ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

75

novembro-dezembro de 2008



EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 16 n. 75 novembro-dezembro de 2008

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL, POR QUALQUER MEIO OU PROCESSO (LEI 9.610/98, LEI DOS DIREITOS AUTORAIS).

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Oficina das Letras Ltda.
CNPJ 03.391.911/0001-85

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0004-03

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT:
Tel. 0800-702-2433
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor:
sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureira
Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Manãs,Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tattiana Viggiani Bicudo

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc:
Flávia D'Úrso, Glauber Callegari

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

História
Roberto Mauricio Genofre

Infância e Juventude
Renata Flores Tybiriçá

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores Regionais

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

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

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

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

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

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

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

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

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

10ª Região (São Paulo) – Ricardo Guinalz

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

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

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista @ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Coordenadora
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores - Adjuntos
Denise Neves Abade, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

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, Jacqueline Sinhoretto, 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, 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.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 76 – janeiro-fevereiro – 2009

Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo

Enzo Musco

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

Crimes financeiros nos tribunais brasileiros

Maíra Rocha Machado

A sedução da liberdade frente a obsessão pela segurança

Ruth M. Chittó Gauer

Sumário

1. **Direito Penal**

Aspectos polêmicos dos crimes omissivos 9
Fábio Motta Lopes

Análisis de la ley argentina 26.388/2008 de reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos 39
Pablo A. Palazzi

Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade 71
Tatiana Machado Corrêa

2. **Processo Penal**

(Re)descobrindo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal) 101
Aury Lopes Jr.

O seqüestro e arresto de bens como medidas assecuratórias nos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de capitais 130
Carla Domenico

CPI: a duração dos depoimentos diante do princípio da dignidade da pessoa humana 148
Luís Guilherme Vieira

3. **Crime e Sociedade**

Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas 183
Otávio Dias de Souza Ferreira

El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal 236
María Cecilia Dómine

Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica 295
Maurício Stegemann Dieter

3.1 Sistema Prisional

Meditação no cárcere: libertando-se da prisão interior 339
Ana Gabriela Mendes Braga

4. O Direito em Ação

4.1 Ementário de Jurisprudência

André Adriano do Nascimento da Silva e Lucas Clemente Guimarães Diaz 369

5. Índice Alfabético Remissivo

Autores 391
Temas 393

Normas de publicação 397

1. Direito Penal

Aspectos polêmicos dos crimes omissivos

Fábio Motta Lopes
Mestre em Direito. Especialista em Direito Penal
e Direito Processual Penal. Professor de Direito Penal da Unisinos.
Professor da Academia de Polícia do Rio Grande do Sul. Delegado de Polícia.

Resumo: O estudo dos crimes omissivos, ainda hoje, é estimulante em razão da complexidade e da controvérsia que existem acerca do tema. Na primeira parte deste artigo, serão apresentados os conceitos básicos, a estrutura e as principais características dos crimes omissivos, bem como a disciplina do assunto no Código Penal brasileiro. Posteriormente, pretende-se apresentar sugestões de respostas para os pontos mais polêmicos dos delitos omissivos.

Palavras-chave: Crimes omissivos – Estrutura – Aspectos polêmicos.

Resumen: El estudio de los delitos de omisión, todavía hoy, es estimulante en razón de la complejidad y de la controversia que existen acerca del tema. En la primera parte de este artículo serán presentados los conceptos básicos, la estructura y las principales características de los delitos de omisión, así como la disciplina del asunto en el Código Penal brasileño. Adelante, se tiene la intención de presentar sugerencias de respuestas a los puntos más polémicos de los delitos de omisión.

Palabras-clave: Delitos de omisión – Estructura – Puntos polémicos.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ação e omissão: diferença e estrutura normativa – 3. As teorias da omissão e o problema da causalidade – 4. Elementos dos delitos omissivos – 5. Espécies de delitos omissivos – 6. O dever de agir no Código Penal – 7. Concurso de Pessoas: 7.1 A co-autoria; 7.2 A participação – 8. O princípio da legalidade e os crimes omissivos impróprios – 9. A forma tentada – 10. O dolo na omissão e os erros de tipo e de proibição – 11. A omissão e a forma culposa – 12. Considerações finais – 13. Obras consultadas.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. Introdução

O estudo dos crimes omissivos, na teoria geral do delito, é um dos temas mais fascinantes e, ao mesmo tempo, complexos. Até hoje a doutrina penal não chegou a um consenso com relação a determinadas circunstâncias que envolvem os crimes omissivos. Não há concordância doutrinária, por exemplo, acerca da possibilidade de concurso de pessoas nos delitos de omissão, nem sobre o momento em que já se pode falar em tentativa nos omissivos impróprios.

No presente trabalho, pretende-se apresentar, inicialmente, as principais características dos crimes omissivos (próprios e impróprios) para, ao final, analisar os seus aspectos mais controvertidos.

Partir-se-á da premissa de que os crimes omissivos são, essencialmente, normativos, razão pela qual se pode discutir, v.g., se é possível o cometimento, através da modalidade omissiva, de um crime de estupro. Obviamente que, analisando-se a questão sob uma concepção puramente natural, se chegaria à conclusão de que tal possibilidade seria inviável.

Não obstante, será que essa é, de fato, a solução mais apropriada? À luz das características dos crimes omissivos, sob uma ótica normativa, não seria possível se falar em autoria de estupro por parte de alguém que nada faz, quando tinha a possibilidade fática e o dever de agir? Caso a resposta seja afirmativa, poderá a

mulher, então, também ser autora de um delito de estupro, por omissão? É possível, ademais, pensar-se em um crime de seqüestro ou cárcere privado mediante omissão?

Além de se buscar respostas para os pontos mais polêmicos dos crimes omissivos, também se deseja neste artigo fomentar reflexões acerca do tema, que ainda não deixou de ser atual.

2. Ação e omissão: diferença e estrutura normativa

Ensina a dogmática penal que a existência de um comportamento humano voluntário é um dos elementos do fato típico. Essa conduta, de acordo com a doutrina, poderá ser positiva (fazer) ou negativa (deixar de fazer).

Na primeira hipótese, acontece uma ação que viola uma proibição, uma norma penal proibitiva. O agente atua positivamente, infringindo um mandamento que determina não fazer.[1] São os chamados delitos comissivos.

Na omissão, porém, ocorre uma transgressão a um preceito imperativo, a uma ordem ou a um comando de atuar.[2] Os crimes omissivos, por serem *infrações de dever*,[3] caracterizam-se pela não realização de um comportamento exigido pela lei, quando tenha o sujeito reais possibilidades de concretizá-lo. A inexecução de uma ação almejada é o fundamento do crime omissivo.[4] Com isso, não basta a simples inação para que se esteja diante de um crime omissivo. Faz-se necessária, ainda, a desobediência a uma ordem de ação.[5]

1. Bacigalupo, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general.* Madrid: Akal, 1994, p. 255.

2. Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 306.

3. Roxin, Claus. *Autoría y dominio de hecho en derecho penal.* Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000, p. 498.

4. Joppert, Alexandre Couto. *Fundamentos de direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

5. Bacigalupo, op. cit., p. 255.

Em síntese, como lecionam Zaffaroni e Pierangeli, a ação se expressa em uma norma enunciada de maneira proibitiva ("não matarás"), sendo caracterizada pela descrição de uma conduta vedada. Já a omissão, que possui uma estrutura típica diversa, expressa-se em uma norma enunciada de forma preceptiva ("auxiliarás"), existindo a descrição do comportamento devido.[6]

Mir Puig, por sua vez, expõe que o mais importante para diferenciar *ação* e *omissão* não é o caráter ativo ou passivo da conduta humana, mas a diferente estrutura dos respectivos tipos penais. Nos crimes comissivos o agente viola uma norma proibitiva, enquanto nos omissivos a base da infração é a trangressão a uma norma preceptiva. Assim, ainda que o agente pratique uma conduta ativa, mas que seja diferente da ordenada, como acontece nas situações em que se retira do local em que encontra alguém em perigo, responderá por omissão de socorro, por não requerer o tipo de omissão "a passividade física do autor".[7]

3. As teorias da omissão e o problema da causalidade

Natural e mecanicamente, nada surge do nada. Dessa forma, se não existe, em linhas gerais, maior dificuldade para se explicar o nexo causal nos crimes comissivos, o mesmo não acontece nos delitos omissivos.

Alguns critérios surgiram na doutrina para tentar justificar a omissão, como se a inação fosse, verdadeiramente, um ato de ação.[8] Neste estudo, porém, serão

6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 504.

7. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito.* São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 266-267.

8. A respeito do assunto, cf. TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos.* Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996, p. 18-61. O autor faz uma análise detalhada das doutrinas que tentaram explicar a diferença entre ação e omissão, bem como a causalidade nos delitos omissivos, iniciando por Beling e seus antecessores (p. 18-20). Ao final, chega à conclusão, como se verá na seqüência do texto, de que a separação entre comissão e omissão somente poderá ser feita por um critério axiológico, e não pela causalidade (p. 60-61).

apreciadas, sucintamente, as duas teorias principais que analisam se existe ou não nexo causal nos crimes omissivos.

A primeira delas, que ficou conhecida como teoria naturalista, registra que a omissão é uma forma de comportamento que pode ser apreciada pelos sentidos.[9] Beling, por exemplo, partidário da teoria causal, citado por Tavares, registra que, na ação, o indivíduo produz um movimento corpóreo para atingir o resultado que almeja. Já na omissão, porém, segundo artifício do autor, a pessoa age no sentido de retrair a capacidade muscular para não produzir um movimento.[10]

Na doutrina brasileira, Barros afirma que, além do aspecto normativo, a omissão funciona, no plano da natural, "como condição negativa da realização do resultado, visto que a não-interferência no curso causal permite que as condições presentes atuem livremente produzindo o resultado".[11]

A outra teoria, chamada de normativa, não aceita a causalidade material na omissão. A ação esperada, na realidade, é imposta pela norma jurídica, sendo a omissão um juízo normativo.[12] É a mais adequada, pois não existe nos delitos omissivos uma causalidade material (física).[13] A simples omissão (atitude passiva) não gera resultado, ou seja, não causa absolutamente nada.

Dessa forma, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, "no tipo omissivo não se requer um nexo de causação entre a conduta proibida (distinta da devida) e o resultado, e sim um *nexo de evitação*".[14]

É em razão disso que Mir Puig, acertadamente, sustenta que, nos delitos comissivos por omissão, é desnecessária a constatação de "uma verdadeira rela-

9. Marques, José Frederico. *Tratado de direito penal.* Campinas: Bookseller, 1997, vol. 2, p. 75.

10. Tavares, op. cit., p. 19.

11. Barros, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal. Parte geral.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1, p. 184.

12. Munhoz Netto, Alcides. Crimes omissivos. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná* 36/91, Curitiba, 1984; Prado, op. cit., p. 306.

13. Prado, op. cit., p. 297.

14. Zaffaroni e Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 539.

ção de causalidade naturalística" para a imputação objetiva do resultado gerado, "bastando que o sujeito tenha podido evitar tal resultado".[15]

Discute-se, igualmente, se o critério utilizado para justificar a punição aos atos omissivos, em consonância com que ocorre com os comissivos, seria o da equivalência ou o da identidade.

Prado, em virtude da diferença estrutural, prefere o critério da equivalência entre um tipo comissivo e um omissivo. Explica o autor que o outro critério – o da identidade – não pode ser o incremento ou aumento do risco pelo comportamento omissivo,[16] pois a omissão, em termos naturalísticos, nada cria, nem perigo.

Ao tratarem dos omissivos impróprios, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que a situação típica desses delitos "*seja equivalente à de um tipo ativo*".[17] Mir Puig, na mesma esteira, ao analisar o Código Penal espanhol, admite que deva existir uma "efetiva equivalência material" entre ação e omissão para se concluir pela posição de garantidor.[18] É a posição que se apresenta como a mais adequada.

Já Tavares utiliza o critério da identidade. Ensina que há, efetivamente, uma absoluta identidade de injusto entre a omissão e a comissão,[19] sustentando que se deve afirmar, como conseqüência do princípio da legalidade, a "*identidade* entre a não execução da ação possível para impedir o resultado e o *conteúdo social de sentido* da ação típica do delito comissivo correspondente".[20] Tal autor critica a cláusula da equivalência, por entender que esse critério admite uma interpretação integrativa dos tipos legais com base em argumento analógico (semelhança entre ação e omissão), violando, assim, o princípio da legalidade, que impõe a descrição precisa da conduta delituosa.[21]

15. Mir Puig, op. cit., p. 291.
16. Prado, op. cit., p. 309.
17. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 539.
18. Mir Puig, op. cit., p. 276.
19. Tavares, op. cit., p. 79.
20. Idem, ibidem.
21. Idem, p. 81.

4. Elementos dos delitos omissivos

São elementos dos delitos omissivos a inação (inércia, não realização da ação determinada), a real possibilidade de atuar (capacidade concreta de ação, poder de fato para realizar a ação), a situação típica omissiva (situação típica geradora do dever de agir)[22] e, nos omissivos impróprios, o dever de evitar o resultado, com fundamento na posição de garantidor.[23]

Quando trata dos omissivos impróprios, Bacigalupo separa o dever de evitar o resultado da figura do garantidor. Para ele, além da posição de garante, também é elemento dos crimes omissivos impróprios a produção do resultado.[24] Realmente assiste razão ao autor, pois o resultado é um dos elementos constitutivos dos delitos omissivos impróprios, sendo um dos fatores que os diferenciam dos crimes omissivos puros, que são de mera (in)atividade.

Já Mir Puig salienta que, nos crimes omissivos impróprios, além dos três elementos que configuram a omissão própria, da posição de garantidor e da produção do resultado, ainda se faz necessária a presença de outro elemento: a possibilidade de evitar o resultado.[25] Contudo, não se vê a necessidade de se acrescentar tal exigência, tendo em vista que essa circunstância está englobada pela possibilidade real de ação. Sintetizando, não havendo como o agente evitar o resultado, não existirá o poder de fato para realização da ação esperada. Assim, a concreta possibilidade de ação também reúne a capacidade de evitação do resultado.

22. Como ensina Tavares, op. cit., p. 78, não é a mera inação que configura o tipo omissivo, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essencial à sua configuração. Cita a omissão de socorro como exemplo. Não basta o não agir nessa hipótese. É necessário, igualmente, que a vítima se encontre desamparada ou em grave e iminente perigo (p. 77).

23. Nesse sentido: Bacigalupo, op. cit., p. 258-60; Tavares, op. cit., p. 74-9; Prado, op. cit., p. 307.

24. Bacigalupo, op. cit., p. 261.

25. Mir Puig, op. cit., p. 275.

5. Espécies de delitos omissivos

Classificam-se os delitos omissivos em próprios (puros ou simples) e impróprios (comissivos por omissão ou qualificados).

A omissão será própria quando houver a não realização da ação determinada por uma norma específica. De acordo com Joppert, o que caracteriza essa espécie de crime é a circunstância "de a omissão ser a essência da própria descrição típica".[26] Além disso, os delitos omissivos próprios não individualizam o sujeito. Dessa maneira, podem ser praticados por toda a coletividade.[27]

Levando-se em conta o aspecto formal, os delitos omissivos próprios possuem um tipo penal expresso e específico para punir o não fazer. Como exemplo, cita-se a omissão de socorro (art. 135 do CP), crime que somente poderá ser praticado por um ato omissivo. A simples conduta negativa, independentemente da produção de um resultado posterior, já é suficiente para caracterizar uma infração penal. Tais delitos não consideram os efeitos da tipicidade (se evitou ou não a lesão), mas a simples desobediência à ordem de ação.[28] Se terceira pessoa socorreu a vítima de atropelamento, o agente que tinha o dever geral de assistência deverá ser punido por omissão de socorro, mesmo que não tenha acontecido o resultado morte.[29] Em razão disso é que são considerados crimes paralelos aos de mera atividade.[30] Ou, nos dizeres de Bierrenbach, crimes de mera inatividade.[31]

26. Joppert, op. cit., p. 141.

27. Tavares, op. cit., p. 63.

28. Bacigalupo, op. cit., p. 257-8.

29. Tavares, op. cit., p. 75.

30. Nessa linha, Prado, op. cit., p. 306; Luisi, Luiz Benito Viggiano. Os delitos omissivos impróprios e o princípio da reserva legal. *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 423; Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116.

31. Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 67.

Já nos omissivos impróprios, a figura típica não define uma omissão. O tipo penal foi instituído como norma proibitiva, visando a coibir, em regra, as formas comissivas. Dessa forma, não existe um tipo penal específico para punir a inação.

Além disso, em virtude de os crimes omissivos impróprios requererem a evitação da lesão ao bem jurídico protegido, o resultado deve ser considerado. Estabelece-se um dever específico de impedir o resultado, pois pessoas especiais – e não qualquer uma – estão na posição de garantidoras. São, portanto, crimes de resultado.[32] Assim, no exemplo da mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido, a consumação somente ocorrerá se houver a morte da criança por inanição.[33]

Na lição de Tavares, nos delitos omissivos próprios existe o dever geral de assistência, sem a individualização dos sujeitos. A conduta negativa está descrita no tipo penal. Já nos impróprios, como demonstra o autor, existe o dever de impedir o resultado. O dever de agir cabe a pessoas garantidoras, que estão vinculadas de forma especial para com a vítima.[34] Existe a individualização dos sujeitos e a figura típica não define, expressamente, a omissão.

Na mesma esteira vem o magistério de Zaffaroni e Pierangeli. Para eles, qualquer um pode ser autor nos omissivos próprios, delitos que não possuem um tipo ativo como equivalente. Entretanto, somente pode ser autor nos impróprios, crimes que possuem um tipo ativo como equivalente, aquele que se encontrar na posição de garantidor.[35]

6. O dever de agir no Código Penal

De acordo com o art. 13, § 2.º, do CP, a omissão será penalmente relevante quando o agente tiver o dever e a possibilidade de agir. Trata tal dispositivo das fontes genéricas do especial dever de ação. A posição de garantidor decorre, pois,

32. Toledo, op. cit., p. 142.
33. Tavares, op. cit., p. 75.
34. Idem, p. 63-65.
35. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 539.

dessas fontes formais (teoria formal do dever jurídico). No entanto, é importante salientar que a posição de garante não decorre apenas da existência do dever de atuar. Não se pode obrigar alguém a fazer algo sem que tenha as reais possibilidades para, na situação real, agir. Assim, também é necessário que alguém, para ser considerado como garantidor, tenha a possibilidade concreta de ação.[36]

A primeira hipótese de dever está estabelecida na alínea *a* do dispositivo mencionado. São as chamadas relações de ordem legal.[37] Como exemplo, cita-se a inação da mãe que deixa o seu filho, recém-nascido, sem amamentação. Se, em decorrência disso, o bebê vier a morrer, a genitora deverá responder por homicídio, tendo em vista que tinha o dever legal de impedir, nessas circunstâncias, a morte da criança.

Tavares comenta que, no âmbito do art. 13, § 2.º, do CP, não está contida, simplesmente, a relação de parentesco, mas somente a legal. Com isso, o irmão que deixa de socorrer, durante a travessia de um rio, o outro que tem cãibra e morre, não responderá por homicídio, mas por omissão de socorro.[38]

Outra circunstância, prevista na alínea *b*, é a aceitação voluntária, contratual ou negocial para o impedimento do resultado. É exemplo que se enquadra na alínea em comento a situação do guia que, durante uma excursão na selva, não indica aos demais o caminho adequado para saída da mata. Também são situações que se encaixam em tal dispositivo os casos do salva-vidas que deixa de salvar a vítima que se afoga; da mãe que, na praia, deixa o seu filho aos cuidados de terceiro, que concorda com essa situação; e do alpinista que convida um grupo para escalar um pico, abandonando-os no meio da subida. Nas hipóteses citadas, configurada estará a assunção fática de responsabilidade de proteção.[39] Assim, se ocorrer o evento

36. TAVARES, op. cit., p. 75.

37. Nesse sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 543. Para LUISI, op. cit., p. 434, a redação não se limitou às obrigações decorrentes da lei em sentido estrito, estendendo o dever a qualquer disposição que possua eficácia para constituir um vínculo jurídico, como decretos, regulamentos e portarias.

38. TAVARES, op. cit., p. 83.

39. Idem, ibidem.

morte em qualquer das situações abordadas, quem estava na posição de garantidor responderá por homicídio.

O Código Penal espanhol, v.g., contempla essas duas hipóteses analisadas – o dever legal e o dever contratual – em um mesmo item (art. 11, *a*), *in verbis*: "(...) se equiparará a omissão à ação: (a) quando exista uma específica obrigação legal ou contratual de atuar".[40]

Por fim, a alínea *c* leva em consideração a geração do risco (princípio da ingerência) produzido por um comportamento anterior do agente. Assim, se um nadador convida outra pessoa para uma travessia em um rio e nada faz quando percebe que o companheiro começa a se afogar, responderá diretamente pela morte se não a evitar. No direito espanhol tal situação é prevista no art. 11, *b*, do CP.[41]

7. Concurso de pessoas

Como registra Callegari, a base da responsabilidade dos delitos omissivos não atinge qualquer pessoa, mas somente aquelas que estão comprometidas por um dever real de atuação.[42] De acordo com o que destaca Batista, os delitos omissivos "são crimes de dever; a base da responsabilidade não alcança qualquer omitente, e sim aquele que está comprometido por um concreto dever de atuação".[43]

Dessa forma, apesar de ser um tema polêmico, não se vislumbra como possível a existência de concurso de pessoas nos crimes omissivos, seja por co-autoria, seja por participação,[44] como se passa a demonstrar.

40. Mir Puig, op. cit., p. 271.

41. Idem, ibidem.

42. Callegari, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

43. Batista, Nilo. *Concurso de agentes*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84-85.

44. Tavares, op. cit., p. 86; Prado, op. cit., p. 458; Bacigalupo, op. cit., p. 268. Em sentido contrário, admitindo a co-autoria nos delitos omissivos impróprios: Bierrenbach, op. cit., p. 127.

7.1 A co-autoria

Nos crimes omissivos, o dever de atuar é pessoal, individual, *infracionável*.[45] A omissão não é, pois, divisível. Cada pessoa viola sua particular obrigação, não havendo nesse delitos divisão de tarefas, pressuposto fundamental do concurso de agentes.[46]

Em razão disso, salienta Batista que "a omissão de um não completa a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada qual". Dessa forma, registra o autor, não se tem como conceber que um omita parte de um total, enquanto os demais omitem o restante.[47]

Tavares, na mesma esteira, menciona que há uma certa especialização dos sujeitos (dever geral de assistência ou dever especial diante da existência de uma vinculação para com a proteção do bem jurídico). Com isso, cada qual responde pela omissão de forma individual, com base no dever imposto, pela situação típica de perigo ou pela posição de garantidor.[48] A imputação não se faz a qualquer pessoa que pudesse ter evitado o resultado, mas a indivíduo essencialmente envolvido, que assume a posição de garante.[49]

Assim, se cinqüenta nadadores assistem, passivamente, ao afogamento de uma criança, cada um será autor do fato omissivo.[50] Trata-se de uma forma especial de autoria colateral.[51]

No caso do pai que vê, com um amigo que também nada faz, seu filho se afogando até o óbito, responderá o genitor por homicídio, porque tinha o dever de evitar que o resultado acontecesse. Já o terceiro, ainda que tenha estimulado o

45. Termo usado por BATISTA, op. cit., p. 86.

46. BATISTA, op. cit., p. 86.

47. Idem, p. 86-87.

48. TAVARES, op. cit., p. 86.

49. JAKOBS, Günther. *Fundamentos de direito penal*. Trad. de André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 59-62.

50. Exemplo de Armin Kaufmann, citado em TAVARES, op. cit., p. 86.

51. TAVARES, op. cit., p. 86. No mesmo sentido: BATISTA, op. cit., p. 85-87.

pai a ficar inerte, responderá por omissão de socorro, por não estar na posição de garantidor e apenas possuir um dever geral de assistência.

À luz do exposto, a doutrina, corretamente, de uma maneira geral, não tem aceitado como possível a ocorrência de co-autoria nos delitos omissivos, por não ser viável uma composição matemática para se verificar o percentual que cada indivíduo, em tese, teria transgredido de um todo, pois cada um viola um dever individual (de prestar assistência ou de evitar um resultado).

7.2 A participação

Discute-se também se seria concebível a participação, que pode ocorrer nas modalidades de instigação (participação moral) ou cumplicidade (auxílio material), nos crimes omissivos.

Levando em consideração a instigação, Mirabete afirma ser ela plausível nos crimes omissivos puros. Como exemplos, cita os casos de terceiros que convencem quem presta alimentos a deixar de prover a subsistência das pessoas arroladas no art. 244 do CP (abandono material) ou o médico a não denunciar doença cuja notificação seja compulsória (art. 269 do CP).[52]

Não obstante, a instigação, por se tratar de uma participação ativa, é uma forma de comissão, motivo pelo qual não se pode falar em omissão.[53] No caso de terceiro que contribui, através de conduta comissiva, para que outro se omita, ambos serão, como ensina Tavares, autores do fato.[54] Amparado em Roxin, conclui o autor citado que é pressuposto do concurso de agentes que todos os participantes estejam subordinados aos mesmos critérios de imputação, o que não ocorre nessa situação, em face da própria estrutura das normas dos delitos comissivos e omissivos.[55] Afinal,

52. Mirabete, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. *Manual de direito penal. Parte geral.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 233.

53. Prado, op. cit., p. 459; Bacigalupo, op. cit., p. 270; Batista, op. cit., p. 89.

54. Tavares, op. cit., p. 88.

55. Idem, ibidem.

como salienta Bacigalupo, a dissuasão para que o agente não atue "es equivalente a la acción típica de un delito de comisión".[56]

Nessas hipóteses, a dissuasão para que o obrigado não aja corresponde a uma ação, devendo ser considerada, dessarte, na esfera de um delito comissivo.[57] Assim, de acordo com Welzel, citado por Batista, se terceiro dissuade alguém que deveria prestar socorro, convencendo-o a não agir, não responderá por instigação de omissão de socorro, mas por homicídio, se ocorrer, obviamente, o resultado morte.[58]

Entretanto, pode acontecer de não existir um tipo penal correspondente na forma comissiva. Como lembra Batista, "a eficaz dissuasão da observância do dever (que corresponde à omissão do dissuadido) representa na verdade autoria do delito comissivo que corresponda (quando corresponda)".[59] Do contrário, caso não haja crime comissivo correspondente – como ocorre nos exemplos citados (art. 244 e art. 269, ambos do CP) –, estar-se-á diante de uma limitação de punibilidade, por serem delitos especiais, em que o legislador restringe a autoria. Assim, segundo explica Batista, a única solução possível para que não fique impune quem dissuade nessas circunstâncias é o preenchimento desses vácuos através de alterações na legislação vigente.[60]

É verdade que essas lacunas legislativas, enquanto não sanadas, em razão das particularidades dos crimes omissivos, levam a certas incoerências jurídicas. Estar-se-á diante do crime de falso testemunho (art. 342 do CP), por exemplo, quando uma testemunha fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. Na modalidade "calar a verdade", o crime de falso testemunho é omissivo próprio.[61] Ainda que se

56. Bacigalupo, op. cit., p. 270.
57. Batista, op. cit., p. 89.
58. Idem, ibidem.
59. Idem, p. 89-90.
60. Idem, p. 91.
61. Greco, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008, p. 1377.

admita, como regra, a participação no falso testemunho, delito de mão própria,[62] essa situação só se aplica para a modalidade comissiva. Assim, se um advogado orientar uma testemunha a prestar alguma declaração inverídica durante um depoimento em processo judicial, poderá o causídico responder, como partícipe, pelo crime de falso testemunho, cometido na modalidade comissiva. Entretanto, se o advogado orientar a testemunha a, simplesmente, silenciar (mutismo total), não poderá ser reponsabilizado, nem como partícipe, por falso testemunho, haja vista que não é possível, diante da estrutura dos crimes omissivos, a participação nessa modalidade de infração penal. Dessa maneira, conforme orienta Batista, a solução viável para suprir essas inconsistências é a adoção de mudanças no campo legislativo, única forma para o preenchimento dessas lacunas.

Apesar da controvérsia em torno dos omissivos próprios, a situação parece menos problemática nos omissivos impróprios. Nestes delitos, ocorrendo dissuasão sobre quem está na posição de garantidor, o terceiro que convence o garante a não agir será autor direto da infração penal cometida. Dessa forma, se alguém oferece dinheiro para que o agente penitenciário deixe o preso fugir, o dissuador será autor direto do crime previsto no art. 351 do CP.[63]

É importante frisar, ainda, que a participação por omissão é algo inconcebível. Como menciona Greco, não há como participar mediante instigação com simples omissão.[64] Não se tem, pois, como construir uma situação em que alguém instigue por omissão.[65]

62. Greco, op. cit., p. 1.381-2; Prado, Luiz Regis. Falso testemunho. *RBCCrim*, São Paulo, edição de lançamento, dez. 1992, p. 118-126. Na jurisprudência: STF, RHC 81.327/SP, 1.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, 11.12.2001, *DJU* 05.04.2002; STF, HC 75.037/SP, 2.ª T., relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa, 10.06.1997, *DJU* 20.04.2001; STJ, REsp 287.151/SP, 5.ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 14.05.2002, *DJU* 17.06.2002; STJ, REsp 200.785/SP, 5.ª T., rel. Min. Félix Fischer, 29.06.2000, *DJU* 21.08.2000. No entanto, há decisão em sentido contrário, sob fundamento de que o art. 343 do CP secciona a unidade jurídica: STJ, REsp 9.084/SP, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 17.03.1992, *DJU* 06.04.1992.

63. O exemplo é de Batista, op. cit., p. 89.

64. Greco, op. cit., p. 134.

65. Batista, op. cit., p. 172.

Com relação à cumplicidade, porém, a situação se torna mais complexa. Maurach e Jescheck, citados por Bacigalupo, aceitam como possível a forma omissiva, quando existir por parte do agente um dever de garantia. Dessa maneira, se o empregado de uma empresa, por exemplo, não trancar o cofre com dinheiro, facitando, com isso, a ação do autor do furto, responderá pelo crime em concurso de pessoas com o agente que praticou diretamente a subtração.[66] Mirabete também reconhece a possibilidade de participação por omissão em crime comissivo, dando como exemplo a situação em que um empregado de um estabelecimento comercial deixa a porta aberta para que terceiro subtraia do interior do prédio objetos de valor.[67]

Todavia, nas circunstâncias referidas o crime foi praticado por comissão. Em virtude do dever de atuar, que é pessoal, o agente que contribuir para o resultado que deveria evitar não responderá por omissão, mas como autor individual pelo cometimento de um crime praticado na forma comissiva. Como expõe Bacigalupo, "si el garante omite impedir el resultado será autor si podía evitar este último, pero no complice".[68]

Segundo refere Batista, não há cumplicidade por omissão, "mas poderá haver autoria pelo crime comissivo (autoria esta colateral à autoria daquele que por ação produz o resultado)". Em tal hipótese, existirão duas autorias incomunicáveis (autorias colaterais): um será autor por comissão e o outro será autor por omissão.[69] Em suma, se o garante omite a ação esperada, será autor por omissão de um delito cometido na modalidade comissiva, restando a autoria fundamentada na violação do dever específico de evitar o resultado.[70]

Por fim, refira-se que, caso não exista o dever jurídico por parte do omitente, se estará diante de uma simples conivência, que será impunível. Não havendo,

66. Bacigalupo, op. cit., p. 269. No mesmo sentido, Bierrenbach, op. cit., p. 130; Greco, op. cit., p. 134.

67. Mirabete, op. cit., p. 233.

68. Bacigalupo, op. cit., p. 269.

69. Batista, op. cit., p. 173.

70. Idem, ibidem.

portanto, um auxílio que, objetivamente, facilite a execução de uma infração penal, haverá somente uma conivência impunível.[71]

8. O princípio da legalidade e os crimes omissivos impróprios

Outra controvérsia que surge, referentemente aos delitos omissivos impróprios, diz respeito à falta de previsão específica das situações de inação típicas. Questiona-se se essa circunstância, mesmo que haja norma de caráter geral autorizando a punição de certas omissões,[72] não violaria o princípio constitucional da reserva legal.

Para Franco, existe a necessidade de que seja especificada a possibilidade omissiva em cada tipo penal, sob pena de se ofender o princípio da reserva legal, previsto no art. 5.º, XXXIX, da CF/1988, e art. 1.º do CP.[73]

Prado, por sua vez, sustenta que até seria preferível a previsão legal em cada tipo delitivo, de modo específico, da modalidade comissiva por omissão, inclusive para melhor salvaguarda do princípio da reserva legal.[74] No entanto, essas medidas sugeridas, na prática, seriam desnecessárias e inviáveis.

Como afirma Luisi, a técnica usada pelo Código Penal, ao indicar o dever jurídico de agir na parte geral, satisfaz o princípio da reserva legal, assim como ocorre em outras situações peculiares.[75] Para ele, deve haver uma interpretação

71. A respeito do assunto, cf. BATISTA, op. cit., p. 174-175.

72. No caso do Brasil, seria o art. 13, § 2.º, do CP, inserido na Parte Geral (e não Especial).

73. FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 74.

74. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 309.

75. LUISI, op. cit., p. 430-1. Afirma o autor que situação parecida acontece com as normas penais em branco e com os tipos penais em que constam elementos axiológicos. Também no sentido de que a previsão na parte geral do Código Penal não ofende o princípio da reserva legal, BIERRENBACH, op. cit., p. 106.

harmônica da legislação penal, sob pena de serem consideradas atípicas condutas que, inquestionavelmente, devem constar no rol das infrações penais. Explica que, nessas circunstâncias, o juiz brasileiro, embora atuando com um certo grau de discricionariedade, está preso à lei, pois não pode fugir das hipóteses do art. 13, § 2.º, do CP.[76]

Zaffaroni e Pierangeli asseguram que é impossível a previsão de todas as hipóteses de omissão, ou seja, em que um autor se encontre numa posição jurídica de garantidor. Por outro lado, advertem que a segurança jurídica sofre menosprezo, com a impressão de que o princípio da legalidade passa a lidar com uma exceção. Contudo, salientam que a aceitação de tipos omissivos não expressos nada mais é do que o esgotamento do "conteúdo proibitivo do tipo ativo, que de modo algum quis deixar certas condutas fora da proibição".[77]

Para Tavares, o ideal até seria a previsão, na parte especial, dos delitos que comportassem a punição pela omissão, solução que seria mais coerente com o princípio da legalidade.[78] No entanto, admite a punição, em um número restrito de casos, quando não haja dúvida de que o ato que descumpre a norma mandamental se identifique materialmente com o ato violador da norma proibitiva, em razão da especial conformação do injusto com vista à direta proteção do bem jurídico. Citando proposta de Silva Sanchez, afirma que, na ausência de uma tipificação expressa na Parte Especial, só seria admissível a punição dos delitos omissivos impróprios com pena atenuada, com a aplicação do art. 66 do CP.[79]

É importante referir que o Código Penal brasileiro adota o mesmo sistema de estabelecer uma norma geral para estender a tipificação com relação aos

76. Luisi, op. cit., p. 434.

77. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 541. Nesse sentido, registram que, se o Código Penal comina pena alta para a conduta da mãe que estrangula seu bebê até o óbito, não quer deixar de fora da tipicidade quando ela causa a morte por inanição (idem, ibidem).

78. Tavares, op. cit., p. 70.

79. Idem, p. 81-82.

crimes tentados e ao concurso de agentes, sem ofender, com isso, o princípio da legalidade. No caso da tentativa, a situação fática não reúne, em regra,[80] todos os elementos da definição legal de uma infração penal, não se podendo, por isso, fazer uma adequação típica direta. Contudo, o art. 14, II, do CP, autoriza a extensão da tipicidade para aquelas situações em que, iniciada a execução, o fato não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, permitindo que seja feita uma adequação típica mediata ou indireta. Situação análoga também acontece, no concurso de pessoas, com relação aos partícipes, por força do art. 29 do CP. Assim, a lei penal permite a responsabilização criminal de todos aqueles que concorrem para a prática de uma infração penal, ainda que não venham a realizar, diretamente, a conduta descrita no verbo nuclear de um tipo penal. Dessa forma, não se vê qualquer objeção – ou afronta ao princípio da legalidade – em se fazer uma adequação típica indireta ou mediata, com base no art. 13, § 2.º, do CP, quando se estiver diante dos crimes omissivos impróprios.

9. A forma tentada

Zaffaroni e Pierangeli expõem que, em linhas gerais, se aplicam aos crimes omissivos as regras e os princípios dos delitos comissivos.[81] Dessa maneira, sustentam a possibilidade de tentativa nos crimes omissivos próprios, citando como exemplo a situação em que um indivíduo percebe alguém ileso caído em um poço, havendo risco de vir a morrer somente dias após. Se for embora sem prestar socorro, como ainda não está consumada a omissão de socorro, deverá responder, na visão dos autores, por tentativa.[82]

80. Excepcionam-se, aqui, os chamados delitos de atentado, em que se pune o crime tentado, por questão de política criminal, de forma idêntica ao crime consumado. Como exemplo, citam-se os arts. 9.º e 11 da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), o art. 352 do CP e o art. 309 do Código Eleitoral.

81. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 705.

82. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 125-6.

Nos crimes omissivos próprios, contudo, não se pode falar em tentativa.[83] Se o agente pratica o ato a que estava obrigado, afastada estará a omissão. Por outro lado, se o agente deixa de atender ao mandamento legal, quando devia e podia agir, consumado estará o crime.[84] Como ensina Munhoz Netto, todo atraso na ação exigida implica consumação. Não há um *iter criminis* fracionável. Ocorrendo a abstenção da ação ordenada, consumado estará o delito. De outra banda, se a ação é prestada, inexiste crime.[85]

Já nos omissivos impróprios a situação é diversa. A doutrina tem aceitado a possibilidade da tentativa nessa espécie de omissão.[86] O problema é definir o momento em que inicia o *conatus*. Como registram Zaffaroni e Pierangeli, não é tarefa "fácil separar os atos preparatórios dos de tentativa na estrutura típica omissiva".[87]

Três são as correntes doutrinárias a respeito do assunto. Para primeira delas, deve-se considerar como momento inicial para se admitir a tentativa a não utilização pelo garantidor da primeira possibilidade de salvamento.[88] Já a segunda registra que a tentativa surge com a última chance de salvamento.[89] Por fim, a terceira corrente sustenta que a forma tentada começa com a existência do perigo concreto para o bem jurídico, em razão do atraso na ação devida.[90]

83. Bierrenbach, op. cit., p. 120; Prado, *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 434; Munhoz Netto, op. cit., p. 108; Tavares, op. cit., p. 89; Barros, op. cit., p. 164.

84. Nesse sentido: Callegari, op. cit., p. 28-29; Joppert, op. cit., p. 141.

85. Munhoz Netto, op. cit., p. 106.

86. Nesse sentido: Bierrenbach, op. cit., p. 120-3; Rocha, Fernando Antonio N. Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *RBCCrim* 33/118, São Paulo, 2001; Barros, op. cit., p. 166.

87. Zaffaroni e Pierangeli, *Da tentativa*... cit., p. 118.

88. Bierrenbach, op. cit., p. 122.

89. Bacigalupo, op. cit., p. 270.

90. Munhoz Netto, op. cit., p. 121. Para o autor, "a tentativa começa no momento em que a demora da ação salvadora faz surgir ou aumenta o perigo imediato" (idem, ibidem). Para Rocha, op. cit., p. 118, a ação esperada deve surgir logo que houver perigo ao bem jurídico.

Segundo Bacigalupo, que defende a segunda linha apresentada, a tentativa começa (e acaba) no último momento em que o obrigado teria que realizar eficazmente a ação segundo sua representação.[91]

Já para Zaffaroni e Pierangeli, existirá a tentativa sempre que a demora em intervir aumente o risco de lesão ao bem jurídico ou, também, quando o resultado, depois de ultrapassada a última chance que o agente possuía para agir, por circunstâncias alheias, não sobrevier.[92] Para os autores, "enquanto não houver perigo não existe o dever de agir".[93]

Tavares, com acerto, leva em consideração o perigo para o bem jurídico. Cita como exemplo a queda de uma criança, que estava acompanhada dos pais, nos trilhos do trem que só passará depois de uma hora. A omissão só se verificará quando o trem estiver prestes a passar, instante em que o bem jurídico protegido, efetivamente, estará em perigo.[94] Para o autor, entretanto, tal raciocínio se aplica somente à tentativa inacabada. Se ela for, porém, acabada, a execução terá início quando o sujeito não se vale da primeira chance que teria para agir, como acontece no caso da mãe que passa, ao abandonar o filho recém-nascido em via pública, a não ter mais qualquer domínio sobre a causalidade.[95]

Como ensina Rocha, o dever de agir somente surge diante da existência de perigo real. Assim, a tentativa terá início quando a conduta é finalisticamente orientada no sentido da violação ao dever de impedir o resultado.[96]

Um outro aspecto ainda merece atenção com relação à tentativa. O garantidor somente poderá responder por omissão se não agir para impedir uma ação de terceiro que esteja na fase de execução ou, excepcionalmente, na etapa preparatória,

91. Bacigalupo, op. cit., p. 270.
92. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 705.
93. Zaffaroni e Pierangeli, *Da tentativa...* cit., p. 120.
94. Tavares, op. cit., p. 93-94.
95. Idem, p. 94.
96. Rocha, op. cit., p. 117.

quando a preparação for considerada criminosa pelo legislador, como ocorre, por exemplo, nos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e de petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do CP). Se o terceiro está apenas cogitando ou se preparando para o cometimento de uma infração penal, não se pode pensar em responsabilizar por omissão alguém que esteja na posição de garante. No entanto, o garantidor, ainda que se depare com um ato preparatório, não poderá perder a oportunidade para impedir o resultado. Como lecionam Zaffaroni e Pierangeli, "a regra deve ser a de que a tentativa de omissão não se configura enquanto o terceiro não realiza algum ato de tentativa sempre que o garantidor não tenha deixado passar a oportunidade de evitar o resultado".[97]

Dessa forma, se um policial descobre que um terceiro comprou uma faca para cometer um homicídio (ato preparatório), deverá tomar as cautelas para evitar que o crime se consume, sob pena de responder diretamente pela morte da vítima se ela vier a ocorrer. Entretanto, à luz do exposto, não se poderá falar em omissão no instante que o terceiro somente pratica atos preparatórios (compra da faca), até porque neste instante o policial sequer poderia agir para realizar a apreensão do instrumento a ser utilizado no planejado homicídio, pois se está diante de um fato atípico. Deve, no entanto, monitorar a situação para evitar que o crime aconteça.

