.I.L. 82, 85 (2004).

33. DONNELY, Jack. *Universal human rights in theory & practice* 173 (2. ed. Cornell University Press, 2003).

34. SHELTON, Dinah. *International human rights law: principled, double, or absent standards?*, 25 Law & Ineq. J. 467 (2007).

esparsas, dotadas de valor fundamental. Ainda, explica que a valorização da jurisdição constitucional esbarra na judicialização das relações sociais. O juiz constitucional precisa ser ativo, pró-ativo, mas contido.[35]

Assim, a atividade do Juiz da Execução Penal tem o efeito de aplicar, na prática, o estabelecido nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como nas demais normas internacionais transcritas neste estudo. Um elemento a ser considerado é o apoio da população à lei de Talião (olho por olho, dente por dente), pois, ao contrário das punições previstas pela lei, sujeitas a uma justiça lenta e muitas vezes considerada ineficiente, as punições ilegais acabam sendo vistas como solução, ou pelo menos como um recurso quando de se trata de combater o crime.[36] Nada obstante, deve o Magistrado se afastar do pensamento popular e se recordar da sua condição, principalmente para evitar a responsabilização do Estado Brasileiro por suposta omissão, por exemplo, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[37]

7. Conclusão

O gabaritado Professor Paulo Bonavides ensina que os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam: concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.[38]

35. Almeida Melo, José Tarcízio. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 41.
36. Almeida, Alberto Carlos & Young, Clifford. *A cabeça do brasileiro* (Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2. ed. 2007), p.132.
37. Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 63-1: "Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada." (...) art. 68.2. "A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado."
38. Bonavides, Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 592.

O aprimoramento do Estado Democrático de Direito no Brasil demanda o resgate da credibilidade do Poder Judiciário, bem como a devolução da tranqüilidade das ruas à população. Atitudes firmes são imperiosas para que se atinja êxito.

A adoção do "Projeto Novos Rumos da Execução Penal", sob o prisma normativo-teleológico, se trata de concretização de direito humano fundamental expressamente previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como de interpretação autorizada feita por Órgão Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais das disposições legais incidentes à espécie, de observância cogente e de aplicação obrigatória no âmbito da sua jurisdição. Não se olvide, jamais, que se trata de um projeto de humanização da execução penal, que tem a função de orientar as comarcas e municípios interessados em implantar e desenvolver um método que atinge até 90% de recuperação do condenado, bem como que a decisão do TJMG de adotar a metodologia APAC como verdadeira *política pública de execução penal no Estado* surgiu porque a instituição oficialmente identificou parceria apta a auxiliar o Poder Judiciário na função constitucional e humanística que lhe compete.

O enorme desafio que agora se apresenta é implementar, na prática, a inteireza lógica do método, levando em consideração as particularidades e as necessidades de cada comarca das Minas Gerais, bem como municiar os Magistrados competentes da estrutura e das razões de convencimento a serem utilizadas no desenvolvimento rotineiro das suas atividades, zelando para que a execução penal atinja as compulsórias finalidades prescritas pelo Direito.

Registre-se, por fim, como evidência empírica do sucesso da iniciativa, que a APAC de Nova Lima foi indicada como a melhor instituição penitenciária do Brasil pela CPI do sistema carcerário, bem como que o Projeto Novos Rumos na Execução Penal é apoiado pelo Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, que está investindo cerca de R$ 18,5 milhões na construção de novas APACs por todo o Estado.[39]

Referências bibliográficas

Almeida, Alberto Carlos e Young, Clifford. *A cabeça do brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2007.

39. *Estado de Minas*, edição de 04.08.2008, caderno Gerais.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio. Direito constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONNELY, Jack. *Universal human rights in theory & practice*. 2. ed. Cornell University Press, 2003.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 2. ed. University of Pennsylvania Press, 2003.

MORAES, Cleyson e FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime; Trad. Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

NEUMAN, Gerald L. *The uses of international law in constitutional interpretation*, 98 A.J.I.L. 82, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SHELTON, Dinah. *International human rights law: principled, double, or absent standards?* 25 Law & Ineq. J. 467, 2007.

2
Uma vida em Barcelona entre o hospital e a prisão

RAFAEL GODOI

Bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela USP. Bolsista da Agencia Española de Cooperación Internacional do Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España (Becario MAEC-AECI), entre 2007 e 2008. Mestrando em Sociologia pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

RESUMO: O presente artigo discute algumas das relações que se estabelecem entre os espaços penitenciário e hospitalar, bem como algumas das mudanças recentes mais significativas no sistema penitenciário espanhol. A partir do relato autobiográfico de uma auxiliar de enfermagem, que trabalha há mais de 21 anos nas prisões da região metropolitana de Barcelona, são exploradas as características desse sistema penitenciário, como a composição populacional, os regimes de tratamento e a estrutura de assistência médica, com ênfase nos programas de tratamento da dependência química.

PALAVRAS-CHAVE: História de vida – Barcelona – Hospital – Prisão – Metadona – Tratamento penitenciário – Serviços de saúde.

ABSTRACT: The aim of this article is to discuss some of the relations established between the hospital and jail environments, as well as some of the most important current changes in the Spanish prison system. Taking as basis the autobiographical testimony of an assistant nurse, who has been working in prisons of the metropolitan area of Barcelona for more than 21 years, we explore some characteristics of this system such as the population composition, the regimes of treatment and the structure of health assistance, with emphasis on chemical dependence treatment programs.

KEYWORDS: Biography – Barcelona – Hospital – Jail – Methadone – Penitentiary treatment – Health assistance.

Sumário: Introdução – 1. Aurora – 2. A juventude trabalhando na prisão – 3. O trabalho na prisão pós-disciplinar de Quatre Camins – 4. Uma prisão feminina no ano das Olimpíadas – 5. A Cárcel Modelo nos tempos da cidade-modelo – 6. Transformações no sistema penitenciário catalão e na cidade de Barcelona – 7. O presente – 8. Conclusão – Bibliografia.

Introdução

Esse artigo procede do trabalho de pesquisa etnográfica exploratória que realizei na região metropolitana de Barcelona entre 2007 e 2008, intitulado "Entre la Calle y la Cárcel: una investigación etnográfica exploratoria sobre el flujo carcelario-urbano que pasa por Barcelona."[1]

Nesse projeto de pesquisa problematizava as relações existentes entre os territórios de dentro e fora das prisões, entre o mundo dos "reclusos" e dos "livres", e as mudanças nessas relações num contexto de crescente massificação do encarceramento.[2] Trabalhando sobre histórias de vida de funcionários de prisão e familiares de presos, pude constatar diferentes e múltiplos níveis de relação entre o universo prisional e outros campos da vida social, como o ambiente familiar, os bairros periféricos, o mercado de trabalho, os sistemas públicos de saúde, etc.

A história de vida que apresento nesse artigo é a de Aurora,[3] uma auxiliar de enfermagem que trabalha há mais de 20 anos nas prisões da Catalunha, Espanha. O seu relato autobiográfico é um testemunho das mudanças mais significativas no ambiente prisional catalão e no território urbano de Barcelona nas últimas décadas. A experiência de socialização de Aurora no ambiente penitenciário e sua experiência urbana nos falam muito de como a prisão vem afetando cada vez mais a vida de pessoas que nunca cometeram um delito. A história de vida de Aurora nos fala também de como os problemas e relações urdidas dentro da prisão transbordam os limites das muralhas, e como os trabalhadores do ramo conformam um circuito profissional todo próprio, no interior

1. Godoi, Rafael. Entre la Calle y la Cárcel: una investigación etnográfica exploratoria sobre el flujo carcelario-urbano que pasa por Barcelona. Departamento de Antropología Social, Universidad Autónoma de Barcelona (trabalho de investigação) 2008.
2. Garland, 2001.
3. Nome fictício.

do qual regulam, medicam e controlam populações de "delinqüentes", mas também vivem, moram e amam como "pessoas normais".

O papel que Aurora desempenha na prisão não é especificamente de vigilância. Aurora é uma funcionária da equipe de saúde, que, portanto tem sim relações diretas com os presos, só que bem menos conflitivas que as relações da equipe de segurança. É no limiar entre o cuidado e o controle que o trabalho médico hospitalar se desenvolve nas prisões espanholas. Os mecanismos de assistência médica, no interior das prisões, tal e qual Aurora nos descreve, podem ser vistos como modulações de um novo tipo de controle social e tratamento penitenciário que suplementa os dispositivos disciplinares, tal e qual foram descritos por Foucault.[4]

1. Aurora

Aurora nasceu em Barcelona em 1965, filha única de um alfaiate catalão e de uma murciana[5] que foi operária e trabalhou em casa. Viveu toda sua infância em Poble Séc,[6] bairro de imigrantes espanhóis modestos e trabalhadores. Teve una infância feliz, sem sobressaltos, nem maiores problemas. Fez EGB[7] y começou a fazer BUP,[8] que não terminou, porque tinha dificuldades com matemática e não tinha nenhuma vontade de estudá-la. Paralelamente aos estudos regulares na escola do bairro, Aurora estudou secretariado numa escola técnica e começou a trabalhar bastante jovem como auxiliar administrativa num escritório próximo à sua casa. Aurora se interessava mais por sua vida profissional que pelos estudos, por isso deixou as aulas do BUP e foi fazer outro curso de formação profissional. Dessa vez, um curso de auxiliar de enfermagem num instituto de formação técnica um pouco mais distante, em Nou Barris.[9] Assim que começa sua qualificação profissional no meio sanitário, Aurora já chega a fazer substituições em hospitais de Barcelona em

4. Foucault, 1996.
5. Murcia é uma região no sudeste da Península Ibérica.
6. Bairro operário barcelonês edificado no fim do século XIX, ao lado do centro da cidade.
7. Enseñanza General Básica. Antiga estruturação do sistema educacional espanhol, equivalente à Educação Básica no Brasil.
8. Bachillerato Unificado Polivalente. Antiga estruturação do sistema educacional espanhol, equivalente ao Ensino Médio no Brasil.
9. Complexo de 14 bairros no extremo norte da cidade de Barcelona.

feriados e fins de semana. O novo ambiente profissional era fascinante, seu trabalho lhe permitia conhecer muitos profissionais, enfermeiros, médicos e ainda podia ajudar pessoas que necessitavam. Sentia-se útil e importante.

Através de companheiras de trabalho que ia conhecendo nos plantões que assumia, surgiu a possibilidade de viajar ao Paraguai, para trabalhar em hospitais psiquiátricos, em um dos lugares da América Latina mais esquecidos e desconhecidos na Espanha. A possibilidade de se emancipar e de conhecer lugares distantes lhe atraía muito, Aurora pensou que a viagem a trabalho poderia ser um parêntese na sua trajetória, no qual ganharia experiência profissional e de vida. Logo tratou de buscar os documentos e informações necessárias para concretizar seus novos planos.

Nisso Aurora estava envolvida quando um dia, pelas ruas de Poble Sec, seu pai encontrou um antigo cliente que trabalhava como funcionário de prisão. Enquanto conversavam, trocavam informações sobre seus filhos. Orgulhoso, o pai de Aurora comentou sobre os avanços profissionais dela no campo da enfermagem. O cliente então comentou que no Departamento de Justiça para o qual trabalhava havia vagas para enfermeiras. Quando essa informação chegou aos ouvidos de Aurora, ela sem titubear já enviou o seu currículo, porque nunca se sabe, trabalhar como auxiliar administrativa não era sua vocação, as substituições eram interessantes, mas incertas, não garantiam uma renda decente. Ter um bom emprego era uma necessidade e procurar trabalho, uma prática constante. Por alguns meses a documentação para a viagem ao Paraguai não avançou nada, essa ainda era uma possibilidade distante, o Departamento de Justiça também não dava nenhum retorno, e Aurora continuava trabalhando no escritório, estudando em Nou Barris e fazendo substituições em hospitais de vez em quando.