10. O dolo na omissão e os erros de tipo e de proibição

Ensinam Zaffaroni e Pierangeli que o dolo, na omissão, requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão da causalidade.[98] Registram que o sujeito, na omissão imprópria, também deve conhecer a qualidade ou condição que o coloca na posição de garante e que possui, com base na doutrina de Welzel, o poder de fato de impedir o resultado.[99]

97. Zaffaroni e Pierangeli, *Da tentativa...* cit., p. 122.
98. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 543.
99. Idem, p. 544.

Para Munhoz Netto, nos crimes omissivos, o dolo é a vontade que o agente tem de se omitir, tendo representado a necessidade e a possibilidade de ação, que requerem o conhecimento da situação típica e as consciências do poder de fato e da possibilidade real de executar a ação ordenada.[100]

Bacigalupo, por sua vez, sustenta que o dolo, nos crimes omissivos, exige o conhecimento da situação geradora do dever e da possibilidade de realizar a ação. Nos omissivos impróprios, especificamente, ainda exige, ao menos, a indiferença com relação à produção do resultado.[101]

O dolo consiste, pois, na representação do resultado, havendo uma finalidade no sentido de dirigir a causalidade. Assim, o importante nos delitos omissivos é a previsão da causalidade.[102]

Dessa maneira, equivocando-se o agente com relação a um dos elementos acima referidos, estar-se-á diante de um erro. O mesmo acontece quando o agente, ciente de que está na posição de garantidor, se confunde em certas circunstâncias com relação aos seus deveres. Esses enganos, conforme o caso concreto, poderão caracterizar um erro de tipo ou um erro de proibição.

Inicialmente, se erra sobre a *qualidade, posição ou condição de garantidor*, configurado estará um erro de tipo.[103] São exemplos dessa espécie de erro os seguintes: o médico ignora que era o plantonista da noite no hospital em que trabalha; o pai desconhece que é seu filho que se afoga; a enfermeira não sabe que responde por seu turno. Para Zaffaroni e Pierangeli, os erros, aqui, seriam vencíveis.[104] Como regra, até se poderia partir da premissa de que esses erros sejam vencíveis. No entanto, conforme as peculiaridades do caso concreto, pode-se estar diante de um erro de tipo invencível. Assim, no caso do pai que desconhece que seu próprio

100. Munhoz Netto, op. cit., p. 102-104.

101. Bacigalupo, op. cit., p. 265-266.

102. Idem, p. 545.

103. Bierrenbach, op. cit., p. 115; Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 546; Munhoz Netto, op. cit., p. 117.

104. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 546.

filho se afoga, o erro será inevitável se o descendente estivesse desaparecido há 5 anos, não mais alimentando o genitor, pelo transcurso do tempo, a esperança de ainda encontrá-lo vivo.

O erro do agente, igualmente, pode recair sobre a *possibilidade de agir*. Nesse caso, o erro também será de tipo.[105] Ocorrerá tal equívoco quando o garantidor, supondo que uma criança se afoga em um lugar profundo, onde seria impossível resgatá-la, não intervém para salvá-la da morte em uma parte rasa do rio.

O engano pode recair, outrossim, sobre a *existência da situação típica ou de perigo*.[106] No caso do pai que deixa de salvar o próprio filho que grita por socorro enquanto se afoga, supondo o genitor que se trata de uma brincadeira, acontece uma falsa percepção da realidade. Assim, a situação também é de erro de tipo.

Já o engano sobre os *deveres de garantidor* é erro de proibição (ou de mandamento).[107] Para Toledo, tal erro é inevitável.[108] São exemplos de erro de proibição nos crimes omissivos os seguintes: a enfermeira que acredita que não está mais obrigada a atender os pacientes depois do término do seu plantão; o tutor que desconhece que está obrigado a salvar a vida do pupilo. Nessas conjecturas, o agente conhece a sua real posição, mas acredita que a ordem jurídica o dispensa do dever de evitar o resultado. O erro, assim, recai sobre a interpretação de uma norma preceptiva, que impõe ao garantidor o dever de agir.

A situação se mostra complexa no âmbito do Direito Penal Econômico. Conforme Tavares, o sujeito não pode conhecer a ação que lhe é imposta – e que, portanto, deve praticar – sem conhecer previamente o dever de realizá-la. Assim, para o autor, o desconhecimento do dever de prestar informações ao fisco ou de recolher contribuições, por exemplo, seria erro de tipo.[109]

105. Bierrenbach, op. cit., p. 115; Munhoz Netto, op. cit., p. 104.

106. Munhoz Netto, op. cit., p. 103-104; Bierrenbach, op. cit., p. 115.

107. Munhoz Netto, op. cit., p. 105 e 117; Bierrenbach, op. cit., p. 115-116; Tavares, op. cit., p. 98-99; Mir Puig, op. cit., p. 293.

108. Toledo, op. cit., p. 270-271.

109. Tavares, op. cit., p. 99.

11. A omissão e a forma culposa

Nos crimes culposos, o agente não observa uma norma jurídica que lhe impõe o dever de observar o cuidado (necessário, objetivo) que se deve ter no convívio social. Dessa forma, existindo violação desse dever de cuidado, é possível se falar em crime culposo também na modalidade omissiva.[110]

Se um salva-vidas se distrai conversando com outra pessoa e não vê um banhista se afogando, responderá a título culposo pelo resultado que não evitou, por não observar um dever de cuidado.[111] A mesma solução deverá ser dada, segundo exemplificam Zaffaroni e Pierangeli, quando alguém, ao escutar gritos de socorro, sem checar a situação, nada faz, pensando que se trata de brincadeira.[112]

Os chamados *delitos de esquecimento*[113] – espécies de culpa inconsciente – também são exemplos nítidos da possibilidade da modalidade culposa nos crimes omissivos. Nessas hipóteses culposas, em que não existe representação, o indivíduo se esquece, v.g., de fazer um sinal de trânsito ou de sinalizar um buraco na rodovia, contribuindo para a ocorrência de um acidente. Ou, ainda, o sujeito se olvida de fechar a chave do gás, contribuindo para a morte da vítima por asfixia.[114]

À luz do exposto, portanto, não existe incompatibilidade entre as formas culposas e as modalidades omissivas. Dessarte, é perfeitamente possível se falar em crime omissivo através da modalidade culposa, mormente nos casos de negligência.

110. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 545-6.

111. Prado, *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 310-1; Munhoz Netto, op. cit., p. 104 e 118-119; Bacigalupo, op. cit., p. 266. É relevante consignar que a punição por omissão culposa, por força do art. 18, parágrafo único, do CP, somente será possível se houver previsão expressa de um tipo penal culposo.

112. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 546.

113. Expressão adotada, v.g., por Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 546, e por Munhoz Netto, op. cit., p. 119.

114. Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 546.

12. Considerações finais

Diante do que foi exposto no decorrer do presente texto, percebe-se que os crimes omissivos, na realidade, são delitos sui generis, que permitem que se chegue a conclusões que não seriam plausíveis se as questões fossem analisadas sob uma concepção puramente natural. Analisadas, então, essas principais características dos crimes omissivos, pretende-se apresentar, agora, respostas aos questionamentos realizados no início deste artigo.

Bacigalupo afirma que existem delitos em que a equivalência entre ação e omissão estaria excluída desde o princípio. Assim, não aceita o autor, v.g., que o crime de estupro seja cometido na forma omissiva, em razão de essa infração penal requerer um ato comissivo (acesso carnal) que não seria imaginável por um não fazer.[115]

No entanto, pelo que se viu, não se vê qualquer objeção no sentido que o estupro seja praticado por omissão, até porque sobre os delitos omissivos recai um juízo normativo.

Zaffaroni, concebendo a possibilidade de um estupro por omissão, cita o exemplo do médico que, ao tomar banho de sol pelado em um manicômio em que é o responsável, deixa uma paciente praticar consigo o coito normal, sem fazer qualquer movimento.[116] Apesar de ter feito um esforço de imaginação, circunstância reconhecida pelo próprio autor argentino, o raciocínio jurídico desenvolvido, levando-se em consideração a legislação penal brasileira, está correto.

Mas poderá, afinal, a mulher também ser autora, por omissão, de um crime omissivo? De acordo com o Código Penal, a omissão será penalmente relevante quando o agente tiver o dever e a real possibilidade de agir. Destarte, se alguém que está na posição de garantidor não age, deverá ser responsabilizado diretamente pelo crime ocorrido, por não ter impedido o resultado.

115. Bacigalupo, op. cit., p. 267.

116. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Panorama atual da problemática da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia* 33/36.

Por força do art. 301 do CPP,[117] qualquer policial que presencie a prática de um estupro, desde que possua condições de atuar, deve intervir e prender o autor da infração penal.[118] Se não agir, responderá diretamente pelo resultado, por imposição da alínea *a* do art. 13, § 2.º, do CP, que estabelece as relações de ordem legal.

Dessa forma, se uma policial presenciar, no exercício de suas funções, uma outra mulher sendo constrangida, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, deve agir, seja intervindo sozinha no episódio, seja chamando reforço policial para enfrentar a situação. Se não atuar, será autora direta do crime de estupro, por omissão. Obviamente que, nessa hipótese, também deverá haver um homem como sujeito ativo da infração penal, sob pena de inexistir a conjunção carnal. No entanto, pelo que se expôs no presente artigo, não se pode falar em concurso de pessoas nos crimes omissivos, razão pela qual o homem responsável pela violência sexual e a policial serão autores individuais (e não co-autores) do delito de estupro.

Na jurisprudência, aliás, colhe-se um caso interessante, em que uma mulher foi condenada por ser autora, na forma omissiva, de um estupro. Uma mãe, ao perceber que sua filha estava sendo submetida à conjunção carnal forçadamente, foi condenada pelo delito referido porque assistiu a tudo passivamente.[119] Nessa situação, em razão da inércia da genitora, quando tinha reais possibilidades de agir, a omissão foi considerada penalmente relevante, motivo pelo qual foi responsabilizada criminalmente, por violar o dever legal de proteção.

117. *Código de Processo Penal* (Dec.-lei 3.689/41). "Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". *DOU* 13.10.1941.

118. Plenamente possível a prisão, em um primeiro momento, de alguém que esteja praticando um delito, mesmo que a ação penal seja privada ou pública condicionada à representação. O que não pode ocorrer é a lavratura do auto de prisão em flagrante sem o preenchimento da condição de procedibilidade (requerimento ou representação, conforme o caso). Contudo, por não ser objetivo do presente estudo a análise dessa questão, basta que se considere que o estupro, nos casos apresentados, seja cometido, v. g., com abuso de pátrio poder (art. 225, § 1.º, II, do CP) ou com violência real (Súmula 608 do STF), situações que tornam a ação penal pública incondicionada.

119. TJMG, Ap 38658/1, rel. Des. José Loyola, 04.05.1995, *RT* 725/629.

Também é perfeitamente possível se pensar no cometimento de seqüestro e cárcere privado (art. 148 do CP) através de omissão. Suponha-se que o síndico de um prédio, conforme registra Tavares, ao ser alertado sobre problemas no elevador do condomínio, nada faça para repará-lo. Dias depois, o síndico é avisado de que alguém acaba de ficar preso no elevador que não consertou, em virtude de uma pane. Se retirar-se do local sem nada fazer, deixando as pessoas presas no elevador, dizendo que só vai resolver o problema no dia seguinte, deve responder por seqüestro ou cárcere privado, por omissão. Por ter criado, com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado, possuía o dever de agir no segundo momento, por força do art. 13, § 2.º, *c*, do CP.[120]

13. Obras consultadas

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general.* Madrid: Akal, 1994.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal. Parte geral.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1979.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado.* Niterói: Impetus, 2008.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos de direito penal.* Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2003.

120. Tal exemplo foi retirado de TAVARES, op. cit., p. 83-84.

JOPPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUISI, Luiz Benito Viggiano. Os delitos omissivos impróprios e o princípio da reserva legal. *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso.* Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 422-38.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* Campinas: Bookseller, 1997. vol. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal. Parte geral.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. vol. 1.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito.* Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Crimes omissivos. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná* 36/83-121. Curitiba, 1984. Disponível também em: *Revista da Ajuris* 29/30-59. Porto Alegre, 1983.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 1.

_____. Falso testemunho. *RBCCrim*, São Paulo, edição de lançamento, dez. 1992, p. 118-26.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *RBCCrim* 33/101-120. São Paulo, 2001.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio de hecho en derecho penal.* Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos.* Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama atual da problemática da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia* 33/30-40. Rio de Janeiro, jan.-jun. 1982.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____; _____. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

Análisis de la ley argentina 26.388/2008 de reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos

Pablo A. Palazzi
Abogado (UCA y NY State Bar Assoc). Agente de Propiedad Industrial.
Profesor Facultad de Derecho Universidad Austral.
Consejero Centro de la Propiedad Intelectual de la Universidad Austral.
Ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Resumen: El autor examina la reforma ocurrida en junio de 2008 al Código Penal Argentino en relación a los delitos informáticos.

Palabras claves: Delitos informaticos – Acceso ilegitimo – Pornografia infantil – Internet – Daño informatico – Fraude informatico .

Abstract: The author examines the Argentine Criminal Code Reform of June 2008 regarding computer crimes.

Keywords: Computer crimes – Illegal access – Child pornography – Internet – Computer damage – Computer fraud.

Sumário: 1. Introducción: 1.1 Preliminar; 1.2 Antecedentes – 2. Análisis del proyecto de la ley: 2.1 Definiciones; 2.2 El nuevo delito de ofrecimiento y distribución de imágenes relacionadas con la pornografía infantil; 2.3 Violación de secretos y de la privacidad: 2.3.1 Nuevo epígrafe para el Código Penal: el derecho a la privacidad; 2.3.2 Violación de correspondencia digital; 2.3.3 Acceso ilegítimo a un sistema informático; 2.3.4 Publicación abusiva de correspondência; 2.3.5 Revelación de secretos; 2.3.6 Unificación de los tipos penales de los arts. 117 bis y 157 bis del CP: acceso a un banco de datos, revelación de información y alteración de datos; 2.3.7 Captación ilegal de datos, imágenes y sonidos; 2.4 Estafa informática; 2.5 Daño informático; 2.6 Daño a las comunicaciones – 3. Conclusiones – 4. Bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo penal

1. Introducción

1.1 Preliminar

En anteriores oportunidades hemos comentado proyectos legislativos de delitos informáticos.[1] En este caso, luego de dos años y medio de tratamiento legislativo, el proyecto finalmente se convirtió en ley. La ley 26.388 merece especial consideración pues además de ser de una excelente factura, posee el consenso en sus principales aspectos de gran parte de la industria, de especialistas, de académicos y ha recibido el respaldo sin disidencias de ambas cámaras del Congreso.

A esta altura de desarrollo de la denominada Sociedad de la Información, no sólo la mayoría de los códigos penales modernos del mundo han contemplado alguna forma de criminalidad relacionada con la informática sino que hasta existe una convención internacional sobre la materia[2] de la cual son parte mas de 40 países desarrollados, y que se encuentra en vías de ser implementada en varios de los países que la aprobaron, habiendo sido la Argentina invitada a integrarla recientemente.

Es que el delito informático ya no puede ser ignorado por el legislador: su realidad y presencia es incontrolable y los efectos devastadores que puede causar son enormes. Basta citar los millones de dólares en daños y pérdidas que ocasionan los virus informáticos, o las estafas informáticas o, para citar un fenómeno mas común, el ataque mediante denegación de servicios[3] que lleva incluso a prácticas extorsivas de ofrecimiento de servicios de seguridad a empresas en Internet. Por

1. Ver Pablo Palazzi, Breve comentario a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, ago. 8/2006, p. 1525.

2. Convenio de Cibercriminalidad de Budapest del 23.11.2001.

3. Patricia L. Bellia, *Chasing Bits Across Borders*, 2001 U. Chi. Legal F. 35; nota sin autor, Love Bug, Damage Costs Rise to $ 6.7 Billion, *Computer Economics eFlash*, May 9, 2000; Rob Kaiser, Love Bug' Has Cousins; They Bite Too: Cyberattack Considered Most Disruptive Ever, *Chicago Tribune* May 6, 2000, p. 1

otra parte nuestros jueces penales que se enfrentan a estos casos se ven obligados a declarar atípicas acciones que son claramente negativas[4] y que no están contempladas en muchos casos porque el código penal fue escrito para otra época donde la información no era la materia prima del comercio y donde las actuales tecnologías de comunicación y almacenamiento y tratamiento de datos personales solo eran objeto de relatos de ciencia ficción.

1.2 Antecedentes

En el año 2006 se desató la polémica sobre la violación de correos electrónicos de varios periodistas y jueces, a raíz de una denuncia realizada por un importante diario de la Capital. Inmediatamente se presentaron en el Congreso varios proyectos de leyes relacionados con el correo electrónico.[5] En junio del 2006 se comenzó a debatir en las comisiones de Legislación Penal, Comunicaciones y Libertad de Expresión de la Cámara baja un proyecto de modificación al Código Penal presentado por la diputada Diana Conti. La iniciativa, que igualaba la intromisión en correos electrónicos con las de misivas en papel, proponía penas de hasta diez años de prisión para la violación del correo electrónico por parte de funcionarios públicos o miembros de fuerzas de seguridad. Con el correr de los meses el Congreso cayó en la cuenta que era mejor aprovechar el interés en introducir una reforma no sólo referida al correo electrónico sino a otros delitos informáticos.

A fines del año 2006, luego de un amplio debate de sus comisiones, la cámara de diputados aprobó el proyecto de ley. El proyecto contempló los delitos informáticos mas tradicionales tales como la estafa informática, el daño informático, el acceso no autorizado a un ordenador, la falsificación de documentos digitales, y la

4. Ver reseña de los últimos casos en Pablo Palazzi, Delitos relacionados con la informática, Internet y las nuevas tecnologías, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 3/566, nov. 2004.

5. Cfr. La nota titulada Pretenden penar la violación de e-mails. Diputados debatirá un proyecto de ley, diario *La Nación*, 04.06.2006.

violación de correspondencia digital, correo electrónico y cualquier otro medio de comunicación moderno así como su interrupción. También se contemplan delitos relacionados con la pornografía infantil y la distribución de virus informáticos.

Durante el año 2007 diversas comisiones del Senado estudiaron el proyecto de diputados. El 28.11.2007, el Senado aprobó con reformas el proyecto de ley de delitos informáticos que había sido aprobado con media sanción el año anterior por la Cámara de Diputados.

En el Senado, las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión,[6] luego de numerosas reuniones con expertos y luego de considerar otros proyectos de ley,[7] emitieron un

6. El texto puede verse en <www.senado.gov.ar> buscando en "ordenes del día" la n. 959/07 que contiene el dictamen de esas comisiones y los proyectos tenidos en cuenta, junto con el texto de la media sanción de la cámara de Diputados. En el recinto del Senado, el Orden del Día 959 se votó sin modificaciones, con la exposición que consta en versión taquigráfica de la Senadora Vilma Ibarra, entonces a cargo de la Comisión de Asuntos Penales del Senado.

7. Los expedientes de proyectos legislativos que se tuvieron en cuenta en el senado fueron los siguientes: CD-109/06 – Proyecto de ley en revisión por el cual se incorporan las nuevas tecnologías como medios de comisión de distintos tipos previstos en el Código Penal; S-1751/06 – Proyecto de ley de los senadores Giustiniani e Ibarra, modificando diversos artículos del Código Penal en relación al uso privado del correo electrónico; S-1875/06 – Proyecto de ley del senador Saadi, incorporando a la legislación argentina la regulación del correo electrónico o e-mail y modificando las penas establecidas para la comisión de delitos tipificados en los arts. 153, 154, 155, 156, 157 y 157 bis del CP; S-4417/06 – Proyecto de ley de la senadora Bortolozzi, estableciendo penas para los delitos electrónicos y tecnológicos; y teniendo a la vista los expedientes S-1281/06 – Proyecto de ley del senador Pichetto, modificando el art. 128 del CP acerca de la protección de los niños en Internet; S-1628/06 – Proyecto de ley del senador Jenefes y otros senadores, sobre regulación y protección jurídica del correo electrónico; S-2127/06 – Proyecto de ley de la senadora Fellner, modificando el art. 128 del CP, respecto de establecer las penas por pornografía infantil; S-2218/06 – Proyecto de ley del senador Jenefes, modificando el art. 128 del CP, en lo que respecta a la pornografía infantil; S-3373/06 – Proyecto de ley del senador Saadi, sustituyendo el art. 128 del CP a fin de establecer las penas por el delito de pornografía infantil; S-323/07 – Proyecto de ley del senador Basualdo y otros senadores, modificando el art. 128 del CP, respecto a la pornografía infantil; S-465/07 – Proyecto de ley de la senadora Escudero, reproduciendo el proyecto de ley sobre modificación del art. 128 del CP fijando las penas por la difusión de la pornografía infantil (Ref.: S-1610/05); S-520/07 – Proyecto de ley del senador Jenefes, modificando el Código Penal respecto a las penas por delitos informáticos; S-809/07 – Proyecto de ley de la senadora Giusti, modificando el Código Penal, respecto a las penas por pornografía infantil; S-823/07 – Proyecto de ley de la senadora Giusti, modificando el Código Penal respecto a las penas por violación de correo electrónico; S-2021/07 – Proyecto de ley de la senadora Bortolozzi, sobre tipificación de delitos cometidos por medios electrónicos

dictamen de comisiones (CD 109-06) que fue aprobado por el Senado en pleno y que constituye el texto final convertido en ley.

En líneas generales las reformas del senado al proyecto de ley originario de diputados no han hecho sino mejorarlo en su técnica legislativa y en ciertos aspectos que fueron señalados por diversos juristas y asociaciones que participaron en la discusión en las comisiones. Pero el proyecto conserva la factura inicial que le dio la Cámara de Diputados.

Finalmente, el día 4 de junio del año 2008 la Cámara de Diputados confirmó las reformas realizadas por el Senado y aprobó el texto final. La ley 26.388 fue promulgada de hecho el 24.06.2008 y se publicó en el *Boletín Oficial* el día 25.06.2008.

Se trata de una reforma al Código Penal, no de una ley de delitos informáticos. Por eso en líneas generales no se crean nuevos delitos sino que se modifican ciertos aspectos de los existentes para receptar las nuevas tecnologías.

2. Análisis del proyecto de la ley

2.1 Definiciones

La primera modificación incorpora al art. 77 del CP las siguientes definiciones:

– "El término 'documento' comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

– Los términos 'firma' y 'suscripción' comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

– Los términos 'instrumento privado' y 'certificado' comprenden el documento digital firmado digitalmente."

e informáticos; y S-2575/07 – Proyecto de ley de la senadora Viudes, modificando diversos aspectos del Código Penal, en relación a los delitos contra la privacidad.

El dictamen del Senado (OD 959/2007) explica así los cambios propuestos en relación a la redacción de las definiciones: "Con respecto a la significación de conceptos se consideró de adecuada técnica legislativa unificar en una sola norma los artículos 3.º y 17 del proyecto venido en revisión, y redefinir el concepto de documento, a fin de que resulte comprensivo de toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión. Se consideró conveniente omitir la referencia a comunicación electrónica que la sanción de Diputados traía en su artículo 3.º, por considerar sobreabundante su incorporación a la parte general, por cuanto las modificaciones propuestas incluyen expresamente en los tipos penales de la parte especial del Código Penal aquella protección".

Esta reforma trae mayor coherencia al Código Penal. En efecto si bien se mantienen las definiciones existentes en la versión de Diputados se elimina la declaración del art. 3 del proyecto de la cámara baja que rezaba "La comunicación electrónica goza de la misma protección legal que la correspondencia epistolar y de telecomunicaciones". Esta norma resultaba sobreabundante en virtud de lo decidido en numerosos fallos,[8] y del derecho vigente,[9] que ya establece semejantes garantías.

2.2 El nuevo delito de ofrecimiento y distribución de imágenes relacionadas con la pornografía infantil

Los numerosos casos de pornografía infantil que están ocurriendo, inclusive en nuestro medio local,[10] así como los numerosos estudios existentes al

8. Ver por ejemplo: CCCFed., Sala II, 05.06.2007, Causa n. 25.062 "Ilic, Dragoslav s/ medios de prueba"; C.C.C., Sala IV, causa n. 25.065 "Redruello" del 15.11.2004, y de la Sala I, causa n. 19.418 "Grimberg" del 11.02.2003 y causa n. 20.009 "Yelma" del 22.04.2003.

9. Art. 18 Const. Nacional, art. 18 de la ley de telecomunicaciones y art. 5 de la ley 25.520.

10. Ver por ejemplo C. 21871 – "M., E. s/procesamiento" – CNCRIM y Correc de la Capital Federal – Sala I – 23.11.2004.

respecto,[11] demuestran que Internet se ha convertido en el medio principal para que pedófilos intercambien archivos y fotografías de menores, superando con su accionar las fronteras locales. Resulta necesario que el CP contemple esta nueva modalidad delictual, sobre todo para cumplir con los compromisos internacionales que hemos adoptado.

En nuestro país la ley 25.763 aprobó el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (de rango constitucional según el art. 75 inc. 22 CN). El art. 1 de dicho Protocolo dispone que "Los Estados Parte prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la *pornografía infantil*, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo". Por "pornografía infantil" se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales (art. 2 inc. "c" del referido Protocolo).

Finalmente, el art. 3 dispone que "Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: ... ii) c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2".

En lo que interesa a esta breve nota, la ley 25.763 sustituyó el art. 128 del CP, por el siguiente: "Artículo 128.– Será reprimido con prisión de seis meses a

11. Fermín Morales Prats, Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el código penal español, p. 175 en *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000; Luis Reyna Alfaro, Pornografía e Internet: Aspectos penales, *Alfa Redi* 50, sep. 2002; y David Lorenzo Morillas Fernández, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet*, Madrid: Dykinson, 2005.

cuatro años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años".

Esta versión del Senado era similar a la redactada inicialmente en la cámara de diputados. Pero el dictamen del Senado (OD 959/2007) propuso realizar los siguientes cambios aceptados finalmente por el pleno: "En lo que hace a los delitos contra la integridad sexual, específicamente respecto del elemento del tipo penal del art. 128 actual, se sustituyó imágenes pornográficas por "toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales", tomando la definición del ya mencionado Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Hay que notar que en ninguna de las versiones finales de ambas Cámaras se incluyó la mención de actividades sexuales *simuladas*. Tal mención estaba en la versión original de la cámara de diputados[12] pero fue eliminada en un debate posterior. La idea circuló en el Senado pero por considerárselo controvertido tampoco se lo incluyó pese a que lo prevé el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención del Ciberdelito.

12. Cuyo art. 128 decía "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que produjere, facilitare, divulgare, financiare, ofreciere, comerciare, distribuyere o publicare por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años en actividades sexuales explícitas, reales o *simuladas*, así como toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales".

En la cámara de Diputados la reforma del art. 128 del CP había dejado de lado –por un error involuntario– la figura del que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren menores. La nueva redacción del Senado reinstala tal delito. El dictamen del Senado (OD 959/2007) explica así estos cambios: "...se conserva en la redacción del tipo penal la conducta del que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores, que había sido suprimida por la sanción de la Cámara de Diputados del primer párrafo del artículo 128, sustituyendo escenas pornográficas por representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores".

Finalmente, en relación al proyecto de Diputados el Senado alteró las penas que el proyecto prevé para la producción y la tenencia y se agregó un requisito mas a la tenencia para penalizar sólo aquella que tenga fines inequívocos de comercialización o distribución. El dictamen del Senado (OD 959/2007) explica así estos cambios "No se consideró conveniente reprimir con la misma pena a quién distribuya representaciones de las descriptas en el párrafo anterior como a quien las tenga en su poder, ya que son ilícitos de diferente peligrosidad, y asimismo, se vigorizó la idea, en salvaguarda del principio de reserva, de requerir en forma inequívoca la finalidad por parte del autor de proceder ulteriormente a su distribución o comercialización".

Esta nueva figura generó preocupación en las empresas que actúan como intermediarios en Internet (tales como empresas de telecomunicaciones, ISP, hosting, etc.), quienes consideraron que podría llegar a imputárseles responsabilidad penal por los contenidos que transitan o se albergan (en el caso de hosting) en sus servidores, pese a que usualmente no tienen conocimiento acabado de la ilicitud del contenido en cuestión.

Entendemos que la redacción dada al tipo penal no deja lugar a dudas que estamos ante a una figura dolosa. Por ello en esos supuestos no es posible inferir que se incurra en el delito del art. 128 CP. Para ello nos basamos en lo siguiente: (i) no existe conocimiento efectivo de los contenidos y de su ilicitud; (ii) en la mayoría

de los casos no podría existir tal conocimiento por la inviolabilidad de las comunicaciones; (iii) sumado a la inexistencia de un deber de vigilancia o supervisión de contenidos.[13] En todo el derecho comparado se considera a ésta como una figura dolosa, como lo han resuelto expresamente tribunales españoles.[14]

Asimismo por ser una figura de tenencia o posesión, se ha planteado en doctrina y jurisprudencia el problema de los usuarios que poseen en sus discos una imagen sin conocimiento de dicha posesión. Aquí nuevamente la falta de dolo hace que no exista delito. Tal supuesto se daría en el caso de un usuario que "baja" directamente de Internet (o a través de una red *peer to peer*) un archivo zipeado sin conocer su contenido en el entendimiento que es una película o archivo musical según el título del archivo, pero que luego resulta que contiene imágenes prohibidas por el art. 128 CP. EN este caso entendemos que tampoco habría presencia de la finalidad de distribuir o comercializar que exige el segundo párrafo del art. 128 CP.

También podría darse el supuesto de un usuario adulto que solamente visualiza esas imágenes online (acción que el art 128 CP no prohíbe) sin grabarlas, pero que por la configuración técnica del ordenador quedan grabadas en la memoria *cache* del navegador sin su consentimiento. En estos supuestos, y dado el contexto del caso, la jurisprudencia norteamericana sostuvo en el caso "US v. Stulock"[15] que no se daban los elementos del tipo penal de tenencia de imágenes de pornografía infantil. A similares conclusiones llegó la doctrina.[16]

13. Para un desarrollo de este deber en el ámbito penal ver Manuel Gomez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, 2. ed., Thomson-Aranzadi, p. 123.

14. Ver por ejemplo sentencia del Tribunal Supremo español 1553/2000 de 10 de octubre (RJ 2000/9151).

15. 308 F.3d 922, 924 (8th Cir. 2002). La corte de apelaciones dijo "one cannot be guilty of possession for simply having viewed an image on a web site, thereby causing the image to be automatically saved in the browser's cache, without having purposely saved or downloaded the image".

16. Matthew James Zappen, How Well Do You Know Your Computer? The Level of Scienter in 18 U.S.C. 1462, 66 *Alb. L. Rev.* 1161, 1165-76 (2003); Ty E. Howard, Don't Cache

2.3 Violación de secretos y de la privacidad

2.3.1 Nuevo epígrafe para el Código Penal: el derecho a la privacidad

La reforma legal amplía el epígrafe del capítulo III, del título V, de la parte especial del Código Penal, incluyendo a la "privacidad" como bien jurídico protegido. Explica el dictamen del Senado que "sobre todo a tenor de lo prescripto por el inciso 3 del artículo 157 ('3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales'), ya que la norma se entiende más como afectación a la intimidad que al bien jurídico secreto". El art. 153 bis que incluye la reforma también refuerza la protección de este bien jurídico en ambientes digitales.

La modificación no podía ser mas acertada. Se ha dicho que el bien jurídico penalmente protegido es el determinado previamente como tal por una comunidad ubicada en el tiempo y en el espacio, que, por decirlo de alguna manera, elige qué entidad merece ser considerada como bien por satisfacer sus necesidades individuales y sociales.[17] Pues bien, no cabe duda que las nuevas tecnologías han aumentado los riesgos y peligros para el derecho a la privacidad. Hoy en día existen cientos de bases de datos con nuestros datos personales; nuestros rastros e imágenes digitales quedan en numerosos lugares en la web, en videocámaras de ingreso a edificios, en estadios y edificios públicos, en tarjetas de ingreso a oficinas, en correos electrónicos y comunicaciones por chat, en búsquedas en Internet, mensajes de texto telefónicos (SMS) y mensajería instantánea. La gente y la sociedad son concientes de todo ello. Se han aprobado marcos legales para ponerle límite al uso que se haga de estos datos tales como el habeas data en la reforma constitucional del año 1994 o la ley de protección de datos personales, pero constantemente nos

Out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files, 19 *Berkeley Tech. L.J.* 1227 (2004).

17. Antonieta Goscilo, Los bienes jurídicos penalmente protegidos, en *Lecciones y Ensayos*, Segunda Epoca, 1, Temas de Derecho Penal II, dic. 1981, p. 25.

encontramos con nuevos casos de robo de identidad, sustracción de información personal o venta masiva de bases de datos personales. Ante todo este panorama, el derecho penal debe acompañar estos cambios con nuevas normas que se adecuen a la realidad tecnológica actual pero también con nuevos bienes jurídicos que conceptualicen esas necesidades.

2.3.2 Violación de correspondencia digital

La reforma de la ley 26.388 sustituye el art. 153 del CP, por el siguiente: "Artículo 153.– Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere o accediere indebidamente a una *comunicación electrónica*, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una *comunicación electrónica*, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una *comunicación electrónica* que no le esté dirigida".

Se agrega asimismo un párrafo que dispone "En la misma pena incurrirá el que *indebidamente* interceptare o captare *comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones* provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido".

Tal como actualmente reza el actual art. 153 se prevé que "La pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica" (se reemplaza culpable por autor y se agrega la mención de "comunicación electrónica").

Se agrega además que "Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena". La razón de este párrafo final se explica por el origen que tuvo el proyecto, destinado a evitar la interceptación y acceso no autorizado a correos electrónicos de jueces y periodistas según se difundió ampliamente por la prensa a mediados del año 2006.

Salvo por lo dispuesto en este último párrafo, la ley 26.388 que comentamos no innova creando nuevos tipos penales, sino que a los existentes les agrega el término "comunicación electrónica" para actualizarlo frente a las nuevas tecnologías.

La reforma de la ley 26.388 resuelve el problema de la atipicidad de la violación de correspondencia electrónica. Algunos tribunales habían considerado atípicas las acciones realizadas sobre correos electrónicos.[18] Y si bien en el caso "Lanata" se concluyó que el correo electrónico podía ser equiparado a la correspondencia tradicional en los términos de los arts. 153 y 155 CP,[19] la lectura del fallo dejaba un sabor de interpretación analógica de la ley penal. Una cosa es sostener que la garantía constitucional de la correspondencia ampara al correo electrónico a los fines de aplicarle todas las garantías constitucionales que resguardan a un medio de comunicación personal (ej. pruebas ilegales) y otra cosa distinta es considerar que es delito "abrir" un correo electrónico sin permiso. Por eso toda la doctrina planteó la necesidad de una reforma legislativa.[20]

La redacción final dada al tipo penal del art. 153 CP por la reforma es cuidadosa. En efecto, la palabra "indebidamente" aparece repetida cuatro veces en el texto, algo un tanto sobreabundante a primera vista (en el texto vigente del art. 153 aparece sólo dos veces). Nos parece acertada su inclusión pues si bien a primera vista puede considerarse innecesaria, coincidimos con la doctrina que al comentar el tipo original señaló "en este caso, como en otros, la expresión (indebida) tiene el sentido de fundar el delito sobre una firme y delineada figura objetiva y subjetiva

18. Ver por ejemplo el fallo correccional dictado por la Juez Dra. Ana Diaz Cano respecto al apoderamiento de un correo electrónico de una cuenta de hotmail. Disponible online en <http://www.habeasdata.org/node/249>.

19. JA 1999-III-237; ED 182-478.

20. Riquert, *Protección Penal de la intimidad en el espacio virtual*, p. 105; Andrés José D'Alesio (Dir.) y Mauro Divito (Coord.). *Código Penal comentado y anotado, parte especial*, p. 361; sin embargo ver Gustavo Romano Duffau, Protección penal del contenido del email, en *Cuadernos de Propiedad intelectual*, t. I, 2004, p. 307, sosteniendo que bajo el texto actual podía incluirse el correo electrónico.

de licitud que excluye toda posibilidad de imputar el delito en forma culposa".[21] Es decir, esta figura sigue siendo un delito doloso.

Con esta aclaración quedan salvadas las objeciones de ciertos medios empresarios que abrigaban el temor que esta figura penal fuera aplicada a acciones de un proveedor de acceso a Internet o de servicios de mail tales como desviar un correo electrónico porque contiene un virus o porque un algoritmo o filtro lo clasifica como spam. No es la finalidad de la nueva figura prevista en el art. 153 del CP el penalizar tales situaciones. Pero además nunca podría llegarse a tal resultado interpretativo por la carencia de dolo en tal accionar. Asimismo cabe resaltar que el término "indebido" es también sinónimo de realizado sin derecho.[22] En tal sentido, un ISP o proveedor de servicio de correo, está en su derecho, según sus términos y condiciones de uso, de desviar o etiquetar correspondencia no solicitada (spam) que es ilegal en Argentina,[23] o de suprimir aquella que constituya una amenaza para su seguridad o la de sus usuarios si contiene virus o algún programa potencialmente dañino.

Esta postura se corrobora por el dictamen del Senado (OD 959/2007) que fundamenta así estas conclusiones: "Con respecto al actual artículo 153 del Código Penal, última parte del primer párrafo (... *suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida*) es razonable la propuesta de la Cámara de origen de incorporar no sólo la comunicación electrónica sino también la expresión 'indebidamente' en el tipo, para que no le queden dudas al intérprete respecto a requerir la finalidad dolosa del autor del delito, y evitar cualquier hermenéutica tendiente a considerar comprendidos en el tipo a quienes en procura de mejorar el servicio que prestan a sus usuarios, activan mecanismos de protección para

21. Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, t. 4, p. 121, TEA, 1992.

22. Andrés Jose D'Alesio, (Director) y Mauro Divito, (Coord.), ob. cit., p. 359.

23. Ver art. 27 ley 25.326 y caso de spam "Tanus *v.* Cosa" publicada en los siguientes medios: La Ley 2006-C-281; Jurisprudencia Argentina, semanario del 7 de junio de 2006; MicroJuris, documento MJJ7137, comentado por Flavio Farinella, titulado Algunas notas sobre el spamming (documento MJD2896); *El Dial*, del 27.04.2006 y *El Dial*, 30.05.2006, y en *Revista Jurídica Zeus*, abr. 2006, con nota de Jorge Prividera, Spam, cobertura legal en la *Ley de protección de datos personales*.

evitar lo que se conoce como spam, o la recepción de correos no deseados por sus clientes". La voluntad del legislador es clara en cuanto excluir de las conductas típicas a estos supuestos: no incurre en delito quien desvía un mail porque es un correo electrónico no solicitado o porque contiene un virus.

2.3.3 Acceso ilegítimo a un sistema informático

La reforma incorpora como art. 153 bis del CP, el siguiente: "Artículo 153 bis. Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. La pena será de un mes a un año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros".

En otra ocasión analizamos la importancia de esta figura,[24] y señalamos además la falta de adecuación típica en nuestro sistema legal conforme lo acreditaron numerosos fallos.[25] Cabe señalar que son numerosas las jurisdicciones que penalizan el acceso ilegítimo a sistemas informáticos pues estos suelen ser la antesala para la comisión de otros delitos como la estafa, el daño, la sustracción de datos personales, de claves o de secretos comerciales. En esa inteligencia, el legislador estableció que solo resultará de aplicación esta figura "*si no resultare un delito más severamente penado*".

El texto legal hace referencia a "sistema o dato informático de acceso restringido" puesto que no se prohíbe acceder a sistemas o redes abiertas, o al contenido publicado en un sitio de Internet público (como son la gran mayoría).

24. Ver El acceso ilegítimo a sistemas informáticos: la urgente necesidad de actualizar el código penal, JA 1999-III-321.

25. Ver el fallo publicado en JA 1999-III-321 y el caso del acceso ilegítimo a la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comentado por Riquert, Delitos informáticos, en la obra *Derecho penal de los negocios*, Astrea, (Daniel Carrera y Humberto Vazquez, directores) p. 303.

Esta disposición causó inicialmente alarma en más de un programador que consideró que la norma en cuestión podría aplicarse al *ethical hacking* o al testeo que expertos de seguridad realizan de las falencias de redes informáticas mediante herramientas de software dedicadas a tal fin (acceder sin permiso, pescar claves, puertos abiertos en una red u ordenador, etc.). Esto último puede tener lugar en el caso de investigación académica, casera y empresaria sobre virus informáticos, empresas de seguridad que testean sistemas de bloqueo, *firewalls*, y un largo etcétera de usos lícitos que pueden tener estas tecnologías de "hacking ético". En la práctica, si ocurre con consentimiento del dueño o titular de la red que está siendo testeada, existe una autorización legal por parte de la "víctima", con lo cual no se da el elemento del tipo que requiere que el acceso ocurra "sin la debida autorización o excediendo la que posea". Esta autorización puede tomar cualquier forma, pero generalmente se verá reflejada en un contrato de servicios de seguridad informática.

Cabe aclarar también que esta figura no está destinada a prohibir la ingeniería inversa (o ingeniería reversa). El objetivo de la ingeniería inversa es obtener información técnica a partir de un producto accesible al público, con el fin de determinar de qué está hecho, qué lo hace funcionar y cómo fue fabricado. Los productos más comunes que son sometidos a la ingeniería inversa son los programas de computadoras y los componentes electrónicos.[26] Por ejemplo un usuario legítimo puede abrir un programa informático con el fin de corregirle un error o permitir que corra en otro sistema operativo, o abrir un contenido (ej. un DVD) para poder leerlo en otra plataforma si está encriptado originariamente, o en la consola de la competencia, o "abrir" un teléfono celular para poder hacerlo funcionar en otro proveedor distinto o abrir una rutina de filtrado de contenidos en Internet para averiguar que sitios filtra y "si filtra de más o de menos" sitios inocentes. El listado de acciones es interminable.

26. <http://es.wikipedia.org/wiki/Ingenier%C3%ADa_inversa>.

Como es dable observar, todas de esas situaciones están relacionadas con la protección de la propiedad intelectual (tales como el derecho de autor o patentes, que este proyecto no tratan), mientras que el bien jurídico protegido por la figura que estudiamos (art. 153 bis del CP) es la privacidad. Por ende, partiendo del objeto de la protección penal, está claro que cualquier intento de utilizar esta figura para frenar un acto de ingeniería inversa no debería tener recepción judicial. De hecho la ley de patentes contiene excepciones para experimentación antes del vencimiento de la misma.

Finalmente lo relativo a las medidas de protección tecnológica, que limitan en cierto modo la ingeniería inversa, fue introducido en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI del año 1996, que nuestro país aprobó oportunamente, pero que todavía no reglamentó ni en el ámbito civil ni en el ámbito penal. En Estados Unidos en cambio fueron legisladas en la ley conocida como *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) y cuya aplicación en algunos casos puntuales fue muy controvertida.[27] Ahora bien, la Corte Suprema fue muy clara en el caso "Autodesk" (CSJN, sentencia del 32.12.1998) en cuanto a que un tratado internacional no alcanza para crear un delito (en el caso se trataba de la reproducción de programas de ordenador sin autorización de su autor) y que para que haya delito se requiere una ley del Congreso. Al no haber ley del Congreso que en forma específica sancione penalmente la ingeniería inversa (lo cual podría considerarse una pésima decisión de política legislativa), mal podría aplicarse el tipo penal del art. 153 bis del CP a estos casos.

2.3.4 Publicación abusiva de correspondencia

La reforma de la ley 26.388 actualiza el art. 155 siguiendo la misma técnica del art. 153 reformado (agregado del término *comunicación electrónica*). La nueva

27. Ver un claro resumen en Electronic Frontier Foundation, Las Consecuencias No Deseadas: Cinco Años Bajo la Digital Millennium Copyright Act, *Revista Chilena de Derecho Informático* 4/17-35, mayo 2004, disponible en <http://www.derechoinformatico.uchile.cl>.

redacción del art. 155 del CP reprime con multa al "que hallándose en posesión de una correspondencia, *una comunicación electrónica*, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere *publicar* indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros".

Así como es grave violar la privacidad de una correspondencia mediante su acceso o interceptación, también lo es el publicar el contenido de una carta o correo electrónico que se supone debe quedar en la esfera íntima y no ser divulgada. Es por ello que también el proyecto actualiza esta norma permitiendo que se sancione a quien *indebidamente* publique tanto una correspondencia tradicional como la digital. Cabe preguntarse si seguirá vigente aquello que la doctrina señalaba respecto a que, en esta figura, el concepto de publicar una cosa es ponerla al alcance de un número indeterminado de personas, pero la comunicación privada y personal, aunque sea a un cierto numero de personas no es suficiente.[28]

Se agrega la disposición que no se encuentra en el actual art. 155 del CP y que reza: "Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público". La norma, reproduciendo claramente la idea subyacente en el art. 111 inc. 1 del CP para las calumnias, busca eximir de responsabilidad penal a quien revela una correspondencia cuyo contenido es de claro interés público. La disposición en cuestión es razonable e incluso resulta entendible en el contexto en que se sancionó esta norma. Recordamos que los medios de prensa estuvieron detrás de la sanción inicial de esta norma, a raíz de las violaciones de correo electrónico ocurridas en el año 2006 a varios periodistas.

2.3.5 Revelación de secretos

En consonancia con las reformas de los arts. 153 y 155 se sustituye el art. 157 del CP, por el siguiente texto: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial de uno a cuatro años, el funcionario público que

28. Soler, ob. cit., t. IV, p. 133.

revelare hechos, actuaciones, documentos *o datos, que por ley deben ser secretos*". Se agrega el término datos para actualizar esta figura y proteger penalmente los daos que están en poder de la administración pública y que por ser secretos no deben ser revelados a terceros.

2.3.6 Unificación de los tipos penales de los arts. 117 bis y 157 bis del CP: acceso a un banco de datos, revelación de información y alteración de datos

La ley 26.388 modifica el art. 157 bis del CP, por el siguiente:

"Artículo 157 Bis.– Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.

3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años."

El Senado consideró de adecuada técnica legislativa unificar los arts. 9 y 10 del proyecto de Diputados (que establecían los delitos de insertar datos falsos y revelar información de un banco de datos respectivamente) en una sola norma, ya que ambos refieren a modificaciones del art. 157 bis CP.

Al unificar las normas del art. 117 bis y del art. 157 bis CP en una sola además se propone derogar el art. 117 bis pues existía coincidencia que en ciertos casos no protegía el honor pese a su ubicación. El dictamen de la cámara alta explica así esta unificación: "A tenor de la incorporación en el artículo 157 bis de la conducta consistente en insertar o hacer insertar datos en un archivo de datos personales, y

teniendo en cuenta la similar regulación del artículo 117 bis, inciso 1.º, en Título Delitos contra el Honor (Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales) se consideró acertado modificar la ubicación metodológica dentro del Código Penal, ya que en una ulterior revisión del tema se llegó a la conclusión que la norma se encuentra mal ubicada dentro de los delitos contra el honor". Para llegar a esta conclusión el dictamen del Senado cita un reciente fallo donde se sostuvo: "Pareciera que la conducta reprochada podría encontrarse alcanzada por las previsiones legales del artículo 117 bis. Sin embargo, si bien este artículo en su inciso 1.º reprime con pena de prisión de un mes a dos años al que '...insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales', no puede soslayarse su ubicación sistemática dentro del Código Penal, por lo que si tenemos en cuenta el bien jurídico protegido por el título la nueva figura parece limitarse sólo a la inserción de datos falsos que disminuyan el honor. Por tal motivo, la única interpretación adecuada del citado artículo, es la de considerar que contempla las acciones que desacreditan o deshonran, pese a que ello no surge del texto de la ley".[29] Adhiriendo a este razonamiento, y para no incurrir en redundancias penales, ya que la amplitud del nuevo tipo penal proyectado abarca la tipicidad de la conducta expresada por el inc. 1.º del art. 117 bis del CP, el dictamen del Senado explica que se consideró pertinente su derogación.

Hay que resaltar que estos tipos penales introducidos por la ley 25.326 de protección de datos no fueron muy eficaces y están sujetos a controversias de diversa clase. Sin entrar en profundidad en todas las cuestiones, señalamos que nunca se aclaró si eran delitos de acción pública o de acción privada. Se entiende que los delitos de violación de secretos son acciones privadas (art. 73 CP), salvo los casos de los arts. 154 y 157, excepciones que obedecen a que el Estado tiene interés en que siempre se persiga a los sujetos que tienen responsabilidades asignadas y el 157 bis quedará

29. CCC Fed. Sala I 17.4.2007 "Martinez Rodriguez, Hugo R. y otros".

dentro de este supuesto, ya que "si el legislador hubiera querido incluirlo dentro de las excepciones así lo habría previsto expresamente en la ley 25.326".[30] En igual sentido se planteó el dilema con el art. 117 bis CP, que no se encuentra enumerado dentro de los delitos de acción privada (el art. 73 CP hace referencia solo a calumnia e injuria). La jurisprudencia ateniéndose al texto del Código consideró que no eran acciones privadas.[31] Sin embargo cierta doctrina entiende que la interpretación sistemática de las normas llevaría a concluir que las conductas descriptas por el art. 117 bis CP son perseguibles solamente mediante la acción privada.[32]

2.3.7 Captación ilegal de datos, imágenes y sonidos

La norma contenida en el art. 6.º del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados establecía en forma muy amplia un delito que consistía en la obtención o captación de la imagen, sonidos o datos de una persona en forma ilegal y su posterior difusión. El Senado prefirió no incluir este delito en el proyecto.

El dictamen del Senado (OD 959/2007) explica así esta eliminación: "La norma contenida en el artículo 6.º del proyecto aprobado por la Cámara de origen fue cuestionada, porque se infiere de la misma la punición de las *cámaras ocultas*, lo que se consideró merecedor de otro debate en cuanto no se encuentra directamente vinculado a la materia de esta iniciativa: incorporar las nueva tecnologías al Código Penal. Asimismo, el texto de este artículo mereció observaciones respecto de la introducción del verbo típico 'obtuviere' por cuanto ello implicaría extender la punición a límites exagerados, ya que en tanto no sea difundido, revelado o cedido el dato o hecho captado, la lesión al bien jurídico protegido es prácticamente insignificante".

30. Andrés Jose D'Alesio (Dir.) y Mauro Divito (Coord.), ob. cit., p. 735.

31. CNCrim y Correc, Sala V, 12.11.2002, revocando la decisión de un juzgado correccional que consideró al art. 117 bis CP como de acción privada (ver Jdo. Correc. N.11, causa 6151 "Citibank NA s/art. 117 bis Cód Penal").

32. Andrés Jose D'Alesio (Dir.) y Mauro Divito (Coord.), ob. cit., p. 153.

El proyecto en su versión de Diputados podría haber impactado en los medios de investigación periodísticos, sobre todo en el periodismo investigativo y en el uso de cámaras ocultas para detener y dar a conocer casos de corrupción. Asimismo habría creado controversias con las actuales medidas de video-vigilancia existentes en el sector público y privado. También podría haber sido usado en casos de agencias de investigación y detectives privados para poner coto a invasiones a la privacidad, aunque a veces estas investigaciones pueden ser legítimas si se realizan dentro del marco legal. Hay que reconocer que la propuesta de diputados era muy amplia y si bien estamos a favor de proteger penalmente la vida privada de las personas de la forma mas amplia posible, hay otros valores como la libertad de expresión, de prensa y de informar que no deben imponerle limites irrazonables.

En el derecho comparado las cámaras ocultas han sido controvertidas, habiéndose admitidos en algunas decisiones judiciales su uso por parte de la prensa[33] y considerado ilícitas en otras,[34] sobre todo porque en muchas situaciones significan una avance no consentido sobre la propiedad o la privacidad de terceros.[35] Pero esto no significa que la solución sea penalizar su uso.

2.4 Estafa informática

La ley 26.388 incluye como nuevo inc. 16 del art. 173 del CP, el siguiente: "El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática

33. Ver el caso estadounidense "J.H. Desnick v. ABC, Inc.", 44 F.3d 1345 (7th Cir. 1995). El fallo considera que la cadena de televisión ABC no invadió la privacidad cuando usó cámaras ocultas para filmar a un odontólogo que realizaba prácticas inecesarias y engañaba a sus pacientes sometiéndolos a operaciones y tratamientos falsos.

34. En el caso "Food Lion v. Capital Cities/ABC, Inc.", 194 F.3d 505 (4th Cir. 1999) un jurado otorgó la suma de 5,5 millones de dólares en daños punitivos pero el tribunal de apelaciones luego lo redujo a sólo 350,000 dólares por el suo de cámaras ocultas para armar un programa de televisión en el cual se denunciaban supuestas prácticas insalubres en supermercados que luego no resultaron ser tales.

35. Gyong Ho Kim, Extreme Departure Test as a New Rule for Balancing Surreptitious and Intrusive Newsgathering Practices with Competing Interests: The Use of Hidden Cameras vs. the Right to Be Let Alone, *UCLA Entertainment Law Review* 10/213, 2003.

que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos". Se sigue así la línea doctrinaria que propone incorporar estas situaciones patrimoniales abusivas como estafa dado el dilema que existía en relación las interpretaciones judiciales.[36]

Así lo fundamenta el Senado al expresar en su dictamen conjunto de comisiones: "...con relación al 'fraude informático' existió coincidencia en cuanto a la conveniencia de incorporarlo dentro del capítulo sobre las defraudaciones, y despejar definitivamente las dudas suscitadas en los tribunales sobre en qué tipos de delitos contra la propiedad debe subsumirse la conducta".

Pero a diferencia de la redacción de Diputados, el Senado clarifica tanto los medios como el *iter criminis*. Se explica así la propuesta de cambio "Se conservó la redacción de la sanción de Diputados con dos supresiones: 'actuado sin autorización del legítimo usuario', porque se entendió que agrega un elemento al tipo que resulta confuso e innecesario, ya que la autorización no podría excluir la ilicitud de la conducta de defraudar; y 'luego de su procesamiento', porque no se encontró el justificativo de fijar el momento técnico de una etapa de la transmisión de datos. Por ello en el ... presente dictamen no se discriminan esos momentos, dando al juzgador precisión normativa y evitando elementos típicos que lo pudieran hacer incurrir en confusión".

2.5 Daño informático

El art. 10 de la ley 26.388 incorpora como segundo párrafo del art. 183 CP, el siguiente: "En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere,

36. Ver estos casos en Andrés José D'Alesio (Dir.) y Mauro Divito (Coord.), ob. cit., p. 458-459; y de nuestra autoría: ¿Hurto simple o estafa por medio de computadoras?, LL 1994-B-441 y en *Derecho de la Alta Tecnología* (DAT) N. 51-18 (año 1992); Apoderamiento de dinero de un cajero automático, ED, 171-571; y Algunas modalidades delictivas relacionadas con el uso de ordenadores y cajeros automáticos, en *Derecho de la Alta Tecnología* N. 109, año X, sep. 1997.

hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños".

Con esta nueva norma se soluciona el problema que se había generado en la jurisprudencia que consistía en considerar atípica la destrucción de datos o programas de ordenador[37] o incluso la difusión de virus informáticos en redes de computadores.[38] La modificación del Senado mantiene la misma pena que para el daño común.[39]

Los verbos típicos son "alterare, destruyere o inutilizare". Si bien difiere del "daño común" pues se agrega el término "alterare", entendemos que no hay mucha diferencia con los conceptos previstos en el tipo penal original. Alterar sería modificar un archivo de datos o programa sin destruirlo completamente.

En el contexto informático, destruir o inutilizar quiere decir borrar definitivamente sin posibilidad de recuperación. La respuesta a si esto ocurre o no en un caso concreto dependerá del sistema informático y operativo utilizado. En la mayoría de los sistemas operativos la acción de borrar no implica que el hecho se produzca indefectiblemente, pues los archivos borrados se almacenan en una carpeta conocida como basurero o *trash can*. Generalmente para poder concluir la acción de borrado de datos el usuario debe reconfirmar el borrado para eliminar los documentos e incluso en estos casos es posible recuperarlos en algunas situaciones. Por ende la consideración de la destrucción debe ser analizada caso por caso. Existen otras formas de borrado mediante virus informáticos, o programas dañinos

37. Ver reseña de casos en nuestro trabajo Virus informático y delito de daño, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, abr. 4/2006, p. 674 y en especial el caso "Pinamonti" con nuestro comentario *La destrucción de programas de computación y el delito de daño (La necesidad de una reforma legislativa y su propuesta)*, en JA, 1995-III-236.

38. Ver nuestra nota Virus informáticos y responsabilidad penal, LL 1992-E-1122.

39. En los Fundamentos para el dictamen del CD-109/06 se explica que "Se coincidió en incorporar el 'daño informático' al Código Penal, pero con la pena prevista en la figura básica del delito de daño, ya que ni el medio técnico utilizado para dañar ni el objeto sobre el que recae, pueden ser considerados por si solos un elemento agravante. Salvo, claro está, que se trate de un daño contra un determinado bien que merezca especial protección, circunstancia que ameritaría introducirlo en las previsiones del artículo 184 Código Penal con una pena agravada".

que pueden "saltearse" estas seguridades impuestas por los sistemas operativos. También cabría la posibilidad de destruir el hardware (generalmente de menor valor) con la finalidad de destruir los datos o software (de mayor valor).

El hecho que exista un sistema de *back up*, como sucede en la mayoría de las empresas en modo alguno altera el delito de daño pues la restauración requiere un esfuerzo que ya implica reparar el daño causado.

El delito puede recaer sobre "datos, documentos, programas o sistemas informáticos". Esta es la principal modificación que requería nuestro código penal. La ausencia de tales objetos en la descripción del art. 183 CP llevó en numerosos casos a concluir que su destrucción resultaba atípica.

Además del daño informático tradicional, la reforma incluye una nueva modalidad de daño. Se penaliza a quien "vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños". Se entiende que estos programas, como por ejemplo un *virus maker* o herramientas específicas de destrucción de datos, son potencialmente dañosas. Por ende quien de alguna manera pone en el comercio un programa de tales características, con conocimiento del daño a producir, ayuda de alguna manera a cometer el delito de daño a quien usará la herramienta.

La ley 26.388, sin embargo, no prohíbe la existencia de estos programas, sino que penaliza a quien los venda, los distribuya o los haga circular o introduzca concretamente en un sistema informático. La redacción da a entender que sería un delito de peligro abstracto, y por ende no requerirá un daño concreto. Entendemos sin embargo que como se sigue exigiendo la presencia de dolo, y en especial del dolo específico de dañar[40] (no basta incluso una voluntad genérica: debe tratarse de una intención clara y manifiesta). No quedan aprehendidas por esta figura las conductas donde no hay dolo de dañar.

40. La jurisprudencia mayoritariamente ha requerido un dolo especifico en el delito de daño. Ver Horacio Romero Villanueva, *Código Penal de la Nación anotado*, 2. ed. ampl. y actual., Lexis Nexis, 2006, p. 823.

En cuanto a la posibilidad de incriminar a quienes producen una herramienta que puede eventualmente usarse para crear daños informáticos, el tema se platea con las llamadas tecnologías de doble uso, de las cuales vemos miles de ejemplos en la vida cotidiana: la fotocopiadora, la video casetera, un equipo "doblecasetera", un ipod, un disco rídigo, una grabadora de dvd, el software *peer to peer*, y un largo etcétera de software y hardware que permite copiar obras intelectuales, reproducirlas, difundirlas. Tanto doctrina como jurisprudencia[41] coinciden ampliamente en que estas tecnologías no son ilegales ni susceptibles de ser prohibidas si tienen usos sustancialmente legítimos o no infractores, aunque de paso también tengan usos no legítimos.[42] La solución legal mas razonable en estos casos es permitir la existencia de estas herramientas y solamente sancionar su uso en un caso concreto cuando este uso sea ilícito pero permitiendo que coexistan los usos legítimos. Por ende si el programa destinado a causar daños encuentra un uso legítimo, tal uso no será ilegal, en cambio si no es posible encontrarle usos legítimos o que no produzcan daño, no se ve porque no debería prohibirse su distribución.

También esta figura tan amplia de daño informático plantea otros problemas para la protección de la propiedad intelectual cuando se utilizan programas anticopia que dañan, degradan o limitan el funcionamiento del sistema informático. Veamos.

Si un programador inserta un virus en un programa a fin que, en caso de copia, el mismo se active y destruya la información existente en el ordenador es posible considerar la situación como un daño informático además de un abuso de derecho (art. 1.071 CC). Si bien el titular de la obra de software está en su derecho de proteger sus intereses como autor o dueño (arts. 1 y 5 ley 11.723), dicha facultad

41. Así lo decidió la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso "Sony" (464 U.S. 417; 104 S. Ct. 774; 78 L. Ed. 2d 574; 1984 U.S. Lexis 19; 52 U.S.L.W. 4090; 220 U.S.P.Q. (BNA) 665; 224 U.S.P.Q. (BNA) 736).

42. En el caso Sony citado en nota anterior la Corte Suprema de Estados Unidos concluyó: "The sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes, or, indeed, is merely capable of substantial noninfringing uses".

no debe extenderse más allá de lo que razonablemente expliciten las leyes, o el contrato que lo relacione con el usuario. Así, cabe plantearse la situación de que el sistema de seguridad anti-copia –conocidos generalmente como dispositivos de "*self-help*"– sólo se limite a borrar o detener el programa no original (la copia ilícita) dejando intactos los datos del usuario. En tal situación el productor de software no está –a nuestro entender– infringiendo norma de derecho penal alguna para el caso que haya previsto esta facultad en el contrato de licencia, y no haya transferencia de propiedad del software ni de las copias. Si bien en otra ocasión sostuvimos que la vía correcta en ese caso sería demandar judicialmente el secuestro y destrucción de la copia ilegítima, luego de revocar la licencia,[43] un nuevo examen de la cuestión nos convence de que no resulta necesario recurrir a acción judicial alguno si esto está previsto en el programa adecuadamente.

No creo que este tipo penal pueda aplicarse a los recursos informáticos que inhabilitan o degradan el sistema operativo en caso de copia ilegal de un sistema operativo o programa de ordenador limitando su propia funcionalidad.

Ello es así porque la finalidad de este delito es penalizar al que daña con la intención de alterar datos o sistemas informáticos, por lo que requiere un dolo específico de dañar que no es compatible con la situación comentada, que constituye una legítima defensa de la propiedad intelectual.[44] Aunque claramente en estos casos se suele hablar de legítima defensa de la propiedad (art. 34 inc. 3 CP), entendemos que ni siquiera ello sería aplicable por no haber delito si no se daña información, software o hardware de terceros y por ende no es necesario recurrir a una causal de excepción.[45]

43. PALAZZI, Virus informático y delito de daño, Publicado en *Rev. Derecho Penal y Procesal Penal* 4/674, abr. 2006.

44. Permitida hasta cierto punto y en lo que a medidas de protección tecnológicas se refiere por el tratado de Derecho de Autor de la OMPI, suscripto por Argentina.

45. Aunque siempre son buenas las analogias con otras situaciones, nos parece dificil encontrar alguna en tal sentido. Pero imagine el lector un auto o una casa que como protección cuando detercan que alguien está adentro en forma no autorizada se bloquean e impiden la salida de quien ingresó furvicamente. ¿Podría ser ello considerado privación ilegal de la libertad?

La mejor guía para arribar a esta conclusión es interpretar el bien jurídico protegido del delito de daño que es la propiedad. Sabemos que no hay delito si no está afectado el bien jurídico protegido. En estos casos el software pertenece al titular de los derechos de autor que dispone la protección tecnológica determinada (por ej. inhabilitar funciones, ubicar carteles recomendando comprar el original, o hacer mas "lento" o degradar el sistema operativo). Por ende, la propiedad del dueño del ordenador no está afectada ni destruida. No existe el daño sobre bienes propios (el art. 183 CP dice "total o parcialmente ajeno").

Finalmente, la supuesta víctima no podría alegar que su máquina se encuentra disminuida en su funcionalidad cuando la causa de ello es su propio accionar ilegal que consiste en copiar y usar una obra intelectual –programa de ordenador– sin la autorización de su titular,[46] lo que genera la falta de funcionamiento pleno del sistema.

Los fabricantes de software suelen recurrir a estos dispositivos de protección como una medida antipiratería. Obviamente, estas medidas disgustan mucho a los usuarios,[47] y hasta hacen incómodo el uso de sistemas informáticos pero son perfectamente legales en la medida en que no se afecte materialmente el hardware o se destruyan datos, programas o contenidos ajenos.

La ley 26.388 agrega como agravante al art. 184 CP el siguiente: "Artículo 184.– La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes: ... 6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público".

46. Lo que de paso constituye otro delito penal: art. 72 de la ley 11.723.

47. Ver la nota Microsoft retira un polémico recurso antipiratería, en *Clarin*, 04.12.2007. La nota explicaba que la herramienta, al detectar una copia ilegal del Windows Vista, inhabilitaba el sistema operativo. Ahora, ante las quejas de los usuarios, quienes utilicen programación ilegal sólo recibirán advertencias constantes y sugerencias para acceder a la original, pero no perderán funcionalidades, disponible en <http://www.clarin.com/diario/2007/12/04/um/m-01556748.htm>.

2.6 Daño a las comunicaciones

Hemos dado este título a la nueva figura incluida ahora en el art. 197 CP porque consideramos que al incluir cualquier clase de comunicación (y no sólo las antiguas telegráficas y telefónicos) la figura no sólo ampara lo público sino cualquier clase de comunicación incluyendo las privadas como el correo electrónico, la voz a través de IP, o los mensajes de chat o de texto a través de celulares (SMS).

Esta reforma introducida por la ley 26.388 es importante porque el tipo anterior, como había dicho la doctrina, estaba teñido de la idea de lo público, ya que lo que se protege es la seguridad pública y en esa situación era muy difícil pensar en tipicidad cuando se trataba de redes de uso particular o privado como por ejemplo intercomunicación telefónica en un establecimiento rural.[48] Lo que quiso el legislador es ampliar el tipo penal a esos nuevos medios de comunicación con independencia de su naturaleza pública o privada.

La ley 26.388 da una nueva redacción al art. 197: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida".

Se trata de una figura dolosa, sobre todo en lo relativo al verbo resistir. No cabe entonces incluir dentro de este tipo de delitos a supuestos de caída de redes o sistemas de comunicaciones por diversos problemas técnicos, ajenos a la intención del operario técnico. Sí en cambio quedarán incluidos los ataques por denegación de servicios

3. Conclusiones

Esta reforma de la ley 26.388 probablemente requerirá en el futuro de nuevos debates y actualizaciones, pero es muy importante que haya tenido lugar

48. Creus, *Derecho penal*, p. 51; Andrés José D'Alesio (Dir.) y Mauro Divito (Coord.), ob. cit., p. 631.

debido a que el Código Penal por su antigüedad no contemplaba ninguna de estos delitos informáticos clásicos.

Uno de los puntos que quedó en claro en este debate es que el sector empresario relacionado con las nuevas tecnologías tiene una gran resistencia a la regulación legal de cualquier clase, incluso de una regulación destinada a amparar su infraestructura informática como lo hace este proyecto. Esto plantea la necesidad de estudiar normas de resguardo sobre la inmunidad o exclusión de responsabilidad de ciertos sectores como los intermediarios de Internet o aquellos relacionados con la informática.

4. Bibliografia

BELLIA, Patricia L., Chasing Bits Across Borders, 2001 U. Chi. Legal F. 35.

CREUS. *Derecho penal.* Buenos Aires: Astrea, 1999.

D'ALESIO, Andrés José (Dir.) y DIVITO, Mauro (Coord.). *Código Penal comentado y anotado, parte especial*, p. 361.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. Las Consecuencias No Deseadas: Cinco Años Bajo la Digital Millennium Copyright Act. *Revista Chilena de Derecho Informático* 4/17-35, mayo 2004. Disponible en: <http://www.derechoinformatico.uchile.cl>.

FARINELLA, Flavio. Algunas notas sobre el spamming (documento MJD2896). *El Dial*, del 27.04.2006.

GOMEZ TOMILLO, Manuel. *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces.* 2. ed.. Thomson-Aranzadi.

GOSCILO, Antonieta. Los bienes jurídicos penalmente protegidos, en *Lecciones y Ensayos*, Segunda Epoca, 1, Temas de Derecho Penal II, Diciembre 1981, p. 25.

KAISER, Rob. Love Bug' Has Cousins; They Bite Too: Cyberattack Considered Most Disruptive Ever. *Chicago Tribune*, May 6, 2000, p. 1

HO KIM, Gyong. Extreme Departure Test as a New Rule for Balancing Surreptitious and Intrusive Newsgathering Practices with Competing Interests: The Use of Hidden Cameras vs. the Right to Be Let Alone, *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 10, p. 213 (2003).

MORALES PRATS, Fermín. Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el código penal español, p. 175 en *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet.* Madrid: Dykinson, 2005.

PALAZZI, Pablo. Breve comentario a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, ago. 8/2006, p. 1525.

_____. Delitos relacionados con la informática, Internet y las nuevas tecnologías. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 3/566, nov. 2004.

_____. El acceso ilegítimo a sistemas informáticos: la urgente necesidad de actualizar el código penal, JA 1999-III-321.

_____. ¿Hurto simple o estafa por medio de computadoras?, LL 1994-B-441 y en "Derecho de la Alta Tecnología" (DAT) N. 51-18 (año 1992).

_____. Apoderamiento de dinero de un cajero automático, ED, 171-571.

_____. Algunas modalidades delictivas relacionadas con el uso de ordenadores y cajeros automáticos. *Derecho de la Alta Tecnología* 109, año X, sep. 1997.

_____. Virus informático y delito de daño. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, abr. 4/2006.

_____. Virus informático y delito de daño. *Rev. Derecho Penal y Procesal Penal* 4/674, abr. 2006.

PRIVIDERA, Jorge. Spam, cobertura legal en la Ley de Protección de Datos Personales. *Revista Jurídica Zeus*, abr. 2006.

REYNA ALFARO, Luis. Pornografía e Internet: aspectos penales. *Alfa Redi* 50, sep. 2002.

RIQUERT. Protección penal de la intimidad en el espacio virtual.

_____. Delitos informáticos. En: CARRERA, Daniel y VAZQUEZ, Humberto (directores). *Derecho penal de los negocios*. Astrea.

ROMANO DUFFAU, Gustavo. Protección penal del contenido del email, en *Cuadernos de Propiedad intelectual*, t. I, 2004.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio. *Código Penal de la Nación anotado*. 2. ed. ampl. y actual. Lexis Nexis, 2006.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, t. 4, p. 121, TEA, 1992.

Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade

Tatiana Machado Corrêa
Mestre em Ciências Penais pela UCAM. Graduada em Direito pela UERJ.
Analista criminal na Procuradoria da República do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho analisa as principais concepções de culpabilidade de ato e as funções atribuídas à pena pela doutrina européia, bem como o conceito de culpabilidade formulado pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, por meio do método dialético, com base na realidade latino-americana, marcada pela seletividade do sistema penal. O objetivo é a defesa de um conceito de culpabilidade viável no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito penal – Teoria do delito – Culpabilidade – Estado Democrático de Direito.

Resumen: El presente trabajo analiza las principales concepciones de la culpabilidad del acto y las funciones atribuidas a la pena por la doctrina europea así como el concepto de culpabilidad formulado por el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, mediante el método dialéctico, con base en la realidad latinoamericana, marcada por la selectividad del sistema penal. El objetivo es promover la defensa de un concepto de culpabilidad viable dentro del Estado Democrático de Derecho.

Palabras-clave: Derecho penal – Teoría del delito – Culpabilidad – Estado Democrático de Derecho.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A culpabilidade de ato: 2.1 A concepção psicológica; 2.2 A concepção psicológico-normativa; 2.3 A concepção finalista; 2.4 A reprovabilidade de Roxin; 2.5 A concepção funcional de Jakobs – 3. Elementos para a compreensão das propostas de Zaffaroni: 3.1. A dialética material; 3.2 O neoliberalismo e a sociedade conflitivista – 4. A culpabilidade no Estado Democrático de Direito: 4.1 A seletividade e a vulnerabilidade; 4.2 A teoria agnóstica da pena; 4.3 A vulnerabilidade como antítese redutora – 5. Conclusões – 6. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. Introdução

Desde a estruturação da teoria do delito por Franz von Lizt até os dias atuais, a doutrina do Direito Penal foi marcada por uma série de discussões acerca dos elementos que constituiriam o conceito analítico de crime, dentre os quais a culpabilidade, que se relaciona intimamente aos fins da pena. Pertinente nesse sentido a observação de Nilo Batista:[1] "As relações entre culpabilidade e pena constituem matéria polêmica, que integra a teoria do crime, onde a estrutura e as funções dogmáticas da culpabilidade, seja da economia do crime, seja na fundamentação da pena, são minuciosamente examinadas" Dessa forma, torna-se importante a análise breve das principais concepções de culpabilidade (psicológica, psicológico-normativa, reprovabilidade de Roxin e funcional de Jakobs), situando a sua elaboração na história das idéias e apurando suas reais conseqüências.

Procedidas as críticas quanto às concepções mais discutidas na doutrina do Direito Penal, as quais foram elaboradas na Europa, cumpre tecer alguns comentários acerca do panorama atual e do método dialético para, em seguida, explanar o conceito de vulnerabilidade formulado pelo brilhante jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que, conhecedor da realidade latino-americana como

1. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 103.

poucos doutrinadores, propugna, com base na dialética materialista, uma antítese redutora da culpabilidade de ato por perceber nessa amplos efeitos seletivos. Entende o mestre que só dessa maneira é possível atingir-se como síntese um conceito democrático de culpabilidade.

2. A culpabilidade de ato

2.1 A concepção psicológica

No fim do século XIX, com a ascensão do capitalismo industrial, o Positivismo postulou a neutralidade da ciência. Sob esse novo enfoque, passou-se a defender que não existiria a causa de um evento sem efeito e que mediante a observação poderiam ser conhecidas as leis que regeriam os fenômenos. O conhecimento dos fatos dependeria da observação, de forma que uma proposição só poderia ser reconhecida como verdadeira se fosse confirmada empiricamente. Encarava-se o processo de conhecimento como uma relação entre sujeito e objeto. Em suma, o Positivismo ignorava a influência da ideologia do investigador científico e considerava que o conhecimento poderia ser explicado pelas leis que o regulariam.

Com base nesse paradigma causal, Franz von Liszt elaborou sua teoria do delito, pela qual o crime seria um injusto contra o qual o Estado cominaria uma pena e que não existiria sem uma mudança no mundo exterior, sem um resultado. A causalidade possuiria dois elementos: objetivo (fundamentaria o ato ilícito) e subjetivo (parte subjetiva do processo causal). A culpabilidade era delineada como a relação psicológica do autor da ação com o fato: "Não basta que o resultado possa ser objectivamente referido ao acto de vontade do agente: é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjectiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido"[2] (*sic*). Compartilhando do mesmo entendimento, Ernst von Beling, afirmava que a culpabilidade seria a uma especialização da manifestação

2. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1899, t. I, p. 249.

de vontade no delito no âmbito subjetivo: "O juízo de que alguém tenha agido 'culpavelmente' expressa um juízo valorativo sobre a fase interna (espiritual ou 'subjetiva da ação (...) O que importa é o estado anímico do sujeito ao tempo da ação".[3] Os causalistas defendiam que existiriam duas modalidades de culpabilidade: dolo e culpa, definidas por von Liszt, respectivamente, como consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime e causação do resultado por deturpação da consciência do agente.

No sistema causal, para se inferir pela existência do delito, primeiramente seria necessário verificar-se a mudança produzida no mundo exterior pela ação contrária a uma norma de Direito, empreendida pelo autor do fato, para depois se apurar a relação psíquica entre ele e a conduta. Porém, na realidade, tal sistema concluía pela realização do delito (produção causal do resultado) já na primeira etapa e resultava na consideração do homem como mero objeto de imputação, conforme críticas de Juarez Tavares e Zaffaroni.[4]

Por último, Franz von Liszt sustentou que a pena seria imprescindível à conservação da ordem jurídica. A pena justa seria a pena necessária e teria como finalidade a ressocialização concreta do infrator (teoria da prevenção especial positiva). A proposta de von Liszt pretendia a superação das idéias retribucionistas de Kant (a pena como um imperativo categórico que tem por fim a justiça) e de Hegel (a pena como uma negação do crime que nega o Direito)

A teoria psicológica possuiu o mérito de ter sido a primeira a elaborar um conceito de culpabilidade de maneira estruturada, porém mostrou-se também um modelo penal muito conveniente à defesa da legitimação da consolidação do capitalismo notadamente em países (como a Alemanha, unificada tardiamente) que abandonavam as instituições feudais.

3. BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: De Palma, 1944, p. 29-30.

4. TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *RBCCrim* 6-24/145, São Paulo, out.-dez. 1998. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. *Revista de Derecho Penal* 11/52, Montevideo, 2000.

2.2 A concepção psicológico-normativa

Como reação à defesa de uma ciência avalorada defendida pelo Positivismo, vários intelectuais propuseram um retorno às idéias de Kant, num movimento conhecido por Neokantismo, que se dividiu em três escolas: de Malburgo, de Baden e historicismo alemão.[5] A Escola de Baden, a que mais influenciou a doutrina penal na época, classificava a ciência em duas espécies: ciências naturais, submetidas à categoria da causalidade, e ciências da cultura (entre as quais se incluiria o Direito), referidas a valores. O Direito Penal adentraria no caos da realidade e a recriaria, por meio de valores. A ordem jurídica era considerada mais importante que sua justiça ou finalidade, de forma que o papel do juiz seria apenas questionar o que fosse jurídico. Não haveria conexão entre o ser e o dever ser, entre realidade e valor. Esse dualismo metodológico resultou numa verdadeira "esquizofrenia" que teria conduzido muitos penalistas como Mezger a apoiar o regime nazista, como salientou Muñoz Conde.[6]

Numa breve síntese, pode-se dizer que os neokantistas lograram romper com o conceito naturalístico de ação, ao substituí-lo pela conduta de relevância social. Abandonaram também a identificação que os causalistas faziam da antijuridicidade e da culpabilidade, respectivamente, como aspectos objetivo e subjetivo do delito.

Quanto à culpabilidade, Reinhard Frank acrescentou, em 1907, elementos normativos. Assim, tal conceito seria constituído não só da relação psíquica do autor com o fato, mas também da normalidade das circunstâncias desse. Posteriormente, Freudenthal criou o conceito de inexigibilidade de conduta diversa, pelo qual haveria a exclusão da culpabilidade quando não fosse possível exigir do

5. Abbagnano, Nicola. *Dicionário de filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 710.

6. Muñoz Conde, Francisco. Política criminal e dogmática jurídico-penal na República de Weimar. *Revista do Ministério Público* 67/13-14, Lisboa, 1996.

autor do fato um sacrifício demasiado. Infere-se, pois, que o juízo de reprovação baseava-se na noção de livre arbítrio do agente que podendo se autodeterminar, optava pela conduta delituosa. Nesse ponto, há uma aproximação com a ética aristotélica, pela qual um ato só poderia ser atribuído a quem fez uso de sua liberdade natural: "Entre os atos voluntários, alguns praticamos por escolha e outros não; por escolha são os que praticamos após deliberar, e os que praticamos sem prévia deliberação são os não por escolha" [1135b][7] Esse juízo hipotético foi criticado por não ter a realidade como substrato e se revelar apto apenas a efetuar um juízo de censura sobre o agente.[8]

Mais radical foi a concepção de Mezger da culpabilidade como injusto reprovável pessoalmente que incluiria a culpabilidade pelo fato concreto e a culpabilidade pela condução de vida, ou seja, uma mescla de culpabilidade do fato com culpabilidade do autor.[9] Há nesse enfoque também um viés aristotélico acerca da escolha do homem pelo vício como modo de vida,[10] o que pode resvalar no etiquetamento definitivo do agente como criminoso.

Os neokantistas retomaram também a teoria absoluta da pena de Kant, de cunho retribucionista, pensada como um mal dirigido a outro mal. Na preciosa análise de Cirino dos Santos, a retribuição é a mais antiga função atribuída à pena, que atualiza o impulso de vingança do ser humano, e não se revela compatível com o Estado Democrático de Direito.[11]

7. Aristóteles. *Ética a Nicômano.* São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 119.

8. Santos, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 208.

9. Mezger, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 51.

10. Mas se, sem ser ignorante, um homem faz coisas que o tornam injusto, ele será injusto voluntariamente. Todavia daí não se segue que, se assim o quiser, deixará de ser injusto, passando a ser justo; do mesmo modo que um homem que está enfermo não ficará curado dessa maneira. [1114 a] Aristóteles, op. cit., p. 66.

11. Santos, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena – Fundamentos políticos e aplicação judicial.* Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 5-6.

2.3 *A concepção finalista*

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Direito Penal, principalmente na Alemanha, foi marcado por uma profunda crise, eis que a ordem jurídica em vigência durante o Nazismo possibilitou a suposta legalidade do cometimento de inúmeras atrocidades contra a vida e integridade humanas. A fim de julgá-las, foi criado pelos Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e ex-U.R.S.S., o Tribunal de Nuremberg que aplicou um Direito Natural suprapositivo e ignorou a defesa dos réus de ofensa ao princípio da legalidade por não serem aqueles fatos considerados crimes ao tempo de sua prática.

Como reação a redução do Direito Penal a enunciados normativos de teor jusnaturalista, o Finalismo se projetou como uma teoria centrada nos conceitos nucleares (ação, antijuridicidade, culpa), fundados sobre estruturas objetivas. Foi apresentada como uma doutrina com fundamentos ontológicos, isto é, o Direito Penal teria por objeto elementos naturais que não precisariam ser empiricamente provados, como exigia o Positivismo, nem serem organizados por valores, como no Neokantismo.