Até que em uma tarde do ano de 1987, quando estava terminando os estudos técnicos, Aurora foi convocada a comparecer a uma entrevista no Departamento de Justiça, no centro de Barcelona. Aurora foi e voltou com uma proposta de trabalho para começar na semana seguinte. A proposta era para trabalhar como auxiliar de enfermagem na prisão de Tarragona.[10] Tarragona está a poucos quilômetros de Barcelona, para onde se pode ir facilmente de trem. Aurora não conhecia nada do tema

10. Município ao sul da Catalunha, no nordeste da Península Ibérica. Considerado patrimônio histórico da humanidade pela Unesco.

das prisões, nunca tivera contato com esse mundo e a princípio teve medo. Mas lhe disseram que era para trabalhar como auxiliar de enfermagem, todos os dias, com um bom salário e com a possibilidade de ter um contrato estável em muito pouco tempo, também lhe disseram que era una oportunidade para trabalhar num lugar que funcionava como um hospital qualquer, e ainda ganhando uma quantia significativamente maior que o piso salarial da categoria, por conta de uma série de bonificações que eram progressivamente ofertadas. No final de semana que tinha para pensar, Aurora foi a Tarragona para conhecer a cidade e refletir. A cidade é linda e milenária, repleta de monumentos romanos, pequena, simpática e próxima de Barcelona. De frente para o Mar Mediterrâneo, Aurora pensou que trabalhar numa enfermaria de uma prisão poderia também constituir uma espécie de parêntese na sua vida, uma fase de aprendizagem e desenvolvimento pessoal. Parêntese que até hoje segue em aberto.

2. A JUVENTUDE TRABALHANDO NA PRISÃO

Na segunda-feira se apresentou para trabalhar. A primeira sensação que teve foi a de um grande impacto, as múltiplas grades, portas e chaves, que se abriam e se fechavam de maneira coordenada conforme ia entrando em seu novo ambiente de trabalho lhe impressionaram bastante. Tudo aquilo tinha muito pouco a ver com os hospitais que conhecia. Na primeira semana tentou ir e voltar do trabalho no mesmo dia, mas constatou que era impossível, porque entrava no trabalho de tarde e saía de noite, quando os trens escasseiam e o percurso se torna mais longo e demorado. Então decidiu trabalhar e viver em Tarragona, dividindo um apartamento com companheiros de trabalho que eram de outras partes da Espanha.

Na década de 1980, a administração das prisões da Catalunha ainda estava nas mãos do governo central de Madrid. Nessa época, as pessoas que trabalhavam em prisões costumavam fazer estágios e práticas em instituições distantes de seus lugares de origem, e por isso, nos lugares de trabalho, se agrupavam, viviam e saíam juntos. Para Aurora esse foi um momento inesquecível da sua vida. Seus companheiros de trabalho e de apartamento eram jovens que também estavam passando pela mesma experiência que ela. Atualmente a administração penitenciária depende

da *Generalitat de Catalunya*,[11] e não existe mais a possibilidade de funcionários virem de lugares distantes.

Aos 22 anos de idade, Aurora se emancipa de sua família e muda de cidade. Esse foi um período de independência, descobertas e dificuldades. Não era um processo simples, Aurora se deu conta que também não ganhava tanto como lhe parecera a primeira vista, e que seria um desafio constante buscar o equilíbrio para chegar ao final do mês. Também era um cotidiano duro, em contato direto com uma realidade bastante triste e conflitiva. Ainda assim, as melhores lembranças que Aurora leva consigo até hoje são desse período da juventude. Trabalhar e viver por sua própria conta lhe soava a liberdade. E enquanto desfrutava da liberdade recém adquirida, ia conhecendo de perto a realidade daqueles que a tinham perdido.

No terceiro dia em seu novo trabalho, lhe disseram que lhe trariam um *chinado* para que ela o suturasse. Quando o *chinado* chegou, ela se deu conta de que *chinado* é uma pessoa que cortou as próprias veias, que se auto-lesionou.[12] Aurora quase morre de espanto, não lhe tinham advertido que situações como essa eram mais do que freqüentes nas prisões espanholas nesse período.

Quando Aurora começa a trabalhar tinha um contrato de 6 meses, renovável por 3 anos, até ser efetivada como trabalhadora realmente estável. A equipe médica da prisão de Tarragona estava constituída por um médico, uma enfermeira e dois auxiliares. Aurora considera aqueles tempos conflitivos, quando os presos eram bastante reivindicadores, faziam rebeliões, greves de fome e auto-lesões coletivas. Depois de conhecer outros *chinados* e suicidas, Aurora pôde perceber que aquele que quer se matar, se mata, e que os *chinados* querem chamar a atenção para obter algo que por algum motivo acabaram sem, como uma determinada medicação, ou documentação, ou transferência, ou benefício. Ou seja, Aurora percebeu que a auto-lesão era uma maneira de pressionar a administração penitenciária, e que muito do seu trabalho era fechar os buracos que se abriam nessa disputa. Eram os tempos da Copel[13] ainda

11. Governo da Comunidade Autônoma da Catalunha
12. A auto-lesão era um fenômeno recorrente na Espanha, principalmente na década de 1980. Para uma explicação autobiográfica do fenômeno, ver: Zamoro, Patxi. *A ambos lados del muro*. Tafalla: Txalaparta, 2005.
13. *Colectivo de Presos en Lucha*. Organização reivindicativa de presos comuns que se origina no período de transição democrática. Para maiores

em atividade dentro e fora do sistema prisional da Espanha. Talvez a própria contratação de Aurora (como também a de outros profissionais que se somaram à equipe médica de outras prisões da Espanha) seja um resultado direto desse contexto de luta. Por um lado, os presos reivindicavam entre outras coisas, melhores condições de saúde, por outro lado, o governo sabia que havia uma demanda concreta de profissionais para cuidar da vida das pessoas que se metiam nos constantes confrontos e rebeliões, das pessoas que se cortavam, que eram dependentes de drogas, que tinham AIDS ou problemas psicológicos diagnosticados.

É assim como Aurora define a população com que trabalhava cotidianamente: "Casi todos eran drogadictos (...) antes eran muchos de aquí, gente de aquí, eran los payos y los gitanos. Los payos son los blancos, nosotros, y los gitanos, de raza gitana. Entonces si había un conflicto, algo así, era entre payos y gitanos." Aurora nos fala de uma população penitenciária composta por heroinômanos, que roubavam ou furtavam para comprar drogas, e que estavam divididos entre *payos y gitanos*. *Payo* é a palavra cigana utilizada para falar do outro, do não-cigano, também significa aldeão, camponês, ou seja, assentado na terra. *Gitano* é o cigano espanhol, a palavra designa um grupo étnico originário da Índia, com uma história, uma língua e uma identidade. Os ciganos são a minoria étnica mais numerosa da Europa,[14] onde já sofreram uma série de perseguições coletivas. Em 1499 uma ordem dos Reis Católicos determinou a sua expulsão do território espanhol, e na Alemanha nazista coletivos inteiros foram exterminados nas câmaras de gás. Quando Aurora fala do início de sua experiência profissional fala também de um conflito antigo entre *payos y gitanos* que atravessa a história das instituições de poder européias, e que mais de uma vez resultou em perseguição e sacrifício dos ciganos, utilizados como *chivos expiatorios*.[15]

informações ver: RUBIO, Cezar L. *La revuelta de los comunes: una primera aproximación al movimiento de presos sociales durante la transición*. Desafectos, Barcelona, 2005. Disponível en internet via: <http://www.uclm.es/profesoradO/poliver/GrupoEPIP/pdf/CesarLorenzo/>.

14. GIMÉNEZ, 1994, p. 123.

15. GIRARD, 1986: Chivo expiatorio é o conceito utilizado Girard para explicar os processos de perseguição coletiva. No capítulo "Los estereotipos de la persecución" do livro "El chivo expiatório", Girard nos mostra que existem as perseguições coletivas perpetradas por multidões homicidas, como a dos judeus no século XIV; e as perseguições com ressonâncias coletivas, legais

Aurora nos explica que no final dos anos 1980, os ciganos continuavam sendo uma minoria social sobre a qual a atenção do poder se dirige de maneira privilegiada, em continuidade com uma longa tradição de mais de 400 anos de perseguição. Mas a presença dos ciganos diante de uma auxiliar de enfermagem, e não de um carrasco, sugere uma descontinuidade importante para ser bem entendida. Se antes, entre os séculos XIII y XVI, os estereótipos dos criminosos (ciganos ou não) se relacionavam com a idéia de poderes obscuros, bruxarias, heresias, no estereótipo do delinqüente da época de Aurora, as marcas são as de uma conduta desviada pela dependência das drogas. Numa nova concepção "normal," e amplamente difundida de uma cadeia de determinações criminológicas, as substâncias químicas desempenham um papel determinante.

Aurora considerava a prisão de Tarragona bastante prática para trabalhar, ainda que fosse muito antiga, com instalações deterioradas, o trabalho ali era mais leve por uma questão logística. A estrutura arquitetônica era uma das muitas variações do modelo panóptico construídas na Europa entre os séculos XIX y XX. "Hay un centro, entonces las galerías o los módulos convergen todos en el centro, y la vida tú puedes controlar un poco desde el centro (...) todo se controla desde ahí, las entradas en las galerías, las salidas de los internos, los patios." No centro também havia uma enfermaria, e a eqüidistância de qualquer galeria facilitava a distribuição de medicamentos e os procedimentos de emergência, duas das principais tarefas de Aurora.

Segundo Foucault, o panóptico de Bentham, idealizado no século XIX, é o programa arquitetural que marca a emergência de outro tipo de poder, que substitui as técnicas tradicionais do suplício ou desterro.[16] Nele, desde uma torre central, cada preso é observado, um sistema pormenorizado de documentação é desenvolvido, forjando todo um saber que é incorporável ao desenvolvimento e aplicação das técnicas penitenciarias. O poder soberano se desdobra em um poder disciplinar, com outras técnicas e procedimentos. Trata-se de um processo histórico, que consagra a prisão como forma de castigo por excelência, detestável, mas insubstituível. Mas, se os sacrifícios diminuem isso não quer dizer que acabam as perseguições coletivas (os ciganos seguem sendo alvos

na sua forma, mas estimuladas geralmente por uma opinião pública superexcitada, como a caça às bruxas do século XVI.

16. FOUCAULT, 1996.

privilegiados das instituições penais). E se o edifício da prisão de Tarragona evoca a consolidação do poder disciplinar, as técnicas e procedimentos que Aurora desenvolve no seu interior guardam pouca relação com as técnicas empregadas pelos funcionários nos primeiros anos da instituição.

A prisão disciplinar que nos fala Foucault já tratava delinqüentes como um hospital trata de enfermos, tentando reformar-los por dentro, expurgando os males e vícios dos corpos. Mas o tratamento penitenciário que nos fala Aurora já dista um tanto do que nos fala Foucault. Tanto Foucault como Aurora nos falam de procedimentos e técnicas penitenciárias desenvolvidas para governar os corpos dos delinqüentes. Mas Foucault ressalta as técnicas disciplinares, o governo do tempo e dos gestos, as prescrições e sanções normalizadoras, a disposição das células e a posição do vigia; Aurora, por sua vez nos fala de técnicas fisiológicas que intervém no interior do organismo dos indivíduos, fala de calmantes, de substitutivos psicotrópicos. Se as técnicas de tratamento são outras, seguramente a objetivação da delinqüência não é a mesma desde que o programa panóptico foi desenvolvido até que Aurora fosse trabalhar em Tarragona, e nesse processo a proliferação e a manipulação de substâncias químicas (lícitas ou ilícitas) cumpre um papel fundamental.