Hans Welzel concebia que as normas de Direito Penal não deveriam ordenar ou proibir meros processo causais, mas sim regular atos dirigidos finalisticamente (ações) ou omissão de tais atos, estruturas lógico-objetivas.[12] O homem foi tomado como dotado de livre arbítrio e capaz de dirigir sua conduta. A culpabilidade foi reduzida a um simples juízo de valor,[13] baseado no livre arbítrio: "Culpabilidade é 'reprovabilidade' da configuração da vontade (...) Só pode ser culpável o homem dotado de vontade".[14]

12. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.* São Paulo: Ed. RT, 2001, p.14.

13. O dolo e a culpa não seriam modalidades de culpabilidade. Existiriam três tipos gerais: doloso, culposo e omissivo.

14. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman.* 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 167.

O conceito finalista de culpabilidade recebeu várias críticas que consideraram que na prática o livre arbítrio era indemonstrável,[15] revelando-se a reprovabilidade um juízo normativo hipotético que tornaria o autor do fato mero objeto de imputação, segundo colocações de Juarez Tavares: "Abandona-se aqui, o fato e alicerça-se a responsabilidade não no agente, mas no juízo que dele juridicamente se faz".[16]

Para Welzel, ao fundamento real da pena estaria no seu caráter indispensável de manutenção da integridade da ordem social, com fortalecimento do juízo ético (função preventiva positiva geral da pena).[17] A respeito, Zaffaroni se pronunciou: "nas complexas sociedades modernas não há um único sistema de valores e, além do mais, a posição contrária está consagrando o estado como gerador de valores éticos, o que implica uma ditadura ética".[18]

Cumpre assinalar que, não obstante as críticas procedidas, a teoria finalista conseguiu rapidamente grande aceitação no período pós-guerra, marcado pela Guerra Fria, como precisamente observa Nilo Batista:[19]

"Por um lado, subtrair o sujeito do mundo causal determinado era algo em consonância com o princípio da autonomia moral da pessoa humana, pedra angular do então nascente direito internacional dos direitos humanos; de outro lado, no quadro da guerra fria, no qual uma das oposições propagandísticas situava no ocidente cristão a liberdade e na União Soviética materialista o determinismo histórico, este sujeito que pode atuar finalisticamente, fora dos condicionamentos de classe social, era um personagem benvindo."

15. ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*. Disponível em: <http://www.unifr/derechopenal/articulos.htm>. Acesso em: 08.02.2002: "es impossible es demonstrar si uma persona concreta em una situación concreta há cometido libremente o no um determinado delito".

16. Op. cit., p. 145.

17. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman* cit., p. 282-285.

18. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 125.

19. *Novas tendências do direito penal*. Palestra proferida em 08.05.2003, no Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/dpenal2003/NiloBatista.doc>. Acesso em: 09.02.2008.

2.4 A reprovabilidade de Roxin

Grande contestador do paradigma finalista, Claus Roxin publicou em 1970, na Alemanha, a obra Política criminal e sistema jurídico-penal, na qual defendeu que cada categoria do delito deveria ser desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal: "O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica".[20] O Direito Penal deveria ser referido a valores e finalidades do Estado Democrático de Direito, com limites traçados na Constituição e na legislação e visaria à proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade de maneira subsidiária.[21]

Roxin é considerado um funcionalista moderado, influenciado pela sociologia de Talcott Parsons, pois ao mesmo tempo em que percebeu a sociedade como um sistema, na qual o equilíbrio dependeria da integração de seus componentes, não rejeitou completamente o que pudesse vir da esfera do ontológico e do sentido ordinário da linguagem.[22]

Diferentemente das concepções anteriores, Roxin trabalhou a culpabilidade como elemento de um conceito mais amplo, a reprovabilidade:

No campo dos pressupostos da punição, a responsabilidade foi concebida como a realização dogmática da teoria político-criminal dos fins da pena, e, em regra, como uma indicação ao juiz de que deveria aplicar a sanção. Seria dirigida ao autor, por indagar quanto a sua necessidade individual da pena e não ao fato.[23]

Por esse entendimento, a reprovabilidade teria a aptidão de aferir se o autor individual da conduta mereceria a punição pelo injusto praticado. A

20. Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 82.

21. Roxin, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito.* Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63-65 e 79.

22. Silva Franco, Alberto. As perspectivas do direito penal por volta do ano 2010. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 9 e 10, p. 53, Rio de Janeiro, 2000.

23. Roxin, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal* cit., p. 241-242.

culpabilidade analisaria o agir ilícito do agente apesar da idoneidade para ser destinatário de normas,[24] porém não bastaria em si, eis que se deveria atentar para a necessidade da prevenção geral da pena em seus aspectos positivo e negativo, bem como da prevenção especial negativa, respectivamente, o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, a capacidade da pena de dissuadir as pessoas de cometerem crimes e a intimidação do condenado para a não reincidência.[25] Destarte, culpabilidade e exigências de prevenção limitar-se-iam reciprocamente e só alcançariam a reprovabilidade, caso existissem cumulativamente.[26]

Zaffaroni criticou tal construção téorica por considerar o livre arbítrio indemonstrável e por entender que a mesma se encerrou num ciclo vicioso, no qual a culpabilidade fundamentar-se-ia na pena e vice-versa, com retorno à objeção metodológico formulada por Dohna da confusão entre objeto de valoração e valoração do objeto.[27]

2.5 A concepção funcional de Jakobs

Günther Jakobs apareceu como um funcionalista radical, cuja rebuscada teoria possui, dentre outras, influências da filosofia hegeliana, da sociologa de Durkheim e de Luhmann. Para Jakobs, a sociedade complexa não seria uma mera reunião de indivíduos, mas um sistema social, um processo de comunicação, cuja identidade seria garantida pelo Direito Penal. Tal raciocínio conduz à eliminação da noção usual de bem jurídico, pois a missão do Direito Penal seria a manutenção

24. Roxin, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-pena. *RBCCrim* 9-35/20, São Paulo, jul.-set. 2001.

25. Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.

26. Roxin, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal* cit., p. 207-208.

27. Zaffaroni, Eugenio Raúl. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva cit., p. 60-64.

da vigência da norma, concebida como estrutura da sociedade: "O Direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos".[28]

Em razão do aumento da complexidade da sociedade e da banalização dos contatos anônimos, o termo pessoa não significaria o indivíduo, mas o portador do papel, o detentor de uma competência socialmente relevante e uniformemente esperada, construção que termina por desconsiderar a autonomia individual. A contrariedade a um papel denotaria a defraudação de uma expectativa normativa. Por sua vez, a culpabilidade definida como "déficit de fidelidade ao Direito",[29] expressaria uma comunicação defeituosa do infrator, revelaria a incompatibilidade desse com a ordem jurídica, porém não teria a aptidão de afetar a validade da norma, pois a pena aplicada representaria a negação da negação ao Direito, portanto sua afirmação. Nesse sentido, a função da pena seria a prevenção geral positiva de reafirmar a validade da norma perante a sociedade.

Conforme críticas já expostas em trabalho anterior,[30] o conceito funcional de culpabilidade de Jakobs mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito, por ignorar o caráter antropológico da conduta (que não se refere a um sujeito concreto, mas a um papel) e por instrumentalizar o homem, ao anular sua dignidade para afirmar a ordem jurídica, o que poderá respaldar no incremento do uso do poder punitivo num mundo dominado pelo modelo neoliberal.

Após o ataque às torres gêmeas do edifício Empire State, em Nova Iorque, em 11.09.2001, seguida da "guerra ao terrorismo" proclamada pelos Estados Unidos, com a invasão do Iraque, a elaboração teórica de Jakobs, tornou-se ainda mais polêmica ao postular a divisão maniqueísta do Direito Penal em Direito

28. JAKOBS, Günther. Que *protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma? El sistema funcionalista del derecho penal*. Lima: Grijley, 2000, p. 57 e 46.

29. JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 581.

30. CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de Jakob. *RBCCrim* 12-51/207-235, São Paulo, nov.-dez. 2004.

Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, aquele referido a quem puder ser reconhecido como pessoa, a qual se aplicaria uma pena após o cometimento do delito, no intuito de afirmar a vigência da norma e o segundo dirigido aos perigosos, com imposição de medida de segurança como puro impedimento físico, anteriormente à pratica do crime:

"Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade."[31]

Como bem destacado por Zaffaroni, a defesa da divisão dicotômica do Direito Penal entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo tem por conseqüência a negação do Estado de Direito, com o incremento do poder punitivo de maneira arbitrária. Em contundente crítica, assinalou o mestre: "O verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia".[32]

3. Elementos para a compreensão das propostas de Zaffaroni

3.1 A dialética material

O conceito de dialética, concebido inicialmente entre os gregos antigos como a arte do diálogo, sofreu diversas transformações ao longo da história. Na acepção de síntese dos opostos, devem ser destacadas as reflexões de Hegel, para quem a questão central da filosofia seria o conhecimento. Desempenhou importante papel na teoria do filósofo alemão o conceito de superação dialética, que

31. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo – Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 175

englobaria a negação de uma determinada realidade, a conservação de algo de essencial que nela existiria e a sua elevação a um nível superior: "O que caracteriza a dialética superior do conceito é não limitar-se a produzir uma determinação como simples limitação ou contrário, mas a partir dessa determinação, engendrar e apreender o conteúdo e o resultado positivo"[33] Pode ser explicada pela fórmula tese X antítese = síntese. A tese seria a proposição inicial, que conviveria com a antítese, sua contradição, e desse embate surgiria a síntese, carreada de elementos de ambas. Esse mecanismo de transformação seria subordinado ao princípio da Idéia Absoluta, de teor bastante nebuloso:[34]

"Que a dialética seja uma lei constitutiva do pensamento e que, como entendimento, o pensamento se negue e se contradiga ele mesmo, eis um dos pontos essenciais da lógica. O pensamento lógico, desesperando de poder tirar dele próprio a conciliação das oposições, em que se colocou, apela para o espírito, ao qual compete apresentar a solução dessas oposições, em outra forma."[35]

A respeito, Karl Marx, pronunciou-se:

"Ao conceber a negação da negação, sob o aspecto da relação positiva a ela inerente, como a única verdadeiramente positiva, e sob o aspecto da relação negativa a ela inerente, como o único ato verdadeiro, e que se confirma a si próprio, de todo o ser, Hegel descobriu simplesmente uma expressão abstrata, lógica e especulativa do processo histórico, que ainda não é a verdadeira história do homem como um dado sujeito, mas apenas a história do ato de criação, da gênese do homem."[36]

Marx aproveitou o conceito de superação dialética de Hegel, porém, diferentemente desse idealista, propôs que o movimento histórico seria derivado das

33. Corbisier, Roland. *Hegel. Textos escolhidos.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981, p. 52.

34. Konder, Leandro. *O que é dialética.* 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981, coleção Primeiros passos, p. 7, 22, 26-27

35. Corbisier, Roland. Op. cit., p. 55-56.

36. Marx, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos, de 1844.* Disponível em: <http://antivalor.vilabol.uol.com.br/textos/marx/tx_marx_man3.htm>. Acesso em: 09.02.2008.

condições materiais da vida. O processo histórico é dialético, a realidade, embora essencialmente contraditória, encontrar-se-ia em permanente transformação. Estava criado o método materialista histórico dialético que viria a ser aplicado nas ciências humanas e sociais, com uma visão crítica da realidade, com o objetivo de compreendê-la e transformá-la:

"O último método é manifestamente o método cientificamente exato. O concreto é concreto porque é a síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso. Por isso o concreto aparece no pensamento como o processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, ainda que seja o ponto de partida efetivo e, portanto, o ponto de partida também, da intuição e da representação."[37]

Assim, para os adeptos desse método, é necessária a exata compreensão da realidade histórica em todas suas contradições, a fim de superá-las dialeticamente. Nas palavras de Roberto Lyra Filho:[38] "O avanço, a superação do ponto de vista dialético, não envolve o aniquilamento, mas a ultrapassagem que conserva os aspectos positivos e as conquistas de etapas anteriores".

3.2 O neoliberalismo e a sociedade conflitivista

O neoliberalismo pode ser definido como um estágio mais radical do capitalismo que defende a aplicação de um conjunto de políticas dirigidas à desregulamentação do mercado, com a diminuição da presença do Estado em vários setores, visando ao aumento da competitividade das grandes empresas e conglomerados, o que proporcionou o aumento das desigualdades sociais. Em países periféricos, como os da América Latina, nos quais não houve sequer consolidação do Estado de bem-estar social, a situação se tornou ainda mais alarmante. Uma das facetas do

37. Marx, Karl. Para a crítica da economia política. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2450>. Acesso em: 09.02.2008.

38. Lyra Filho, Roberto. *O que é direito.* São Paulo: Brasiliense, 1999, coleção Primeiros passos, p 55.

neoliberalismo é a globalização que propõe a unificação dos mercados em escala mundial. Tal modelo ganhou vigor nas últimas décadas com o fim da Guerra Fria, como bem esclareceu Frei Betto:[39]

"O neoliberalismo é o modo como hoje o sistema capitalista se estrutura. Até os anos 80, o capitalismo mostrava-se com um perfil liberal: havia concorrência entre empresas, os Estados procuravam fortalecer as burguesias de suas nações, a questão social era uma das prioridades públicas. A queda do Muro de Berlim, em 1989, fez desmoronar também o mundo bipolar. Agora, temos um mundo unipolar, sob hegemonia dos EUA. O avanço da tecnologia de comunicações favorece o fenômeno conhecido como globalização: a soberania dos Estados é ignorada, as fronteiras nacionais desrespeitadas, empresas e mídia operam na geografia mundial como se o fizessem nas cidades onde estão sediadas. A concorrência entre empresas desaparece quando se trata de megaempresas, agora transformadas em oligopólios que controlam bancos e redes de lanchonetes, clubes de futebol e fábricas de roupas. O capital circula sem barreiras e fronteiras, a especulação supera a produção, a busca desenfreada de lucro ignora qualquer princípio ético."

Pierre Bourdieu alertou para o trabalho de alguns pensadores para dar suporte teórico a esse modelo:[40]

"Os think thanks de onde saíram os programas políticos de Reagan ou Thatcher, ou, depois deles, Clinton, Blair, Schröder ou Jopin, tiveram, para estar em condições de romper com a tradição do welfare state, que operar uma verdadeira contra-revolução simbólica e produzir uma doxa paradoxal: conservadora, apresenta-se como progressista; restauração do passado no que às vezes tem de mais arcaico (particularmente em matéria de realções econômicas), faz passar regressões e

39. Betto, Frei. Os desafios do movimento social frente ao neoliberalismo, artigo disponível em <http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/desafiosneobetto.html>. Acesso em: 09.02.2008.

40. Bourdieu, Pierre. *Por um conhecimento engajado. Contrafogos 2: por um movimento social europeu*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 41.

retrocessos por reformas ou revoluções. Isso pode ser visto em todas as medidas que visam desmantelar o welfare state, ou seja, destruir todas as aquisições democráticas em matéria de legislação do trabalho, saúde, proteção social ou educação."

Um dos principais expoentes do neoliberalismo foi Milton Friedman, da conservadora Escola de Chicago de Economia, favorável à liberdade econômica em detrimento da igualdade e à redução do Estado Social, lições que vêm sendo aplicadas por parte dos governos que abraçaram tal doutrina.

Zygmunt Bauman percebeu, com perspicácia, como conseqüências do neoliberalismo a desintegração social, o consumismo desenfreado por parte dos que ainda têm algum poder aquisitivo e a crescente sensação de insegurança. Houve a corrosão do conceito do cidadão (pessoa que busca o próprio bem-estar mediante o bem-estar alheio) pela ênfase na noção de indivíduo (cada um é responsável por si). Nesse quadro, os riscos e contradições da vida (tais como desemprego e enfermidade) não são assumidos coletivamente e devem ser enfrentados individualmente sem que se esperem ações específicas do Estado senão a de permitir que cada um siga seu caminho e que "todos o façam 'em paz' – protegendo a segurança de seus corpos e posses, trancando criminosos reais ou potenciais nas prisões e mantendo as ruas livres de assaltantes, pervertidos, pedintes e todo tipo de estranhos constrangedores e maus".[41]

Quanto a essa última ação delegada pelos neoliberais ao Estado, Loïc Wacquant demonstra que nos Estados Unidos houve aumento do número de pessoas encarceradas e submetidas a alguma forma de controle pelo Estado policial, que vem substituindo o Estado Social.[42] Naquele país, milhões de pessoas não têm perspectivas de ingressar na sociedade de consumo proposta pelo modelo neoliberal, são consumidores falhos, não mais encarados como reserva de mão-de-obra (como ocorrera na etapa anterior do capitalismo) e apontados

41. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 45.

42. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: ICC e Freitas Bastos, 2001, coleção Pensamento criminológico.

como fracassados numa sociedade competitiva. Se não servem a esse modelo, a proposta é que sejam descartados, da maneira mais lucrativa aos neoliberais: a indústria do encarceramento, a qual apresenta crescimento vertiginoso nos últimos anos e é a mais nova técnica de gestão da miséria. Em suma, não se propõe mais a diminuição ou o fim da pobreza, mas a guerra contra os pobres, ideologia copiada pelo resto do mundo.

4. A culpabilidade no Estado Democrático de Direito

4.1 A seletividade e a vulnerabilidade

Sob o enfoque da Criminologia Crítica, a função do sistema penal é a manutenção e a reprodução da realidade social existente.[43] Para tanto, a sua seletividade opera-se em duas fases: primária (elaboração das leis penais) e secundária (punição exercida sobre pessoas concretas). Quanto à criminalização primária, cabe reproduzir a lição Nilo Batista,[44] "o elemento que transforma o ilícito em crime é decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma pena. Augusto Thompson constatou: "Numa sociedade complexa e hierarquizada dita as leis quem dispõe de poder. É natural que o faça de tal sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes, com manutenção de suas vantagens, os ônus arrojados às costas das camadas subordinadas"[45] Para Baratta,[46] a segunda etapa nada mais é do que a acentuação do caráter seletivo do sistema penal abstrato.

Quanto à questão da criminalização secundária, deve-se ter em mente um outro conceito: o da vulnerabilidade, ou seja, verificar quais as pessoas que esta-

43. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 221.

44. Op. cit., p. 44.

45. THOMPSON, Augusto. Direito alternativo (ou justiça alternativa?) na área penal. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 3, p. 35, Rio de Janeiro, 1997.

46. Op. cit., p.176.

riam mais próximas de serem escolhidas pelo sistema penal. Conforme assinala Zaffaroni:

"O sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis (...) É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente."[47]

A seletividade procede-se mediante a conjugação de dois fatores: o estado de vulnerabilidade e a situação de vulnerabilidade. Destarte, não basta que a pessoa se encontre num estado de vulnerabilidade para ser selecionada pelo sistema penal, é necessário que se coloque numa situação concreta de vulnerabilidade:

"Esta situação de vulnerabilidade é produzida pelos fatores de vulnerabilidade, que podem ser classificados em dois grandes grupos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., sempre mais ou menos amplo, como também se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu. O esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do 'injusto' é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia."[48]

No tocante à posição ou estado de vulnerabilidade, o renomado jurista rejeitou um critério puramente classista, apto a estimular um preconceito contra a pobreza, além de poder resvalar num Direito Penal de classes, cujo alvo pre-

47. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 27 e 268.

48. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 270.

ferencial seria as elites. Destarte, afastou a aplicação da co-culpabilidade, idéia pela qual a sociedade seria, em parte, responsável, pela conduta praticada pelo indivíduo pertencente a um estrato social mais desfavorecido, o qual por esse motivo deveria ter sua pena atenuada.[49] A nova proposta afere os recursos de adestramento, a educação dos quais dispõe a pessoa mais humilde, ao cometer o crime. Se forem primitivos demais, seu delito pode ser considerado como uma obra tosca e mais facilmente detectável pelas agências executivas por se enquadrar no estereótipo criminal. Além dessa hipótese, mais comum e mais divulgada, denominada criminalização conforme ao estereótipo, existem ainda a criminalização por comportamento grotesco trágico, relativa aquele grupo de autores de crimes praticados com grande violência, e a criminalização devido à falta de cobertura, referente a pessoas quase invulneráveis que foram derrotadas na disputa de poder hegemônico.[50] Quanto a essas últimas, serviriam para dar uma falsa ilusão de igualdade ao sistema penal.[51]

Conforme já esclarecido, sob o enfoque de Zaffaroni, os indivíduos não são selecionados pelas agências executivas (em regra, agências policiais) unicamente em virtude de seu estado ou posição de vulnerabilidade, mas também pela colocação numa posição concreta de risco criminalizante. No preciso raciocínio de Zaffaroni:

"Em geral, já que a seleção dominante corresponde a estereótipos, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa fazer um esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (ao contrário, deve esforçar-se muito para evitá-lo), porquanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo. Quem, ao contrário, não se enquadrar em um estereótipo, deverá fazer

49. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos sediciosos-crime, direito e sociedade* 14/36, Rio de Janeiro, 2004.

50. Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal* cit., p. 49.

51. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* cit., p. 271.

um esforço considerável para posicionar-se em situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo."[52]

4.2 A teoria agnóstica da pena

Em face da constatação da seletividade do poder punitivo, Zaffaroni propôs uma teoria agóstica da pena, que não reconhece nesse instituto qualquer das funções declaradas pelas teorias jurídicas apresentadas (preventiva especial, retributiva, preventiva geral): "pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes".[53] Essa construção concebe a pena não como legítima, mas sim como um fato político, de poder, tal como a guerra, a qual não pode ser evitada pela existência de convenções internacionais de direitos humanos e cujos efeitos violentos o Direito Internacional Humanitário tenta conter, reduzir. Esse mesmo efeito deve ser visado pelo Direito Penal: a contenção, a redução e, se possível, a anulação do poder punitivo. Em suas palavras:

"Lo que han hecho es, sencillamente, reconocer que la guerra es un hecho de poder, que ni modo, que ahí está. Así que el derecho internacional humanitario es racional en tanto que trata de usar su poder como agencia internacional –que no es mucho pero, bueno, es algo– y de administrarlo para tratar de reducir los límites de la violencia de ese hecho que es la guerra y que en sí mismo es incontrolable por medio del propio derecho internacional. La lógica de este juego sería: "no puedo cancelar este fenómeno que es ilícito, pero sí puedo jugar mi escaso poder para tratar de limarle los aspectos más violentos, más inhumanos, más terroríficos. Me parece que lo mismo puede hacerse en el derecho penal; es decir, podemos redefinir el derecho penal de la misma forma que el derecho internacional humanitario, y

52. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal* cit., p. 49-50.

53. Idem, p. 99.

concebirlo como un discurso para limitar, para reducir, para acotar y eventualmente, si se puede, para cancelar el poder punitivo."[54]

Conforme assinalou Cirino dos Santos essa perspectiva agnóstica das funções da pena retomou o pensamento de Tobias Barreto que definia a pena como ato de poder político correspondente ao fundamento jurídico da guerra.[55]

Ao Direito Penal não está reservado o papel de respaldar o incremento do poder punitivo, ao revés, seu dever é o de atuar como um dique de contenção e redução do poder punitivo: "O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito".[56] A análise de Zaffaroni foi procedida por meio de um método dialético: em face da tese Estado de Direito existe a antítese Estado de polícia. Porém nem todo Estado de Direito é puro, pois contém em seu interior um Estado de polícia:

"O estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam (...) Considerando a dinâmica da passagem do estado de polícia ao estado de direito, é possível sustentar uma posição dialética: não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contém (mais ou menos eficientemente os estados de polícia neles enclausurados."[57]

A atuação do Direito Penal deve consistir na redução do Estado de polícia para impulsionar o Estado de Direito: "Por isso, a função de contenção e redução

54. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión.* Transcripción del registro original de audio durante el encuentro internacional La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias, celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en la ciudad de México. Disponível em: <http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/pena-zaffa.htm>. Acesso em: 09.02.2008.

55. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena – Fundamentos políticos e aplicação judicial* cit., p. 16.

56. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal* cit., p. 156.

57. Idem, p. 41.

do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso".[58] Dessa forma, mister a incumbência dos juízes para a contenção e redução do poder punitivo: "Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república".[59]

4.3 A vulnerabilidade como antítese redutora

O discurso de Zaffaroni acerca da vulnerabilidade do sistema penal e sua teoria agnóstica da pena logrou a abalar as estruturas das principais teorias da culpabilidade examinadas, eis que essas não refletiriam a realidade de um poder punitivo seletivo operado pelas agências executivas, mormente na América Latina, bem como não teriam sido aptas a demonstrar as funções propagadas da pena: "o conceito de culpabilidade normativa – a reprovação personalizada – entrou em crise com a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal"[60] Para o mestre argentino, a doutrina deve se distinguir da legislação penal e do exercício real do poder punitivo, por meio da programação da contenção e redução jurídica do exercício desse poder:

"Neste sentido, o direito penal é um apêndice do direito constitucional de todo Estado constitucional de direito, pois a função contendora é indispensável para sua subsistência (sem ela o Estado de direito desapareceria convertido em puro Estado de polícia)."[61]

Para atingir tal objetivo, Zaffaroni formulou a construção de um conceito de culpabilidade fundado sobre base antropológica, ou seja, na valorização da

58. Idem, ibidem.

59. Idem, p. 40.

60. ZAFFARONI. Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* cit., p. 259.

61. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade* 14/32 cit.

pessoa que não deve ser abandonada pela defesa do sistema, como propuseram os funcionalistas mais radicais como Jakobs:

"Para tanto acreditamos que se deve manter o conceito de culpabilidade, sem abandonar as formas da ética tradicional, pois o abandono destas formas conduz ao risco de acabar destruindo o próprio conceito de pessoa."[62]

Em suma, a proposta de Zaffaroni, apesar de reconhecer a insuficiência dos conceitos usuais de culpabilidade de ato, não defendeu a sua eliminação, mas a sua análise como meio de enfrentamento do problema, incorporando os dados da realidade:

"A culpabilidade é o capítulo especificamente penal de toda a teoria do delito e o qual, em função disso, nos proporciona a chave da crise pela qual atravessa nosso saber há muito tempo e que parece acentuar-se."[63]

Admitido o fato de que o sistema penal age como um filtro selecionando pessoas que se encontram num estado de vulnerabilidade e se colocam numa situação concreta de vulnerabilidade, pertinente a indagação quanto a qual conceito de culpabilidade o magistrado deve adotar a fim de conter ou reduzir o sistema punitivo, visando ao impulso do Estado Democrático de Direito. O grau de atuação do juiz deve ser encarado como muito limitado, pois não participou da criminalização primária (eleição das condutas que deveriam constituir crime) nem iniciou a criminalização secundária (efetuada pelas agências executivas), a sua tarefa deve ser quanto à decisão de prosseguir ou não nessa criminalização. Não pode ele ignorar algumas questões: a inflação de leis penais, a impunidade como regra diante do escasso aparato das agências executivas, uma sociedade conflitivista, na qual a parcela majoritária da população ostenta condições sociais, políticas, culturais, étnicas e educacionais rejeitadas pelo modelo neoliberal e aptas a conferir-lhe o estado de vulnerabilidade, a desnecessidade de um grande esforço pelo indivíduo enquadrado nessa maioria para alcançar uma situação de vulnerabilidade.

62. Idem, p. 36.
63. Idem, p. 32.

Em razão da impossibilidade de se resolver a problemática por meio da lógica linear, Zaffaroni respondeu ao questionamento acerca do delineamento de um conceito de culpabilidade, mais uma vez, fazendo uso do raciocínio dialético. Se existe como tese a culpabilidade de ato (a qual não leva em conta o fenômeno da seletividade), sua antítese é a vulnerabilidade, resultando a síntese num conceito de culpabilidade viável no Estado Democrático de Direito, porque redutor da irracionalidade do sistema penal:

"Assim, pode-se afirmar que a culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma alternativa à culpabilidade como reprovação formal ética, mas um passo superador da culpabilidade que, como todo processo dialético, a pressupõe e a conserva em sua síntese."[64]

A culpabilidade pela vulnerabilidade, diversamente da culpabilidade de ato, apura o estado de vulnerabilidade da pessoa e o esforço por ela procedido a fim de se colocar numa situação concreta de vulnerabilidade, de forma que dessa operação surge a culpabilidade normativa penal como síntese. Todo esse mecanismo pode ser explicado pela seguinte fórmula tese X antítese = síntese: culpabilidade de ato X vulnerabilidade = culpabilidade normativa penal.

O magistrado, diante da pessoa a ser julgada, não deve se limitar à análise da culpabilidade de ato, mas deve operar a esse exame uma contraposição: o esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Assim, quanto menor o esforço engendrado por um indivíduo, em razão de seu alto estado de vulnerabilidade, para atingir uma situação concreta de vulnerabilidade, menor será a sua culpabilidade. Ao revés, quanto menos vulnerável à seleção operada pelas agências executivas, mais contundente será seu esforço para lograr a situação concreta de vulnerabilidade. Do cotejo entre os dois tipos de culpabilidade, surge a síntese, a culpabilidade normativa penal, a qual tem como seu limite máximo a culpabilidade de ato.

Nas palavras de Zaffaroni:

64. Idem, p. 31.

"A culpabilidade de ato pura é claramente valorativa, pois traduz um âmbito de autodeterminação (catálogo de possíveis condutas da pessoa na constelação situacional concreta em que atuou) em uma magnitude de reprovação e, em conseqüência disso, de possível habilitação de poder punitivo. Trata-se de constatar um fato e de traduzi-lo juridicamente. Sua antítese, ou seja, a culpabilidade pela vulnerabilidade constata o estado de vulnerabilidade do sujeito e o esforço que este realiza para alcançar a situação concreta em que foi atingido pelo poder punitivo, e logo procede a sua tradução valorativa. A síntese será uma tradução que se projetará sobre a pena até o limite de reprovabilidade do esforço, sempre que não supere o indicado pela culpabilidade do ato."[65]

Destarte, a culpabilidade pela vulnerabilidade atua como reverso dialético da culpabilidade de ato, resultando desse embate a culpabilidade normativa penal como síntese, a qual indica a pena a ser aplicada ao caso, salvo as hipóteses de ínfima reprovação, em que se deve concluir pela não-culpabilidade penal.

5. Conclusões

O breve histórico da culpabilidade de ato de maneira mais estruturada permite localizar como sua origem mais recente a Europa num contexto de ascensão do capitalismo industrial. As concepções de culpabilidade sofreram constantes transformações em mais de cem anos, de acordo com a ideologia de cada época projetada naquele continente e foram transportadas para a América Latina sem atentar para a realidade aqui vigente.

O jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni percebeu os efeitos da aplicação da culpabilidade de ato pelo sistema penal latino-americano, estruturado para operar seletivamente. A situação mostra-se a cada dia mais grave pela adoção do modelo neoliberal, que prega o aumento do Estado policial e diminuição do Estado social, o qual, nos países periféricos não chegou sequer a ser consolidado.

65. Idem, p. 44.

Numa construção teórica dialética que prima pela originalidade e tem como postulado básico a valorização da pessoa, o mestre defende que a mudança é uma negação daquilo que pretende transformar e, simultaneamente, sua superação. Para tanto, parte de uma concepção agnóstica da pena, que não conhece quaisquer das funções apregoadas pela doutrina tradicional e a define como expressão de um fato de poder que precisa ser contido e reduzido, mas que não necessita ser legitimado. Dessa forma, defende que a doutrina do Direito Penal deve se distinguir do quadro atual da legislação penal e do exercício real do poder punitivo, por meio da contenção desse, a ser procedido pelos magistrados, os quais devem opor a culpabilidade por vulnerabilidade como antítese redutora da culpabilidade de ato, resultando como síntese a culpabilidade normativa penal, a qual não pode superar o limite da culpabilidade de ato. Esse conceito resulta compatível com o Estado Democrático de Direito, ao tomar como centro da ordem jurídica a pessoa e por reduzir a irracionalidade operacional do sistema penal que possa se voltar contra ela.

6. Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano.* São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *Novas tendências do direito penal.* Palestra proferida em 08.05.2003, no Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/dpenal2003/NiloBatista.doc>. Acesso em: 09.02.2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: De Palma, 1944.

BETTO, Frei. Os desafios do movimento social frente ao neoliberalismo. Disponível em: <http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/desafiosneobetto.html>. Acesso em: 09.02.2008.

BOURDIEU, Pierre. *Por um conhecimento engajado. Contrafogos 2: por um movimento social europeu*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CORBISIER, Roland. *Hegel. Textos escolhidos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de Jakob. *RBCCrim* 12-51/207-235. São Paulo, nov.-dez. 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma? El sistema funcionalista del derecho penal*. Lima: Grijley, 2000. p. 43-60.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo – Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KONDER, Leandro. *O que é dialética*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981, coleção Primeiros passos.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1899. t. I.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense 1999, coleção Primeiros passos.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos, de 1844*. Disponível em: <http://antivalor.vilabol.uol.com.br/textos/marx/tx_marx_man3.htm>. Acesso em: 09.02.2008.

_____. Para a crítica da economia política. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2450>. Acesso em: 09.02.2008.

MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Política criminal e dogmática jurídico-penal na República de Weimar. *Revista do Ministério Público* 67/11-37, Lisboa, jul.-set. 1996.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*. Disponível em: <http://www.unifr/derechopenal/articulos.htm>. Acesso em: 08.02.2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica.* São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *RBCCrim* 9-35/13-27, São Paulo, jul.-set. 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. *Teoria da pena – Fundamentos políticos e aplicação judicial.* Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SILVA FRANCO, Alberto. As perspectivas do direito penal por volta do ano 2010. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 9 e 10, p. 43-63, Rio de Janeiro, 2000.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *RBCCrim* 6-24/145-156, São Paulo, out.-dez. 1998.

THOMPSON, Augusto. Direito alternativo ou justiça alternativa? na área penal. *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade* 3/35-39, Rio de Janeiro, 1997.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 2001, coleção Pensamento criminológico.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

_____. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. *Revista de Derecho Penal* 11/51-64, Montevidéu, 2000.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión*. Transcripción del registro original de audio durante el encuentro internacional La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias, celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en la ciudad de México. Disponível em: <http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/penazaffa.htm>. Acesso em: 09.02.2008.

_____ et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

2. Processo Penal

(Re)descobrindo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal)

Aury Lopes Jr.
Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid.
Professor Titular de Direito Processual Penal da PUC-RS.
Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.
Membro do Conselho Diretivo para Iberoamérica da Revista de *Derecho Procesal.*
Pesquisador do CNPq. Advogado criminalista.

Resumo: trabalho pretende rediscutir a natureza jurídica do processo penal, à luz de suas categorias jurídicas próprias, focando a necessária superação da teoria do processo como relação jurídica (Bülow) pela concepção de processo como situação jurídica (James Goldschmdit) a partir da assunção da epistemologia da incerteza e do risco.

Palavras-chave: Processo penal – Relação jurídica – Situação jurídica.

Resumen: El ensayo analiza la naturaleza jurídica del proceso penal, teniendo en cuenta sus categorías jurídicas propias y la necesidad de superar la teoría del proceso como relación jurídica (Bülow) a través de la concepción del proceso como situación jurídica (James Goldschmidt), a partir de la asunción de la epistemología de la incertidumbre y del riesgo.

Palabras-clave: Proceso penal – Relación jurídica – Situación jurídica.

Sumário: 1. Introdução: as várias teorias – 2. Processo como relação jurídica: a contribuição de Bülow – 3. Processo como situação jurídica (ou a superação de Bülow por James Goldschmidt) – 4. Quando Ca-

lamandrei deixa de ser o crítico e rende homenagens a *un maestro di liberalismo processuale.* O risco deve ser assumido: a luta pelas regras do jogo – 5. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. Introdução: as várias teorias

Questão muito relevante é compreender a natureza jurídica do processo penal,[1] o que ele representa e constitui. Trata-se de abordar a determinação dos vínculos que unem os sujeitos (juiz, acusador e réu), bem como a natureza jurídica de tais vínculos e da estrutura como um todo.

Analisando a história do processo, Aragoneses Alonso[2] divide as diferentes teorias em três grande grupos a saber:

1. Teorias que utilizam categorias de outros ramos do direito

1.1. Teorias de direito privado

1.1.1. Processo como contrato

1.1.2. Processo como quase-contrato

1.1.3. Processo como acordo

1.2. Teorias de direito público

1.2.1. Processo como relação jurídica (Bülow)

1.2.2. Processo como serviço público (Jèze e Duguit)

1.2.3. Processo como instituição (Guasp)

2. Teorias que utilizam categorias jurídicas próprias

2.1. Processo como estado de ligação (Kisch)

1. O presente trabalho é um recorte da análise que fazemos em nossa obra *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 2. ed., vol. 1, publicado pela editora Lumen Juris, e para onde remetemos o leitor para uma melhor compreensão da complexa fenomenologia do processo penal à luz de suas categorias jurídicas próprias.

2. *Proceso y derecho procesal (introducción)*, p. 199 e ss.

2.2. Processo como situação jurídica (Goldschmidt)

3. Teorias Mistas[3]

3.1. Teoria da vontade vinculatória autárquica da lei (Podetti)

3.2. Processo como relação que se desenvolve em situações (Alsina)

3.3. Processo como entidade jurídica complexa (Foschini)

As teorias de direito privado (contrato, quase-contrato e acordo) foram sendo completamente abandonadas até o final do século XIX, quando o processo (civil e penal) deixa de ser considerado um mero apêndice do direito privado para adquirir sua autonomia. Na esfera penal, influência decisiva para o abandono das teorias privadas foi o fato de a pena passar ao estágio de *pena pública*, como explicado anteriormente, exigindo que a administração da justiça fosse exercida pelo Estado, pois ele passou a deter o poder de punir com o abandono e a proibição da vingança privada.

Dentre as teorias de direito público, foi a noção de processo como relação jurídica de Oskar von Bülow a que teve (e tem) maior aceitação, até os dias de hoje. As demais, processo como serviço público (Jèze e Duguit) e processo como instituição (Guasp), tiveram pouca aceitação e apenas contribuíram para enriquecer a discussão e evolução do processo, mas não foram adotadas. Da mesma forma os estudos de Kisch, Podetti, Alsina e Foschini.

Foi, sem dúvida alguma, James Goldschimdt o maior e único opositor à altura da tese de Bülow, com sua teoria do processo como situação jurídica. Mais do que estruturar uma nova leitura da complexa fenomenologia do processo, Goldschmidt mostra os graves equívocos e a insustentabilidade da noção de processo como relação jurídica.

Assim, considerando os limites do presente trabalho, nos centraremos nessas duas teorias.

3. As teorias mistas pretendem compatibilizar e conciliar, principalmente, as teorias da relação de Bülow e da situação jurídica de Goldschmidt.

2. Processo como relação jurídica: a contribuição de Bülow

A obra de Bülow *La teoria de las excepciones dilatórias y los presupuestos procesales*, publicada em 1868,[4] foi um marco definitivo para o processo, pois estabeleceu o rompimento do direito material com o direito processual e a conseqüente independência das relações jurídicas que se estabelecem nessas duas dimensões. É o definitivo sepultamento das explicações privativistas em torno do processo.

A teoria do processo como uma relação jurídica é o marco mais relevante para o estudo do conceito de partes, principalmente porque representou uma evolução de conteúdo democrático-liberal do processo, em um momento em que o processo penal era visto como uma simples intervenção estatal com fins de "desinfecção social" ou "defesa social".[5]

Como aponta Chiovenda, "la sencillísima pero fundamental idea notada por Hegel, afirmada por Bethmann-Hollweg y desenvuelta principalmente por Bülow y más tarde por Kohler y por otros muchos, incluso en Italia:[6] el proceso

4. Posteriormente, Bülow voltou ao tema, perfeccionando sua teoria frente as críticas que sucederam sua primeira exposição, mas manteve a linha básica. Segundo Chiovenda (*La acción en el sistema de los derechos*, p. 41) em maio de 1903, na obra *Klage und Urteil*, Bülow volta ao tema para rechaçar as críticas de Wach sobre a ação e, entre outros pontos, aceita a teoria da ação como direito potestativo defendida por Chiovenda.

5. Bettiol, Guiseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*, p. 243.

6. Em embargo, como destaca Alcala-Zamora y Castillo (*Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 118 e 119) "la concepción del proceso como relación jurídica es genuinamente alemana: alemanes son Hegel que la vislumbra, Bethmann-Hollweg que la sustenta y Oskar Bülow que en 1868 publica en Giessen su célebre monografía". Ademais, segue o autor, foram os alemães quem a adaptaram aos distintos ramos do processo e também quem mais duramente a combateram, chegando a propor sua substituição (através de J. Goldschmidt). Nada menos que 35 anos depois do livro de Bülow e 18 depois do *Handbuch* de Wach, Chiovenda lê em Bolonha sua lição inaugural sobre *L'azione*. Tal esclarecimento está justificado frente a alguns equívocos doutrinários, como o cometido por Jimenez Asenjo (*Derecho procesal penal*, vol. 1, p. 68) que depois de analisar as posições de Hellwig, Kohler e J. Goldschmidt, afirma que "... *finalmente*, Chiovenda, con la opinión dominante, (estima) una relación trilateral entre demandante, demandado y el tribunal,..." esquecendo-se por completo da doutrina alemã que já a havia concebido com anterioridade.

civil contiene una relación jurídica" criou um novo marco na doutrina processual civil e também no processo penal.

Na realidade, não se pode afirmar que Bülow criou a teoria da relação jurídica, pois, como aponta Aragoneses Alonso,[7] o tema já havia sido aludido por Bethmann-Hollweg anteriormente. Ademais, existem antecedentes históricos nos juristas italianos medievais, como Búlgaro,[8] que ao afirmar que *judicium est actus trium personarum, judicis, actoris, Rei* contemplava no processo as três partes: o juiz que julgue, o autor que demande e o réu que se defenda. Contudo, foi ele quem racionalizou a teoria e, principalmente, a desenvolveu sistematicamente frente ao processo.