Aurora percorria os corredores das galerias radiais da prisão de Tarragona distribuindo medicamentos. "Una cosa que se utilizaba mucho era la medicación psicotrópica, porque como además todos, o casi toda la mayoría de la población era heroinómana, pues necesitaban medicación psicotrópica, (...) medicaciones prescritas por los médicos son controladas en dosis determinadas, pues son medicaciones psiquiátricas, (...) calmantes, cosas que sustituían un poco... para que no tengan 'mono', lo que quiere decir, que no tengan síndrome de abstinencia." Um dos medicamentos que Aurora mais distribuía cotidianamente era a metadona, que também é um subproduto do ópio, transformado e utilizado como substitutivo para tratamento da dependência da heroína.

Segundo Bourgois, esse medicamento é a base dos programas de tratamento da dependência da heroína desenvolvidos em muitos países assolados por essa "epidemia", a partir da década de 1980.[17] Na Espanha e na Catalunha não era diferente pelo que nos conta Aurora.

17. Bourgois, 2000.

Bourgois explica que a metadona é uma variação, uma manipulação científica da heroína desenvolvida para atingir dois objetivos: provocar menos prazer que a heroína; e ao mesmo tempo prolongar o efeito da substância no corpo, de modo que demore mais horas para que o indivíduo comece a apresentar sintomas de abstinência. Com essa operação de manipulação química se faz o antídoto desde o próprio veneno, e se estabelece a separação do que é uma substância maléfica e uma substância útil, do que deve seguir sendo ilegal, e do que deve ser difundido de forma controlada pelos equipamentos da saúde pública.

A racionalidade fundamental que justifica os programas de metadona é a do risco, como se mais prazer e mais crises de abstinência em um indivíduo representassem mais risco na sociedade. Esse pensamento geralmente é defendido com um claro ênfase criminal, afirmam abertamente que a metadona reduz a criminalidade produzindo uma certa pacificação dos territórios dominados pela "droga" e pela "violência". É como se existisse uma certa identidade entre o que é a função social da metadona e da própria prisão. Se a prisão é uma espécie de tecnologia de controle físico dos delinqüentes, a metadona é uma espécie de tecnologia de controle biomédico, e o que Aurora e Bourgois nos mostram é que ambas se articulam e se complementam na perseguição dos mesmos objetivos.

Bourgois fez uma longa etnografia urbana entre dependentes e traficantes de heroína, entre o fim dos anos 1980 e início dos 1990. Dormindo na rua e vivendo na frente de um ponto de vendas de drogas, o antropólogo pôde conhecer uma série de informantes dependentes da metadona. A perspectiva antropológica de seu trabalho nos permite visualizar as relações de poder que conformam os tratamentos da dependência química nos Estados Unidos. Também nos mostra como o fenômeno da metadona articula de maneira eficiente duas estratégias políticas aparentemente contraditórias: por um lado, uma criminalização moralista das drogas ("guerra contra as drogas", "tolerância zero", etc.); e por outro lado, uma sobre-medicação do vício, que passa a ser visto como uma doença mental, um problema de saúde pública.

3. O trabalho na prisão pós-disciplinar de Quatre Camins

Depois de pouco mais de dois anos trabalhando e vivendo em Tarragona, Aurora volta a mudar de vida. Entre 1989 e 1990, inauguram uma

moderna prisão em Granollers,[18] a prisão de Quatre Camins, e Aurora é transferida para o seu setor de enfermaria. Essa mudança significava a antecipação da proposta de efetivação e a possibilidade de trabalhar em uma instituição moderna e em processo de estruturação. Aurora aceita a proposta e volta a morar com os pais em Barcelona. Mas depois de dois anos de "liberdade", a idéia de voltar para a casa dos pais não era nada empolgante, e logo Aurora se articulou com uma nova companheira de trabalho, que estava se separando, para dividir um apartamento em Barcelona,[19] e dividir os custos de mais de uma hora de viagem de Barcelona a Granollers. O carro era a única opção viável para chegar a Quatre Camins para parte de seus trabalhadores. Naquela época havia um serviço de ônibus que levava funcionários de Barcelona a prisão, mas os seus horários seguiam os turnos da equipe de segurança.

Quando Aurora chega a Quatre Camins, a prisão estava vazia, seu trabalho era organizar os serviços médicos, preparar os utensílios, os arquivos, os procedimentos, etc. Depois de dois ou três meses de preparativos começam a chegar os presos. Esse foi um processo interessante para Aurora "porque tú que montas todo, y empiezas todo, todo empieza en función de cómo quieras que vaya, ¿no? Como no hay nada antes, pues bueno, la gente que estábamos allí intentamos montar de la mejor forma posible".

Mas trabalhar nessa prisão moderna, nova e equipada não era tão prático como nas antigas prisões radiais "porque las distancias son muy largas en las prisiones nuevas. Lo que te decía, por ejemplo, las que están centralizadas, pues tienes un botequín de urgencia, que tienes al lado del centro, entonces si alguien se pone enfermo, o en alguna urgencia, lo atiendes allí en seguida y lo tienes todo. Pero si estás en tu botiquín, con todo lo que conlleva ello, y lo tienes lejos, y las distancias que tienes que recorrer son muy largas, pues tienes que tener maletines preparados con todo un equipo de urgencias, tienes que tener... está previsto de otra manera,¿ no?" Aurora nos fala de uma falta de praticidade deri-

18. Município no interior da Catalunha, a 30 quilômetros de Barcelona.

19. Dividir apartamento com pessoas mais ou menos conhecidas é uma estratégia de moradia altamente difundida em Barcelona, principalmente a partir dos anos 1990, quando os preços dos aluguéis e dos imóveis aumentam muito. Para maiores informações ver: SOTELO-BLANCO, Olegario. *El problema de La vivienda: la pesadilla de encontrar um piso hoy.* Barcelona: Ronsell, 1993.

vada de uma mudança de programas arquitetônicos penitenciários. De um modelo panóptico a um modelo modular. Para alguns especialistas, como Chantraine, a manifestação física de uma era penitenciária pós-correcionalista, pós-disciplinar, a emergência de uma "prisão quase inteiramente automatizada, concebida para reduzir ao máximo os contatos entre detentos e as aberturas para o exterior."[20] A inauguração da prisão de Quatre Camins, e logo depois, a inauguração da prisão de Brians[21] são marcos do desenvolvimento de uma nova e mais ampla estrutura institucional penitenciária catalã, em tempos de transição das atribuições da administração penitenciária das mãos do governo central para o local, fazendo da Catalunha a única comunidade autônoma espanhola responsável por suas próprias prisões. Entre os anos 1980 e 1990, Aurora vive o desenvolvimento de um novo modelo penitenciário, baseado em outros princípios administrativos, arquitetônicos e de tratamento, que expressam novas estratégias de poder que se aplicam sobre uma mesma população encarcerada.

Se é verdade que uma nova arquitetura de controle emerge e muda algumas condições de trabalho dos funcionários e de vida dos presos, é também verdade, que num primeiro momento, essa nova estrutura é preenchida com o mesmo conteúdo farmacológico que já vinha se desenvolvendo dentro das antigas e radiais instituições penitenciárias. Ou seja, em seu novo posto de trabalho, Aurora seguiu distribuindo uma infinidade de medicamentos, e suturando *chinados*.

De toda forma, depois de conhecer como os serviços de saúde de uma prisão são programados, de conhecer o que é uma determinação médica ou de segurança superior, do que pode ser adaptado segundo os conhecimentos práticos de quem trabalha diretamente com os presos, as mudanças de procedimentos que implicam um novo lugar para uma nova penitenciária, depois de tudo isso, Aurora pôde ter uma visão geral da dimensão e da organização dos serviços médicos destinados à população carcerária na Catalunha. Trata-se de uma complexa rede que se estende desde os *botiquines* dos módulos até o pavilhão penitenciário do Hospital de Terrassa,[22] passando por uma série de instituições interme-

20. CHANTRAINE, 2006, p. 82.

21. Prisão entre as cidades de Martorell e Capellades.

22. Município no interior da Catalunha, a 28 quilômetros de Barcelona.

diárias de referência.[23] Aurora nos descreve um verdadeiro fluxo urbano que envolve centenas de profissionais e os muros, corredores e portões de dezenas de instituições médicas e penais.

"En las cárceles hay funcionarios 24 horas, y servicios médicos 24 horas. Durante el día tienes un montón, o sea, médicos y enfermeras hay uno por cada módulo, o sea, dependiendo de los módulos que se pasa es alternativo, como por ejemplo, si hay 5 módulos, pues 3 se pasan por la mañana, los más grandes, y 2 por la tarde. Entonces, por la tarde hay 2 o 3 médicos, y por la mañana 7 o 8, dependiendo de la prisión. Y hay enfermeras, médicos, auxiliares, y luego tienen especialistas, todos los especialistas, ahora hay muchísimos, incluso antes solo había dentista, y un oftalmólogo. Y si tenían que ver un de intestino, por ejemplo, dermatólogo, medicina interna, no sé qué, tenían que salir al hospital, con visitas programadas. En cambio, ahora hay un servicio del hospital de Terrassa que va a todas las prisiones, tienen dermatólogo, tienen medicina interna, tienen cirujano, que van a todas las prisiones a visitarlos a todos. Tienen odontólogo, dentista cada día, tienen para hacer ecografías, también tienen una vez por semana, tienen también 3 veces por semana radiología. (...) Y hay un servicio médico central del hospital de Terrassa, que está contratado por prisiones y cada uno de sus especialistas viene adentro de la prisión. Si hay por ejemplo que sacar algún interno, urgente, urgente, por ejemplo, en la Modelo, nuestro hospital de referencia para urgencias es el Clínico, y una vez que se estabiliza la urgencia allí, lo pasan al hospital de Terrassa, allí hay un pabellón penitenciario hospitalario en Terrassa. (...) Y en la cárcel hay una enfermería, que cuando vienen del hospital, o gente que está impedida, que van en silla de ruedas, o yo qué sé, que se tiene que recuperar de una enfermedad del hospital, pues tú tienes una enfermería, donde tú tienes un asistido para la gente, tú tienes que ayudar a duchar, y tienes también un servicio de psiquiatría. (...) Y en enfermería hay pues eso, gente que se rompió una pierna, que van en silla de ruedas, gente con enfermedades que se cronifican, como cáncer... Porque con tanta población, es como se fuera un pueblo, allí tienes cáncer, tienes hipertensos, tienes cardiópatas, tienes de todo. Entonces tienes que tener un sitio que no es un hospital, porque no tienes las condiciones de un hospital, pero que tampoco es una galería, que en aquello no se podría estar cuidando de

23. Como os hospitais municipais de Granollers e de Tarragona, e em Barcelona, o Hospital Clinic e o Hospital del Mar.

las condiciones higiénicas, ni de alimentación, ni nada como en la enfermería. Entonces hay una enfermería en cada prisión, pero al margen de eso, si tienes ahí un paciente de cualquier cosa, si tienes que hacer un tratamiento, por ejemplo, un cáncer que tenga que hacer quimioterapia, o radioterapia, pues tienes el hospital de referencia donde lo ingresan. (...) Pero claro, hablo de las prisiones que están aquí en Barcelona, o cerca,¿ no?"