A partir daí, não só o processo se desenvolve como instituição, senão que a "ação" (processual) passa a adquirir uma nova dimensão, que conduz a importantes estudos e evolução científica e dogmática de conceitos. Couture aponta que, para a ciência do processo, a separação entre direito e ação constituiu um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo.

Para Bülow, o processo é uma relação jurídica, de natureza pública, que se estabelece entre as partes (Ministério Público e réu) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Sua natureza pública decorre do fato de o vínculo se dar entre as partes e o órgão público da administração de justiça, numa atividade essencialmente pública. Nesse sentido, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.

No processo penal, representou um avanço no tratamento do imputado, que deixa de ser visto como um mero objeto do processo, para ser tratado como um verdadeiro sujeito, com direitos subjetivos próprios e, principalmente, que

7. *Proceso y derecho procesal*, p. 206.

8. Tratando dos antecedentes históricos nos juristas medievais italianos, Niceto Alcalá-Zamora e Aragoneses Alonso afirmam que Búlgaro era de Sassoferrato, lição que confiamos e acolhemos. Contudo, não se desconhece haver autores que afirmam que Búlgaro era de Bolonha. Fica a advertência.

pode exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição).

Segundo Bülow,[9] o processo é um conjunto de direitos e obrigações recíprocos, isto é, uma relação jurídica. Tal relação é pública, posto que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde o momento em que se trata no processo da função dos agentes públicos. É, ainda, uma relação contínua, pois avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, numa seqüência de atos logicamente concatenados.

Desenvolve-se, ainda, de modo progressivo, entre o tribunal e as partes. Para isso, é necessário saber entre que pessoas pode se estabelecer, a que objeto se refere, que ato ou fato é necessário para seu nascimento e quem é capaz ou está facultado para realizar tal ato. Para Bülow, os elementos constitutivos da relação jurídica processual são: pessoas, matéria, atos e momento em que se desenvolvem.

Assim chegamos a outra preciosa contribuição do autor para a ciência do processo: a teoria dos pressupostos processuais,[10] que surge basicamente da distinção entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídico-processual e procura definir quais são os pressupostos de validade e existência do processo.

Com base nos pressupostos processuais, foi possível compreender a existência do processo e, entre outras coisas, desenvolver uma teoria sobre as nulidades processuais com fundamento mais adequado.

Essa relação jurídico-processual é triangular, como explica Wach[11] (seguindo a Bülow), e dada sua natureza complexa se estabelece entre as partes e entre as partes e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações. Negar

9. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 2 e ss.

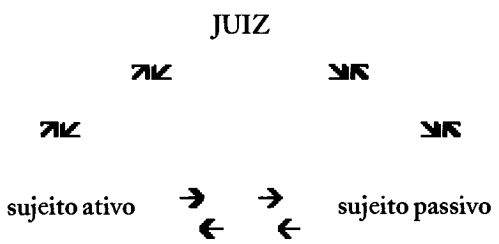
10. Sem rechaçar sua importância, mas tampouco concordando com a teoria, Manzini entende como "concepto nebuloso y de expresión exótica la de presupuestos procesales" (*Tratado de derecho procesal penal*, vol. 1, p. 117). Tal conceito (dos pressupostos processuais) também foi duramente atacado por Goldschmidt.

11. No seu *Manual de derecho procesal civil*, vol. 1.

isso é o mesmo que voltar à idéia de um Estado totalitário, em que não existe o binômio poder-dever jurisdicional. O processo é uma via de mão dupla, onde as partes têm direito à tutela jurisdicional, e o juiz, o dever de conduzir o processo até alcançar a sentença.

Quando verificamos que existe uma relação de direitos e deveres recíprocos entre acusador e acusado (como ocorre em relação aos direitos fundamentais), não se pode negar que exista uma verdadeira relação jurídica (complexa) entre eles. Graficamente, a teoria pode ser representada da seguinte forma:

WACH (BÜLOW)



Partindo dos fundamentos apontados por Bülow, aperfeiçoados por Wach[12] e posteriormente por Chiovenda, pode-se afirmar que o processo penal é uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, pois existem, entre as três partes, verdadeiros direitos e, obrigações recíprocos. Somente assim estaremos admitindo que o acusado não é um mero objeto do processo, tampouco que o processo é um simples instrumento para a aplicação do *jus puniendi* estatal.

12. Sem embargo, no processo penal, Wach nega a existência de partes, por considerar o acusado um meio de prova e não sujeito da relação jurídico-processual. Infelizmente, algumas vezes ocorre que um excelente processualista civil, quando incursiona pelo processo penal, não o faz com similar brilho. A negação de Wach é um inegável reflexo do verbo totalitário no processo penal.

O acusado é parte integrante do processo, em igualdade de armas com a acusação (seja ela estatal ou não) e como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação.

Mesmo entre os seguidores de Bülow, não existe acordo entre quem se estabelece a relação processual. Para alguns, se estabelece entre as partes e o juiz (Hellwig); para outros, somente entre as partes (Kohler); e, finalmente, existem aqueles que concebem a relação como triangular (Wach). Na Itália, a base da teoria da relação jurídica foi adotada, entre outros, por Carnelutti,[13] Chiovenda,[14] Bettiol e Rocco.

A teoria do processo como relação jurídica recebeu críticas, tanto na sua aplicação para o processo civil, como também para o processo penal, mas, em que pese sua insuficiência e inadequação, acabou sendo adotada pela maior parte da doutrina processualista.

A crítica mais contundente e profunda veio, sem dúvida, de Goldschmidt, através de sua tese de que o processo é uma situação jurídica, como se verá à continuação.

3. Processo como situação jurídica (ou a Superação de Bülow por James Goldschmidt)

A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de Bülow,[15] foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes.

13. Para quem o processo "no puede ser una relación jurídica sino que genera una red, por no decir una maraña de relaciones jurídicas" e, por isso, deve ser concebido como um *complejo de relaciones jurídicas* (*Instituciones de derecho penal y procesal penal*, p. 243 e ss.).

14. Ao contrário de Carnelutti, vislumbra uma única relação jurídica, mas complexa.

15. Desenvolvida na obra *La teoria de las excepciones dilatórias y los presupuestos procesales* publicada (original em alemão) em 1868.

Com certeza, foi muito sedutora a tese de que no processo haveria um sujeito que exercitava nele direitos subjetivos e, principalmente, que poderia exigir do juiz que efetivamente prestasse a tutela jurisdicional solicitada sob a forma de resistência (defesa). A apaixonante, ainda, a idéia de que existiria uma relação jurídica, obrigatória, do juiz com relação às partes, que teriam o direito de lograr através do ato final um verdadeiro clima de legalidade e *restabelecimento* da "paz social".

Foi James Goldschmidt e sua *teoria do processo como situação jurídica*, tratada na sua célebre obra *Prozess als Rechtslage*, publicada em Berlim em 1925 e posteriormente difundida em diversos outros trabalhos do autor,[16] quem melhor evidenciou as falhas da construção de Bülow, mas principalmente, quem formulou a melhor teoria para explicar e justificar a complexa fenomenologia do processo.

Para o autor, o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de Bülow são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo.

Goldschmidt ataca, primeiramente, os pressupostos da relação jurídica, em seguida nega a existência de direitos e obrigações processuais, ou seja, o próprio conteúdo da relação e, por fim, reputa definitivamente como estática ou metafísica a doutrina vigente nos sistemas processuais contemporâneos. Neste sentido, os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo, deixando, por sua vez, de condicionar o nascimento da relação jurídica processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito.

16. Para compreensão da temática, consultamos as seguintes obras de James Goldschmidt: *Derecho procesal civil*, *Principios generales del proceso*, *Derecho justicial material*, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* e a recente tradução brasileira *Princípios gerais do processo civil*. Destaque-se, ainda, a magistral análise feita por Pedro Aragoneses Alonso na obra *Proceso y derecho procesal*, p. 235 e ss., especialmente no que se refere à crítica feita por Piero Calamandrei e à resposta de Goldschmidt, que levou o processualista italiano a, nos últimos anos de vida, retificar sua posição e admitir o acerto da teoria do processo como situação jurídica.

Interessa-nos, pois, a crítica pelo viés da inércia e da falsa noção de segurança que traz ínsita a teoria do processo enquanto relação jurídica.

Foi Goldschmidt quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. Na síntese do autor, durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios de súditos é estática, constitui um império intangível.

Sem embargo, ensina Goldschmidt, "quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como conseqüência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde".[17]

Essa dinâmica do *estado de guerra* é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, onde a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável.

O processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a *expectativas, perspectivas, chances, cargas* e *liberação de cargas*. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus ou bônus.

As *expectativas* de uma sentença favorável irão depender normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas). Como explica o autor,[18] "se entiende por derechos proce-

17. *Princípios gerais do processo civil*, p. 49.
18. *Derecho procesal civil*, p. 194 e ss.

sales las expectativas, posibilidades y liberaciones de una carga procesal. Existen paralelamente a los derechos materiales, es decir, a los derechos facultativos, potestativos y permisivos (...). Las llamadas expectativas son esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto alguno propio, y se presentan rara vez en el desenvolvimiento normal del proceso; pueden servir de ejemplo de ellas la del demandado de que se desestime la demanda que padezca de defectos procesales o no esté debidamente fundada (...)".

As *posibilidades* surgem de uma *chance*, são consideradas como "la situación que permite obtener una ventaja procesal por la ejecución de un acto procesal".[19] Como esclarece Aragoneses Alonso,[20] a expectativa de uma vantagem processual e, em última análise, de uma sentença favorável, a dispensa de uma carga processual e a possibilidade de chegar a tal situação pela realização de um ato processual constituem os direitos em sentido processual da palavra. Na verdade, não seriam direitos propriamente ditos, senão situações que poderiam denominar-se com a palavra francesa "chances".[21] Diante de uma *chance*, a parte pode liberar-se de uma carga processual e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não liberar-se, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva).

Assim, sempre que as partes estiverem em situação de obter, por meio de um ato, uma vantagem processual e, em última análise, uma sentença favorável, têm uma possibilidade ou chance processual. O produzir uma prova, refutar uma alegação, juntar um documento no devido momento são típicos casos de aproveitamento de chances.

19. *Derecho procesal civil*, p. 195.

20. *Proceso y derecho procesal*, p. 241.

21. 1. Maneira favorável ou desfavorável segundo a qual um acontecimento se produz (álea, acaso); potência que preside o sucesso ou insucesso, dentro de uma circunstância (fortuna, sorte). 2. Possibilidade de se produzir por acaso (eventualidade, probabilidade). 3. Acaso feliz, sorte favorável (felicidade, fortuna). Na definição do dicionário *Le Petit Robert*, Paris: Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 383 (tradução nossa).

Tampouco incumbem às partes obrigações, mas sim *cargas processuais*, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, conseqüentemente, uma sentença desfavorável. Tais atos se traduzem, essencialmente, na prova de suas afirmações.

É importante recordar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Infelizmente, diuturnamente nos deparamos com sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na "falta de provas da tese defensiva", como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

É um erro. Não existe uma "distribuição", senão que a carga probatória está inteiramente nas mãos do Ministério Público.

O que sim podemos conceber, indo além da noção inicial de situação jurídica, é uma assunção de riscos. Significa dizer que à luz da epistemologia da incerteza que marca a atividade processual e o fato de a sentença ser um ato de crença, de fé (como explicaremos a seu tempo), a não produção de elementos de convicção para o julgamento favorável ao seu interesse faz com que o réu acabe potencializando o risco de uma sentença desfavorável. Não há uma carga para a defesa, mas sim um risco. Logo, coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a defesa.

Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. No processo penal, a atribuição da carga probatória está nas mãos do acusador, não havendo carga para a defesa e tampouco possibilidade de o juiz auxiliar o Ministério Público a liberar-se dela (recusa ao ativismo judicial).

A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há

o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável.

Não há uma carga para a defesa extamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da assunção do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

Mas, voltando à concepção goldschmidtiana, a obrigação processual (carga) é tida como um imperativo do próprio interesse da parte, diante da qual não há um direito do adversário ou do Estado. Por isto é que não se trata de um dever. O adversário não deseja outra coisa senão que a parte se desincumba de sua obrigação de fundamentar, provar etc. Com efeito, há uma relação estreita entre as obrigações processuais e as *possibilidades* (direitos processuais da mesma parte), uma vez que "cada possibilidade impõe à parte a obrigação de aproveitar a possibilidade com o objetivo de prevenir sua perda".[22]

A *liberação de uma carga processual* pode decorrer tanto de uma agir positivo (praticando um ato que lhe é possibilitado) como também de um não-atuar, sempre que se encontre numa situação *que le permite abstenerse de realizar algún acto procesal sin temor de que le sobrevenga el perjuicio que suele ser inherente a tal conducta.*[23]

Já a *perspectiva* de uma sentença desfavorável irá depender sempre da não-realização de um ato processual em que a lei imponha um prejuízo (pela inércia). A justificativa encontra-se no princípio dispositivo. A não-liberação de uma carga (acusação) leva à perspectiva de um prejuízo processual, sobretudo de uma sentença

22. *Princípios gerais do processo civil*, p. 66.
23. Idem, ibidem.

desfavorável, e depende sempre que o acusador não tenha se desincumbido de sua carga processual.[24]

Na síntese de Aragoneses Alonso,[25] "al ser expectativas o perspectivas de un fallo judicial futuro, basadas en las normas legales, representan más bien situaciones jurídicas, lo que quiere decir estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas".

Assim, o processo deve ser entendido como o conjunto destas situações processuais e concebido "como um complexo de promessas e ameaças, cuja realização depende da verificação ou omissão de um ato da parte".[26]

Outra categoria muito importante na estrutura teórica do autor é a de "derecho justicial material". Nessa visão, o Direito Penal é um *Derecho Justicial Material*, posto que o Estado adjudicou o exercício do seu poder de punir à Justiça. Mas, principalmente, as normas que integram o "derecho justicial" são *medidas para o juízo do juiz*, regras de julgamento e condução do processo, gerando para as partes o caráter de promessas ou de ameaças de determinada conduta do juiz. Os conceitos de "promessas" ou de "ameaças" devem ser vistos numa lógica de "ônus" e "bônus", logo, promessas de benefícios (sentença favorável etc.) diante de determinada atuação ou, ainda, ameaças de prejuízos processuais pela não liberação de uma carga, por exemplo.

Essa rápida exposição do pensamento de Goldschmidt serve para mostrar que o processo – assim como a guerra – está envolto por uma nuvem de incerteza. A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e liberação da carga. Em nenhum momento tem-se a certeza de que a sentença será procedente. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo.

24. Idem, p. 68.
25. *Proceso y derecho procesal*, p. 241.
26. *Princípios gerais do processo civil*, p. 57.

O mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhes são inerentes.

É evidente que não existe *certeza* (*segurança*), nem mesmo após o trânsito em julgado, pois a coisa julgada é uma construção técnica do direito, que nem sempre encontra abrigo na realidade, algo assim como a matemática, na visão de Einstein.[27] É necessário destacar que o direito material é um mundo de entes irreais, uma vez que construído à semelhança da matemática pura, enquanto o mundo do processo, como anteriormente mencionado, identifica-se com o mundo das realidades (concretização), pelo qual há um enfrentamento da ordem judicial com a ordem legal.

A dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. Para Goldschmidt,[28] "a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca se pode prever com segurança". A incerteza processual justifica-se na medida em que coexiste em iguais condições a possibilidade de o juiz proferir uma sentença justa ou injusta.

Não se pode supor o direito como existente (enfoque material), mas sim comprovar se o direito existe ou não no fim do processo. Justamente por isso é que se afirma que o processo é incerto, inseguro.

A visão do processo como guerra evidencia a realidade de que vence (alcança a sentença favorável) aquele que lutar melhor, que melhor souber aproveitar as chances para libertar-se de cargas processuais ou diminuir os riscos. Entretanto, não há como prever com segurança a decisão do juiz. E este é o ponto crucial aonde queríamos chegar: demonstrar que a incerteza é característica do processo, considerando que o seu âmbito de atuação é a realidade.

27. Ensina Einstein (op. cit., p. 66-68) que "o princípio criador reside na matemática; a sua certeza é absoluta, enquanto se trata de matemática, abstrata, mas diminui na razão direta de sua concretização (...) as teses matemáticas não são certas quando relacionadas com a realidade e, enquanto certas, não se relacionam com a realidade".

28. *Princípios gerais do processo civil*, p. 50.

4. Quando Calamandrei deixa de ser o crítico e rende homenagens a *un maestro di liberalismo processuale*. O risco deve ser assumido: a luta pelas regras do jogo

É importante destacar que Goldschmidt sofreu duras e injustas críticas, até porque muitos não compreenderam o alcance de sua obra. Parte dos ataques deve ser atribuído ao momento político vivido e à ilusão de "direitos" que Bülow acenava, contrastando com a dura realidade espelhada por Goldschmidt, que chegou a ser rotulado de teórico do nazismo. Uma imensa injustiça, repetida até nossos dias, por pessoas que conhecem pouco a *obra do autor* e desconhecem completamente o *autor da obra*.[29]

Inclusive, é interessante como a história demonstrou que as *3 principais críticas* (estamos sintetizando, é claro)[30] feitas a esta concepção acabaram se transformando em demonstrações de acerto e da genialidade do autor.

Vejamos as críticas, principalmente de Calamandrei:

1) A de que a teoria da situação jurídica estava estruturada em *categorias de caráter sociológico* (expectativas, perspectivas, chances etc.). Goldschmidt refutou, apontando que o Direito Civil sempre trabalhou com o conceito de "expectativa

29. A família Goldschmidt fez história no Direito e suas obras são de leitura imprescindível para quem queira estudar com seriedade, não apenas o direito processual (civil e penal), mas também a filosofia do direito (com as obras de Werner, *Dikelogia – La ciencia de la justicia* e também *Filosofia del derecho*). James e seus dois filhos, Roberto e Werner, eram judeus alemães nascidos em Berlim e, com a ascenção do nazismo no período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, passaram a sofrer uma cruel perseguição (evidenciando o grave erro histórico de alguns críticos da teoria do proceso como situação jurídica, pois é elementar que James Goldschmidt jamais pactuou com o pensamento jurídico-nazista da época, tanto que foi forçado ao exílio). Obrigados a abandonar a Alemanha, buscaram refúgio na Espanha onde James proferiu as famosas Conferências na Universidad Complutense de Madrid entre 1934 e 1935, publicadas na obra "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal" (daí o agradecimento dele a Francisco Beceña, que lhe cedeu a cátedra de "Enjuiciamiento Criminal"). Mas a permanência na Espanha não foi fácil e, explorados pela Falange Espanhola, buscaram o asilo definitivo na América Latina. James Goldschmidt faleceu no dia 28.06.1940, no seu exílio em Montevidéo.

30. Nos baseamos na sistematização de Aragoneses Alonso, op. cit., p. 243 e ss.

de direito", conhecido e reconhecido há muito tempo. E seguiu mostrando que tais concepções eram "pouco sociológicas". Há que se compreender à luz da racionalidade da época. Hoje, a discussão estaria noutra dimensão, sem medo de assumir o caráter sociológico e demonstrar sua absoluta necessidade. E, assim, a crítica se revelou infundada, na medida em que, atualmente, a complexidade que marca as sociedades contemporâneas evidenciou a falência do monólogo científico, especialmente o jurídico. Ou seja, a complexidade social exige um olhar interdisciplinar, que transcenda as categorias fechadas – como as tradicionalmente concebidas no direito – para colocar os diferentes campos do saber para dialogar em igualdade de condições e, assim, construir uma nova linguagem. Ou seja, Goldschmidt já percebia a insuficiência do monólogo jurídico e a necessidade de uma abertura, dialogando com a sociologia para com ela construir uma *nova linguagem* que desse conta da complexa fenomenologia do processo. Logo, uma grande acerto, que, por ser além do seu tempo, não foi compreendido. Hoje, atualíssimo.

2) A segunda crítica foi a de que ele estava "rompendo com a unidade processual". Calamandrei afirmou que essa concepção não era "conveniente, nem científica, nem didaticamente", e que a visão do autor fazia com que o processo parecesse não mais uma unidade (relação jurídica), mas uma sucessão de situações distintas. Goldschmidt respondeu, afirmando que a unidade do processo "é garantida por seu objeto" (na realidade, conteúdo) e que na relação jurídica a unidade maior é só em aparência. É o objeto (a pretensão processual acusatória, que explicaremos à continuação) que mantém a unidade, pois tudo a ele converge. Toda a atividade processual recai sobre um objeto comum, fazendo com que, para nós, a unidade seja mantida por imantação. Mais do que isso, recorremos novamente ao conceito de complexidade para demonstrar que a tal "unidade processual" remonta a um pensamento cartesiano que não compreende a abertura e uma dose de superação do binômio aberto-fechado. Logo, novo acerto pela superação do sistema simples e unitário.

3) Por fim, foi criticado por ter uma concepção "anormal ou patológica" do processo. Ora, esse foi, sem dúvida, o maior acerto do autor (ao lado da dinâmica

da situação jurídica). Ele, já em 1925, incorporou no processo a epistemologia da incerteza, influenciado, quem sabe,[31] pelos estudos de Einstein em torno da relatividade (1905 e 1916) e do quanta. Infelizmente ainda está por ser escrito um trabalho que investigue a influência einsteniana nos grandes juristas da época... Mas Goldschmidt estava certo, tão certo que Calamandrei retifica sua posição – e críticas – para assumir a noção de *processo como jogo*. O que o jurista alemão estava desvelando é que a incerteza é constitutiva do processo e nunca se pode prever com segurança a sentença judicial. Alguém duvida disso? Elementar que não. Como assumiu, anos mais tarde, Calamandrei, para obter-se justiça não basta ter razão, senão que é necessário fazê-la valer no processo, utilizando todas as armas, manobras e técnicas (obviamente lícitas e éticas) para isso.

Assim, no plano jurídico-processual, Calamandrei foi um opositor à altura. Inclusive, as três críticas anteriormente analisadas foram pontos focados no sugestivo artigo "El proceso como situación jurídica", de onde outros tantos aderiram.

Contudo, após as críticas iniciais, todas refutadas, Calamandrei perfilou-se ao lado de Goldschmidt no célebre trabalho *Il processo come giuoco*.[32] Posteriormente, escreveu *Un maestro di liberalismo processuale*[33] em sua homenagem. Podem até dizer que não se tratava de uma plena concordância, é verdade, mas sim de uma radical mudança: de crítico visceral a pequenas divergências periféricas, com as homenagens pelo reconhecimento do acerto substancial.

Na sua visão do processo como um jogo, Calamandrei explica que as partes devem, em primeiro lugar, conhecer as regras do jogo. Logo, devem observar como funcionam na prática, eis que a atividade processual trabalha com a realidade. Além

31. Até porque, como homem de ciência que era, não estaria à margem da revolução científica que se produzia naquela época, com os estudos de Einstein sobre a relatividade e o quanta, mas também de Heisenberg (incerteza), Max Planck, Mach, Kepler, Maxwell, Born e outros.

32. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 5, parte I, 1950, Padova, p. 23 e ss. Também publicado nos *Scritti in onere del prof. Francesco Carnelutti*.

33. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 1, parte I, Padova, 1951, p. 01 e ss. Também publicado no número especial da *Revista de Derecho Procesal*, em memória de James Goldschmidt.

disto, é preciso "experimentar como se entendem e como as respeitam os homens que devem observá-las, contra que resistências correm risco de se enfrentar, e com que reações ou com que tentativas de ilusão têm que contar".[34] Entretanto, para se obter justiça, não basta tão-somente ter razão. O triunfo do processo depende, outrossim, de "*sabê-la expor, encontrar quem a entenda*, e *a queira dar*, e, por último, *um devedor que possa pagar*".[35]

Neste jogo, o sujeito processual ou o "ator", como denomina o próprio Calamandrei, movimenta-se a fim de obter uma sentença que acolha seu direito, muito embora o resultado (procedência) não dependa unicamente de sua demanda, considerando que neste contexto insere-se a figura do juiz. Assim, o reconhecimento do direito do "ator" depende necessariamente da busca constante da convicção do julgador, fazendo-o entender a demanda. Ou nas palavras de Calamandrei:[36] "O êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador".

Contudo, o árbitro (juiz) não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade, pois se encontra atrelado à *pequena história* retratada pela prova contida nos autos. Logo, está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo. Por conseguinte, as habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual: "Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso". Entretanto, quando não há tal coincidência, "o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passe a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar vitória ao mais astuto".[37]

34. Idem, p. 221.
35. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*, vol. 3, p. 223.
36. Idem, ibidem.
37. Idem, p. 224.

A sentença – na visão de Calamandrei – deriva da soma de esforços contrastantes, ou seja, das ações e das omissões, das astúcias ou dos descuidos, dos movimentos acertados e das equivocações, considerando que o processo, neste ínterim, "vem a ser nada mais que um jogo no qual há que vencer".[38]

Elementar que afirmações assim, lidas apressadamente e de forma superficial, podem causar algum choque. Mas, destaque-se, não estamos "criando" nada e tampouco se trata de questões novas.

Se pudéssemos sintetizar (advertindo sobre o risco e o dano da síntese) os dois pontos mais importantes do pensamento de Goldschmidt para o processo, destacaríamos:

1. O conceito aplicado de fluidez, movimento, dinâmica no processo, que incorpora a concepção de situações jurídicas complexas. Essa alternância de movimentos, inerente ao processo, é um genial contraste e evolução quando comparado com a inércia da relação jurídica. Foi ele quem melhor percebeu e explicou, através da sua teoria, a essência do *procedere* que imprime a marca do processo judicial.

2. O abandono da equivocada e (perigosamente) sedutora idéia de segurança jurídica que brota da construção do processo como relação jurídica estática, com direitos e deveres "claramente estabelecidos" entre as partes e o juiz. É um erro, pois o processo se move num mundo de incerteza. Mais, é uma noção de segurança construída erroneamente a partir da concepção estática do processo. Não que se negue a necessidade de "segurança", mas ela somente é possível quando corretamente percebido e compreendido o próprio risco. Segurança se desenha a partir do risco e, principalmente, do risco que brota da própria incerteza do movimento e da dinâmica do processo. É segurança na incerteza e no movimento. Logo, o que nos sobra é lutar pela forma, ou seja, um conceito de segurança que se estabeleça a partir do respeito às regras do jogo. Essa é a segurança que se deve postular e construir. Detalhe importante: obviamente não foi Goldschmidt quem "criou" a

38. Idem, ibidem.

insegurança e a incerteza,[39] mas sim quem a desvelou. Ela lá sempre esteve,[40] pois inerente ao processo e à justiça. Houve sim um encobrimento na teoria de Bülow da incerteza a partir de todo um contexto histórico processual e social. Era uma visão muito sedutora, principalmente naquele momento histórico. Mas a razão está com Goldschmidt: o processo se move no mundo de incerteza, onde as chances devem ser aproveitadas para que as partes possam se liberar das "cargas probatórias" e caminhar em direção a uma sentença favorável. A única segurança que se postula é a da estrita observância das regras do jogo – a forma como garantia – e, mais, anterior a ela, no conteúdo axiológico da própria regra.

O maior mérito do autor, infelizmente ainda a ser reconhecido, foi ter evidenciado o fracasso da unidade epistemológica do direito (processual), com a

39. Recordemos que a relatividade geral falhou ao tentar descrever os momentos iniciais do universo, porque não incorporava o *princípio da incerteza*, o elemento aleatório da teoria quântica a que Einstein tinha se oposto a pretexto de que "Deus não joga dados com o universo". Entretanto, como explica Hawking (op. cit., p. 79), tudo indica que Deus é um grande jogador! Nessa discussão, enorme relevância tem o físico alemão Werner Heisenberg que formulou o famoso *princípio da incerteza*, a partir da observação da hipótese quântica de Max Planck. Em apertadíssima síntese, a partir de Hawking (op. cit., p. 42), significa dizer que Planck em 1900 afirmou que a luz sempre vem em pequenos pacotes, que ele denominou "quanta". Essa hipótese quântica explicava claramente as observações da taxa de radiação de corpos quentes, mas a plena compreensão da extensão de suas implicações, somente foi possível por volta de 1920, quando Heisenberg demonstra que, quanto mais se tenta medir a posição de uma partícula, menos exatamente se consegue medir a sua velocidade e vice-versa. E aqui o que nos interessa: mostrou que a incerteza na posição de uma partícula, multiplicada pela incerteza de seu momento, deve ser sempre maior do que a constante de Planck, uma quantidade aproximadamente relacionada ao teor de energia de um *quantum* de luz. Assim, reina a incerteza em detrimento de qualquer visão determinista. Tudo isso constituía o auge da discussão científica mundial nesse período de 1900-1930 (sem negar o antes e o depois, é claro), contemporânea então com o auge da produção intelectual de James Goldschmidt, que publica seu *capo lavoro Prozess als Rechtslage*, em Berlim, em 1925.

40. Pensamos que é importante atentar para o símbolo da justiça do caso concreto, que é a Dikè (*Dikelogia – La ciencia de la justicia* – intitula Werner Goldschmidt). Ela carrega a espada, que pende sobre a cabeça do réu e corresponde ao direito potestativo de penar e, na outra mão, está a balança. À primeira vista, (e também última para muitos) a balança simboliza o equilíbrio, a ponderação e até a supremacia da razão (dentro de uma racionalidade moderna (superada, portanto)). Mas, para muito além disso, ela simboliza a "incerteza" característica da administração da justiça no caso concreto. Corresponde a incerteza característica do processo. Ela oscila, tanto pende igualmente para um lado como para outro. Está lançada a sorte.

inserção de categorias sociológicas (expectativas, perspectivas, chances); a epistemologia da incerteza (e a imprevisibilidade do processo); a noção de fluidez, dinâmica e movimento; e ter denunciado o fracasso da teoria geral do processo (o erro da transmissão mecânica de categorias). Por fim, ao incorporar o risco (muito antes de Beck, Giddens e todos os sociólogos do risco!!), evidencia a falácia da noção tradicional de "segurança jurídica" fomentada pela inércia da relação jurídica de Bülow.

É interessante como a tradição resiste ao novo, principalmente quando é desorganizador da ilusória tranquilidade do *status quo*. Se compararmos com a receptividade (até nossos dias) da concepção de Bülow, veremos que foi quantitativamente bem superior do que a aceitação a revolucionária tese de Goldschmidt. Possivelmente, entre outros fatores, porque foi pouco compreendida sua complexa noção de processo.

Contudo, como muito bem define Gimeno Sendra,[41] a crítica que realizou Goldschmidt à relação jurídica processual foi tão sólida que seus defensores atuais foram obrigados a adotar uma dessas três posições:

1. pretender defender a conciliação da teoria da relação jurídica com a da situação jurídica;[42]

2. estender o conceito de relação jurídica a limites inimagináveis e insustentáveis, como são as tentativas de dar-lhe dinamicidade, fluidez e complexidade;

41. Gimeno Sendra, José Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*, p. 170.

42. Entre esses, deve-se destacar a qualificada posição de Werner Goldschmidt (no prólogo da primeira edição da obra *Proceso y derecho procesal* de Aragoneses Alonso, p. 35), de que tais teorias (relação e situação) não podem ser consideradas como inconciliáveis, senão como complementárias. Nessa linha, defende que "mientras la teoría de la situación destaca lo que ocurre en el Derecho cuando éste opera en el plano dinámico del proceso, la teoría institucional, señala Aragoneses Alonso, se mueve en el mundo abstracto de los conceptos. Por ello, estas dos posiciones no sólo se ofrecen como incompatibles, sino como complementarias, de la misma forma que pueden concebirse como complementarias la teoría de la relación". Somente com a integração destes conceitos é que podemos (ou poderíamos) compreender como nasce o processo e qual é o fundamento metafísico da sua existência (teoria da instituição), o conteúdo real do processo, tal como se desenvolve na vida e sua contínua relação (teoria da situação jurídica) e, finalmente, qual é a força que une os diversos sujeitos que nele operam (teoria da relação jurídica).

3. esvaziar o conteúdo da relação jurídica, substituindo os "direitos e obrigações processuais" pelas categorias goldschmidtianas de possibilidades e cargas (e às vezes até de expectativas, chances processuais etc.), o que significa esvaziar completamente o núcleo fundante da tese de Bülow.

Em todos os casos, deve-se ter muita atenção, pois estamos diante de um autor e posições teóricas que, para tentar salvar a relação jurídica, não fazem mais que matá-la. Tudo para manter a tradição e pseudo-segurança de conceitos ou, ainda, por força da lei do menor esforço.

É chegada (ou já passada...) a hora de compreender e assumir a incerteza característica do processo. A balança oscila, tanto pende igualmente para um lado como para outro. Está lançada a sorte. Se, retomando Einstein, até Deus joga dados com o universo, seria muita arrogância (senão alienação) pensar que no processo seria diferente... Seria como dizer: a concepção de universo, em constante mutação, incorpora como elemento fundamental o princípio da incerteza, mas isso só se aplica ao universo, não ao direito processual...

Sabe-se que Einstein falhou[43] ao não considerar o princípio da incerteza na teoria da relatividade geral, pois o universo pode ser imaginado como um gigantesco cassino,[44] com dados sendo lançados e roletas girando por todos os lados e em todos os momentos. O detalhe fundamental é que os donos de cassinos não abrem as portas para perder dinheiro, pois eles sabem que, quando se lida com um grande número de apostas, a média dos ganhos e perdas atinge um resultado que *pode* ser previsto. E eles se certificam de que a média das vantagens esteja a favor deles, obviamente.

O crucial é que, se a média de um grande número de movimentos pode ser prevista, o resultado de qualquer aposta individual não! Esse é o ponto.

43. Pois na origem do universo (*big-bang*), quando ele era minúsculo, o número de lançamentos de dados era pequeno e o princípio da incerteza proporcionalmente maior.

44. Como explica Hawking, op. cit., p. 80.

Logo, no processo a situação é igual. Na média, pode-se afirmar que a justiça e o acerto dos resultados estão presentes. Ou seja, como existem muitos milhares de lançamentos de dados diariamente (distribuição, tramitação e julgamento), pode-se prever que a média será de acerto das decisões (senão a justiça, como os donos de cassino, não teria funcionado por tantos séculos!), mas o resultado concreto de um determinado processo (aposta individual na roleta) é completamente incerto e imprevisível. Essa é uma equação que precisa ser compreendida, principalmente pelos ingênuos apostadores...

Somente a partir da compreensão dessas categorias podemos construir um sistema de garantias (sem negar o risco) para o réu no processo penal, deixando de lado as ilusões de segurança e, principalmente, abandonando a ingênua crença na "bondade dos bons".[45] Essa crença infantil de que o processo e o juiz são capazes de revelarem a verdade, e que a justiça (para quem?) será efetivamente feita, impede a percepção do que está realmente por de trás daquele ritual (*il giuoco*!). Mas o mais grave: impede que se duvide da bondade (do juiz, do promotor e do próprio ritual), e que se questione a própria legitimidade do poder.

Tanto no jogo como na guerra, importam a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis. Mas, acima de tudo, são atividades de alto risco, envoltas na nuvem de incerteza. Não há como prever com segurança quem sairá vitorioso. Assim deve ser visto o processo, uma situação jurídica dinâmica inserida na lógica do risco e do *giuoco*. Reina a mais absoluta incerteza até o final. A luta passa a ser pelo respeito às regras do devido processo e, obviamente, antes disso, por regras que realmente estejam conforme os valores constitucionais.

A assunção desses fatores é fundamental para compreender a importância do estrito cumprimento das regras do jogo, ou seja, das regras do *due process of law*.

Trata-se de lutar por um *sistema de garantias mínimas*. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta mínima

45. Ou melhor, "quem nos protege da bondade dos bons?", no célebre questionamento de Agostinho Ramalho Marques Neto, a partir de Freud.

de garantias formais das quais não podemos abrir mão. Trata-se de reconstruir a noção de segurança (garantia) a partir da assunção do risco, ou seja, perceber que a garantia somente se constitui a partir da assunção da *falta de*.

É partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. Não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la como uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada.

Mas – é importante destacar – não basta apenas definir as regras do jogo. Não é *qualquer regra que nos serve*, pois, como sintetiza Jacinto Coutinho,[46] devemos ir para além delas (regras do jogo), definindo *contra quem se está jogando* e *qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo*.

Nossa análise situa-se nesse desvelar do conteúdo ético e axiológico do jogo e de suas regras, indo muito além do mero (paleo)positivismo.

Em definitivo, é importante compreender que *repressão* e *garantias processuais* não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema penal tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais). Mesma simultaneidade necessária para pensar-se a garantia processual sem negar o risco. Coexistência e simultaneidade de conceitos são imperativos da complexidade que nos conduzem, inclusive, a trabalhar no entre-lugar, no entre-conceito.

Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor *risco com garantias processuais* do que *risco com autoritarismo*.

A "segurança jurídica" só pode ser concebida a partir da assunção da insegurança, do risco e da imprevisibilidade. Não se constrói um conceito que dê conta – ainda que minimamente, pois a plenitude é ideal – sem a consciência da

46. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 47.

sua "falta", pois a "falta" é constitutiva. Logo, segurança jurídica se constrói a partir da assunção da insegurança, do desvelamento do risco e da incerteza (sem deixar de lado a subjetividade, que os recepciona e por eles é constituído).

Em última análise, pensamos desde uma perspectiva de *redução de danos*, onde os princípios constitucionais não significam "proteção total" (até porque a *falta*, ensina Lacan, é constitutiva e sempre lá estará), sob pena de incidirmos na errônea crença na tradicional segurança. Trata-se, assim, de reduzir os espaços autoritários e diminuir o dano decorrente do exercício (abusivo ou não) do poder. Uma verdadeira política processual de redução de danos, pois, repita-se, o dano, como a *falta*, sempre lá estará.

Para que isso seja possível, é preciso abandonar a ilusão de segurança da teoria do processo como relação jurídica para assumi-lo na sua complexa e dinâmica situação jurídica, desvelando suas incertezas e perigos.

5. Bibliografia

ALCALA-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. *Estudios de teoria general y historia del proceso.* México: UNAM, 1974. 2. vol.

_____. *Proceso, autocomposición y autodefensa.* México, 1947.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal.* 5. ed. Madri: Rubí, 1984.

_____. *Proceso y derecho procesal.* 2. ed. Madri: Edersa, 1997.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Barcelona: Paidós, 1998.

BETTIOL, Guiseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal.* Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones dilatórias y los presupuestos procesales.* Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein do original de 1868. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 1999. vol. 3.

_____. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 5, parte I, Padova, 1950.

_____. *Introduzioni allo studio sistematico dei provedimiento cautelari.* Pádova: Cedam, 1936.

_____. Un maestro di liberalismo processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 1, parte I, Padova, 1951.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal.* Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1997.

_____. *Lecciones sobre el proceso penal.* Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. 4 t.

_____. *Lezioni sul processo penale.* Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1946. vol. 1.

CHIOVENDA, Guiseppe. *La acción en el sistema de los derechos.* Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986.

_____. *Princípios de derecho procesal civil.* Trad. José Casais y Santaló. Madri: Reus, 1922. 2 t.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

EINSTEIN. *Vida e pensamentos.* São Paulo: Martin Claret, 2002.

ELIAS, Norberto. Sobre o tempo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FAIREN GUILLEN, Victor. El proceso como función de satisfacción jurídica. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1, Madri, 1969.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal.* 3. ed. Barcelona: Labor, 1960. 3 t.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal.* Trad. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1933.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del derecho procesal.* Madri: Civitas, 1981.

GOLDBLATT, David. A sociologia de risco – Ulrich Beck. Trad. Ana Maria André. *Teoria social e ambiente.* Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho justicial material.* Trad. Catalina Grossman do original de 1905. Buenos Aires: Ejea, 1959.

_____. *Derecho procesal civil.* Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

_____. *Principios generales del proceso.* Barcelona: Ejea, 1936.

_____. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.* Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Dikelogía – La ciencia de la justicia.* Buenos Aires: Depalma, 1986.

_____. *Introducción filosófica al derecho.* 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.

_____. La imparcialidad como principio básico del proceso. *Revista de Derecho Procesal* 2, 1950.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Barcelona: Bosch, 1951. 2 t.

GUASP, Jaime. Administración de justicia y derechos de la personalidad. In: ALONSO, Pedro Aragoneses (Coord.). *Estudios jurídicos.* Madri: Civitas, 1996.

_____. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* 3 Tomos. Madri, Aguilar, 1943.

_____. *Concepto y método de derecho procesal.* Madri: Civitas, 1997.

_____. *Derecho procesal civil.* 4. ed. rev. e adaptada por Pedro Aragoneses Alonso. Madri: Civitas, 1998. 2 t.

_____. La pretensión procesal. In: ALONSO, Pedro Aragoneses (Coord.). *Estudios juridicos.* Madri: Civitas, 1996.

_____. Reseña bibliográfica de la obra *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* de Gomez Orbaneja. *Revista de Derecho Procesal* 2, 1947.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2002.

JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho procesal penal*. Madri: Revista de Derecho Privado, sem data. 2 t.

LAURIA TUCCI, Rogério. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. vol. 1.

_____. *Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones de derecho procesal civil*. México: Porrua, 1961.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. 3 t.

SILVA MELERO, Valentín. La estructura del proceso penal, en relación con el concepto de parte. *Revista de Derecho Procesal* 2, Madri, 1946.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1955. 2 t.

WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la actio*. Buenos Aires: Ejea, 1974.