4. Uma prisão feminina no ano das Olimpíadas

1992 é um ano muito importante na história recente de Barcelona. Ano das Olimpíadas, ano de consagração do projeto de cidade-modelo,[24] de inovação urbanística, de conversão econômica e também de expansão de um programa emergencial para controle da "epidemia" de heroína nas ruas desse modelo de cidade global.[25] A metadona se prolifera pelas ruas, ultrapassa os limites das muralhas. Um programa de combate à dependência de drogas, que vinha se desenvolvendo em algumas instituições médicas e penitenciárias em diferentes pontos da Europa, desde a década de 1970, e que vê a dependência química como uma doença mental – portanto, curável com medicamentos psiquiátricos – começa a tomar vigor como política de governo. Ainda que subordinadas às instituições penais, as instituições médicas vão ganhando poder sobre o problema do controle da droga, introduzem uma nova substância no mercado, e passam a manipular uma enorme quantidade de informações e instrumentos sociais.[26] Baseado na figura ambígua do viciado doente e consumidor ao mesmo tempo, o controle dos riscos sociais e os programas de redução de danos vão sendo montados. São abertos os "Centros de Asistencia y Seguimiento"[27] em diferentes pontos da cidade, e é disponibilizado um ônibus para levar metadona aos pontos mais distantes da coroa periférica de Barcelona. A rede e o fluxo médico penitenciário se expandem, a primeira ganha novos nós, o segundo novo

24. Para uma problematização crítica do processo de revitalização da cidade de Barcelona na década de 1990, ver: Delgado, Manuel. *La ciudad mentirosa: fraude y miseria del "modelo Barcelona"*. Madrid: La Catarata, 2007.

25. Muns, 2003.

26. Segundo Muns (2003), em 1990, havia na Espanha 3.043 pessoas sob tratamento de metadona; em 1997, esse número já chegava a 55.813.

27. Espécie de posto de saúde especializado no combate à dependência química. Importante ponto de distribuição de metadona.

impulso, introduzindo no espaço urbano a mesma dinâmica que vinha se desenvolvendo no interior das prisões, desde que Aurora começou a trabalhar.

Nesse modelo de tratamento, o dependente químico se submete a um diagnóstico e a uma terapia continuada, na qual o médico é quem tem o poder de determinar o ritmo, a intensidade e a duração do tratamento. Os auxiliares do médico detêm informação sobre o "paciente-consumidor", sua vida, seu lugar de moradia e sobre sua assiduidade no tratamento. Desviar-se do tratamento, por exemplo, é um forte indício de risco, e pode acarretar problemas, principalmente para os que já têm conflitos com a justiça.

É no fatídico ano de 1992, que Aurora muda mais uma vez de posto de trabalho. Estava cansada de viajar mais de uma hora para ir trabalhar, de enfrentar horas de trânsito, que faziam a jornada de trabalho mais longa e cansativa. Queria trabalhar em Barcelona, poder ir de metrô, e por isso pediu uma transferência. Ofereceram-lhe um posto na prisão feminina de Wad Ras, que estava no bairro barcelonês de Poble Nou,[28] a poucos minutos de sua casa. Essa mudança significou a oportunidade de voltar a trabalhar e viver na sua própria cidade, depois de 5 anos de experiência de trabalho do outro lado das muralhas. Também significou a entrada num universo prisional completamente distinto do que já estava acostumada. Conhecer uma prisão feminina foi quase tão impactante quanto conhecer uma prisão pela primeira vez. A estrutura física parecia mais antiga que das antigas prisões radiais. Era uma prisão verticalizada, as presa se distribuíam pelos andares, como num tradicional internato infantil. Mas, sobretudo, as mulheres lhe pareciam menos respeitosas, mais difíceis de lidar, a atmosfera da prisão era ainda mais tensa e conflitiva que em suas experiências anteriores. E ainda havia mais de uma dezena de crianças pequenas (de menos de 3 anos) presas com as suas mães, com quem Aurora também tinha que trabalhar. Ela nunca tinha trabalhado com pediatria.

Essa foi uma de suas piores experiências profissionais, nos primeiros dias saía completamente estressada, quase chorando, era constantemente provocada e desafiada pelas presas, talvez pelo fato de também ser mulher. Aurora demorou a se adaptar no novo ambiente, o que lhe

28. Antigo bairro operário barcelonês, da mesma época que Poble Sec, só que do outro lado do centro da cidade.

estimulava a seguir era a equipe na qual trabalhava, uma médica e um enfermeiro que eram ótimos.

De todo modo, para ela seguia sendo pior trabalhar com 30 mulheres que com 400 homens. E ainda tinha o fato de trabalhar com crianças dentro de uma prisão, o que para ela era bastante pesado. Uma vez, cuidou por meses de uma criança com AIDS que acabou morrendo na enfermaria, e essa lembrança é uma das piores de toda a sua experiência profissional.

Em 1993 Aurora pediu uma nova transferência, a equipe médica estava se desfazendo, a médica deixava o mundo carcerário, o enfermeiro ia para uma prisão de jovens e Aurora teria que começar do zero toda uma nova dinâmica profissional. Já que tinha que recomeçar de qualquer maneira, que fosse num ambiente onde se sentisse mais a vontade.

5. A *Cárcel Modelo* nos tempos da cidade-modelo

A transferência não poderia ter sido melhor. Aurora foi transferida para a *Cárcel Modelo*[29] de Barcelona, que já lhe chamava bastante a atenção, e para onde podia ir caminhando desde o apartamento que dividia com a amiga em Poble Sec. Em 1993 Aurora começa a trabalhar em uma construção radial da mesma geração da prisão de Tarragona, também antiga, mas muito maior e mais importante. Como costuma ser no ramo da enfermagem, a recém chegada assumiu os piores horários. Então, ainda que não gostasse, começou a trabalhar pelas tardes e noites, e assim ficou por dois anos. Em 1995, Aurora assume um posto no turno da manhã, o mesmo que mantém até os dias de hoje. Trabalhar pelas manhãs significava para Aurora uma melhor qualidade de vida, porque ao sair do trabalho ao *medio dia*,[30] ela podia fazer a *siesta* e aproveitar toda a tarde[31] para fazer as suas coisas sem pensar nos problemas da prisão.

Segundo Aurora, os serviços médicos dessa grande prisão estão organizados de uma maneira especial:

"Allí por ejemplo, los servicios médicos, tú tienes una farmacia central, tienes todo tipo de medicamentos, toda la medicación de toda

29. Penitenciária radial construída em 1904, no bairro de Eixample Esquerre. É a maior instituição penitenciária da cidade de Barcelona.

30. 14h.

31. Na Espanha, a tarde vai até as 20h.

la prisión, a excepción de la psiquiatría y enfermería, se prepara en esa farmacia. Allí tienes 4 personas por la mañana, 2 por la tarde, trabajando preparando medicación para toda la prisión. (...) Preparamos allí mismo, los laboratorios nos sirven los productos, y todo lo que prescriben los médicos sale de la farmacia central. Antes se daba toda la medicación al propio interno, hace muchísimos años, por ejemplo, un tratamiento de antibiótico, le daba todas las pastillas para todo el tratamiento de 7 días, o el tratamiento sustitutivo de la heroína, o de alcohol, no, le dabas para todo el día. Pero lo que pasaba es que traficaban con las pastillas, o se las fumaba, o se las picaba, porque ahí claro, lo que se trata es de conseguir dinero o conseguir droga. De muchos años que te hablo esto. Pues al final, se pensó que valía la pena invertir mucho más trabajo, mucho más dinero, y más personal, para dar las medicaciones como en hospitales, en 'unidosis'. Ahí se preparan por persona y por potito, cada vasito llevaba las pastillas de... no sé, el tratamiento, por ejemplo: 'Diazepan 1,1,1', o sea, mañana, tarde y noche, entonces tú le preparas un potito para la mañana, un para la tarde y otro para la noche."

Agora Aurora nos adverte para uma obviedade que passou negligenciada nos primeiros anos de aplicação do tratamento da metadona. A metadona vicia e pode ser consumida como droga, não como remédio. A idéia dos programas de tratamento era ir diminuindo as doses de metadona, para livrar o indivíduo da dependência da heroína. Mas a metadona provou causar mais dependência que a própria heroína. Então os programas redefiniram os seus objetivos, a cura foi deixada de lado, e as políticas de redução de danos ganharam espaço. Assim, estar sob tratamento passa a ser um fim em si mesmo, uma variável importante no controle de riscos e danos sociais. Não se pode falar em erradicar a dependência, mas sim em gestioná-la e mantê-la dentro de padrões considerados normais e de baixo risco.

Outra coisa que Aurora nos oferece nessa passagem é um exemplo concreto de como a organização penitenciária se redefine a partir de um problema relacionado às drogas e criado pelo próprio Estado, e principalmente, de como são volúveis os limites que definem se uma determinada substância é droga ou não. Ou seja, os limites entre a legalidade e a ilegalidade são bastante embaçados, dependendo mais das vias pelas quais a substancia é distribuída, que da natureza psicotrópica da composição química.

Seguimos com a descrição de Aurora dos serviços médicos da *Cárcel Modelo*:

"Los que repartimos la medicación son los auxiliares, los que las preparamos también. Todos los auxiliares lo hacemos, aunque no pertenezcamos a esa galería, sabemos exactamente las horas y donde tenemos que repartir, y bueno, como tenemos que hacer. Siempre repartimos con un funcionario aquí, vienen los internos con su carnet, y tú le das su medicación y sigue adelante, y verifica."

A temporalidade do trabalho de Aurora quando estava na farmácia central era basicamente marcada por uma rotina de preparação e distribuição de medicamentos para os pavilhões. Depois foi trabalhar nas galerias, quando seu cotidiano se dividia entre a distribuição de medicamentos para os presos, a organização das consultas médicas e os atendimentos de emergência. Logo, Aurora passou a enfermaria, onde preparava e distribuía medicamentos para os enfermos, e assistia pessoas com Aids, deficiências crônicas e outras doenças que exigiam maiores cuidados. Agora, depois de passar mais de uma vez por cada posto de trabalho, Aurora ocupa o último lugar diferente que lhe faltava: o setor de psiquiatria. Como não podia deixar de ser, ali também seu cotidiano é marcado pela preparação e distribuição de medicamentos para os "doentes mentais", por atendimentos de urgências (como auto-lesões) e pela assistência a pacientes fortemente sedados, que não têm condições de exercer suas capacidades psíquicas e motoras mais básicas.

Mas antes de chegar a trabalhar com os pacientes psiquiátricos, quando ainda estava em uma das galerias, mais ou menos em 1994, Aurora conheceu um médico muito simpático. Começaram a sair e se apaixonaram, até que se casaram em 1996. Então, Aurora deixou o apartamento que dividia com a amiga que também trabalhava em uma prisão, com quem viveu por 8 anos, e foi construir uma família com o médico que trabalhava na mesma prisão que ela. Ou seja, praticamente toda a vida privada de Aurora fora da casa de seus pais foi compartilhada com pessoas que também estavam integradas pela via profissional ao mundo penitenciário. Os amigos da juventude, a amiga quase irmã, o marido, todos eles Aurora conheceu do outro lado das muralhas. Essas relações de dentro se estenderam ao ambiente urbano mais amplo e foram determinantes para viabilizar a estratégia de moradia de Aurora.

Os anos 1990 são anos de grande valorização do mercado imobiliário de Barcelona, ainda que Aurora ganhasse um salário muito bom, era impossível pagar um aluguel ou financiar um apartamento sozinha. Dividir apartamento sempre foi a solução, e agora que estava casada podia começar a pensar na possibilidade de deixar de pagar aluguel para

passar a pagar uma "*hipoteca*".[32] E foi o que os recém casados fizeram, Aurora e seu marido financiaram um apartamento em Sants,[33] muito perto da *Cárcel Modelo*.

Depois de dois anos, o casal teve que mudar de apartamento e refazer o financiamento. Aurora sofreu de uma hérnia de disco e teve que passar por uma delicada cirurgia, durante o longo processo de recuperação não poderia subir nem descer pelas escadas, e o apartamento de Sants estava no quarto andar e não dispunha de elevador. Encontraram o apartamento perfeito em Poble Sec, em um ponto estratégico, a meio caminho da casa dos pais dele, dos pais dela e do trabalho dos dois. Nesse apartamento estão vivendo até hoje, e até hoje seguem pagando a *hipoteca*. Em 1999 nasce a sua primeira filha, que teve que ser adiada por mais tempo do que Aurora queria, por causa de seus problemas de saúde.

6. Transformações no sistema penitenciário catalão e na cidade de Barcelona

Seu segundo filho nasce em 2004, e então muita coisa já tinha passado. Aurora sentia que nessa época as coisas em seu bairro e no seu trabalho estavam mudando radicalmente. Poble Sec estava se tornando um bairro de imigrantes latino-americanos. A população carcerária estava se transformando no mesmo sentido, a quantidade de medicamentos distribuídos ia diminuindo, e a incidência da auto-lesão ia reduzindo drasticamente.

Entre o fim da década de 1990 e o começo do século XXI, uma população imigrante ia crescendo nas galerias, primeiro os marroquinos, depois os sul-americanos, depois gente do leste europeu. Nesses anos Aurora sentia que a população mudava no mesmo ritmo que aumentava. A prisão também ia mudando, até o ponto de os procedimentos médicos, que ditaram o cotidiano penitenciário por toda a década de 1990, perderem importância e centralidade no controle interno. As drogas seguem determinando temporalidades e cotidianos, procedimentos e técnicas de intervenção, mas cada vez menos são suficientes para o exercício de um controle efetivo sobre a população carcerária. Muda o perfil

32. Financiamento da moradia.

33. Bairro limítrofe ao sul da cidade de Barcelona, faz fronteira com o município de Hospitallet de Llobregat.

do preso, muda o perfil do tratamento. A integração social do imigrante delinqüente passa a ser uma preocupação penitenciaria, e equipes de voluntariado e trabalho social com imigrantes vai se multiplicando pelas prisões.

Novas e velhas distinções internas, quase sempre territoriais, étnicas e religiosas se justapõem às antigas diferenciações entre *payos y gitanos*, e entre viciados e não-viciados. Segue sendo importante ser ou não catalão, ser ou não espanhol, mas começa a ser importante ser ou não comunitário, ser ou não europeu, ser ou não *sudaka*,[34] ser ou não *paki*;[35] e volta a ser importante ser *moro o cristiano*. A religiosidade ganha importância nesse novo contexto, fazendo com que, por exemplo, seja mais importante para a manutenção da ordem interna o respeito às celebrações do Ramadã muçulmano, que a dose diária de metadona.

As dificuldades do trabalho já não são mais as mesmas. Surgem dificuldades de comunicação entre a administração e o preso, entre a equipe médica e o enfermo, porque aumenta a população que não fala nem o catalão, nem o espanhol. Começam a pensar em integrar a figura de um "mediador" para permitir a comunicação entre os presos e as diferentes equipes da prisão, papel que hoje acaba sendo desempenhado pelos próprios internos. Novos problemas emergem, novos profissionais são necessários, novas qualificações são criadas, talvez como no fim da década de 1980, quando havia a demanda por profissionais da área médica, pela epidemia de Aids, pela difusão da dependência química, etc. Talvez seja por esse tipo de mudança que atualmente Aurora se encontra trabalhando no setor psiquiátrico, lugar que segue com as características gerais que foram hegemônicas em toda a prisão nos últimos anos: uma conflitiva população dependente química, objeto de uma intensa intervenção médica e farmacológica.

Aurora nos indica um duplo sentido no processo de transformação da prisão, por um lado nos fala de uma mudança qualitativa na composição populacional, por outro lado nos fala de um progressivo crescimento no número de pessoas presas: "En la Modelo hay como 3 veces más de lo que tendría que haber. (...) Y han abierto, recién abierto prisiones nuevas ahora". Nos últimos anos, as prisões de Brians e Quatre

34. Forma pejorativa de identificar latino-americanos em geral.

35. De "*pakistani*". Forma pejorativa de identificar paquistaneses, indianos e pessoas do sudeste asiático em geral.

violadores estaban muy mal vistos. Podían matarlos si se juntaban con los demás internos (...) Por ejemplo la gente, los travestis, los menores, si no estaban en la prisión de menores, en la cárcel de jóvenes, los menores estaban... menores de 21 años, de 18 a 21, estaban en las prisiones de jóvenes, y por ejemplo, no sé por lo que fuera que tenían que estar en Tarragona, pues estaban en una galería especial para ellos, para jóvenes." E agora: "Todo junto. Moros y cristianos, violadores, travestis, allí está todo el mundo. Está todo mezclado, tampoco tienen la posibilidad de hacer de otra manera, porque con la cantidad de gente que hay."

As multiplicidades confusas, as mudanças rápidas, a indiferenciação, a superpopulação são sinais de que o sistema penitenciário no qual Aurora trabalha está passando por uma nova crise. E os sinais de crise impõem toda uma agenda de investigação científica. Como compreender os processos de mudança que estão em marcha dentro e fora das prisões? Como compreender as conseqüências práticas de cada mudança pontual? Como entender os procedimentos médicos num contexto penitenciário em constante transformação? Como esses processos se relacionam?

Essas são algumas das questões que podemos tentar responder depois de conhecer a visão que Aurora nos apresenta de sua vida e de sua experiência profissional. Os múltiplos níveis de mudanças que nos indica Aurora – as mudanças arquitetônicas, organizativas, quantitativas e qualitativas, o investimento massivo nos sistemas de saúde, a diminuição das auto-lesões, etc. – são as pistas a serem seguidas numa reflexão teórica e crítica sobre as prisões da Catalunha contemporânea.

7. O PRESENTE

Atualmente, Aurora está bastante cansada de trabalhar em prisão. Se tivesse oportunidade de mudar de emprego, mantendo os horários e o salário, mudaria. Mas com dois filhos pequenos, que freqüentam a escola e já têm suas atividades diárias programadas fica difícil. Também tem o fato de o trabalho na prisão ser muito bem pago, com uma série de bonificações por insalubridade, periculosidade, etc. Mudar de ramo seria abdicar de boa parte do salário. Assim Aurora reflete sobre os dilemas e dificuldades de trabalhar 21 anos nas enfermarias das prisões: "Porque son trabajos que queman mucho a nivel de 'coco'. A nivel de 'coco' queman mucho. Aunque tú lo vives bien, siempre hay un momento durante todo ese tiempo que tú... porque sea... o porque tengas tus problemas personales o porque tengas cosas ahí dentro... Porque es

un medio hostil en todos los sentidos, para los que están internados ahí dentro como presos, o como pagos como nosotros que estamos ahí trabajando. Por ejemplo, en un hospital, en lo que es el medio sanitario uno físicamente estaría mucho más cansado, porque tiene que hacer, un auxiliar, mucho más esfuerzo, porque tiene que hacer camas, movilizar enfermos y es un trabajo mucho más físico. Pero aquí es un trabajo esencialmente de presión mental."

Aurora luta contra o desgaste mental tentando manter uma ética profissional estritamente médica: "Supongo también que con los años te cambia mucho la visión, lo ves como una cosa más, natural, de tu propia vida y que tienes que saber poner los límites de donde empieza tu trabajo y donde acaba, y cuando sales de ahí... es como un hospital, dejar los problemas en la puerta, dedicarte a los que hay ahí dentro, y cuando sale dejar los de dentro y volver a lo tuyo, ¿no?, que es tu vida personal."

O dilema de Aurora é tentar colocar os limites entre sua vida fora e sua vida profissional dentro da instituição. O que é bastante difícil, considerando o grau de conexão que existe entre sua trajetória laboral e residencial, suas relações de trabalho e afetivas. Não seria muito sugerir que a trajetória de Aurora nos possibilita ter uma idéia de como é possível que a prisão estruture toda uma vida, e imponha uma série de "pressões mentais" que lhes são próprias, ainda que essa pessoa nunca tenha cruzado as linhas que demarcam os limites da lei.

8. Conclusão

A grande vantagem de realizar uma pesquisa exploratória é não ter que concluir. Uma pesquisa exploratória existe para abrir caminhos, para prospectar problemas, não para explicar fenômenos, nem para desenvolver uma teoria coerente, fechada e conclusiva.

Nesse artigo tentei realizar uma problematização etnográfica e urbana a partir da experiência de vida de uma auxiliar de enfermagem que trabalha na prisão. A partir de seu relato vou me aproximando de um problema bio-político, das novas técnicas e programas de tratamento penitenciário, da questão da metadona, etc. Também seu relato é um testemunho das mudanças mais significativas do sistema penitenciário catalão nos últimos anos. Os saberes e trajetória de minha informante me permitiram descrever um verdadeiro fluxo de pessoas e coisas, que se articula ao redor de substâncias químicas (lícitas ou ilícitas), e que passa por dentro de instituições penitenciárias e hospitalares espalhadas pelo

tecido urbano. As enfermarias das prisões são pontos de conexão entre o mundo penitenciário e o mundo médico da sociedade mais ampla, e os profissionais que trabalham nesses territórios liminares são os agentes que operam essa mediação, a custo de seu próprio equilíbrio mental.

A modo de conclusão, não posso mais do que afirmar que na Espanha pude constatar a existência de um fluxo denso de pessoas e coisas, que conecta a prisão a outros territórios urbanos. Que essas conexões são múltiplas, de dimensões variadas, com uma ampla e extensa capilaridade, e que chegam a estruturar famílias, trajetórias urbanas e destinações sociais. A prisão como ponto de ancoramento de um fluxo urbano é a imagem que podemos reter do relato de Aurora, um fluxo feito de bloqueios e passagens, de corredores e de macas, de serviços médicos e de cortes sangrentos, de medicamentos e de drogas, de vidas e de mortes, que são produzidas nas tubulações dessa complexa maquinaria de governo das populações.

Bibliografia

Bourgois, Philippe. Disciplining Addictions: The Bio-politics of Methadone and Heroin in the United States. *Culture, Medicine, and Psychiatry* 24-2/165-195, 2000.

Chantraine, Gilles. A prisão pós-disciplinar. *Revista IBCcrim* 62/79-106, São Paulo, 2006.

Departament de Justicia. Generalitat de Catalunya. *Reinserció i serveis penitenciaris*. Disponível em: <http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia>. Acesso em: jun. 2008.

Dirección General e Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior. *Dirección General*. Disponível em: <http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/>. Acesso em: jun. 2008.

Foucault, Michel. *Vigiar e punir*. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

Garland, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

_____ (org.). *Mass imprisionment: social causes and consequences*. London: Sage, 2001.

Giménez, Ana. Extranjeros en su propia tierra: los gitanos. *Extranjeros en el Paraíso*. Ed. Virus, 1994.

Girard, René. *El chivo expiatorio*. Barcelona: Anagrama, 1986.

Instituto Nacional de Estadística (INE). *Demografía y población*. Disponível em: <http://www.ine.es/inebmenu/mnu_cifraspob.htm>. Acesso em: jun. 2008.

Muns, Elizabet P. *Programes de Manteniment amb Metadona a Barcelona: un estud de cost-efectivitat*. Departament de Psicologia de l'Educació. Universitat Autònoma de Barcelona (tesi doctoral), 2003.