O seqüestro e arresto de bens como medidas assecuratórias nos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de capitais

Carla Domenico
Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV.
Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/*IBCCrim*.
Professora da Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito. Advogada.

Resumo: Medidas assecuratórias do seqüestro e arresto. Diferenças conceituais. Decretação para garantia do prejuízo, ressarcimento dos danos e pagamento da multa e custas processuais. Juízo precoce sobre a ilicitude do bem. Restrição do patrimônio (relacionado ou não ao ilícito), levando-se em consideração o máximo da multa devida em caso de condenação. Lei de Lavagem de Capitais. Diferenças entre o que dispõe o art. 4.º, da lei especial e a previsão do Código de Processo Penal. Decisão que decreta a medida assecuratória que antecipa um juízo punitivo. Violação do princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: Seqüestro – Arresto – Presunção da culpabilidade – Pré-julgamento – Inconstitucionalidade.

Abstract: Securing measures of seizure and arrest. Conceptual differences. Ruling to guarantee loses, indemnity and payment of fees and procedural costs. Early trial concerning asset's illegality. Assets' restriction (related or not to what is illegal), bearing in mind the maximum due debt in case of sentencing. Law concerning money laundry. Differences from what is set forth in Article 4 of the special law and what is set forth in the Criminal Code of Procedures. Decision,

which rules over the securing measure to anticipates a punishing trial. Violation of the principle of presumption of innocence.

Keywords: Seizure – Arrest – Guilt presumption – Pre-judgment – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução – 2. Presunção de inocência e seqüestro – 3. Arresto – 4. Outros aspectos – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo penal

1. Introdução

Embora o Direito Penal tenha como predicado máximo o princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência e, que, portanto, o réu só possa ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando então, atendendo ao melhor entendimento do STF, cumprirá sua pena (QO na Rcl 2391), a imposição das medidas assecuratórias de arresto e seqüestro previstas no Capítulo VI (art. 125 e ss.) do Código de Processo Penal representam verdadeira antecipação de pena, sem processo.

Embora vivamos num Estado Democrático de Direito, onde supostamente se resguardam os direitos fundamentais e se consagra a presunção da inocência até o trânsito em julgado como uma garantia constitucional pétrea, os réus em processos que apuram delitos contra o sistema financeiro e lavagem de capitais sofrem uma verdadeira presunção de culpabilidade.

Não se pode deixar de lembrar que o nosso Código de Processo Penal, editado sob a Constituição Federal de 1937, traz em seu bojo inúmeras medidas que com o tempo foram totalmente aniquiladas em razão de não se sustentarem à frente da Constituição Cidadã. Exemplo disso era a prisão automática decorrente da pronúncia; a prisão obrigatória para apelar (art. 594 do CPP); o recurso *ex officio* de decisões

absolutórias (art. 574, II, CPP) ou que concedesse reabilitação (art. 746 do CPP). O mesmo se diga sobre a possibilidade de julgar deserta a apelação do réu que não for intimado da sentença condenatória e não se submeter à prisão, hoje já objeto da Súmula 347 do STJ que traz a seguinte redação: "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão". E porque não dizer as medidas assecuratórias, que, por muito tempo, permaneceram esquecidas, quase caindo em desuso.

Foi com a grande avalanche de crimes contra o sistema financeiro e os danos patrimoniais destes decorrentes que estes institutos voltaram a ser comumente invocados, culminando com a sua previsão expressa na Lei 9.613, de 03.03.1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, que merece uma breve análise:

Em seu art. 4.º, vem dito: "o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, *havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei*, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-lei 3.689, de 02.10.1941 – Código de Processo Penal.

§ 1.º As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.

§ 2.º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando *comprovada* a licitude de sua origem."

O ônus que deveria ser do Ministério Público de provar a ilicitude do bem é transferido para o investigado que – ainda que presumido inocente – deve provar a licitude do bem. Nessas condições, a devolução dos bens objeto das medidas assecuratórias previstas na Lei contra a Lavagem de Capitais só se dará com a comprovação da regularidade da propriedade do bem, com a conseqüente demonstração de sua origem lícita, num total desprezo às garantias constitucionais.

Além disso, não se pode deixar de observar que embora o art. 4.º, da Lei 9.613/98 estabeleça que o juiz procederá na forma dos arts. 125 a 144 do CPP, faz referência expressa apenas à possibilidade de se decretar a "apreensão e o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado", deixando de mencionar a medida assecuratória do arresto, incluída naqueles dispositivos processuais.

Em verdade, ao que parece, o legislador não incluiu o arresto propositadamente, uma vez que, categoricamente, assevera que os bens, direitos ou valores do acusado, objeto da medida devem ser "*objeto dos crimes previstos nesta Lei*", o que, por si só, exclui a figura do arresto, que, como se verá adiante, não precisa ter relação com o ilícito praticado.

Por fim, a Lei de Lavagem de Capitais trouxe prazo diverso do estabelecido pelo Código de Processo Penal para levantamento do seqüestro caso não seja oferecida a ação penal. Enquanto a lei processual estabelece o prazo de 60 dias para o início da ação penal; a nova disposição permite que o seqüestro persista por 120 dias sem que o Ministério Público Federal ofereça a denúncia, em evidente prejuízo do acusado, que fica privado de seus bens em decorrência de um juízo absolutamente precário.

Além dos constantes abusos no poder de denunciar, que têm sido reiteradamente reconhecidos por nossos Tribunais Superiores, como se o processo penal trabalhasse com verdades axiomáticas, o acusado fica também sujeito à presunção precoce de sua culpabilidade e à privação de seu patrimônio que é presumidamente reconhecido como decorrente do ilícito penal. O uso desenfreado de tais medidas, portanto, é uma afronta à Constituição Federal.

Como lecionam os Professores Canotilho e Vital Moreira o princípio da presunção de inocência inclui a "*proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares* (cf. AcTC 198/90)".[1]

1. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1. ed. brasileira, Coimbra Ed., Ed. RT, p. 518.

Embora a lei faculte ao Ministério Público em qualquer fase do processo, ainda que não oferecida a denúncia, requerer o seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração, mesmo que já transferidos a terceiros, é certo que tais medidas violam frontalmente direitos e princípios constitucionais garantidos aos cidadãos.

Basta ver que a própria natureza e definição da medida cautelar de seqüestro traz em si a necessidade de o bem seqüestrado referir-se a "punição por um crime especifico, visando a assegurar a utilidade e a eficácia do provimento final condenatório".[2] E ainda nas palavras de Vicente Greco Filho: "medida assecuratória fundada no interesse público é antecipativa do perdimento de bens como efeito da condenação, no caso de bens produto do crime ou adquiridos pelo agente com a prática do fato criminoso".[3]

Falar-se em criminoso, condenação, proveniência ilícita dos bens ligados estritamente à conduta delituosa, quando o processo nem mesmo se iniciou e, pior, privar o acusado de seus bens a pretexto de garantir a pena de perdimento decorrente da sentença não se coaduna com o sistema penal vigente e, tampouco, com a garantia de um juiz imparcial.[4]

Não é a toa que tais medidas são solicitadas e decretadas em procedimentos criminais diversos absolutamente secretos e paralelos às ações penais e os acusados – sem qualquer chance de defesa – são surpreendidos com a indisponibilidade de todo o seu patrimônio a pretexto de assegurar o pagamento das multas penais e das custas processuais, bem como o ressarcimento dos danos.

2. Gustavo Henrique Ivahy Badaró, Medidas cautelares patrimoniais no processo penal, *Crimes econômicos e processo penal*, Saraiva, p. 170.

3. *Manual de processo penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, p. 184.

4. Como afirma o ilustre processualista José Carlos Barbosa Moreira: "dizer que juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha. Tal dever está ínsito no de assegurar às partes igualdade de tratamento" (*Temas de direito processual*, 7. série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29. Apud: Rodrigo de Grandis, *RBCCrim* 71/251.

Apenas para que se possa compreender o que se diz, cita-se, como exemplo, caso concreto em trâmite perante a Seção Judiciária do Paraná, na qual, comumente são ajuizados procedimentos para decretação de medidas assecuratórias paralelamente à ação penal que apura crimes contra o sistema financeiro:

No caso em ilustração, o Ministério Público Federal em seu pleito, calculou desde logo, antes mesmo do interrogatório do réu, o valor da multa a ser aplicado na sua condenação, cálculo este, fixado em seu limite máximo: "A multa, tendo em vista os critérios estabelecidos pela legislação penal, pode alcançar a quantia correspondente a cinco salários mínimos por dia-multa, observado o valor do salário mínimo na data dos fatos. O limite da quantidade aplicável é de trezentos e sessenta dias-multa". E conclui: "Como a quantidade de dias-multa pode corresponder a trezentos e sessenta, chega-se a R$ 473.436,00, como pena de multa. Por se tratar de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, entretanto, esse valor, pelo que dispõe o art. 33 da Lei 7.492/86, será em seu décuplo, alcançando o valor de R$ 4.734.360,00 (quatro milhões, setecentos e trinta e quatro mil reais, trezentos e sessenta reais). Portanto, o Ministério Público, para os fins de estimar a responsabilidade pecuniária dos réus (art. 135, *caput* do CPP), manifesta pretensão a uma pena de multa, para cada réu do processo mencionado, no valor de R$ 4.734.360,00".

Tal cálculo que não só baliza-se em uma condenação inexistente, como no máximo da pena aplicável, leva necessariamente à indisponibilidade de todo o patrimônio do acusado, uma vez que chega a valores estratosféricos, configurando, nesse passo, outro abuso.

De outro lado, para justificar o *periculum in mora* necessário à concessão da medida comumente destaca-se que "está representado pelo evidente risco de frustração da pretensão do Estado ao pagamento da pena pecuniária. Ciente da possibilidade de seus bens servirem à satisfação desse provável crédito, não há dúvida de que o acusado procurará escapar dos efeitos da sua execução alienando seus imóveis".

Mais uma vez, presunção contra o réu, que não poderia ser admitida, mas que é o fundamento da decretação de medidas assecuratórias neste tipo de processo.

No caso em questão, o magistrado não só deferiu o pedido como destacou: "Embora o cálculo pelo máximo abstrato seja questionável, o fato é que, em caso de condenação, eventual pena de multa será fixada acima do mínimo. De todo modo, só o montante dos danos provocados pela conduta imputada aos acusados, já justifica a constrição de seus bens".

Como admitir-se de um juiz que tem como impositivo legal ser imparcial, em meio a ação penal, decretar medida privativa de bens do acusado, desde logo, dizendo que em caso de condenação a pena de multa será fixada acima do mínimo? A antecipação de um juízo condenatório é evidente. Como lembrou o Procurador da República em São Paulo Rodrigo de Grandis, em brilhante artigo que tem como título "O juiz tem compromisso com a luta contra o crime?", "não se duvida ou discute que o principal atributo do juiz – em especial o juiz criminal – é a imparcialidade. De fato, esse atributo é tão importante, tão fundamental, que é possível afirmar, sem medo de equívoco, que ele consubstancia verdadeira condição *sine qua non* do legítimo exercício da função jurisdicional".[5]

O fato trazido visa unicamente a ilustrar a realidade dos processos que tratam dos crimes contra o sistema financeiro e nos quais medidas assecuratórias são adotadas indiscriminadamente. O acusado é, sem qualquer chance de defesa, privado dos seus bens, sob a presunção de que será condenado e de que irá dilapidar o seu patrimônio, sem qualquer prova que o justifique.

2. Presunção de inocência e seqüestro

O Código de Processo Penal Português (1987) atento às garantias do cidadão exige para a "caução econômica" e "arresto preventivo", a demonstração

5. *RBCCrim* 71/251.

de um "fundado receio de que faltem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da pena pecuniária, do imposto de justiça, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Território relacionada com o crime" (arts. 227 e 228).

O Tribunal Regional da 5.ª Região também já decidiu que "para a caracterização do *periculum in mora*, por outro lado, faz-se necessária a *comprovação* da ameaça de dilapidação do patrimônio dos acusados, o que não restou configurado no presente caso concreto, tornando o pedido de seqüestro insuscetível de atendimento. *O seqüestro dos bens dos acusados no processo penal não deve ser utilizado como forma de punição, pois o ordenamento jurídico veda o confisco de bens nesses casos, assegurando o direito individual de propriedade e a livre disposição dos bens*".[6]

Embora a Constituição o presuma inocente e garanta a inviolabilidade do direito à propriedade, fica o acusado sem processo, privado de seu patrimônio. Verdadeira antecipação punitiva.

É bom dizer que quando a lei processual penal exige para o seqüestro de bens "a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens" (art. 126, do CPP) está se referindo ao que a doutrina chama de indícios "intensos, fortíssimos, capazes de provar estado de quase-certeza".[7]

Como leciona Mirabete "indícios veementes são os que levam grave suspeita, os que eloqüentemente apontam um fato, *gerando uma suposição bem vizinha da certeza*, embora não prova plena da ilicitude da aquisição do imóvel. Não pode ser ordenado se não existir qualquer prova, ainda que indiciária ou circunstancial, e muito menos decorrer de simples presunção. Evidentemente, é incabível quando o acusado adquiriu o bem muito antes do fato criminoso".[8] Como medida cautelar processual penal o seqüestro "tem por fadário assegurar

6. RSE 824, rel. Des. Napoleão Maia Filho, *DJU* 02.08.2006, p. 644

7. Maria Thereza R. de Assis Moura, Medidas assecuratórias, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, p. 1490.

8. *Processo penal*, 3. ed., São Paulo: Atlas, p. 230.

as obrigações nascentes do delito".[9] Por isso só pode incidir sobre "os proventos da infração" (art. 125 do CPP).

Portanto, o decreto do seqüestro pressupõe a valoração e indicação dos indícios veementes. Na prática, o que ocorre, diante desta exigência, é uma armadilha. Isto porque, ainda que o acusado seja presumido inocente e o julgador deva ser imparcial, para o decreto da medida antecipada de constrição de bens que visa a garantir a reparação dos danos, multa e despesas processuais, há a emissão de um juízo de valor sobre as provas produzidas e a acusação oferecida pelo Ministério Público. Se há seqüestro é porque o julgador concluiu que houve ilícito, já que o seqüestro só pode ser decretado sobre "bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração" (art. 135); se há danos é porque se concluiu que o réu foi o autor do delito.

Antecipadamente, sem processo e sem defesa, o réu é considerado autor do crime imputado e, recebe desde logo, como pena, a privação do seu patrimônio.

Tal condição, por si só, já coloca o acusado/investigado em posição de condenado, apenado, sem nem mesmo ter sido processado.

Não há como negar então que a aplicação da medida assecuratória traz em si um pré-julgamento, inadmissível no processo penal. Como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região: "O seqüestro de bens, com previsão no art. 125 e ss. do CPP, constitui um provimento cautelar, que tem por objetivo assegurar a reparação do dano causado pelo ilícito penal, só sendo cabível em relação a bens adquiridos, com os proventos da infração (art. 125), e quando haja indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126). O só fato de o réu estar sendo processado por crime tributário em aproximadamente nove ações penais não autoriza o seqüestro de todo o seu patrimônio e o da empresa que administra, se não comprovada a relação entre a aquisição dos bens que o compõem e o crime praticado. Não há confundir a responsabilidade pessoal do sócio-gerente prevista

9. Rogério Lauria Tucci em: Seqüestro prévio e seqüestro no CPC: distinção, *RBCCrim* 5/142.

no art. 135 do CTN por atos de administração praticados com infração à lei e ao contrato social, com a medida cautelar de seqüestro albergada no art. 125 do CPP".[10]

O extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo também decidiu: "É evidente que, para decretar-se o seqüestro, necessário seria prova perfeita, ou pelo menos a existência de veementes indícios, de que os bens foram adquiridos com o produto dos roubos. No caso em tela, tudo não passa de mera suposição, mesmo porque, segundo consta da inicial, os bens adquiridos estão em nome de terceiros".[11]

Ademais, sobre a exigência do art. 126 do CPP de que haja "indícios veementes da proveniência ilícita dos bens" acentua Tornaghi "são eles os que eloqüentemente apontam um fato, "gerando uma suposição vizinha da certeza" (*Comentários*, vol. II/351)".[12] No seqüestro "os bens são ou foram do indiciado, mas adquiridos e pagos com algo obtido criminosamente".[13] Para tanto, como continua o autor "a lei se contenta com a existência de indícios veementes da procedência criminosa dos bens. A expressão indício veemente, usada no dispositivo do art. 126, tal como outras que se encontram no Código (indícios suficientes: arts. 134, 311 e 409), é resquício do sistema das provas legais. Indícios veementes são os que levam a grave suspeita, os que eloqüentemente apontam um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza. Indícios suficientes são os que bastam para convencer".[14]

Não bastasse o pré-julgamento a que se submete o réu, porque se toma como verdadeira a acusação, antes mesmo de concluída a instrução criminal, para, desde logo, aplicar uma *pena* ao acusado, a ilicitude de seus bens é presumida. É

10. MS 98.04.00210-8, 2.ª T., Des. Tânia Escobar, *DJU* 24.06.1998.
11. *Jutacrim* 40/330.
12. Rel. Juiz Andrade Cavalcanti, *Jutacrim* 66/370.
13. *Curso de processo penal*, 3. ed., Saraiva, 1983, p. 220.
14. Idem, p. 222.

que embora haja o dever de demonstrar a relação do bem a ser seqüestrado com a prática do ilícito, há uma verdadeira *presunção* de que porque determinada pessoa está sendo processada por crime contra o sistema financeiro tudo o que este adquiriu no período investigado está contaminado por sua atividade supostamente criminosa, ainda que este mantenha *outra* atividade profissional absolutamente regular.

Apesar de presunção, como ensina Tornaghi, não se confundir com indício. "O indício é um fato; a presunção, uma conclusão lógica. Presumir é tomar como verdadeiro um fato não provado com fundamento na experiência. Presume-se, isto é, aceitam-se, mesmo sem provas, aqueles fatos que geralmente, que normalmente, acontecem (*praesumimus ea quae veraeesse arbitramur, ducti probabilibus argumentis*)",[15] o que se tem visto é a presunção de ilicitude à qual sucederá o ônus do acusado provar a sua origem pura.

Tal condição, aliás, veio estampada no § 2.º, do art. 4.º, da Lei de Lavagem de Capitais que expressamente repassa ao acusado o dever de provar a origem lícita do bem apreendido ou seqüestrado, afrontando o art. 156, do CPP, que diz que cabe ao Ministério Público provar o que alega e, portanto, demonstrar a relação do bem com o ilícito.

É por isso que o STF há muito decidiu que "o seqüestro não pode recair sobre imóveis, que não foram adquiridos com os proventos da infração penal".[16] E ainda que "os bens adquiridos antes da prática do ato ilícito não são passíveis de seqüestro. O regime de comunhão não interfere na espécie, porque os bens foram adquiridos pelo casal antes da ocorrência da ilicitude penal".[17]

E mais: "Determinação de seqüestro de bens adquiridos com produto de infração ('jogo do bicho'). Patrimônio, todavia, adquirido muito antes do perío-

15. Idem, p. 222.

16. *RTJ* 24/427, apud: Alberto Silva Franco e outros, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, vol. 2, p. 1494.

17. *RTJ* 12/111, apud: Alberto Silva Franco e outros, ob. cit., p. 1494.

do suspeito. Falta de fundamentação da medida que aponte a origem dos bens. Segurança concedida. Inteligência do art. 125 do CPP".[18]

No mesmo sentido: "Ausência de relação entre os bens seqüestrados e o crime imputado ao acusado. Decisão escudada na mera presunção de existência dessa relação. Inadmissibilidade. Prova cabal de que alguns dos bens foram adquiridos antes do delito. Ofensa a direito líquido e certo. Mandado de segurança concedido. Inteligência dos arts. 125 e 126 do CPP" (*RT* 594/33).[19]

O que se vê, é que a medida cautelar do seqüestro, embora prevista no Código de Processo Penal, para os bens imóveis que sejam proventos ou produto da infração (art. 126) e para os bens móveis que sejam proventos da infração, mas não possam ser objeto de busca e apreensão (art. 132), não se coaduna com os nossos princípios constitucionais sob comento e representa uma verdadeira afronta à Constituição.

3. Arresto

A mesma violência vem estampada na decretação da medida cautelar de arresto.

O arresto, conceito emprestado do direito civil para aplicação no processo penal, representa um verdadeiro abuso no direito processual penal. Com fundamento no art. 591 do CPC, que estabelece que o indivíduo responda pelas obrigações com o seu patrimônio, o arresto recai sobre um conjunto indefinido de bens, sujeitos a penhora, a fim de proteger o "suposto" crédito do Estado.

Ao contrário do seqüestro, o arresto se aplica aos bens móveis e imóveis e pode recair sobre quaisquer bens, desde que passíveis de penhora. De fato, o art. 136, do CPP dispõe que o "arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 dias não for promovido o processo de

18. *RT* 721/520, apud: Alberto Silva Franco e outros, ob. cit., p. 1494.
19. Alberto Silva Franco e outros, ob. cit., p. 1495.

inscrição da hipoteca legal". E o art. 137, do CPP, prevê que "se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis".

Observa-se que o art. 140 do CPP prevê que "as garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido".

Curioso é que embora não se preserve o princípio da presunção da inocência para a decretação de medidas que configuram verdadeira antecipação de pena, o art. 141 do CPP exige a prolação de "*sentença irrecorrível*" que absolva o réu ou julgue extinta a sua punibilidade para o levantamento do arresto ou cancelamento da hipoteca legal. Como se vê, a inversão dos valores é absoluta, mesmo tratando-se de medidas (arresto e hipoteca legal) que dizem respeito não ao direito penal ou processual penal, mas tão somente ao interesse da Fazenda Pública como expressamente dispõe o art. 142 do CPP: "Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer". E ainda o art. 144 do CPP: "os interessados ou, nos casos do art. 142, *o Ministério Público poderão requerer no juízo cível, contra o responsável civil*, as medidas previstas nos arts. 134, 136 e 137".

Portanto, no seqüestro de bens imóveis e móveis, deve ser demonstrada "*a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*" e que estes tenham sido adquiridos com os proventos da infração. Já o arresto pode recair sobre bens móveis e imóveis e tem como finalidade o ressarcimento de danos, sem a necessidade de qualquer relação com o fato criminoso.

Veja-se que embora o requerimento para o arresto de bens deva partir do interesse direto da Fazenda Pública, raro é ver qualquer demonstração própria de sua vontade. Como se fosse automático, o Ministério Público a ela se substitui no processo penal (e não cível) para requerer as medidas assecuratórias, a pretexto de que o bem jurídico violado nos crimes contra o sistema financeiro é de titularidade

do Estado, que deve ser recompensado pelos danos sofridos, da onde se extrai o interesse da Fazenda Pública e a legitimidade ativa do Ministério Público.

Bastante questionável é a legitimidade do Ministério Público para requerer o arresto. Ainda que haja previsão expressa sobre a legitimidade do órgão acusatório para requerer o seqüestro de bens (tanto no CPP, como na Lei 9.613/98), com relação ao arresto, há expressa exigência da demonstração do interesse da Fazenda Pública e que tais procedimentos ficam sujeitos a autos apartados regidos pelo processo civil (arts. 138, 139 e 143 e 144 do CPP).

Daí porque não se pode admitir que o Ministério Público, sem poderes postulatórios automáticos em nome da Fazenda Pública e sem a demonstração expressa de seus interesses, postule na esfera criminal, em seu nome.

De outro lado, evidentemente que as leis devem ser interpretadas conforme a Constituição e não o contrário. Quando o Código de Processo Penal estabelece que caberá o arresto para o ressarcimento dos danos, evidentemente deve-se levar em conta o princípio da presunção da não-culpabilidade. Os danos ao sistema financeiro decorrentes de fatos apurados em ação penal só podem ser reconhecidos após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Permitir-se que ainda na fase investigatória ou ainda no limiar da ação penal, o réu seja privado de seus bens para satisfazer o interesse da Fazenda Pública no ressarcimento de danos, é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Queira a Fazenda Pública ressarcir-se de eventuais prejuízos, que procure o juízo adequado e mova ação judicial que certamente seguirá o seu rito e permitirá que o réu possa se defender antes de ser precocemente condenado, punido e violado o seu direito de propriedade.

Isto porque, como já se disse, o art. 134 do CPP exige que para a decretação da medida assecuratória "haja *certeza* da infração e indícios suficientes da autoria".

Certeza da infração só se alcança com o decreto condenatório indiscutível sob a pá de cal da coisa julgada. Antes disso, é mera presunção contra o réu e afronta à Constituição Federal.

4. Outros aspectos

O que se vê é que com a decretação antecipada de medida cautelar nitidamente de caráter punitivo e que visa a reparação de danos por infração certamente cometida pelo agente há a emissão de um juízo condenatório inadmissível no processo penal, avançando-se, inclusive nos possíveis efeitos da condenação que se restringem a permitir "a perda em favor da União" b) "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (art. 91, II, do CP).

Mais do que isto, se o processo penal já prevê como decorrência da sentença penal condenatória tal punição e se esta é extensível aos terceiros, ainda que de boa fé,[20] não faz sentido antecipar-se a aplicação de medida que afronta a Constituição Federal e deixa o acusado órfão de seu direito de ser presumido inocente. Até porque, se o caso, em ação própria, caberá ao juízo cível aquilatar e julgar, sempre, com o impostergável direito de defesa do acusado em ação movida pela Fazenda Pública, a privação de seus bens em reparação de eventuais danos.

Veja-se, inclusive, que o mesmo art. 798, do CPC, subsidiariamente invocado nas medidas assecuratórias como aplicável em matéria processual penal por força do art. 3.º, do CPP, que autoriza o Juiz a determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da causa, acarrete ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, pode ser manejado pela Fazenda Pública no juízo adequado, sem a necessidade de um pré-julgamento na ação penal.

20. Os tribunais tem sido sensíveis aos casos em que há demonstração inequívoca da boa-fé do terceiro que adquiriu bem posteriormente objeto de medida assecuratória penal: TRF-4.ª Reg., ApCrim 2000.04.01.005893-0, Des. Salise Monteiro Sanchotene, *DJ* 10.01.2007; ApCrim 2003.70.00.019282-2, Des. Elcio Pinheiro de Castro, *DJ* 28.06.2006; ApCrim 2001.71.00.127442-0, Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 28.01.2004; ApCrim 2004.70.00.026919-7, Des. Maria de Fátima Freitas Labarrere, *DJ* 14.06.2006.

Para tanto, evidentemente, deve ser demonstrado objetivamente em que se baseia o fundado receio de o réu frustrar "o direito" do lesado e que de fato lesou alguém.

Não se poderia deixar de comentar que a Lei 11.179/2008, que alterou o Código de Processo Penal, trouxe para o art. 387, a seguinte redação: "O juiz, *ao proferir sentença condenatória*: (...) IV – *fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração*, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido". E ainda o art. 63, parágrafo único: "*Transitada em julgado a sentença condenatória*, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido".

Portanto, o próprio juiz apenas na sentença penal condenatória estabelecerá o valor mínimo da reparação do dano da infração, que só após o trânsito em julgado poderá ser executado. Ao que parece, tal dispositivo vai de encontro aos decretos de medidas assecuratórias que, desde logo, contêm não só o valor dos danos e o *quantum* a ser ressarcido, como, muitas vezes, são executados antes mesmo da condenação definitiva do acusado.[21] Ao que parece, ainda que seja discutível a fixação pelo juízo penal dos valores a serem reparados, tal medida é mais garantista e resgata os nossos princípios constitucionais, pois, ao menos exige a condenação transitada em julgado.

De outra parte, também em respeito ao princípio da dignidade humana, no que diz respeito às medidas assecuratórias, não se pode deixar de advertir como

21. Nesse sentido, julgado do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, hostilizando tal prática: "não obstante a previsão constitucional (art. 243 da CF/1988), bem como pelos arts. 91 do CP e 48 da Lei 10.409/2002 da decretação de perda em favor da União de qualquer bem ou valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes, é de se ressaltar que, como já observado, o impetrante ainda não restou condenado, de forma definitiva, na ação penal n. 2003.35.00.001211-5, encontrando-se o feito pendente de julgamento de apelação por ele interposta. É cediço que ninguém será privado de seus bens sem defesa e, sendo o direito de propriedade garantia constitucional, é necessária a observância ao princípio do devido processo leal para decretação da perda de um bem" (MS 2006.01.00.014805-5/GO, rel. Des. Hilton Queiroz, 08.08.2007).

ensina Mirabete que "só podem ser objeto desse tipo de seqüestro os bens que sejam suscetíveis de penhora. Não podem ser seqüestrados os bens relacionados no art. 649, do CPC, absolutamente impenhoráveis".[22] No entanto, não é raro ver seqüestrado/arrestado todos os bens do acusado, inclusive, aqueles que não poderiam ser penhorados.

Mais uma vez, cabe ao acusado provar, o que deveria, por imposição legal, ser ônus do Ministério Público.

Isto sem dizer que não há qualquer preocupação com o fato de por vezes o bem pertencer ao casal, indisponibilizando-o por inteiro, fazendo com que o cônjuge também tenha que constituir advogado para discutir a liberação de bens que possui legitimamente. Sobre a matéria, como já decidiu o C. STF "seqüestro de bens pertencentes ao casal, por crime cometido pelo marido. Os bens do casal não podem responder pelas conseqüências. Interpretação do art. 263, VI, do CC/2002".[23]

Por fim, ainda que as medidas assecuratórias não impliquem em imediata expropriação dos bens do réu, evidentemente, este fica sujeito a todos os percalços econômicos e privado precocemente de seu patrimônio, por um tempo absolutamente indefinido. Isto sem dizer da sua condição de *criminoso*, antecipadamente reconhecida em decisão judicial exarada pelo magistrado que deverá ao final da ação penal julgá-lo de forma imparcial e isenta.

5. Conclusão

As medidas assecuratórias que atingem o patrimônio do réu previstas em nosso Código de Processo Penal e na Lei de Lavagem de Capitais, representam um verdadeiro contra-senso jurídico aos ditames Constitucionais que norteiam o devido processo legal, o direito de defesa e o princípio maior da não-culpabilidade,

22. Ob. cit, p. 37.
23. *RTJ* 12/111, apud: Alberto Silva Franco e outros, ob. cit., p. 1495.

não podendo sobreviver em um Estado Democrático de Direito que presume seus réus inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não obstante tem sido reiteradamente decretadas nos processos que tratam de crimes contra o sistema financeiro, o que merece uma pronta e efetiva discussão para que não se percam os valores mais caros ao cidadão.

6. Bibliografia

Alberto Silva Franco e Rui Stoco, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial'*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT.

Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1. ed. brasileira, Coimbra Ed.

Gustavo Henrique Ivahy Badaró, Medidas cautelares patrimoniais no processo penal, Crimes econômicos e processo penal, Ed. Saraiva.

Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, 3. ed. Atlas: São Paulo.

Maria Thereza R. de Assis Moura, Medidas assecuratórias, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT.

Rodrigo de Grandis, O juiz tem compromisso com a luta contra o crime?, *RBCCrim* 71/250.

Rogério Lauria Tucci, Seqüestro prévio e seqüestro no CPC: distinção, *RBCCrim* 5/142.

Tornaghi, *Curso de processo penal*, 3. ed., Saraiva, 1983.

Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva.

CPI: a duração dos depoimentos diante do princípio da dignidade da pessoa humana

Luís Guilherme Vieira

Membro titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. Fundador e diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Membro do Conselho Diretivo da RBCCrim. Ex-secretário-geral do Instituto dos Advogados Brasileiros, onde presidiu a Comissão Permanente de Defesa do Estado Democrático de Direito. Advogado criminal.

Resumo: As Comissões Parlamentares de Inquérito, por vezes, submetem indiciados e testemunhas a interrogatórios de duração demasiada longa, por ininterrupta sessão, levando-os a uma situação de indignidade, não só pelo esgotamento psicofísico a que são submetidos, mas, sobretudo, pelo inquestionável abalo emocional decorrente da opressiva exposição pública, o que se denota absolutamente discrepante da finalidade investigativa.

Limitar a duração do ato processual nada mais é do que mecanismo exemplar de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1.º, III, da CF/1988, na garantia da liberdade e igualdade da pessoa, para resguardá-la, inclusive, de toda e qualquer modalidade de intervenção da autoridade política na sua esfera subjetiva.

Palavras-chave: Testemunha – Indiciado – Tempo – Integridade psicofísica – Pessoa – Tortura e prova ilícita.

Abstract: Parliamentary Inquiry Commission sometimes subject defendants and witness to uninterrupted inquiries that last far too long, forcing them to endure not only the indignity of a psychophysical breakdown, but also to suffer an unquestionable devastating emotional distress due to the oppressive public exposi-

tion, a major discrepancy in achieving investigating purposes. The time limiting for these procedural acts is an example of rendering the principle of the human person dignity effective, as set forth in Article 1, sub-section III of the Brazilian Constitution, which guarantees freedom and equality to human beings, protecting them from any form of subjective intervention by political authorities.

Keywords: Witness – Defendant – Time – Psychophysical integrity – Person – Torture and illegal evidence.

Sumário: 1. Uma palavra inicial – 2. CPI: sua razão de ser – 3. Apresentação da temática pela nova tábua axiológica do ordenamento jurídico vigente – 4. A influência do tempo na integridade psicofísica: pela preservação da dignidade da pessoa humana – 5. Em busca de um regramento procedimental às CPIs – 6. Pontuação conclusiva – 7. Referências bibliográficas.

Área do Direito: Penal-Processo penal

"Destranquemos as portas. Escancaremos as janelas. Vasculhemos os tetos, os vãos, as frinchas, as luras. Não poupemos o ácido fênico, a creolina, o formol. Renovemos o ar. Enxotemos os bichos. Sacudamos o mofo. Acabemos com o bafio. Introduzamos a luz. Chamemos a higiene."
Rui Barbosa

1. Uma palavra inicial[1]

De plano, é bom avisar que já sustentamos, em ensaio anterior, e continuamos aqui a sustentar com o mais vivo empenho, que as CPIs, merecidamente prestigiadas

1. Esse ensaio, trabalhado a partir de palestra proferida no dia 16.09.2005, denominada *CPI: mídia e direito penal do espetáculo*, no Seminário Internacional de Direito Penal e Processo Penal, organizado pelo Itec e PUC/RS, é dedicado ao amigo Cezar Roberto Bittencourt, homenageado do evento, por tudo que ele já fez, faz e ainda fará em prol da intransigente e irrestrita defesa do Estado democrático de direito. Devo registrar os agradecimentos ao colega de escritório

e fortalecidas pela Constituição Federal, representam, para a manutenção do Estado democrático de direito, um dos braços mais fortes de que dispõe o Legislativo no aperfeiçoamento das leis e das instituições republicanas. Por conseguinte, por ser esse Poder detentor de instrumento tão enérgico, continuamos a defender, doutro lado, que as células parlamentares, muito em voga, no Brasil, a partir da década de 1990, precisam logo pensar e repensar nas suas atuações, para que não sejam, em futuro breve – isto é: se é que o futuro já não se transformou no presente –, desmerecidas e desacreditadas pelo povo brasileiro, que não pode prescindir de um Legislativo elevado e autônomo. Aliás, não por outro motivo que os senadores, os deputados federais e estaduais, e também os vereadores, foram escolhidos, por meio do voto popular, para cumprir das mais relevantes missões públicas.

Os politiqueiros devem se abster de utilizar processo de tamanha envergadura no cenário político brasileiro como palco para atingir suas vãs e mesquinhas expectativas eleitoreiras.[2] Faz tempo, muito tempo, que os cidadãos passaram a observar os atos e as atitudes de seus representantes. Eles se encontram atentos. Atentos até demais. E as respostas a esses (poucos) irresponsáveis sempre virão nas urnas. Se não nas de hoje, por certo, nas de amanhã ou nas de depois de amanhã. Mas virão. É só uma questão de tempo.

O Parlamento precisa ter em mente, cada vez mais, que os poderes a ele cometidos pelo legislador originário não são ilimitados. São limitados. E os limites encontram-se delineados, com clareza solar, na Lei das Leis, nas leis ordinárias[3]

Rodrigo de Oliveira Ribeiro e a (então nossa) estagiária Larissa Pontes, que nos auxiliaram na pesquisa. De igual modo, e com especial carinho, devo agradecer a professora doutora Patrícia Ribeiro Serra Vieira, não só por aturar as minhas inquietudes, que não são poucas, mas, em particular, por ter me ajudado na seleção de obras de Direito Civil que foram de suma importância para a construção desse texto.

2. No verbo do senador Amir Lando, "As CPIs trabalham muito mais para atender a um anseio da mídia que na apuração dos fatos ... O que interessa é a notícia. Muitas vezes a investigação segue o rastro das notícias, quando deveria acontecer o oposto". (*Revista Época* 434/28 e ss., 11.09.2006, também disponível na internet no sítio <http://revistaepoca.globo.com>).

3. Apesar de não ser o objeto deste trabalho, comungamos da tese, sacudida por Nilo Batista, de que a Lei 1.579/1952 não foi recepcionada pela Carta Política; portanto, à mingua de

e nos regimentos internos das Casas que as complementam. Os limites das CPIs e de atuação de seus membros hão de ser hígidos.[4] Aliás, já falamos que poder, sem hígidos limites (não se está a falar em engessamento, mas em garantismo, o que é bem diferente), só serve de berço à germinação de prática de atos abusivos, como bem demonstram os nefastos Anos de Chumbo, que queremos ver longe de nossos olhos, mentes e almas. Para que nunca mais!

O Legislativo necessita, pois, compreender, ainda a fórceps, que a sociedade civil amadureceu e está alerta, muito alerta, diríamos, aos desmandos e aos abusos perpetrados por (alguns) parlamentares-show,[5] os quais, despindo-se de suas nobilíssimas missões, pensam ter encontrado, nas sessões onde acontecem os trabalhos inquisitoriais, no mais das vezes transmitidas, em tempo real, por televisões e rádios – os quais obtêm índices de audiência nunca dantes vistos –, o seu momento Andy Warhol.[6]

uma lei ordinária a disciplinar o rito das inquisas, elas são inconstitucionais; não podendo, como não podem, por falta de procedimento a regulamentar as CPIs, serem tidos como prova lícita.

4. Para o Min. Celso de Mello: "o poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado democrático de direito, não há lugar para o poder absoluto". MS 23.576/DF, Reconsideração no Mandado de Segurança, Min. Celso de Mello, *DJ* 03.02.2000. (MELLO, Celso de. In: BARANDIER, Antonio Carlos (Org.). *CPI: os novos comitês de salvação pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 161).

5. VIEIRA, Luís Guilherme. Judiciário vs. CPIs – Uma questão de cidadania. Observatório da Imprensa, 05.09.2001. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid050920012.htm>. Acesso em: 03.06.2008; e Show político – CPIs por vezes são transformadas em palcos circenses. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 14.06.2004. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/24923,1>. Acesso em: 03.06.2008.

6. "Quando o artista plástico norte-americano Andy Warhol cunhou lá pelos anos 1970 sua frase conhecida – 'No futuro, todos teremos direito a 15 minutos de fama' – muita gente achou que ele estava sendo extremamente pessimista. Com a frase, ele ironizava a compulsão das pessoas de se tornarem celebridades instantâneas e a máquina de criar 'famosos' montada pela era da informação que começara a expor um novo leque de possibilidades para a visibilidade pública.

O 'futuro' de Warhol chegou e, hoje, podemos perceber que na verdade ele foi um grande otimista, com todo o seu pessimismo. Porque no mundo super-ultra-interconectado de agora, o mais correto seria dizer 'No presente, todos terão direito a 15 minutos de execração'! Podemos chamar isto de Lei de Andy Warhol às avessas." (ROSA, Mário. *A reputação na velocidade do pensamento*. São Paulo: Geração Editorial, 2006, p. 103-104).

Paulo Sérgio Leite Fernandes, em um de seus *Ponto Final*,[7] como que antevendo o que Mário Rosa, mais tarde, denominaria de *Lei Andy Warhol às avessas*,[8] depois de assistir numa CPMI ao depoimento de uma senhora, esposa de um investigado, mas, incontestavelmente, investigada também, embora convocada a depor como testemunha fosse (como se o eufemismo pudesse fazer tábula rasa sobre a sua efetiva condição no procedimento), cientificava-nos que

"o depoimento (...) durou oito horas, sendo encerrado porque a moça teve uma quinta crise de choro, não podendo continuar. (...) alguns membros da Comissão persistiram na inquirição extravagante, valendo-se, um ou outro, de argumento no sentido de que a declarante, sendo verdadeira, estaria preservando a honra da família e a dignidade dos filhos. (...) As características dos ouvintes e da posição de inquiridores variados é múltipla. Uns, atrelados ao povo sofrido e desempregado, sentem certa dose de prazer enquanto vêem uma representante da denominada classe média alta sendo publicamente escarmentada, enquanto se desfaz em lágrimas; outros – ou outras – têm uma irritação disfarçada enquanto percebem, no entremeio do depoimento, que a interrogada resiste, não se abatendo, alegrando-se os ouvintes, entretanto, naqueles momentos de acabrunhamento ante a agressividade de um inquisidor escabujante. Há um terceiro grupo que tem dó, contendo-se dentro das paralelas da urbanidade. Em linhas gerais, a população acha 'muito bem feito' (...). Tive, em algumas oportunidades, a constatação de que hoje ainda se aplicam, embora há muito revogadas, as Ordenações que mandavam salgar o solo dos condenados e lhes tisnar a descendência.