V SEÇÃO ESPECIAL

ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA

1
O movimento pela criação e fortalecimento da Defensoria Pública Paulista

ENEIDA GONÇALVES DE MACEDO HADDAD

Mestre em Antropologia Social e Doutora em Sociologia pela USP, docente e pesquisadora/Uninove e Núcleo de Pesquisa do IBCCrim.

ANDRÉA CRISTINA DE OLIVEIRA GOZETTO

Mestre em Sociologia Política pela Unesp-Araraquara, Doutora em Ciências Sociais pela Unicamp. Docente e pesquisadora/Uninove.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal; Constitucional

RESUMO: Este artigo aborda o significado da assistência jurídica à ampliação do acesso à justiça, as barreiras impostas ao funcionamento da Defensoria Pública paulista e o movimento organizado para seu fortalecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública – Acesso à justiça – Assistência judiciária – Assistência jurídica – Movimentos sociais.

ABSTRACT: This paper addresses the importance of legal assistance to the expansion of access to justice, the barriers imposed to the operation of São Paulo attorneys' office and the movement organized in order to strengthen it.

KEYWORDS: State attorney's office – Access to justice – Legal assistance – Social movements.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O acesso à Justiça – 2. O movimento pelo fortalecimento da Defensoria Pública paulista – 3. Considerações finais – Referências bibliográficas.

A Defensoria Pública é "a porta de entrada, talvez a única que reste de um sistema judiciário hermético, elitista e distante. É por ela que a população excluída tem ainda a possibilidade de fazer chegar seus reclamos ou de ter defesa diante dos abusos do poder punitivo. É ela que está incumbida da orientação jurídica de que o excluído necessita, e mais do que garantir o acesso à justiça, é a Defensoria Pública a última chance de inversão do caminho, isto é, de levar a Justiça até onde o povo está"
– Alberto Silva Franco.

INTRODUÇÃO[1]

O texto da lei nada revela da história que subjaz à sua positivação. De natureza complexa, é um claro-escuro de verdade e de engano. Pode representar uma utopia, ocultar compromissos ideológicos e dissimular a sua essência. Os conflitos de interesses em jogo no processo de sua tramitação, as dificuldades ou mesmo a impossibilidade de sair do papel, sua esperança de vida, eficácia e legitimidade precisam ser desvendados. Vale,

1. A Defensoria Pública paulista e a ampliação do acesso à justiça: O artigo apresentado a seguir baseia-se nos resultados preliminares de um projeto de investigação iniciado em meados de 2007, cujo término está previsto para 2009: "A história da Defensoria Pública no Estado de São Paulo". Quatro sub-projetos integram este estudo: "O movimento pela criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo"; "Atuação dos grupos de pressão na tramitação do projeto de Lei 988 que cria a Defensoria Pública no Estado de São Paulo"; "A atuação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo" e "A Defensoria Pública do Estado de São Paulo na defesa dos direitos sociais", cujos investigadores atuam como professores em cursos de Direito na capital paulista e desenvolvem pesquisas referentes ao acesso à justiça. O estudo proposto – "A história da Defensoria Pública no Estado de São Paulo" – não se limita ao resgate do longo processo de criação da Defensoria Pública. Debruçando-se na história do tempo presente, tem coletado dados relevantes sobre a atuação de movimentos populares, a mentalidade dos servidores públicos da justiça, o significado da dominação racional legal nos serviços de justiça e a importância que a assistência jurídica poderá assumir na ampliação dos direitos humanos de grande parte da população brasileira.

pois, não perder de vista a constante indagação formulada por Brecht: "Afinal, serves a quem?"

Segundo Florestan Fernandes, a Constituição brasileira, promulgada em 05.10.1988, conhecida como Constituição Cidadã,[2] "(...) foi posta sob um signo do precário, durante a sua elaboração e posteriormente. Ela não responde às exigências da situação histórica. (...) Sua principal missão consiste em limpar o terreno minado pela ditadura, prepará-lo para outro plantio, mais generoso e fértil".[3]

Todavia, ao fazer um balanço das dificuldades nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte (ANC) em decorrência do poder exercido pelas forças reacionárias e conservadoras, o autor aponta as possibilidades abertas pela Constituição:

"A Constituição está aí, de pé – e não se afirma como uma peça conservadora, obscurantista ou reacionária. Ao revés, abre múltiplos caminhos, que conferem peso e voz ao trabalhador na sociedade civil e contém uma promessa clara de que, nos próximos anos, as reformas estruturais reprimidas serão soltas".[4]

No universo das contradições e das pressões da sociedade civil organizada, que marcaram os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, um dos mandamentos aprovados refere-se à obrigatoriedade da criação de defensorias públicas em todos os Estados do país. Assim, segundo o art. 134 da CF/1988, o Estado deverá prestar assistência jurídica às pessoas carentes através de defensorias públicas.[5] A substituição da "assistência judiciária", prevista nas constituições anteriores – que se restringe à assistência prestada em juízo, por conseqüência, à acessibilidade formal aos serviços judiciários – pela "assistência jurídica" abriu a possibilidade de ampliação do acesso à Justiça. Isto porque, explica Carlos Weis, passou-se "(...) da idéia de assistencialismo público para serviço público essencial; de extensão da Advocacia privada aos financeiramente

2. Não sem razão a obra que reúne os artigos sobre ela intitula-se: "A Constituição inacabada". FERNANDES, Florestan. *A Constituição inacabada*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.
3. Idem, p. 360.
4. Idem, p. 361.
5. Art. 134. "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.°, LXXIV."

carentes à promoção dos direitos humanos; de mera promoção judicial de demandas privadas à identificação de direitos fundamentais da população e sua instrumentalização, eventualmente pela via judicial".[6]

Entretanto, sob o ritmo da história lenta, após quase duas décadas, o Estado de São Paulo, em total desarmonia com a Constituição, continuava atendendo à população sem condições de pagar um advogado através da Procuradoria da Assistência Judiciária (PAJ), criada em 1947. Frente ao pequeno número de funcionários e à grande demanda em todas as comarcas,[7] a assistência judiciária também era prestada por entidades conveniadas,[8] dentre as quais a OAB, pagas com um percentual do Fundo de Assistência Judiciária (FAJ).

Em 2002, uma antiga reivindicação dos movimentos sociais paulistas da segunda metade de 1980 provocava um ardoroso debate na oficialização do *Movimento pela Criação da Defensoria Pública em São Paulo* que, sob a liderança de um grupo de procuradores do Estado, conseguiu o apoio de centenas de entidades da sociedade civil do país.

O movimento passou, então, a promover encontros e debates sobre o tema, divulgando o Manifesto pela Criação da Defensoria Pública em São Paulo e angariando adesões. Em 24.06.2002, cerca de 400 pessoas estiveram presentes ao Ato de Lançamento do Movimento, realizado no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, entre elas o então Ministro da Justiça, Miguel Reale Júnior, o ex-Ministro José Carlos Dias, o vice-prefeito de São Paulo, Hélio Bicudo, Edna Roland, Silvia

6. Weis, Carlos. Direitos humanos e defensoria pública. *Boletim IBCCrim* 10/6, n. 115. São Paulo, jun. 2002.
7. Em 2004, a Procuradoria de Assistência Judiciária contava com a atuação de 350 procuradores: 118 atuando na área cível da Capital, 99 na área criminal e 133 nas Procuradorias Regionais (Diadema, São Bernardo do Campo, Guarulhos, Osasco e Mogi das Cruzes), Santos, Taubaté, Sorocaba, Campinas, Ribeirão Preto, Bauru, São José do Rio Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, Marília e São Carlos. *Revista Consultor Jurídico*, 19.10.2004.
8. Em 2004, através do Fundo de Assistência Judiciária, era remunerado o serviço de advocacia prestado por mais de vinte entidades da sociedade civil organizada, entre elas a Apae (Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de São Paulo), PUC (Pontifícia da Universidade Católica de São Paulo), GADA (Grupo de Amparo ao Doente de Aids). Nos presídios e nas Varas das Execuções Criminais, 177 advogados da Funap eram pagos pelo Estado. *Revista Consultor Jurídico*, 19.10.2004.

Pimentel, Conceição Paganele, o cardeal arcebispo de São Paulo, Cláudio Hummes, Padre Júlio Lancelotti, Maria Amélia Teles, entre outras.[9]

O anteprojeto foi inicialmente elaborado pelo Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (Sindiproesp) e aprimorado por entidades da sociedade civil organizada, em encontros promovidos pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe) e pela Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos (CTV).[10] Por ordem do governador, o projeto definitivo foi elaborado pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), atendendo as alterações constantes da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) da Reforma do Judiciário. Enviado à Assembléia Legislativa pelo então chefe do Poder Executivo, Geraldo

9. Disponível em: <http://www.movimentopeladefensoriapublica.hpg.com.br>. Acesso em: 10.01.2007.

10. Vale registrar as principais características da Defensoria Pública a ser criada, propostas pelo anteprojeto.

1 – Prestar, de forma descentralizada, assistência jurídica integral às pessoas carentes, no campo judicial e extrajudicial;

2 – Defender os interesses difusos e coletivos das pessoas carentes;

3 – Assessorar juridicamente, através de núcleos especializados, grupos, entidades e organizações não-governamentais, especialmente aquelas de defesa dos direitos humanos, do direito das vítimas de violência, das crianças e adolescentes, das mulheres, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência, dos povos indígenas, da raça negra, das minorias sexuais e de luta pela moradia e pela terra;

4 – Prestar atendimento interdisciplinar realizado por defensores, psicólogos e assistentes sociais. Estes profissionais também devem ser responsáveis pelo assessoramento técnico aos defensores, bem como pelo acompanhamento jurídico e psicossocial das vítimas de violência;

5 – Promover a difusão do conhecimento sobre os direitos humanos, a cidadania e o ordenamento jurídico;

6 – Promover a participação da sociedade civil na formulação do seu Plano Anual de Atuação, por meio de conferências abertas à participação de todas as pessoas;

7 – Implantar Ouvidoria independente, com representação no Conselho Superior, como mecanismo de controle e participação da sociedade civil na gestão da Instituição;

8 – Estabelecer critérios que, no concurso de ingresso e no treinamento dos defensores, realizado durante todo o estágio confirmatório, garantam

Alckmin, foi aprovado em janeiro de 2006.[11] Estava criada a Defensoria Pública paulista, autônoma e independente, não apenas da Procuradoria Geral do Estado, como do próprio Poder Executivo. O desafio, a partir de então, passou a ser a implementação da lei. Dificuldades e incertezas continuam se arrastando no ritmo da história lenta.

A primeira eleição para a indicação dos nomes que comporiam a lista tríplice para o cargo de Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo foi realizada em 02.05.2006. "Na mesma data ocorreu a eleição dos Primeiros Membros do Conselho Superior da Defensoria Pública. Este órgão possui atribuições importantes, de forma que sem a sua instalação não poderiam ser implementadas importantes funções da Instituição."[12] Em 11.05.2006, foi publicado o Decreto do governador do Estado nomeando Cristina Guelfi Gonçalves Defensora Pública-Geral.

Conquanto nas sociedades modernas o acesso à justiça venha sendo aceito como direito fundamental, no Brasil, ele está longe de ser efetivado. A garantia de assistência jurídica à população de baixa renda, instituída pela Constituição, não tem sido cumprida no Estado de São Paulo. Uma análise superficial da realidade brasileira demonstra que, como este, outros direitos fundamentais positivados não chegam a se materializar, impedindo o acesso à Justiça e de forma igual para todos e, conseqüentemente, efetivação do Estado Democrático de Direito.

1. O ACESSO À JUSTIÇA

A consolidação do Estado Democrático de Direito tem por base a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos. Assim, foi um marco histórico o fato da Constituição de 1988 ter consagrado o acesso à Justiça como um direito fundamental; uma

a seleção de profissionais vocacionados para o atendimento qualificado às pessoas carentes;
9 – Ter autonomia administrativa, com a eleição do Defensor Público Geral para mandato por tempo determinado;
10 – Ter autonomia orçamentária e financeira, utilizando-se dos recursos do Fundo de Assistência Judiciária. Cf. *Boletim eletrônico* 1, divulgado pelo Movimento, em jul. 2002. Arquivo da autora.

11. A LC 988 que criou a Defensoria Pública no Estado de São Paulo foi sancionada em 09.01.2006.
12. I. Curso Preparatório de Defensores Públicos. Escola da Defensoria Pública do Estado/Edepe. São Paulo, 2007.

vez tratar-se do primeiro passo para a realização dos demais direitos do cidadão, é condição para que o Estado Democrático de Direito no Brasil não permaneça no universo simbólico.

O conceito de acesso à Justiça usualmente empregado não abrange a justiça social, restringindo-se à necessidade de garantir a todos o ingresso em juízo. Marcado pela incompletude, desconsidera que "o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica".[13] Aplicado no sentido amplo, portanto, refere-se às condições da população de participar do processo político, econômico e social, compreendendo o acesso à certa ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano.[14]

Conforme Ada Pellegrini Grinover, o processo, em sua evolução, se distancia das "concepções meramente formais para preocupar-se com as exigência substanciais de acesso à Justiça, de igualdade real, de paridade das armas, de concreta e efetiva possibilidade de todos obterem a tutela jurisdicional".[15] Afirma, ainda, que o processo deve ter "plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos."[16]

Dentre as barreiras que dificultam o acesso à justiça, ressaltem-se as custas judiciais, a precariedade de informação e a dificuldade de proteção dos interesses difusos e coletivos.[17] Sendo os honorários advocatícios a maior despesa individual para os litigantes; pessoas ou organizações com poucos recursos financeiros têm desvantagens ao propor ou defender demandas. Não bastasse, o baixo grau de escolaridade impede que grande parte da população conheça seus direitos e a forma de ajuizar uma demanda. Acrescente-se ainda que, no mundo contemporâneo, ocorrendo a ampliação dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos,

13. SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça. A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 45.

14. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.

15. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de janeiro: Forense, 1990, p. 50.

16. Idem, p. 46.

17. Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

torna-se insuficiente a concepção do indivíduo como titular de direito. Entretanto, na medida em que a proteção privada de interesses difusos exige a ação de grupo – que, nem sempre, tem "interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada",[18] – torna-se difícil a efetivação do acesso à Justiça.

Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente serem incapazes de combinar uma estratégia comum.[19]

Daí o significativo papel a ser desempenhado pelas defensorias públicas. No Estado de São Paulo, além de prestar assistência em diversas áreas do Direito (execução penal, civil, família, infância e juventude, criminal, consumidor e ambiental), a Defensoria Pública atua na promoção da cidadania através da educação em direitos e na mediação de conflitos. Apresentando uma concepção moderna de Administração Pública, possui canais de participação popular – a Ouvidoria-Geral,[20] as Pré-Conferências Regionais,[21] a Conferência Estadual[22]

18. Idem, p. 27.
19. Idem, ibidem.
20. Cf. o art. 36 da Lei Complementar estadual 988/2006, "a Ouvidoria-Geral é órgão superior da Defensoria Pública do Estado, devendo participar da gestão e fiscalização da instituição e de seu membros e servidores". O art. 39 reza que "O Conselho Consultivo da Ouvidoria-Geral, composto por 11 (onze) membros e presidido pelo Ouvidor-Geral, terá como finalidades precípuas acompanhar os trabalhos do órgão e formular críticas e sugestões para o aprimoramento de seus serviços, constituindo canal permanente de comunicação com a sociedade civil".
21. "A Conferência Estadual e as pré-conferências regionais poderão desenvolver-se sob a forma de palestras, painéis, debates e grupos de trabalho que permitam a formulação de propostas pelos delegados, observadores e convidados e deverão abordar os seguintes temas e subtemas a serem discutidos:
I – Prioridades no desempenho das atribuições institucionais da Defensoria Pública;
II – Direito das pessoas que buscam a Defensoria Pública e definição das propostas e melhorias no atendimento;
II – Atuação da Defensoria Pública com vistas à garantia, promoção, proteção e prevenção dos direitos". Capítulo IV – "Da organização e desenvolvimento", art. 10 da Deliberação CSDP 36/2007.
22. "A Conferência Estadual deverá garantir ampla participação popular, em especial de representantes de todos os conselhos estaduais, municipais e comunitários, de entidades, organizações não-governamentais e movimentos

e o Momento Aberto nas reuniões do Conselho Superior da Defensoria Pública[23] –, que possibilitam à sociedade civil participar na elaboração do seu Plano Anual de Atuação. Acrescente-se, ainda, a existência de núcleos especializados para acolher as reivindicações das comunidades. Quando ocorre a violação de direitos, devem ser propostas as correspondentes ações coletivas. No momento, há 5 núcleos especializados em funcionamento, quais sejam: Direitos Humanos e Cidadania, Infância e Juventude, Habitação e Urbanismo, Segunda Instância e Tribunais Superiores e Situação Carcerária. A ação dos núcleos especializados tem se mostrado bastante efetiva.

Pelo exposto, pode-se concluir que a implementação da assistência jurídica exige a existência de uma gama de serviços, desnecessários quando a finalidade é simplesmente a litigância.

Todavia, com apenas 444 defensores públicos (a Magistratura possui 2.229 profissionais e o Ministério Público 1.700), essa Instituição não tem conseguido atender à população carente do interior do Estado vez que, em 93% dos municípios, não foi possível instalar uma Defensoria Pública, isto é, apenas 22 das 360 comarcas contam com a atuação de defensores públicos. Dessa forma, a grande maioria daqueles que não dispõem de recursos e informações continuam recebendo apenas assistência judiciária, prestada por entidades conveniadas dentre as quais, e majoritariamente, pela OAB, cujos recursos advêm de um percentual do Fundo de Assistência Judiciária. Lamentavelmente, São Paulo está assistindo à terceirização da prestação jurisdicional.

Outro registro importante refere-se ao fato de, não obstante São Paulo possuir um terço dos presos do país, somente 35 defensores atuam na assistência ao presidiário. A demanda é suprida através de convênio com a Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel (Funap).

populares, eleitos nas pré-conferências regionais." Terá a participação de delegados eleitos nas pré-conferências regionais, com 60% de representantes da sociedade civil (totalizando 300) e 40% indicados por membros da área pública (totalizando 200)". Capítulo V, arts. 25 e 26 da Deliberação CSDP 36/2007.

23. O Conselho Superior é o órgão deliberativo máximo da Defensoria Pública, uma espécie de Poder Legislativo interno. O Momento Aberto ocorre em todas as sessões. Qualquer pessoa pode se dirigir livremente aos conselheiros para expor um assunto que julgue relevante para a instituição. Art. 29, § 4.º, Lei Complementar estadual 988/2006.

Mais dois problemas devem ser mencionados. O primeiro refere-se à defasagem salarial entre as carreiras jurídicas estar gerando problemas institucionais, tendo ocorrido, por exemplo, a evasão de 58 defensores públicos que procuraram carreiras melhor remuneradas. O segundo corresponde ao percentual do orçamento total do sistema de justiça destinado à Defensoria: 0,75% em 2007; 0,78% em 2008, sendo que a proposta orçamentária do Executivo para 2009 não traz nenhum incremento substantivo à Instituição, correspondendo a apenas 0,9% do orçamento total do sistema de justiça.

A Defensoria Pública, conforme elucida Alberto Silva Franco, é "(...) a porta de entrada, talvez a única que reste de um sistema judiciário hermético, elitista e distante. É por ela que a população excluída tem ainda a possibilidade de fazer chegar seus reclamos ou de ter defesa diante dos abusos do poder punitivo. É ela que está incumbida da orientação jurídica de que o excluído necessita, e mais do que garantir o acesso à Justiça, é a Defensoria Pública a última chance de inversão do caminho, isto é, de levar a Justiça até onde o povo está. (...) E para exercer esse papel de relevo exponencial, não basta que a Defensoria Pública legalmente exista. É imprescindível que o número de defensores públicos seja suficiente ao afluxo da demanda, que seus integrantes recebam a remuneração própria dos demais atores da cena judiciária e que a nova instituição tenha uma adequada infra-estrutura de suporte. Sem isso, a Defensoria Pública corre o risco de existir por existir (...)".[24]

2. O movimento pelo fortalecimento da Defensoria Pública paulista

Frente às dificuldades impostas à sua atuação, a Defensoria Pública Geral enviou à Secretaria de Gestão Pública do Estado de São Paulo dois anteprojetos de lei visando a criação de cargos de defensores públicos (100 por ano, nos próximos 4 anos) e a valorização da remuneração da categoria. Para pressionar a Secretaria de Gestão Pública a encaminhá-los à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (Alesp), em junho de 2008, a Defensoria Pública, apoiada por movimentos populares, organizou uma manifestação na Alesp a fim de mobilizar os deputados estaduais que constituem a "Frente Parlamentar em Apoio à Defensoria Pública", composta por 54 deputados.

24. Franco, Alberto Silva. A importância da Defensoria Pública para a sociedade. *Apadep em Notícias* 1/4, ano 1. São Paulo: Associação Paulista de Defensores Públicos, fev. 2008.

Dois meses após, ocorreu uma segunda manifestação: a Frente Parlamentar, juntamente com mais de 300 pessoas e, aproximadamente, 50 representantes da sociedade civil proferiram um "Ato" no auditório Franco Montoro/Alesp.

Essas mobilizações foram decisivas para a organização do Movimento pelo Fortalecimento da Defensoria Pública.

Em 01.09.2008, ocorreu a "Marcha pela valorização da Defensoria Pública", com a participação de mais de dois mil cidadãos paulistanos que percorreram o trecho entre a Avenida Liberdade e o Páteo do Colégio, no centro da Capital, onde está instalada a Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. O objetivo da "Marcha" foi dar maior visibilidade às reivindicações dos defensores públicos e entregar ao então Secretário Luiz Antonio Guimarães Marrey o "Manifesto em Apoio à Defensoria Pública". Por motivo de "força maior",[25] esse documento, assinado por diversos juristas, parlamentares e, aproximadamente, 100 entidades da sociedade civil, chegou às mãos do Secretário somente 15 dias após. Na ocasião, a comissão responsável pela entrega do Manifesto[26] identificou as barreiras impeditivas ao bom funcionamento da Defensoria Pública, informando o Secretário, ainda, da organização do fórum permanente de discussão com entidades da sociedade civil, para manter viva a mobilização pelo fortalecimento da Defensoria Pública.[27]

Objetivando definir as estratégias para a ampliação do Movimento, em 24.09.2008, na sede da entidade Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes – Educafro, a Associação Paulista de Defensores Públicos – Apadep reuniu-se com entidades da sociedade civil. Compareceram ao Fórum, aproximadamente, 50 representantes de diversas

25. Problemas de saúde do secretário impossibilitam que o Manifesto fosse entregue nesse dia.

26. A comissão constituída para reunir-se com o Secretário da Pasta da Justiça foi composta por: José de Abraão, coordenador da União dos movimentos de moradia; Givanildo Manoel da Silva, representante do Fórum Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente; Sérgio Mazina Martins, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim; Luiz Gonzaga Dantas, secretário executivo do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana/Condepe; Pedro Sukuyei, advogado da Pastoral Carcerária de São Paulo e Roberto Livianu, promotor de justiça e presidente do Ministério Público Democrático.