(...) melhor teria sido que a inquirição se fizesse à moda da Inquisição, tudo em segredo, para que não se visse aquela cena que não honra quem extrapolou os

Logo, os *parlamentares-show* ficam com o momento Warhol dos idos de 1970 e, conscientes de que os anos são outros, submetem suas presas, as testemunhas/indiciados, às agruras da *Lei de Warhol às avessas*, para que estas possam ter o "direito" dos seus 15 minutos de execração... Lamentável, para falar o menos.

7. FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. CPI dos Correios. Inquisição oficial?. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/cpi_correios.htm>. Acesso em: 03.06.2008.

8. ROSA, Mário, op. cit, p. 104.

parâmetros da educação e do pressionamento legítimo, embora, no meio disso, também me venha à memória rotineira atividade da polícia política durante a ditadura. Havia o mauzinho e o bonzinho. O primeiro torturava o investigado, deixando-o em situação nauseante. Em seguida, chegava o segundo. Trazia café, sanduíche, cobertor e mercurocromo, tecendo ríspidas considerações contra o antecessor. (...) No fim, a discrição seria boa opção do Parlamento, evitando-se, inclusive, episódios que chegam, às vezes, a provocar repugnância. As cenas visualizadas produzem conseqüências além das pessoas dos torturados (e não se diga que não é assim)."

O processo de (re)democratização é longo. Sabemos. Mas ele já (re)começou e vem sendo solidificado no cotidiano sofrido de cada cidadão. O Legislativo não deve se permitir, sob pena de se deslegitimar, colocá-lo em risco, porque os abutres estão, como sempre estiveram, à espreita. Basta sentirem o odor da carne em decomposição para iniciarem o banquete, ainda que este seja servido em desfavor do Estado democrático de direito; conseqüentemente, em desfavor dos princípios e garantias pelos quais combatemos durante anos.

Por estas e outras razões, os repórteres Matheus Leitão e Ana Paulo Galli[9] alertaram tempos atrás, para o fato de que as CPIs, "ainda que sejam um importante instrumento do regime democrático, essenciais para o equilíbrio entre os poderes e o exercício de uma das funções mais nobres do Legislativo – fiscalizar o Executivo –, (...) vêm sendo banalizadas. Elas têm, progressivamente, virado arma de promoção pessoal de políticos, munição para alvejar adversários e, nos piores casos, balcão de negócios em que empresários são intimidados ou achacados, segundo afirmam os próprios parlamentares".

E o triste é que este fato reflete o pensar de significativa parcela do povo brasileiro. O ceticismo, em dias atuais, vem imperando, indistintamente, no seio da sociedade, que já não mais enxerga nas inquisas parlamentares o tal braço forte posto a lhe proteger. Ou será que a Carta não é mais Cidadã?!

9. Op. cit., p. 28 e ss.

Apesar de tudo que vem ocorrendo ao longo destes últimos sofridos anos no Legislativo brasileiro, força dizer que as CPIs devem permanecer na Carta Política. Mais. Devem continuar a ter os poderes que lhe foram cometidos pela Carta Política. O que é indisputável é que elas estão precisando encontrar o seu ponto de equilíbrio. A sua verdadeira razão de ser. Enfim, elas precisam ser (re)colocadas nos (garantistas) trilhos que a conduzam a uma estação segura. Aliás, elas jamais deles deveriam ter saído e, como têm saído com freqüência indesejável, não poderiam estar sendo aplaudidas por segmentos retrógrados da sociedade civil, com especial destaque, por diminuto segmento da imprensa, que, no particular, não vem bem cumprindo sua importante missão social, porque, ao invés de bem informar, vem contribuindo com as atrocidades perpetradas por alguns (pseudo)representantes do povo, contribuindo, deste modo, com a cegueira de parte significativa da sociedade civil, que não bem conhece (ou não tem como conhecer, porque mal informada) os caminhos e os descaminhos de uma investigação parlamentar.

Com efeito, Leitão e Galli[10] têm razão: na legislatura "que tomou posse em 2003, foi pedida a abertura de 34 CPIs. Quase uma a cada mês. Dezoito foram instaladas. Apenas metade tinha sido concluída até semana passada [4 a 10.09.2006]. Pede-se CPI para tudo. Até para investigar os radares de trânsito que aplicam multa por excesso de velocidade ou para avaliar a venda da fábrica de chocolates Garoto para a Nestlé. As CPIs passaram a ocupar tanto tempo na agenda do Congresso que a principal função dos parlamentares – legislar – ficou relegada a segundo plano. Reformas urgentes ficam paradas e decisões importantes sobre o futuro do país são esquecidas".

Sobre o tema, o economista Albert Fishlow[11] preleciona que as CPIs "'representam um passo atrás' porque distorcem a função dos deputados e senadores'. No Brasil, há muitas leis ainda necessárias para que o país acelere a taxa de crescimento, melhore a distribuição de renda".

10. Idem, ibidem.
11. Idem, ibidem.

"'É necessário que as CPIs tenham bem definido os limites do trabalho e aperfeiçoem o método jurídico na coleta de provas', diz Fabiano Santos, cientista político do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Exemplos internacionais mostram que a definição dos limites dos poderes das CPIs pode ser resolvida de diferentes formas. Na França, as investigações parlamentares são sigilosas. Somente o relatório final pode ser divulgado. Nos Estados Unidos, os parlamentares não podem quebrar sigilos[12] nem decretar prisões [no particular, no Brasil também não podem decretar prisões, em razão da reserva de jurisdição, exceto naqueles casos em que qualquer do povo pode prender em flagrante delito]. Têm de pedir autorização à Justiça. O limite foi uma resposta aos abusos cometidos nos anos 50 durante o movimento de caça aos comunistas liderado pelo senador Joseph McCarthy. Cabe à sociedade brasileira encontrar a receita para preservar as CPIs, combatendo a banalização e os excessos."[13]

É o que se espera. É no que se crê. E é o que acontecerá, pela simples circunstância de que a sociedade patrícia, em honra ao estatuído na Constituição Federal, cônscia de sua importância, não permitirá que este ou aquele (falso) parlamentar, jogue por terra ferramenta tão importante para a construção de um país mais justo e equânime. Confia-se.

12. No ponto, apesar do entendimento dos tribunais superiores e inferiores no sentido de que as CPIs podem, desde que fundamentadamente, quebrar sigilos (bancários, fiscais e telefônicos), continuamos com a pétrea convicção de que tais poderes não lhes foram cometidos pela Carta Política. Se houver tal necessidade, devem as inquisas, em honra ao princípio da reserva de jurisdição, deduzi-los à autoridade judicial competente e esta, por sua vez, avaliará se presentes estão os pressupostos autorizadores da excepcional medida. Presentes, ela será deferida.

Ademais, não devemos tirar de nossas mentes que os dados bancários, fiscais e telefônicos (estes não têm tempo certo de armazenamento fixado em lei, mas como estão umbilicalmente ligados aos dados fiscais, ficam armazenados pelo mesmo período que aqueles) estão guardados no tempo fixado em lei. Portanto, nada está a exigir que o Judiciário, com tranqüilidade, seja instado a se pronunciar sobre a concessão de medida tão invasiva à privacidade e à intimidade do cidadão. (VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 75-97).

13. Op. cit., p. 28 e ss.

2. CPI: sua razão de ser

Dispõe o § 3.º, do art. 58, da CF/1988, que "as comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

Por não ser o escopo desta reflexão, não nos perderemos em maiores digressões doutrinárias sobre os poderes e limites das CPIs, tampouco em questões atinentes à sua ilegalidade.[14]

14. Nilo Batista, ao proferir palestra na Associação Brasileira de Direito Financeiro sobre o que denominou *A criminalização da advocacia* (*Revista de Estudos Criminais*, Itec – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, out.-dez, Rio Grande do Sul: Notadez, ano V, n. 20, p. 87), não deixou passar ao largo questões que estão a merecer profunda reflexão dos operadores do direito, dos parlamentares e dos tribunais pátrios.

Em síntese apertada, Batista alerta um eventual colega mais incrédulo para o fato de que o "poder punitivo (...) há de ser observado em seu estado mais bruto. Peço a este Colega cético que olhe não para o exemplo grosseiro de um grupo de extermínio, mas sim para a hipótese mais dissimulada de uma CPI, e reflita sobre a circunstância de que todos os argumentos dirigidos contra o 'procedimento investigatório' do Ministério Público, por falta de previsão legal de procedimento, são aplicáveis às CPIs. Aquela modesta Lei 1.579, de 18.03.1952, lhes concede 'ampla ação nas pesquisas', para o que poderão 'determinar as diligências que entenderem necessárias, ouvir indiciados, inquirir testemunhas e requisitar documentos (arts. 1.º e 3.º). Isto configura um cardápio, não um procedimento. Isto viola o devido processo legal em sua mais elementar expressão, o procedimento legal tipificado. E isto é, sobretudo, a grande causa das arbitrariedades e do autoritarismo que costumam cercar os trabalhos das CPIs. Poder punitivo solto é algo perigoso. O deputado, semana passada, queria saber qual era a natureza da relação profissional entre um depoente e seu advogado: mais explicitamente, queria requisitar o contrato, queria saber o valor dos honorários! O *Jornal Nacional* usava a expressão 'artifício' para referir-se à concessão liminar de *habeas corpus* que facultava ao investigado calar-se quando bem entendesse, atrapalhando aquela cena, da última temporada operística parlamentar-investigatória, na qual o investigado era obrigado a firmar o compromisso de dizer a verdade, qual testemunha fora, para ser preso ao primeiro titubeio ou à primeira contradição".

Porém, é incontestável que, com o advento da Carta Política de 1988, várias têm sido as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dos seus reais poderes e dos seus reais limites, mormente em razão da locução introduzida, pela vez primeira em nosso ordenamento jurídico, de que elas *"terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais"*.

Muitos embates judiciais ainda estão por vir, até que encontremos um equilíbrio sobre a temática, a qual, por ser indispensável à República, vem merecendo, por parte dos operadores do direito, análises profundas, produzidas longe da fogueira dos acontecimentos (e das vaidades também, é picar) e das reflexões decorrentes e típicas dos confrontos políticos em situações semelhantes. Distanciamento fundamental, por envolverem essas análises grandes conflitos, originados pela contradição interna existente entre princípios teóricos que circundam os tais poderes e limites das CPIs, e os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos.

No pensar de Carlos Alberto Direito,[15] "em geral, podem as comissões, no exercício de suas funções, determinar o comparecimento de testemunha, colher depoimentos, promover diligências, requisitar documentos, pedir informações a qualquer repartição pública, expedir notificações. É evidente que os atos praticados com apoio em poderes tão amplos, se decorrentes de investigação vedada ao Poder Legislativo, seja porque ao largo de sua competência, seja porque atingem direitos constitucionalmente protegidos, violam direito líquido e certo. E, desse modo, é inquestionável a competência do Poder Judiciário para prestar jurisdição".

E, nos dizeres de Luís Roberto Barroso,[16]

"As comissões parlamentares de inquérito são importantes instrumentos da atividade fiscalizadora do Poder Legislativo. Seus poderes são amplos, porém não ilimitados. Não poderão, assim, extrapolar o âmbito de competência do

15. Apud Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 335.

16. Barroso, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira* cit., p. 349.

Congresso Nacional, investigar temas que digam respeito à vida privada e não ao interesse público, nem interferir com os direitos constitucionalmente assegurados aos indivíduos.

A cláusula referente 'aos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais', introduzida pela Constituição de 1988 (art. 58, § 3.º), destinou-se a dar imperatividade às deliberações e determinações das CPIs, como intimações, requisições de documentos e outras providências. Na vigência das Cartas anteriores, bem como nos termos da Lei 1.579/52 tal não ocorreria. Pela nova redação da norma constitucional, a inobservância de tais determinações enseja cumprimento coativo. Tais medidas, todavia, não são auto-executáveis. Dependem da intervenção do Poder Judiciário."

Já para Nuno Piçarra, "o inquérito parlamentar seria assim um instrumento polivalente ou plurifuncional, susceptível de utilização na fase preparatória de um procedimento legislativo, de direcção política ou de fiscalização, podendo servir não só para a preparação de actos jurídicos com eficácia obrigatória mas também de quaisquer actos políticos do Parlamento. Por isso mesmo, o seu objecto poderia ser tão abrangente quanto o âmbito da competência do Parlamento. Esta definição do inquérito conheceu um particular enraizamento no mundo germânico, sob a denominação de 'teoria do colorário' – de acordo com o qual 'o inquérito parlamentar exprime a competência da assembleia dos representantes do povo para investigar factos e acontecimentos cujo conhecimento seja necessário para o exercício das funções parlamentares. Da própria definição de inquérito parlamentar resulta a natureza dinâmica do instituto. Ele surge como *corolário lógico e jurídico* necessário da actividade que cabe à assembleia dos representantes de preparação e adopção de cada acto formal mediante o qual exerce a sua competência constitucional. Aqui reside a finalidade e o limite da função cognoscitiva exercida através do inquérito parlamentar".[17]

17. PIÇARRA, Nuno. *O inquérito parlamentar e os seus modelos constitucionais: o caso português*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19.

Na lição de Celso de Mello – expressada em decisão paradigmática[18] e que está a merecer todos os encômios, por ter garantido o direito do advogado[19] de prestar assistência ao seu constituinte e o deste de ser assistido por seu advogado durante as sessões das comissões, livremente, a critério de um ou de outro, porque sua presença "reveste-se de alta significação, pois, no desempenho de seu ministério privado, incumbe-lhe promover a intransigente defesa da ordem jurídica sobre a qual se estrutura o Estado democrático de direito":[20]

"A função de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de abusos e nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis. O inquérito parlamentar, por isso mesmo, não pode transformar-se em instrumento de prepotência e nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos pelos órgãos, pelos agentes ou pelas instituições do Estado. Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam e julgam, não estão exonerados do dever de respeitarem os estritos limites da lei e da

18. MELLO, Celso, op. cit., p. 157-158 ou (MS 23.576/DF, Reconsideração no mandado de segurança, Min. Celso de Mello, *DJ* 03.02.2000).

19. O sempre lembrado Evaristo de Moraes Filho, em tese apresentada na V Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em 1974 na cidade e estado do Rio de Janeiro, e aprovada por aclamação, com sua antevisão ímpar, lecionava, como se estivesse a lecionar hoje, que o advogado, ao lado da independência, também deve "armar-se de desprendimento e coragem, toda vez que for convocado para o patrocínio de uma causa. Seria sempre exigível, no mister da advocacia, o heroísmo e sacrifício, a ponto de oferecer-lhe a própria cabeça, como fez o patrono de Luís XVI, em holocausto do direito de defesa. Dir-se-á, ainda, que, em nosso país, mesmo nos mais obscurantistas momentos de nossa história, tem-se registrado o heroísmo do advogado que não recua, que não vacila em pagar com sua liberdade, se este for o preço exigido, para que não deserte da defesa de seu semelhante, para que cumpra o solene juramento dos tempos da formatura. E é verdade que o impulso que sempre tem animado a classe dos advogados no Brasil é o destemor no amparo aos direitos humanos, ainda que preciso seja tornar-se um herói no martírio desse ideal.

Triste, porém, o Estado em que os advogados devam ser heróis para executar o seu labor!" (MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Um atentado à liberdade: Lei de Segurança Nacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 111-112.)

20. Idem, p. 164.

Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática motivou a instauração do procedimento estatal.

Mesmo o indiciado, portanto, quando submetido a procedimento inquisitivo, de caráter unilateral, em cujo âmbito não incide a regra do contraditório (é o caso do inquérito parlamentar e do inquérito policial),[21] não se despoja de sua condição de sujeito de determinados direitos e de senhor de garantias indisponíveis, cujo desrespeito põe em evidência a censurável face arbitrária do Estado cujos poderes devem necessariamente conformar-se ao que impõe o ordenamento positivo da República."

Como se nota, apesar de o texto constitucional ser límpido, como límpidas são as leis ordinárias e os regimentos internos das Casas, há muito se faz indisputável que o Legislativo edite nova lei, à luz da Carta Política, dispondo sobre o efetivo procedimento das CPIs, para que estas não sejam, como estão sendo, maculadas pela ilicitude que a ninguém aproveita. A edição dessa lei há de ser precedida de profundo debate com a academia e a sociedade civil, mantendo-se o Parlamento, para tal, distante dos pouco éticos holofotes normalmente acesos, por parcela da mídia, em razão do acontecimento do dia, os quais, não raro, cegam alguns e, também não raro, emprestam efêmera notoriedade a outros tantos.

Enquanto este momento não chegar, águas sujas ainda vão rolar em direção ao córrego, poluindo-o, de jeito irreversível.

3. Apresentação da temática pela nova tábua axiológica do ordenamento jurídico vigente

Os depoimentos de testemunhas ou os interrogatórios de indiciados perante algumas CPIs têm tido duração demasiado longa, por ininterrupta a sessão (são

21. Sobre esse ponto, apesar de entendermos ser ele controvertido tanto doutrina como nos tribunais, sustentamos, com fundamento no inc. LV, do art. 5.º, da CF/1988, que sendo as CPIs procedimentos administrativos, aos indiciados/investigados são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. O que é indisputável, como dito alhures, é de que há a necessidade uma nova lei a regulamentar as investigações parlamentares, porque a Lei 1.579/1952 não foi recepcionada pela Constituição, como bem asseverou Nilo Batista.

oito, dez, quatorze, dezesseis horas; enfim, mais parece uma maratona, só que a disputa não tem vencedores, só vencidos), levando as testemunhas e/ou os indiciados a situação indignamente opressiva e violenta, não só pelo esgotamento psicofísico a que são submetidos, mas, sobretudo, pela direta e inquestionável agressão e abalo emocional que essa exposição pública provoca à sua dignidade pessoal; situação esta, é óbvio, totalmente divorciada da finalidade da investigação.

O problema da ausência de previsão legal quanto à duração desses atos vem de longe. Certa feita, Pedro Lessa, em momento que antecedera a sua investidura como ministro do Supremo Tribunal Federal, houve por bem sacudir questão de ordem com o fim de indagar sobre a limitação temporal de sustentação oral para Rui Barbosa, que reclamava da tribuna a sua exigüidade:

"Senhor Presidente – Estou aprendendo. Rui Barbosa, pelas luzes de sua sabedoria, há muito adquiriu o direito de falar nesta Casa pelo tempo que entenda."[22]

A problemática atual, entretanto, difere, substancialmente, daqueloutra vivenciada por Lessa e Rui. Bons tempos aqueles... Mal poderiam eles imaginar os tempos modernos... Por sinal, nem eles, nem nós.

Não é importante, aqui, recordar certas inquirições de testemunhas/indiciados realizadas por recentíssimas CPIs. Em realidade, se estivéssemos em locais outros que não na Casa do Povo as conseqüências poderiam ser resolvidas de jeito diferente, porque o homem, humilhado, pode, em defesa do eu, tomar, em relação ao outro, atitude jamais por ele dantes imaginada.

A humilhação implica, consoante Pierre Ansart, em uma "situação particular na qual se opõem, em uma relação desigual, um ator (individual e coletivo) que exerce uma influência, e, do outro lado, um agente que sofre esta influência. A situação humilhante é, por definição, racional: comporta uma agressão na qual um sujeito (individual ou coletivo) fere, ultraja uma vítima sem que seja possível

22. Lessa, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003, p. XV.

uma reciprocidade. A ausência de reciprocidade é aqui essencial. Uma humilhação provisória, um comentário injurioso, uma ameaça podem ser reparados por uma resposta à altura da agressão recebida, no caso de existir uma resposta possível. Mas a humilhação não reparada é essencialmente desigual e, com freqüência, durável; o domínio é exercido em proveito do ator em detrimento da vítima. Nesta humilhação, a vítima é confrontada a uma situação ou a um acontecimento contrários às suas expectativas, contrários aos seus desejos, sem sentido para ela, representando a negação da imagem que faz de si próprio. (...) A humilhação é uma das experiências da impotência".[23]

Sabe-se, com Ansart, que o homem humilhado, ao ter aniquilado o seu eu, tem sua afirmação vital negada, rejeitada e destruída, sentindo-se, pois, relegado da "relação de reciprocidade, experimentando a vergonha de si mesmo".[24] Ele tem o seu sofrimento aumentado quando nota que "o sujeito ativo de sua humilhação não percebe sua dor [ou percebe, e quer mais, dizemos nós] ou tem satisfação com ela".[25] As decorrências dessas barbáries são incomensuráveis. Para o humilhador, elas são diametralmente opostas, porque atingido o seu vil intento: docificou o homem, ao negar-lhe suas reações naturais.

Claudine Haroche, com precisão cirúrgica, doutrina no sentido de que a "a humilhação reside no fato de se estar reduzindo ao eu e, conseqüentemente, ao corpo. Lévinas, falando do homem que 'acorrentado a seu corpo recusa o poder de escapar de si mesmo', anunciou a atmosfera contemporânea, seus valores, maneiras de ser e de sentir superficiais e desengajadas: 'o pensamento torna-se jogo, o homem se compraz com sua liberdade e não se compromete de forma definitiva com nenhuma verdade' (...). 'O homem transforma seu poder de duvidar em falta

23. ANSART, Pierre. As humilhações políticas. In: MARSON, Izabel e NAXARA, Márcia (Org.). *Sobre a humilhação: sentimentos, gestos, palavras*. Uberlândia: Edufu, 2005, p. 15.

24. Ibidem, ibidem.

25. Ibidem, ibidem.

de convicção. Não se prender a uma verdade torna-se para ele não engajar sua pessoa na criação de valores espirituais.

O espaço da intimidade, do corpo, é o lugar dos sentimentos mais profundos: lugar que abriga e protege o sentimento da existência, o sentimento de si mesmo; mas pode ser também um lugar ameaçador para o eu; espaço de clausura, do sentimento de vulnerabilidade e de impotência, território onde a humilhação pode se exercer de maneira constante e inelutável."[26]

A humilhação é, por conseguinte, uma das mais cruentas formas de tortura, crime de especial gravidade (recusamo-nos a utilizar o adjetivo hediondo), repelido pela Carta Política, em seu art. 5.º, III, que assegura, a todos, o tratamento digno, determinando que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

De mais a mais, temos observado, e a imprensa noticia o fato com grande estrépito, que as CPIs vêm prolongando, demasiadamente, a duração dos depoimentos e/ou interrogatórios de cidadãos ali chamados a comparecer, com o fim de vencê-los pela fadiga e/ou pelo abalo psicofísico a que são compelidos, tudo, dizem, tão-somente para atender aos desprezíveis caprichos ditados pela sanha policialesca[27] de (alguns) parlamentares-show,[28] que em nada contribuem para os elevados objetivos almejados pela investigação legislativa.

26. HAROCHE, Claudine. Processo psicológico e sociais de humilhação: o empobrecimento do espaço interior no individualismo contemporâneo. MARSON, Izabel e NAXARA, Márcia (Org.), op. cit. p. 43.

27. "(Aliás, a propósito, como há gente com sufocada propensão para ser polícia. Lembro um advogado, sujeito liberal, democrata, que, virando secretário de segurança, portou-se com tal autenticidade na função que mereceu de um delegado entusiástico comentário: *O homem vestiu nossa camisa!* O Congresso quer ser polícia. O Ministério Público quer ser polícia. Certos juízes, ao interrogar os réus, querem ser polícia. Quanta vocação frustrada...)" THOMPSON, Augusto. A violência legal. In: BARANDIER, A. C. (Org.). *CPI: os novos comitês de salvação pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 16.

28. "À medida que o Legislativo decide transvertir-se em polícia, torna-se possível puxar-lhe as orelhas, travar-lhe os movimentos, já que, no plano jurídico, tal papel não lhe pertence." THOMPSON, Augusto. A violência legal. Idem, ibidem.

Não é por causa diversa que olhos atentos têm rotulado as sessões das CPIs de "espetáculos", "guerra de egos", "aula de antropologia", "show de horrores" etc.[29] Mas isto não é bom. É ruim. Vai de encontro às mais comezinhas regras que estão, ou deveriam estar, a cimentar o Estado democrático de direito. Porém, apesar de o alerta vir de muito tempo atrás, o Parlamento faz questão de não ver e ouvir os reclamos garantistas. Ou pior: insiste em não querer ouvir e ver, é o que se depreende, sem qualquer custo.

Sobre o tema, Betch Cleinman bem o pontua:

"Nesse momento, as Comissões Parlamentares de Inquérito estariam se transformando em Comissões Parlamentares Inquisitoriais. Nessa passagem, revela-se a figura da CPI-espetáculo, aquela que não mais se subordina à Constituição, mas aos índices de audiência e aos imperativos do mercado da política. Agradar ao público torna-se vital, pois dele fazem parte potenciais eleitores e financiadores de campanhas eleitorais. Na fogueira das vaidades, no fogo das paixões, são queimados critérios racionais e objetivos suscetíveis de permitir avaliar e julgar as ações dos indivíduos. Resultado: varre-se a Lei Maior, queimam-se os princípios civilizatórios."[30]

Não foi por motivo diferente que Celso de Mello, em decisão já referida,[31] advertiu, sem pejo, que:

"Em seu interrogatório, o indiciado *[e as testemunhas também, dizemos nós]* terá que ser tratado sem agressividade, truculência ou deboche, por quem o interroga diante da imprensa e sob holofotes, já que a exorbitância diante da imprensa da função de interrogar está coibida pelo art. 5.º, III, da CF/1988, que prevê que '"ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante'.

29. Suwwan, Leila. Apuração e circo: Congresso vira palco de "espetáculos". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10.07.2005. Folha Brasil.

30. Cleinman, Betch. A muralha dos procedimentos inquisitoriais. In: Barandier, A. C. (Org.). *CPI: os novos comitês de salvação pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 28.

31. Mello, Celso, op. cit., p. 159.

Aquele que, numa CPI, ao ser interrogado, for injustamente atingido em sua honra ou imagem, poderá pleitear judicialmente indenização por danos morais ou materiais, neste último caso, se tiver sofrido prejuízo financeiro em decorrência de sua exposição pública, tudo com suporte no disposto na Constituição Federal, em seu art. 5.º, X."

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/1988) é considerado o parâmetro de efetividade de todo e qualquer dispositivo legal, o que permite inferir que, na atualidade, a maior e mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade é a desobediência ou transgressão, sobretudo, a este princípio jurídico, por cabal insurgência a todo o sistema legal.

No direito contemporâneo, todas as categorias jurídicas foram submetidas a uma obrigatória releitura, tomando por base os princípios constitucionais, a nova tábua axiológica fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, III), na *solidariedade social* (art. 3.º, III) e na *igualdade substancial* (arts. 3.º e 5.º). Ou seja, a Carta Política não impôs apenas limites externos, mas promoveu uma alteração na estrutura e no conteúdo das categorias jurídicas, sobretudo as civis.[32]

32. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil. Teoria geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

Reforçando toda uma corrente crítica-reflexiva ao emprego do falso e do puro legalismo jurídico, justificador das práticas arbitrárias, lecionam Banhoz e Fachin: "De maneira geral, a crítica ao legalismo assentou-se nessas premissas, afora as tendências pós-modernistas que ora são construídas no sentido antilegalista propriamente dito, já que retiram do Estado qualquer capacidade de definir e estabelecer critérios de justiça de forma absoluta, ficando estes relegados a inúmeros focos de poder distribuídos na sociedade, caracterizando um quadro de falência do Estado uma vez que compreendem o poder como necessariamente descentralizado.

Uma vez mais, notam-se semelhanças na construção dos discursos historiográfico e jurídico ao longo do século XX, ambos destinados a criar e manter propostas alternativas à construção de leituras acerca da sociedade, ambos preocupados em não reduzi-la a uma ideologia estadualista, burguesa e liberal, ambos engajados na construção de recursos teóricos e metodológicos para melhor compreender o ser humano em sociedade, que desde o cientificismo tornou-se objeto de estudo, dos mais variados, embebido nos mais calorosos debates acadêmicos." BANHOZ, Rodrigo Pelais e FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In: SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia et al. (Org.). *Diálogos sobre direito civil – Construindo a racionalidade contemporânea.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 69-70.

4. A influência do tempo na integridade psicofísica: pela preservação da dignidade da pessoa humana

Do prisma histórico, temos que, desde os tempos dos tribunais da Santa Inquisição, o alongar indiscriminado das audiências e a privação do sono eram poderosos métodos utilizados pelo juiz-inquisidor para obter a confissão de mulheres vistas como bruxas e daqueles tidos como hereges.[33] Nesta corredeira, João Gualberto Garcez Ramos esclarece:

"O tempo, na audiência processual penal inquisitória, é indeterminável. Em termos juridicamente mais inteligíveis, é possível afirmar que a conclusão da audiência processual penal inquisitória – sobretudo a de instrução, representada pelo interrogatório – está submetida a uma condição resolutiva, sabida pelo inquisidor e pelo 'argüido': que este confesse o crime. A partir deste momento, a audiência já pode se encerrar. Se ele não ocorrer, a audiência se estenderá até quando for preciso."[34]

Sabe-se que, no processo, o interrogatório é o momento de maior tensão psicológica para o cidadão, até para os mais argutos, porque, em poucas palavras e em pouco tempo, ele tem de produzir, sem tergiversações, sua autodefesa. Se for mal, pode estar abrindo ensanchas para o início de um fim tenebroso. A respeito do tema, Guilherme Nucci[35] nos lembra imorredoura lição de João Mendes Júnior.[36] Vejamos:

"Em França, talvez mais do que em Portugal, os presos, nos termos da Ordonnance de 1670, eram interrogados incessantemente e os interrogatórios

33. DALL'AQUA, Rodrigo. Métodos de tortura psicológica aplicados no interrogatório. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 124, ano 11, mar. 2003.

34. Idem, ibidem.

35. NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 105.

36. ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, vol. 1, p. 229. In: NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 105.

começados, o mais tardar, vinte e quatro horas depois da prisão; ali, os acusados prestavam juramento, os interrogatórios eram reiterados todas as vezes que aprouvesse ao juiz; não dava ao acusado prazo algum para responder, a fim de que ele não tivesse azo de formar astúcias e sutilezas para encobrir a verdade."

O interrogatório demasiado longo e sem interrupções é uma prática que visa, por intermédio da tortura, a enfraquecer e a desestabilizar o ser humano, sem o uso da violência física, mas apenas com a impulsão de mecanismos de pressão psicológica, simplesmente pelo desgaste excessivo. Leva a pessoa à confusão mental, diminuindo sua capacidade de concentração. Aliando a pressão prolongada pelos inquiridores com o cansaço e a extenuação física, chega-se ao estado de vulnerabilidade propício para se obter a tão almejada confissão,[37] ou qualquer deslize ou palavra incerta que possa ser entendida como comprometedora.

A doutrina argentina[38] se refere à prática como interrogatório contínuo:

"Es el más difundido por la novelística y la cinematografía de temática policial, como también prohibido en casi todas las legislaciones. No obstante, sigue siendo usado en diversos países.

Emplean así un interrogatorio continuado que mantiene al sospechoso constantemente en la defensiva debilitando su habilidad para elaborar excusas lógicas, coartadas y evasivas a las preguntas y escucha las fallas que pueda cometer el sospechoso, mientras el otro está interrogando. Con este 'interrogatorio continuo', los interrogadores confunden la mente del sospechoso, al no darle oportunidade de descanso. Con dicha desubicación y debilitamiento mental, las secciones conscientes y subconscientes del sujeto quedarán divididas de modo que cuando oiga una pregunta, ésta con frecuencia incidirá y hará reaccionar directamente al subconsciente antes que la conciencia y la voluntad puedan evitarlo; de esta manera, la verdadera contestación ajustada a los hechos ya habrá sido dicha."

37. DALL'AQUA, Rodrigo, op. cit.

38. ESCOBAR, Raúl Tomás. *El interrogatório em la investigación criminal.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1987, p. 314-315.

Prosseguindo o interrogatório por longo período de tempo, o inquisidor busca torturar emocionalmente o interrogando, explorando eventual falha ou contradição cometida, muitas vezes escusável pelo cansaço, por mais desprezível que seja.[39]

A situação, encarada em seus derradeiros limites, deve ser encaixada na definição de tortura prevista na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, realizada na Colômbia em 1985, e da qual o Estado brasileiro é subscritor. A tortura, consoante a Convenção é

"todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. *Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.*" (Grifo nosso.)

Ressalte-se que, objetivando evitar uma situação opressiva, desnecessária e ilegal, acreditamos que o interrogatório numa CPI, assim como em geral, deve ter duração certa, com prazos razoáveis de intervalo, tanto para as testemunhas como para os indiciados, uma vez que estamos tratando e defendendo direitos humanos, fundados no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental este, é sublinhar, insculpido no inc. III, do art. 1.º, da CF/1988, para que tanto uns quanto outros tenham respeitada a garantia efetiva dos seus direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana traz consigo toda uma carga filosófica e jurídica, representando, na primeira perspectiva, verdadeiro imperativo categórico, e na segunda, também recorrente à filosofia, um comando legal. Senão, verifica-se:

39. Nucci, Guilherme de Souza, op. cit., p. 108.
"Não se trata de agressão física, mas de atos que levam o indivíduo ao desespero, ainda que sua integridade corporal seja preservada."

"*Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano seja visto, ou usado, jamais como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si.* Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, universal e incondicional da dignidade da pessoa humana."[40] (Destaque nosso.)

Na segunda perspectiva anunciada como jurídica, denota-se a dificuldade de se precisar os contornos do princípio da dignidade da pessoa humana, não só em virtude das suas numerosas conotações, mas, sobretudo, por ser a razão e/ou fundamento de toda a ordem legal e de todo e qualquer direito fundamental; envolvendo, em si, outros relevantes princípios jurídicos, tais como o da igualdade substancial, o da solidariedade social, o da integridade psicofísica e o da liberdade, elevados a substratos materiais da dignidade:

"O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: (i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.

Esta decomposição serve, ainda, a demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, e, portanto, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade da

40. FREITAG, Barbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, 1(2), 2. sem., 1989. p. 10. Citada por BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

pessoa humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, assim como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação."[41]

É inquestionável, portanto, a necessidade de serem criados hígidos limites para a duração dos interrogatórios dos indiciados ou dos depoimentos de testemunhas, com horário de início, intervalos sistemáticos, mais longos para os destinados às refeições, e, também, com fixação de hora para o término da sessão, ainda que a inquirição não tenha se encerrado, porque ela pode, sem qualquer prejuízo, ser retomada, nos mesmos moldes, nos dias seguintes, se for a hipótese.

Nesta linha, Perelman[42] preleciona que "a doutrina dos direitos humanos, em sua formulação mais simples, exige, para evitar a arbitrariedade do poder, a instauração de todo um conjunto de procedimentos que precisem as situações e os métodos que legitimariam a intervenção positiva dos representantes da autoridade".

5. Em busca de um regramento procedimental às CPIs

A Lei 1.579/1952 (não recepcionada pela Carta), prevê que as CPIs podem ouvir indiciados e inquirir testemunhas, porém, não cuidou de estabelecer, com maiores detalhes, as formalidades legais e limitações com as quais se revestiriam tais atos; por outro lado, cuidou de prever expressamente, em seu art. 6.º, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal, por seu turno, não estabelece, em nenhum de seus artigos, os limites legais da duração do interrogatório, reservando às hipóteses de lacuna legal a previsão do art. 3.º, ao admitir a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Ressalte-se que o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito encontram-se no art. 4.º da LICC, uma *lex legum*, norma com aplicabilidade que

41. Bodin de Moraes, Maria Celina, op. cit., p. 85.

42. Perelman, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 401.

se estende muito além do Código Civil. Como asseverou Clóvis Bevilaqua, ela é aplicável a todas as leis:[43]

"Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Não há dúvidas, portanto, que o presente caso deve ser tratado mediante aplicação analógica da lei e sob a luz dos princípios gerais de direito.[44]

Carlos Maximiliano[45] distingue duas hipóteses para a analogia: ou falta uma disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula um caso semelhante (analogia *legis*); ou não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie nem sequer de modo indireto, quando, então, o juiz, em face de instituto inteiramente novo, tem de recorrer a um complexo de princípios jurídicos (analogia *juris*).

Na caso em estudo, impõe-se aplicar, ao que se nos afigura, a analogia *legis*, visto existir na legislação pátria dispositivo prevendo circunstância semelhante, e o mesmo princípio contido numa regra legal deve logicamente ser estendido a outras hipóteses não previstas.[46]

Em síntese: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, conceito básico da analogia em Roma, "onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida",[47] adágio que se justifica ainda em tempos atuais.

Com efeito, o Código Processual Penal Militar, no § 2.º de seu art. 19, prevê que as testemunhas não serão inquiridas por mais de quatro horas, sendo-lhes facultado, por ser de direito público subjetivo seu, o descanso de meia hora. *In verbis*:

43. Diniz, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4.

44. Que não se confundam os princípios gerais de direito, que podem ou não estar contidos em lei, com os princípios jurídicos, de efetividade plena, dentre os quais destacamos o constitucional da dignidade da pessoa humana, verdadeiro pilar da ordem jurídica vigente.

45. Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 210.

46. Idem, p. 208.

47. Idem, p. 209.

"Art. 19. (...)

§ 2.º A testemunha não será inquirida por mais de quatro horas consecutivas, sendo-lhe facultado o descanso de meia hora, sempre que tiver de prestar declarações além daquele termo. O depoimento que não ficar concluído às dezoito horas será encerrado, para prosseguir no dia seguinte, em hora determinada pelo encarregado do inquérito."

A razão íntima da previsão do Código de Processo Penal Militar, editado em pleno regime de exceção, nunca devemos nos esquecer disto, se revela na sua exposição de motivos. Luís Antônio da Gama e Silva (em nada afeito às liberdades públicas e privadas), então ministro de Estado da Justiça, registrou:

"O Projeto teve o cuidado de evitar situação opressiva para as testemunhas, estabelecendo que serão, salvo caso de urgência inadiável, inquiridas durante o dia, em período que medeie entre as sete e as dezoito horas. Determinou, igualmente, que as testemunhas não serão inquiridas por mais de quatro horas consecutivas, sendo-lhes facultado *[direito público subjetivo do interrogando, sublinhemos mais uma vez]* o descanso de meia hora, sempre que tiverem de prestar declarações além do termo."

Maximiliano[48] sustenta que o processo analógico pressupõe: em primeiro, uma hipótese não *prevista* tratar-se-ia apenas de *interpretação extensiva*; em segundo, a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; e, em terceiro, este elemento não pode ser qualquer e, sim, *essencial*, *fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo.

Na circunstância ora desenhada estão presentes todos os pressupostos acima listados: (a) há uma hipótese não regulamentada: a Lei 1.579/1952 não prevê os limites legais para a realização do interrogatório; (b) a relação contemplada no texto do § 2.º do art. 19 do CPPM é diversa da que se examina, pois ali se trata

48. Idem, p. 212.

de instância reservada aos militares e, aqui, de processo parlamentar, mas há um elemento de identidade entre ambos, pois se referem a um mesmo tipo de ato, de natureza idêntica (o interrogatório e/ou o de colheita de testemunhas), independentemente de suas diferentes instâncias; (c) o fato jurídico que deu origem ao § 2.º do art. 19 do CPPM constitui elemento fundamental de identidade com o aqui estudado, pois o legislador, quando estipulou as regras para a inquirição nos feitos castrenses e previu tais limitações de tempo aos interrogatórios/depoimentos, pensou em evitar uma situação opressiva, permissiva de abusos, a qual, em essência, não é distinta da que se observa nos procedimentos civis: há, em todos os casos, militares ou civis, os mesmos sujeitos, quais sejam, de um lado, aquele(s) que interroga(m) e, de outro, o interrogado. Nesta corredeira, em todas as inquirições há a possibilidade de se submeter o interrogado a um interrogatório/depoimento artificialmente longo, levando o indiciado e a testemunha, como se diz na exposição de motivos do Código de Processo Penal Militar, a uma *situação opressiva*. De tortura, para sermos mais precisos.

Trata-se, ademais, de se prestigiar, aqui, a *igualdade* jurídica, princípio da verdadeira Justiça, a qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes, visto que, se todos são iguais perante a lei, mormente o são perante os princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico patrício; utilizando-se o tratamento desigual, para resguardo da igualdade substancial, nos casos de desigualdades regionais e sociais.

Ainda que, por qualquer motivo, se entenda que o § 2.º do art. 19 do CPPM não deva ser aplicado em analogia *legis* ao presente caso, cabe, por fim, a aplicação dos princípios gerais de direito, princípios de Justiça por igual, fonte última a que se deve recorrer para integrar o ordenamento jurídico,[49] e estabelecer os limites de duração dos interrogatórios dos indiciados e de testemunhas, coibindo abusos.

49. TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972, n. 70, p. 367.

Abusos estes, é salpicar, que podem ser cometidos, tanto por dolo quanto por culpa, pelos agentes que, revezando-se continuamente na perquirição da testemunha e/ou indiciado, subestimam os efeitos da submissão prolongada e ininterrupta do interrogando. Ao prolongar os atos procedimentais para fragilizar o interrogado (numa espécie torturante de punição indireta, numa catarse pública, numa exposição pública de submissão prolongada), os inquiridores abrem espaço para discursos, perguntas repetidas e as mais variadas considerações pessoais sobre os próprios interrogados etc., tudo para arrastar até a madrugada o ato, destituindo-o, deste jeito, de qualquer valia, pois longe de atingir sua destinação constitucional.