27. Arquivo das autoras.

entidades da sociedade civil.[28] A presidente da Apadep, Juliana Garcia Belloque, relatou as dificuldades vividas pela Defensoria Pública. As entidades da sociedade civil propuseram como forma de ação a busca de espaço na mídia tradicional e alternativa e resgate da história do Movimento pela criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a fim de mobilizar as centenas de entidades que apoiaram aquele Movimento.[29]

Em 08 de outubro, na sede da Apadep, ocorreu outra reunião do Fórum quando, além da discussão sobre as estratégias para a ampliação do Movimento pelo Fortalecimento da Defensoria Pública Paulista, foi debatida a proposta de paralisação dos defensores públicos que, de fato, aconteceria na semana seguinte, entre os dias 13 e 17 de outubro.[30]

A interrupção das atividades decorreu das dificuldades postas ao efetivo funcionamento da Defensoria Pública, do descaso do governo do Estado de São Paulo em relação aos anteprojetos de lei enviados pela Instituição à Secretaria de Gestão Pública e do seu apoio à terceirização da prestação jurisdicional.

28. Dentre outros, participaram: Associação Rede Rua; Associação Pantanal do Bairro Capela do Socorro; Sindicato dos Psicólogos de São Paulo; Confederação Nacional dos Trabalhadores da Seguridade Social/CNTSS-CUT; Instituto Trabalho, Terra e Cidadania; Pastoral carcerária de São Paulo; Educafro; Arquidiocese de São Paulo; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim; Pastoral da Moradia da Arquidiocese de São Paulo; Fórum Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente; Conselho Tutelar de Santana-Tucuruvi; Comissão Permanente de Conselhos Tutelares de São Paulo; Sociedade amigos e moradores do bairro Cerqueira César, Jardins e Consolação; SOS – Peace; Fala Preta! – Organização de mulheres negras e vila dos idosos.
29. Idem.
30. Os representantes de entidades da sociedade civil e de movimentos populares, presentes no Fórum, expressaram a necessidade de informar o público alvo da Defensoria Pública, isto é, o cidadão de baixa renda, sobre a atuação e a importância da instituição. Duas comissões foram formadas: uma com a finalidade de elaborar uma cartilha sobre a Defensoria Pública (vez que, nem sempre, o cidadão consegue diferenciar o trabalho do defensor público dos serviços prestados pelo advogado dativo) e outra para redigir um documento de autoria das entidades da sociedade civil em apoio ao movimento. Os representantes das entidades comprometeram-se em divulgar o documento durante o período de paralisação das atividades da Defensoria Pública.

Além da paralisação, foi realizado outro ato na Alesp. Segundo a assessoria de imprensa da Apadep, além de 150 defensores públicos, lideranças comunitárias (Pastoral Carcerária, União dos Movimentos de Moradia e Fórum Estadual em Defesa da Criança e do Adolescente, dentre outros), estiveram presentes 6 deputados,[31] em plenário, que pronunciaram-se a favor da valorização da Defensoria Pública, sem ocorrência de manifestação em sentido contrário.

Nos mesmos moldes da "Marcha pela Valorização da Defensoria", em 17 de outubro, aconteceu um ato público que percorreu o trecho compreendido entre o vão livre do Museu de Arte de São Paulo – Masp e a Rua Bela Cintra, onde funciona a Secretaria de Gestão Pública. Mais de 600 manifestantes aguardaram, inutilmente, que o Secretário atendesse a comissão porta-voz do movimento.

Nesse mesmo dia, o Procurador Geral da República, Antônio Fernando Barros, ajuizou a ADIn 4.163/SP, com pedido de medida cautelar, requerendo a declaração de inconstitucionalidade de trechos do art. 109 da Constituição Estadual de São Paulo[32] e do art. 234 da Lei Complementar estadual 988/2006[33] que se referem à obrigatoriedade de convênio entre a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do

31. Deputado Padre Afonso (PV); Deputado Major Olimpio (PV); Deputado Carlos Gianazzi (PSOL); Deputado Raul Marcelo (PSOL); Deputado Antonio Felício (PT) e Deputado Enio Tatto (PT).

32. "Art. 109. Para efeito do disposto no art. 3.º desta Constituição, o Poder Executivo manterá quadros fixos de defensores públicos em cada juizado e, quando necessário, advogados designados pela Ordem do Advogados do Brasil-SP, mediante convênio."

33. "Art. 234. A Defensoria Pública do Estado manterá convênio com a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, visando implementar, de forma suplementar, as atribuições institucionais definidas no art. 5.º desta lei.

§ 1.º A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, em função do convênio previsto neste artigo, deverá:

1. manter nas suas Subsecções postos de atendimento aos cidadãos que pretendam utilizar dos serviços objeto do convênio, devendo analisar o preenchimento das condições de carência exigidas para obtenção dos serviços, definidas no convênio, bem como a designação do advogado que prestará a respectiva assistência;

2. credenciar os advogados participantes do convênio, definindo as condições para seu credenciamento, e observando as respectivas Comarcas

Brasil-SP.[34] A obrigação da manutenção deste convênio, segundo a ADIn, fere a Constituição da República. Conforme divulgou a Anadep, para o Procurador Geral da República, o convênio entre Defensoria e OAB-SP não permite espaço orçamentário para que a instituição pública se consolide "ante o comprometimento severo com o dito convênio, num círculo vicioso que impede a extinção desse estado – eternamente – emergencial de coisas no Estado de São Paulo, o qual jamais teve oportunidade de se livrar da situação conhecida – mas pouco combatida – de penúria do atendimento ao público necessitado". Ainda segundo o procurador, responsável máximo pela Promotoria no país, o trecho da Constituição Estadual do Estado de São Paulo faz com que "A Ordem (OAB) toma para si a designação dos profissionais que deverão atender o público, como ainda está obrigada a realizar rodízio – dando chance a que mais advogados se valham dessa composição –, numa nítida confissão do interesse corporativo que se desenha nesse cenário. Na outra ponta, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, numa releitura das aflições que há anos marcam o histórico do atendimento jurídico de pessoas necessitadas no

e especialidades de atuação, podendo o advogado constar em mais de uma área de atuação;

3. manter rodízio nas nomeações entre os advogados inscritos no convênio, salvo quando a natureza do feito requerer a atuação do mesmo profissional.

§ 2.º A remuneração dos advogados credenciados na forma deste artigo, custeada com as receitas previstas no art. 8.º, será definida pela Defensoria Pública do Estado e pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 3.º A Defensoria Pública do Estado promoverá o ressarcimento à Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil das despesas e dos investimentos necessários à efetivação de sua atuação no convênio, mediante prestação de contas apresentada trimestralmente."

34. O Procurador Geral da República Antônio Fernando Barros argumenta na Ação Direta de Inconstitucionalidade que a Constituição Estadual serviu de fundamento para que disposições normativas, como a Lei Complementar estadual 988/2006, "fossem elaboradas no sentido de diminuir a capacidade estratégica da instituição público-estatal, que sede em favor da Ordem dos Advogados do Brasil, por sua seção paulista, a atribuição constitucional de atuar à frente dos interesses jurídicos dos necessitados". Procurador Geral da República entra com Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF questionando convênio entre Defensoria Pública e OAB-SP. *Associação Nacional de Defensores Públicos/Anadep*, 22.10.2008. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=4599> Acesso em 06.11.2008.

Estado – acompanhada de perto pela Suprema Corte –, acaba por se ver irremediavelmente atrelada a essa organização".[35]

3. Considerações finais

O Movimento pelo Fortalecimento da Defensoria Pública Paulista segue seu curso. Aguarda o pronunciamento do governo do Estado para o início das negociações e o julgamento do STF da ADIn 4163/SP, protocolada em 17 de outubro. As organizações populares envolvidas no Movimento pela Criação da Defensoria Pública, no presente, são parceiras na luta pelo fortalecimento desta Instituição. Não são poucos os que criticam essa parceria. O que escondem atrás das críticas? O que temem? A perda de privilégios políticos e econômicos? O desencadeamento de outros movimentos no universo da crise de legitimidade em que se encontra o aparato de justiça brasileiro?

Na verdade, a CF/1988, criou espaços para novas reivindicações:

"A equação política que ela impõe a toda sociedade civil é óbvia: os de cima terão de recorrer à violência institucional ou deverão aprender, por fim, a conviver com e a respeitar os de baixo. A Constituição armou esses últimos de liberdades individuais e coletivas ou de direitos sociais e colocou em suas mãos meios legais de autodefesa e de contra-ataque. (...) Portanto, a Constituição desigual, heterogênea, que chamei de colcha de retalhos, formula um desafio."[36]

Os canais abertos à participação popular na estrutura da Defensoria Pública possibilitam a todos os envolvidos – defensores e população alvo – o exercício constante da cidadania. A troca é inevitável.

A compreensão do que ocorre no mundo, as percepções dos "outros" e de nós mesmos, a alteridade e identidade são constituídas na cotidianidade; é na vida cotidiana que acontecem as relações entre os diferentes grupos sociais, onde são produzidos os estereótipos e preconceitos, afetos e desafetos, respeito e violência, onde se edifica o *ethos* cultural que permeia as relações humanas. A forma como a Defensoria Pública paulista está organizada poderá conduzir os envolvidos a novas formas de sociabilidade e resistência aos padrões instituídos. Talvez seja essa a ameaça que a Instituição representa à cultura jurídica dominante.

35. Idem.

36. Fernandes, Florestan. Op. cit., p. 361.

Referências bibliográficas

Fontes

Boletins eletrônicos/Movimento pela Criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo.

Constituição da República Federativa do Brasil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Curso Preparatório de Defensores Públicos. Escola da Defensoria Pública do Estado/Edepe. São Paulo, 2007.

Entrevistas com defensores públicos: Arquivo das autoras.

Legislação da Defensoria Pública. Deliberação CSDP 36/2007. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2007.

Bibliografia

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Fernandes, Florestan. *A Constituição inacabada*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

Franco, Alberto Silva. A importância da Defensoria Pública para a sociedade. *Apadep em Notícias* 1/4, ano 1. São Paulo: Associação Paulista de Defensores Públicos, fev. 2008.

Grinover, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de janeiro: Forense, 1990.

Haddad, Eneida G. de M.; Muniz, Cibele B.; Soares, Thaís Aparecida. Defensoria Pública do Estado de São Paulo: uma história que já pode ser contada. *Boletim IBCCrim* 17/9, São Paulo: IBCCrim, 2007.

Rodrigues, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Santos, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da Justiça. Faria, José Eduardo (org.). *Direito e justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

Weis, Carlos. Direitos humanos e defensoria pública. *Boletim IBCCrim* 10/5, n. 115. São Paulo: IBCCrim, jun. 2002.

Tavares, Augusto; Marcacini, Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e Justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Consultas eletrônicas

Procuradores fazem assistência judiciária para carentes. *Revista Consultor Jurídico*, 19.10.2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-out-19/procuradores_fazem_assistencia_judiciaria_carentes>.

Movimento pela Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.movimentopeladefensoriapublica.hpg.com.br>. Acesso em: 10.01.2007.

Procurador Geral da República entra com ADIn no STF questionando convênio entre Defensoria Pública e OAB-SP. *Associação Nacional de Defensores*

Públicos – Anadep, 22.10.2008. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=4599>. Acesso em: 06.11.2008.

STF. ADIn 4163/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.