Há os que ainda invocam ou se utilizam, diante até mesmo do argumento refutável da ausência de regramento expresso que cuide da questão, do processo analógico e do espírito do sistema e da Constituição. É sim: poder-se-ia até mesmo recorrer à generalidade das leis pertinentes, explorando *ontologicamente* os cânones não ditados de modo explícito, mas que são imanentes aos princípios que correspondem ao mesmo subconjunto axiológico e fático e aos que norteiam o sistema; os tradicionalmente conclamados princípios gerais de direito. Mas, tal invocação, por ultrapassada, não mais se justifica, diante da plena aplicabilidade dos princípios constitucionais.

A duração dos atos processuais das sessões deve ser estabelecida expressamente por uma norma (frise-se que os regimentos das Casas legislativas são omissos) e, não o sendo desta maneira, pautando-se pelos princípios constitucionais, pelos fundamentos da Constituição e, até mesmo, pelos motivos fáticos relacionados à gênese da norma, após regular requerimento, deve ser fixada pelo presidente de CPI, diante do caso em concreto.

Além da norma trazida à aplicação analógica, há outras no ordenamento pátrio, no de outros países, nos tratados internacionais, nos pactos, nas quais se verifica a existência de limites à duração dos interrogatórios.

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal, pela leitura do art. 172,[50] já implica uma limitação à duração dos interrogatórios, ao estipular que os atos processuais sejam realizados, em regra, das seis às vinte horas; assim como o art. 177, ao prever que cabe ao juiz determinar o prazo da realização dos atos processuais quando a lei for omissa.

Neste rumo, conforme ressalta Maximiliano,[51] típico é o preceito do Código Civil suíço, de 1907, que, em seu art. 1.º, prescreve que "se nem a letra, nem o espírito de algum dos dispositivos da lei, nem o Direito Consuetudinário oferecerem a solução para um caso concreto, decida o juiz 'de acordo com a regra que ele próprio estabeleceria se fora legislador. Inspire-se na doutrina e na jurisprudência consagradas'".

Na mesma direção, encontramos, no regimento do STF, art. 123, limite para a realização das sessões:

"As sessões ordinárias começarão às 13h30min e terminarão às 17h30min, com intervalo de trinta minutos, podendo ser prorrogadas sempre que o serviço exigir."[52]

O regimento interno do antigo Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro, em seu art. 85, continha também previsão que limitava as sessões:

"Não havendo indicação em contrário, o início das sessões será às 13h, e seu encerramento às dezessete horas, salvo se antes esgotada a pauta, se ocorrer falta de *quorum* ou necessidade de prorrogação por exigência de serviço ou para ultimação de julgamento iniciado."

Verifica-se, então, que o regimento interno de diversos tribunais prevê uma limitação temporal para as sessões e a realização de atos processuais, no esteio de não se levar ninguém, inclusive os magistrados, ao esgotamento psicofísico.

50. Dall'Aqua, Rodrigo, op. cit.

51. Maximiliano, Carlos, op. cit., p. 300.

52. Diz o parágrafo único do referido artigo que "as sessões extraordinárias terão início à hora designada e serão encerradas quando cumprido o fim a que se destinam".

6. Pontuação conclusiva

Limitar a duração do ato processual nada mais é que se reconhecer e interpretar o princípio geral da dignidade da pessoa humana, fundamento contido no vértice da Constituição Federal, inscrito em seu art. 1.º, III.

O conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos,[53] em sua categoria de direitos individuais, conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política.

A Constituição Federal da Alemanha, como muitas, traz estampada, no artigo de abertura, a consagração do princípio da dignidade humana, ao dizer:

"A dignidade da pessoa humana é *intangível*. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (...) O Povo Alemão reconhece, portanto, os *direitos invioláveis e inadiáveis* da pessoa humana, da paz e da Justiça no mundo."[54] (Destaque nosso.)

A legislação processual penal alemã trata mais especificamente da questão em seu art. 136a, considerando prova ilícita e inutilizável a advinda do esgotamento físico do interrogado:

"§136a. [Métodos de interrogatório prohibidos] (1) No podrá menoscabarse la liberdad de decisión voluntaria, ni de la actuación de la voluntad del inculpado, por malos tratos, agotamiento (...)."[55]

53. Barcellos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 110.

54. Nunes, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

55. Colomer, Juan-Luis Gomez. *El proceso penal aleman: introducción y normas basicas*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 321.

Nossa livre tradução da íntegra do artigo: "A vontade de decisão e de atividade do acusado não podem ser violadas por meio de maus-tratos, esgotamento, violências corporais, aplicação de remédios, tortura, engano, ou hipnose. Poderá se aplicar tão-somente a coerção admitida

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, reconhece a *dignidade da pessoa humana* como base da liberdade, da Justiça e da paz, consignando como garantia individual a proibição de se submeter a pessoa humana a tratamentos degradantes, inumanos ou cruéis e a proteção contra medidas arbitrárias.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se, ainda, na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é firmante, que estabelece em seus arts. 5.º, 8.º e 11, respectivamente:

"Art. 5.º 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

(...).

Art. 8.º 1. Toda pessoa tem o direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...

Art. 11. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, ou de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas."

no Direito Processual Penal. A ameaça com uma medida processualmente inadmissível ou a promessa de uma vantagem não prevista em lei são proibidas;

(2) Medidas que diminuem a memória ou a capacidade de compreensão, não são permitidas;

(3) A proibição dos incisos I e II valem independentemente do consentimento do acusado. Declarações realizadas com violação a essas proibições não podem ser aproveitadas, ainda que o acusado aprove sua utilização."

O princípio da dignidade da pessoa humana, como se observa, é mais do que um princípio, há de ser considerado o vetor interpretativo geral da Constituição.[56] Trata-se de um verdadeiro supraprincípio constitucional, vivo, real, absoluto, e não só está em vigor como deve ser levado em conta em qualquer situação, não se permitindo a sua desconsideração em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas, uma vez que a própria Constituição impõe sua implementação concreta.[57]

De outro giro, o STF já decidiu, por diversas vezes, com fundamento autônomo em princípios (ADIn 1.386/RJ; RE 140.095/RS; RE 141.320/RS).

Afinal, enquanto não editada uma lei ordinária para, em obediência aos princípios entranhados na Carta Política (ampla defesa, contraditório e devido processo penal), regulamentar o procedimento parlamentar e arbitrar, dentre outros, limites de tempo para a realização de interrogatórios e a oitiva de testemunhas nas CPIs, consagra-se que, diante da vertente em análise, deve-se aplicar analogicamente o art. 19, § 2.º, do CPPM ou, sobretudo, nos princípios constitucionais e, diante da especificidade do tema, até mesmo nos gerais de direito, arbitrar limites de tempo para a realização de interrogatórios e para a oitiva de testemunhas nas CPIs.

Enquanto isto não acontecer, vamos continuar a assistir à tortura do cidadão e ao total escárnio ao princípio da dignidade da pessoa humana nos palcos, por vezes circenses, das CPIs.

Em fecho, como a Constituição da República Federativa do Brasil proíbe a tortura, o ferimento à dignidade da pessoa humana, a violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo penal, força concluir, com fulcro nos passos do legislador originário, que as provas testemunhais colhidas, pelas CPIs, da maneira como têm sido, hão de ser consideradas ilícitas (art. 5.º, LVI da CF/1988); portanto, por serem inadmissíveis, não têm qualquer valia.

56. Barcellos, Ana Paula de, op. cit., p. 146.
57. Nunes, Luiz Antônio Rizzatto, op. cit.

Por lado outro, podem/devem as vítimas buscar, no Judiciário, a indenização pelos danos materiais e/ou morais a que fazem jus (art. 5.º, X da CF/1988), isto sem falar que o Ministério Público Federal ou dos estados tem o poder-dever de processar os infratores por abuso de poder (Lei 4.898/1965), que podem/devem, também, serem processados administrativamente.

7. Referências bibliográficas

BARANDIER, A. C. (Org.). *CPI: os novos comitês de salvação pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. *Revista de Estudos Criminais*, Itec – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, out.-dez, Rio Grande do Sul: Notadez, ano V, n. 20.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CLEINMAN, Betch. A muralha dos procedimentos inquisitoriais. In: BARANDIER, A. C. (Org.). *CPI: os novos comitês de salvação pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COLOMER, Juan-Luis Gomez. *El proceso penal aleman: introducción y normas basicas*. Barcelona: Bosch, 1985.

DALL'AQUA, Rodrigo. Métodos de tortura psicológica aplicados no interrogatório. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 124, ano 11, mar. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESCOBAR, Raúl Tomás. *El interrogatório em la investigación criminal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1987.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil. Teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. CPI dos Correios. Inquisição oficial?. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/cpi_correios.htm>. Acesso em: 03.06.2008.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003.

MARSON, Izabel e NAXARA, Márcia (Org.). *Sobre a humilhação: sentimentos, gestos, palavras*. Uberlândia: Edufu, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Um atentado à liberdade: Lei de Segurança Nacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *O inquérito parlamentar e os seus modelos constitucionais: o caso português*. Coimbra: Almedina, 2004.

REVISTA *ÉPOCA*, edição n. 434, 11.09.2006, p. 28 e ss., também disponível na internet no sítio <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG75264-6009-434-1,00-CPI+FAZ+BEM+OU+MAL.htm>.

ROSA, Mário. *A reputação na velocidade do pensamento*. São Paulo: Geração Editorial, 2006.

SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia et al. (Org.). *Diálogos sobre direito civil – Construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

SUWWAN, Leila. Apuração e circo: Congresso vira palco de "espetáculos". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10.07.2005. Folha Brasil.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

_____. Judiciário *vs.* CPIs – Uma questão de cidadania. Observatório da Imprensa, 05.09.2001. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid050920012.htm>. Acesso em: 03.06.2008.

_____. Show político – CPIs por vezes são transformadas em palcos circenses. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 14.06.2004. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/24923,1>.

3. Crime e Sociedade

Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas

Otávio Dias de Souza Ferreira
Advogado.

Resumo: O intuito do trabalho é colaborar com o debate travado em torno do problema da proibição de substâncias psicoativas. A criminalização primária de condutas ligadas às drogas é analisada segundo quinze princípios intra-sistemáticos da mínima intervenção penal propostos por Alessandro Baratta. Essa nova abordagem da política proibicionista, através da sistematização de argumentos conforme princípios específicos, possibilita, de maneira didática, a identificação de numerosas limitações formais e materiais da criminalização.

Palavras-chave: Drogas – Direito penal mínimo – Princípios intra-sistemáticos – Criminalização primária – Políticas criminais.

Abstract: This study intends to contribute to the never-ending discussion around the drug prohibition problem. This article provides an analysis of primary criminalization according to fifteen intra-systematic principles of the minimum penal intervention proposed by Alessandro Baratta. This new approach of the prohibitive policy, by means of a systematization of arguments based on specific principles, provides a didactic identification of many formal and material limitations of criminalization.

Keywords: Drugs – Minimum penal intervention – Intra-systematic principles – Primary criminalization – Criminal policies.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Grupo de princípios de limitação formal da violência punitiva: 2.1 Princípio da reserva legal ou da legalidade em sentido estrito; 2.2 Princípio da taxatividade; 2.3 Princípio do primado da lei penal substancial; 2.4 Princípio da representação popular – 3. Grupo dos princípios de limitação funcional do poder punitivo: 3.1 Princípio da resposta não contingente; 3.2 Princípio da proporcionalidade abstrata; 3.3 Princípio da idoneidade; 3.4 Princípio da subsidiariedade; 3.5 Princípio da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social; 3.6 Princípio da implementação administrativa da lei; 3.7 Princípio do respeito pelas autonomias culturais; 3.8 Princípio do primado da vítima – 4. Grupo dos princípios gerais de limitação pessoal: 4.1 Princípio de imputação pessoal ou princípio da personalidade; 4.2 Princípio da responsabilidade pelo fato; 4.3 Princípio da exigência social de comportamento conforme a lei – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. Introdução

Com a redução do poder de intervenção social do Estado moderno neoliberal, verifica-se uma simultânea redução da esfera de alcance de todas as áreas do direito, sobrecarregando o direito penal e o poder punitivo do Estado. A tutela penal é apresentada como uma panacéia para um novo fisiologismo político que se instaurou paralelamente às culturas do medo, da imagem e do consumismo.

A criminalização de substâncias psicoativas é um fenômeno muito recente na história humana. As "famigeradas drogas" são encontradas em praticamente todas as culturas humanas desde a antiguidade.[1] Embora quase sempre tenha havido tolerância social e até mesmo uma boa aceitação social em relação a substâncias psicoativas, no século XX, os Estados Unidos e a China lideraram uma forte guerra

1. ESCOHOTADO, Antonio. *Las drogas. De los orígines a la proibición*. Madrid: Alianza, 1994.

ideológica contra as drogas. Foi durante a Guerra Fria que o proibicionismo se consolidou internacionalmente.

A política do "War on Drugs" (guerra às drogas) tem sido responsável por um enorme aumento do arbítrio do poder punitivo do Estado, de violações de direitos humanos e, até, da soberania de Estados Nacionais. A própria idéia de "guerra" é utilizada estrategicamente para permitir ilimitados poderes repressores ao Estado, pois numa guerra tudo é permitido.

Na defesa das liberdades e garantias dos cidadãos ante a força crescente do sistema punitivo surgiu a doutrina do "direito penal mínimo", sustentada por criminólogos célebres, entre os quais se destacam Alessandro Baratta, Raúl Zaffaroni e Luigi Ferrajoli. Sustenta-se que o sistema penal é um instrumento excepcional de controle social, indicado apenas para situações extremas, quando as outras formas de controle, disponíveis na sociedade, revelarem-se ineficazes. Uma série de limitações formais e materiais da criminalização das drogas pode ser constatada a partir da abordagem da teoria da mínima intervenção penal.

A teoria construída por Alessandro Baratta destaca-se por sua minuciosa estrutura principiológica.[2] É dividida em dois grandes grupos de princípios: os intra-sistemáticos da mínima intervenção penal, aqueles limitados à esfera jurídico-penal; e os extra-sistemáticos, que se projetam sobre os demais sistemas sociais.

Este estudo analisa a proibição das substâncias psicoativas, segundo quinze princípios intra-sistemáticos propostos por Baratta, subdivididos em três grupos: os da limitação formal da violência punitiva; os da limitação funcional da violência punitiva; e os da limitação pessoal ou da limitação da responsabilidade pessoal.

2. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). Doctrina Penal. Teoria y Práctica em las Ciências Penales. Revista Trimestral. Buenos Aires: Depalma, 1987.

2. Grupo de princípios de limitação formal da violência punitiva

2.1 Princípio da reserva legal ou da legalidade em sentido estrito

O exercício da função punitiva deve se limitar apenas àquelas condutas previstas em lei como delito (*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine* e *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). Aparece geralmente associado ao *princípio da irretroatividade da lei penal*, a partir do qual não se admite a aplicação dos efeitos de uma lei penal para fatos que a antecedem (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*[3]), salvo quando favorável ao réu. Sua aplicação deve ocorrer em qualquer circunstância ou fase processual.

Tal princípio teria surgido na "Magna Carta Libertatum" do Rei João Sem Terra, no início do século XIII,[4] mas só foi aparecer amplamente nos ordenamentos jurídicos internacionais, a partir das Declarações de Direitos do século XVIII. Consagrou-se como garantia fundamental dos indivíduos perante o poder soberano do Estado.

Ambos os princípios – da reserva legal e da irretroatividade – são essencialmente interligados, razão pela qual devem ser analisados em conjunto.

A elaboração de leis deve observar os procedimentos constitucionais do processo legislativo previsto na Constituição. As leis devem estar em harmonia com os princípios constitucionais de uma nação, assim como com tratados internacionais recepcionados pelo Direito nacional, conforme a hierarquia da ordem jurídica de uma nação.

3. AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais. Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003, p. 93.

4. "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país." (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57.)

Só é possível punir alguém por uso ou venda de substâncias psicoativas se houver lei anterior prevendo tal fato típico. As normas devem respeitar princípios e direitos individuais consagrados nas Cartas Magnas e em Tratados Internacionais.

Ocorre que os Tratados e Convenções Internacionais no âmbito da ONU têm como foco o combate ao tráfico de drogas e ao branqueamento de capitais, não se atendo especificamente no combate ao consumo individual. O usuário é visto como um doente, não como um criminoso. Desde a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e do Protocolo de Genebra, do ano seguinte, adotou-se uma postura mais branda em relação aos consumidores, a chamada clínico-psicosocial. Prega-se a necessidade de os Estados identificarem casos de uso mais abusivo de drogas para assegurar o tratamento, a educação e a pós-cura com a ressocialização de dependentes como substituto da reação punitiva ou acumulada a ela.[5]

Não há um compromisso internacional expresso no sentido de se punir o consumo de drogas, diferentemente do que ocorre com o tráfico. A perseguição penal do consumidor de drogas choca-se com princípios legais adotados em muitas Constituições e até com Declarações de Direito no âmbito das Organizações Internacionais, particularmente em relação às liberdades individuais, sobretudo quando o uso ocorre em contextos culturais tradicionais.

A adoção da *war on drugs* no Brasil é incompatível com o Preâmbulo da Constituição Federal, importantíssima diretriz hermenêutica, por afrontar liberdades individuais, a "sociedade, fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

Uma vez modificada uma legislação operando a descriminalização de condutas, todos aqueles processados ou condenados pela prática dos comportamentos previstos na norma devem ser imediatamente liberados da persecução penal e as penas devem ser abolidas.

5. Poiares, Carlos Alberto. *Análise psicocriminal das drogas. O discurso do legislador*. Porto: Almeida e Leitão, 1999, p. 171.

2.2 *Princípio da taxatividade*

O texto das leis deve ser absolutamente claro, sem obscuridades. A taxatividade, para Cláudio do Prado Amaral, seria "uma dimensão material do princípio da legalidade".[6] A lei não pode permitir interpretações arbitrárias. É um princípio fundamental de segurança jurídica. Exige que o legislador esgote os recursos técnicos para dar o máximo de exatidão à norma.[7]

A teoria da "tipicidade conglobante", de Zaffaroni, sustenta que uma lei não pode proibir o que outra permite ou fomente. Na hipótese de aplicação dessa teoria, vislumbra-se a falta de taxatividade no ordenamento, e não apenas em um dispositivo isolado, devendo prevalecer a norma permissiva em cotejo com a norma proibitiva.

Muitas vezes o legislador desconhece técnicas jurídicas e a prática das relações jurídicas no dia a dia do Judiciário. A conseqüência natural disso é a má elaboração das normas. A nova previsão legal da conduta de uso de drogas ilícitas no Brasil é emblemática no tocante à sua imprecisão técnica, o que tem dado margem a uma grande celeuma.

Apesar de estar previsto no Capítulo III, do Título III, intitulado "Dos crimes e das penas", as sanções cominadas no art. 28 da Lei 11.343/2006 não se enquadram em nenhuma das duas espécies de infração penal (crime e contravenção penal) previstas na Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-lei 3.914/41). São mais brandas que as previstas para o crime (detenção ou reclusão) e para as contravenções penais (prisão simples ou multa). A definição legal de infração penal no Brasil baseia-se nas penas cominadas em lei. Entender que o consumo de entorpecentes seria um crime, posição recentemente adotada pelo Min. Sepúlveda Pertence (RE 430.105-9/RJ), do STF, é fazer

6. AMARAL, Cláudio do Prado. Ob. cit., p. 54.

7. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 206.

uma interpretação do ordenamento em prejuízo do réu. Incide na questão da reincidência, no estigma de delinqüente, além de ofender o intuito do legislador em priorizar a política de prevenção e de redução de danos. Em que pese o brilhantismo habitual desse julgador, sua decisão representa grande afronta ao princípio da reserva legal. Mais razoáveis parecem os entendimentos dos Professores Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. O primeiro sustenta que se criou uma nova espécie de infração penal, situada hierarquicamente abaixo da contravenção penal. A segunda defende que seria o caso de uma "infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados), tendo ocorrido descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*)".[8]

Zaffaroni alerta ainda para o problema, sobretudo na América Latina na década de oitenta, presente em numerosas legislações referentes a drogas de apresentarem o fenômeno da multiplicação dos verbos de tipificação de condutas. Um exemplo claro dessa "monstruosidade" ocorre no ordenamento brasileiro. O legislador de 2006, na Lei 11.343, mesmo alertado por inúmeras críticas ao longo de trinta anos, mostrou o mesmo despreparo técnico do legislador de 1976, ao não suprimir um só verbo da extensa descrição típica do antigo art. 12 da Lei 6.368/76. O intuito do legislador seria o de cobrir todas as possibilidades com punição, a despeito da precisão e da técnica jurídica. Equiparam-se os efeitos da punição de condutas tentadas às consumadas, às participações secundárias e aos atos preparatórios. Zaffaroni chama isso de "monstro técnico", o que seria uma característica evidente de um direito penal autoritário, que se preocupa principalmente com o diagnóstico do inimigo do Estado, deixando de avaliar a efetiva

8. GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 12.03.2007.

lesão ao bem jurídico tutelado.[9] Isso permite o absurdo de se aplicar o mesmo tratamento punitivo a condutas com potenciais de lesividade distintos.

Os Tratados Internacionais tratam a questão das drogas de maneira muito simplista. E as legislações nacionais não têm se preocupado em definir os produtos a serem proibidos. Geralmente trazem os chamados tipos "abertos", pois não indicam precisamente uma conduta proibida, mas apenas identificam elementos exteriores à norma criminalizadora. O poder de decisão definitiva sobre políticas criminais nacionais e sobre o próprio poder punitivo do Estado é delegado a burocratas ou a técnicos da área de saúde. Esse fenômeno provoca insegurança jurídica e a norma perde legitimidade.

Dotti considera que os tipos penais abertos são uma ofensa ao princípio da taxatividade.[10]

Os tipos penais de "tráfico de drogas" abrangem um universo de condutas que exigem um grau diverso de ofensividade, a ponto de ocorrer uma "nivelação incriminatória excessiva, colocando no mesmo saco meros 'elos' de cadeias poderosíssimas conjuntamente com os agentes que detém o verdadeiro domínio do mercado e com aqueles que asseguram ou fortalecem a relação exploratória com a vítima".[11]

Algumas legislações sobre drogas, como as da Inglaterra e da Holanda,[12] distinguem as condutas conforme a nocividade das substâncias, despendendo tratamentos penais diferentes para substâncias consideradas "brandas" e "pesadas". É um avanço e representa um respeito maior ao princípio da taxatividade. O maior cuidado com a clareza do texto legal segundo critérios de proporcionalidade da

9. ZAFFARONI. Eugenio Raúl. La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar*, Fascículos de Ciências Penais. Trimestral, ano 3, vol. 3, n. 2, abril/maio/junho. Porto Alegre-Brasil: Fabris, p. 18.

10. DOTTI, René Ariel.. Ob. cit., p. 60.

11. PALMA, Maria Fernanda. Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do "direito penal de justiça" pelo direito penal secundário. In: MOURA, Dário Vicente (Org.). *Problemas jurídicos da droga e da toxicodependência*. Coimbra: 2004, vol. 2, p. 25.

12. ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. Legislacion penal europea occidental comunitária y comparada sobre drogas. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 26 a 58.

ofensa ao bem jurídico tutelado é fundamental para garantir a mais justa aplicação da norma ao caso concreto.

2.3 Princípio do primado da lei penal substancial

Esse princípio visa "asegurar la extensión de las garantias contenidas em el princípio de legalidad a la situación del indivíduo em cada uno de los subsistemas em que puede ser subdividido el sistema penal, esto es, frente a la acción de la policía, dentro del proceso y en la ejecución de la pena".[13] O indivíduo apenas pode sofrer medidas do poder punitivo que sejam estritamente necessárias para a correta e segura aplicação da lei.

A tendência repressiva às drogas nas legislações mundiais tem justificado grandes ameaças às liberdades democráticas que vão desde a censura da imprensa, invasões de privacidade, até a exigência de exames aleatórios de urina de empregados em determinadas corporações.

Zaffaroni constatou as seguintes tendências nas leis autoritárias sobre drogas da América Latina dos anos oitenta: não distinguem os conteúdos dos injustos e os graus de culpabilidade, fixando mínimos altíssimos para impedir que os magistrados valorem o injusto e a culpabilidade; atribuem a organismos especiais, diferentes dos tribunais comuns, a competência para julgar determinados delitos contra os interesses do Estado; e julgam determinados casos através de procedimentos rápidos, visando a maior eficácia repressiva, em detrimento das garantias do acusado. Afirma que os Juízes, além de terem sua atuação cerceada pela legislação severa, sofrem influência da mídia pela forte repressão dos casos relacionados a drogas, sem falar na pressão de tribunais superiores, que por vezes impõem sanções internas ou estigmatizam os próprios magistrados.[14]

13. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo cit., p. 629.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Legislación "Anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 16 a 25.

Arzamendi alerta para o fato de que as regras processuais específicas adotadas com freqüência em casos de delitos ligados a drogas constituem derrogações de direitos fundamentais dos acusados, tal como é feito em casos de suspeita de terrorismo. Cita como exemplos: presunções contrárias ao réu; inversão da carga de prova; facilidade de extensão dos prazos de detenção policial e de detenção preventiva; investigação de contas bancárias, inclusive no exterior; violação do sigilo de correspondências e de conversas telefônicas; aplicação de confisco preventivo de bens e instrumentos; e adoção de medidas cautelares de toda ordem.[15]

A falta de taxatividade, a existência de tipos abertos, assim como a sutil diferenciação entre as definições de uso e de tráfico de drogas, apesar da enorme desproporcionalidade das penas cominadas para cada uma destas condutas, concede às autoridades judiciárias e policiais uma discricionariedade imensa no tocante à derrogação de direitos de meros acusados. Isso reflete nos problemas da seletividade do sistema penal e da corrupção das instâncias policiais.[16]

Por vezes a polícia negocia a impunidade de delinqüentes menores, diante de informação que permita a identificação de um traficante maior. O usuário é o pólo mais fraco nas relações de consumo, podendo, não raras vezes, ser alvo de tortura psicológica de autoridades para, através do terror e do medo, "abrir a boca".[17] Esta estratégia de caça aos usuários para identificação dos traficantes é mais confortável para a polícia, pois produz alguns resultados, sem a necessidade de desenvolver serviços de inteligência e investigação mais complexos. É muito duvidosa sua eficácia em relação à descoberta dos maiores e mais poderosos traficantes, uma vez que não costumam se relacionar com os usuários. A prática

15. ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. Ob. cit., p. 52 e 53.

16. Esse ponto será retomado com maior profundidade no item 3.6.

17. DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena* cit., p. 466 e 467.

do estímulo à delação é polêmica do ponto de vista ético, o que José Carlos Dias batizou de "extorsão premiada".[18]

A pretexto da guerra contra as drogas, vê-se a "banalização" da exposição da intimidade e da privacidade das pessoas, ampliando-se cada vez mais a sociedade de vigilância analisada por Foucault[19] e profetizada por Orwell,[20] mirando, sobretudo, as parcelas mais marginalizadas da sociedade.

2.4 Princípio da representação popular

Os procedimentos de criação da lei penal de cada Estado de Direito devem obedecer os regulares trâmites democráticos – desde a configuração de partidos e movimentos políticos, a eleição dos membros do Poder Legislativo e de votação e a aprovação de leis, até a efetivação do direito à informação na sociedade para o melhor convencimento dos indivíduos acerca dos temas em discussão.

Na política da *war on drugs* a informação é geralmente manipulada pelos meios de comunicação e por formadores de opinião, conforme tendências e interesses políticos, econômicos, morais e religiosos diversos; a começar pelo estigma contido na palavra "droga". As autoridades constantemente sonegam ou distorcem informações sobre a realidade social e os diversos interesses políticos, sociais, morais e econômicos envolvidos na criminalização das substâncias psicoativas.

A criminalização de uma conduta não pode se justificar por razões morais. Na origem dos movimentos proibicionistas do século XX foi grande a pressão de movimentos conservadores puritanos dos Estados Unidos da América. A associação do crime com o pecado, com o mal e com o vício, é ainda mais forte em países

18. Dias, José Carlos. Extorsão ou delação premiada. *Folha de S. Paulo*, Tendências/Debates, 26.08.2005.

19. Foucault, Michel. *Vigiar e punir*. 27. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2003.

20. Orwell, George. *1984*. 29. ed. Trad. Wilson Veloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2004.

de tradição ibérica onde as raízes da Igreja católica foram mais sólidas e onde a inquisição perdurou por mais anos. As formas que destoarem dos modelos de vida elaborados pela sociedade são proibidas e muitas pessoas passam a acreditar na criminalização como a única alternativa possível. A punição de condutas "imperfeitas", incluindo-se aí o consumo de entorpecentes, viola o direito à diferença. E assim, o usuário de drogas lícitas é tratado apenas como "bebedor" ou "fumante" enquanto o de drogas ilícitas sofre o estigma de "toxicômaco", equivalente a "maníaco consumidor de venenos".[21]

Esse estigma em torno das drogas serve para legitimar muitas ilegalidades e para os mais distintos interesses políticos. Sica comenta que na Bolívia, grupos camponeses historicamente integrantes de bloco opositor ao governo central, têm sido acusados pela mídia de produzir cocaína. Uma lei permitia que centenas de acusados de tráfico de drogas fossem mantidas provisoriamente presas sem direito a liberdade provisória. Da mesma forma, no Egito, sob a mesma acusação, o grupo dissidente chamado "Irmãos Muçulmanos" seria mantido sob controle através da ação conjunta da Anga (Administração Geral Anti-Narcóticos) e do DEA (Drug Enforcement Agency). E até em países de primeiro mundo, como França e Itália, os "indesejados" imigrantes das nações pobres são associados ao tráfico ilícito de entorpecentes, o que permite maior repressão e legitima políticas anti-imigração sob pretexto de defesa da saúde pública.[22]

21. Escohotado, Antonio. A proibição: princípios e conseqüências. In: Ribeiro, Maurides de Melo & Seibel, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 29 a 46.

Zaffaroni cita trecho da exposição de motivos da lei penal venezuelana contra drogas, que considera o consumidor de álcool como alguém adaptado socialmente, com categoria social distinta daquele que ingere outras drogas, uma visão que reflete a postura preconceituosa da maioria dos legisladores em relação ao consumo de drogas ilícitas. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 18).

22. Sica, Leonardo. Funções manifestas e latentes da política de *war on drugs*. In: Reale Junior, Miguel. *Drogas: aspectos penais e criminológicos* cit., p. 13.

Duas experiências democráticas na Europa foram emblemáticas ao revelaram que, diante da efetivação do direito à informação sobre a problemática das drogas, a maioria das pessoas entendeu que o proibicionismo não é a melhor alternativa.[23]

O Prof. Edward McRae recomenda que a elaboração de qualquer programa que trabalhe com a questão de substâncias psicoativas deixe "os gabinetes de alguns poucos especialistas ou de auto-nomeados guardiões da saúde psíquica da nação".[24] Sugere seu embasamento em pesquisas e em consultas às diversas camadas da população além de médicos, psicólogos, policiais e juristas, incluindo minorias étnicas, professores, agricultores, donos de casas de espetáculos, estudantes, usuários, e familiares e amigos de usuários.

3. Grupo dos princípios de limitação funcional do poder punitivo

3.1 Princípio da resposta não contingente

A lei penal é freqüentemente aplicada como uma resposta imediata de natureza administrativa para fatos que se revelam problemas sociais estruturais, gerais e duradouros em uma sociedade. A questão da droga é histórica e cultural, relacionando-se com questões sociais complexas.

23. Jurados escolhidos aleatoriamente em um programa de grande audiência exibido na Catalunha, raridade nos meios de comunicação de massa que promoveu um debate público em meados dos anos 90, após escutarem argumentos proibicionistas e anti-proibicionistas decidiram quase unanimemente (11 a 2) em favor dos últimos (ESCOHOTADO, Antonio. A proibição: princípios e conseqüências. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 29 a 46).

Na Itália, em Plebiscito nacional realizado em abril de 1993, a maioria dos votantes (55%) decidiu favoravelmente à abolição da aplicação de sanções criminais a consumidores de substâncias psicoativas (MILITELLO, Vincenzo. A descriminalização do uso de drogas: a experiência italiana. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 316).

24. MACKRAE, Edward. O controle social do uso de substâncias psicoativas. In: PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias da. *Conversações abolicionistas*. IBCCrim e PEPG Ciências Sociais PUC/SP. São Paulo, 1997, p. 115.

A doutrina de especialistas sobre a questão das drogas é unânime apenas no sentido de apostar no campo da prevenção como aquele mais eficaz no combate aos malefícios sociais das drogas. A *war on drugs* defende a função de prevenção geral e especial do Direito Penal. Seja ao afirmar a importância do bem jurídico, para desestimular a sociedade e o "delinqüente" através do temor da pena; seja através da conscientização dos infratores e da sociedade da realidade. Os críticos da criminalização sustentam que os efeitos dela decorrentes são muito perversos e que existem formas de controle social muito mais eficazes para atuar sobre esse problema do que a esfera penal.

Muitos países têm consagrado a criação de legislações eminentemente emergenciais, extremamente sensíveis à histeria da cultura do medo da violência e do terrorismo global. Assevera Leonardo Sica que a lei penal tem surgido de maneira casuística, emotiva, promocional, simbólica, administrativista e muito severa em relação às penas. Remete-se a Zaffaroni, para quem o direito penal tem se revelado como um instrumento de dominação e de autoridade planejado racionalmente e não um meio de resolução de graves conflitos e de garantia da coexistência pacífica.[25] Para Sergio Moccia, a "perene emergência" representaria uma "crise de hipertrofia do direito penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas".[26] Essa emergência compete diretamente com o princípio em estudo pois a eficácia do direito penal como forma de prevenção pode ser muito bem contestada.

A Juíza Maria Lúcia Karam expõe a realidade atual como um cenário de intensificação do controle social através da ampliação do poder de punir do Estado, em um "neo-autoritarismo" paralelo ao neoliberalismo da economia. Nesse

25. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 1991, apud SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 82 a 89.

26. MOCCIA, Sérgio. *La perenne emergenza*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. Apud SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão* cit., p. 82.

contexto, é promovida uma publicidade enganosa para "'vender' o sistema penal como o produto destinado a fornecer as almejadas proteção e segurança, fazendo deste instrumento – na realidade, estimulante de situações delitivas e criador de maiores e mais graves conflitos – o centro de uma política supostamente destinada a conter a irracionalmente temida circulação daquelas mercadorias (drogas consideradas ilícitas), ou até mesmo acabar com ela, ao mesmo tempo em que enseja uma intensificação do controle do Estado sobre a generalidade dos indivíduos".[27]

As respostas mais adequadas para o problema do abuso de drogas na sociedade seriam certamente encontradas em outras formas de conhecimento humano, utilizando-se de profissionais de educação, de psicologia e de assistência social. O direito penal é conhecido como a *ultima ratio* exatamente por ser a mais drástica forma de intervenção e não deve ser aplicado de forma meramente preventiva, para resolver contingências, sob o risco de agravar ainda mais os problemas.

A "Escola de Chicago", que defendia uma perspectiva ecológica do crime, segundo a qual o delito seria causado por uma desorganização social, pela diversidade étnico-social e por uma transmissão cultural da delinqüência, propunha como respostas à criminalidade: a "intervenção pela prevenção; técnicas voltadas à alteração do ambiente físico e social; e programas visando aumentar o controle social nas áreas afetadas pela desorganização social".[28]

Scheerer propõe um controle social nos moldes do controle do tráfego de automóveis. A circulação de veículos automotores e pedestres pelos centros urbanos sempre apresenta riscos. Mesmo que todos saibam que ele gera inúmeros casos fatais, seria ineficaz uma norma totalmente proibitiva, de modo que se criam regulamentos, informação, infra-estrutura e educação visando a redução de riscos de danos. Argumenta que é preciso "reconhecer que o desejo de drogas recreativas

27. KARAM, Maria Lúcia. Drogas: o processo legislativo. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 343 a 353.

28. FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade. Lições da Escola de Chicago.* Monografia publicada n. 22. IBCCrim. São Paulo: IBCCrim, 2002, p. 89.

é tão legítimo quanto inextinguível, e que é preferível reduzir os danos associados a elas a fingir que está tudo bem apenas com a manutenção da ideologia da proibição – mas na realidade promovendo um consumo extremamente inconsciente, desfavorável, desimpedido, descontrolado e desenfreado". Continua, afirmando que o que se tem feito apenas é um "combate desastrado e muitas vezes desumano".[29]

O estereótipo de que todo consumidor está condenado à dependência absolutamente não procede. Muitos estudos atestam que a esmagadora maioria dos casos o consumo ocorre de maneira controlada.[30] Martine Xiberras adverte que o consumo de substâncias psicoativas pode ter um efeito positivo no usuário, no caso da "prática leve", e outro negativo, chamado de prática "pesada". A prática "leve" seria aquela que provoca no consumidor um estado de "transe", despertando as faculdades cognitivas e emotivas, estimulando um desejo de abertura da pessoa para o mundo exterior. Essa sensação de euforia extrovertida favorece o consumo comunitário, sendo que a prática assume um valor de comunhão e iniciação, em

29. SCHEERER, Sebastian. Dominação ideológica *versus* lazer psicotrópico. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 293 e 294.

30. O Portal da Saúde do Governo Federal brasileiro (<http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mental/visualizar_texto.cfm?idtxt=23173>. Acesso em 08.01.2008, Portal saúde do Ministério da Saúde do Governo Federal Brasileiro) e a Prof. Reghelin (REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos. Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*) e advertem que a maioria dos usuários de drogas não foi e não é dependente.

A criminóloga Martha Blengío evoca pesquisas realizadas no Uruguai no fim da década de oitenta (BLENGIO, Martha E. Roque de. Algunos aspectos de la relación "drogas, família e sociedad". *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 67), segundo as quais apenas 30% dos consumidores de drogas ilícitas fazem abuso ou tem transtorno de dependência. Apenas uma minoria apresenta qualquer patologia.

Embora desprovido dos números, mas com a autoridade de estudioso internacionalmente respeitado na temática de drogas, o professor de direito, sociologia e filosofia da Universidade de Madrid Antonio Escohotado afirma que a esmagadora minoria dos iniciados em heroína precisou alguma vez de atendimento médico ou alertou as redes 'epidemiológicas'. A maioria dos usuários desta substância não é composta por viciados. Com o universo de usuários de cocaína, seria muito menor o número de casos de necessidade de tratamento, assim como de constatação de vício. Em relação à maconha esse professor simplesmente nega a possibilidade de internação para tratamento de vício. (ESCOHOTADO, Antonio. A proibição: princípios e conseqüências. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 29 a 46).

um "processo de socialização no interior de um grupo de afinidade". A maioria das pessoas que consomem drogas se enquadra nesse primeiro perfil de usuário. A prática tida como "pesada", por sua vez, seria aquela forma de consumo desenfreada e exagerada almejando um estado de paralisia. Essa prática conduziria o usuário a um isolamento em relação ao mundo exterior, com sua submissão ao produto, podendo redundar na toxicodependência.[31]

Em relação aos dependentes de drogas, o tratamento coativo é objeto de grande polêmica na doutrina. A questão envolve um problema de saúde e, portanto, deveria ser tratada fora do âmbito penal. A criminalização das drogas apenas dificulta o acesso daqueles que realmente necessitam do sistema de saúde, situação que se agrava onde inexistem programas de redução de danos.

A difusão do tráfico de drogas e do crime organizado associados à violência urbana comunica-se também com problemas estruturais da sociedade moderna, tais como a enorme desigualdade social e a exclusão de uma enorme parcela da população do sedutor mercado de consumo. Esse ciclo só tende a se agravar com o fenômeno mundial de substituição do modelo de Estado interventor pelo de Estado de polícia, fenômeno analisado com propriedade pelo sociólogo L. Wackant.[32]

O direito penal tem ampliado seu âmbito de ação sancionadora tradicional associando-a a intervenções de caráter sócio-assistencial, reeducativo e terapêutico.[33] Jesús-Maria da Silva Sanches comenta que é temerária a pretensão das novas leis penais em gerir determinados problemas complexos, tais como a ecologia, a saúde pública e a violência. Chama o fenômeno de "administrativização do direito penal", que se orienta cada vez mais no sentido de tutelar bens genéricos, convertendo-se em um instrumento de gestão de

31. XIBERRAS, Martine. *La societé intoxiquée*. Paris: Méridiens Klincksieck, 1989, apud. MACKRAE, Edward. O controle social do uso de substâncias psicoativas cit., p. 112 e 113.

32. WACKANT, Loïc. *Punir os pobres. ICC*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

33. MILITELLO, Vincenzo. Ob. cit., p. 302.

riscos gerais.[34] E o direito penal é utilizado de maneira simbólica, consagrando-se cada vez mais como o principal instrumento de controle social do novo modelo de Estado.

3.2 Princípio da proporcionalidade abstrata

Apenas graves violações aos direitos humanos deveriam ser objeto de penas e essas deveriam ser proporcionais ao dano social causado pela violação.

O consumo e o tráfico de substâncias psicoativas, são condutas que costumam receber tratamento muito diferenciado nas legislações. Na prática, dependem da apuração de um elemento subjetivo de definição incerta e processualmente complicado de ser provado. É difícil certificar se o destino da substância é para mero uso pessoal, de forma que a desproporcionalidade das punições e sanções para cada caso fica injustificada racionalmente.

O bem jurídico tutelado no tráfico – a saúde pública – é muito amplo e abstrato, o que faz com que seja muito difícil aferir a real potencialidade de dano ou estabelecer um nexo causal entre um fato isolado e toda a incolumidade pública.

Quanto ao resultado, os crimes ligados às drogas são considerados crimes de perigo abstrato e de mera conduta. De perigo abstrato devido ao fato de o perigo da ação ser presumido, não interessando averiguar no caso concreto o perigo da ação. De mera conduta porque o resultado naturalístico é presumido diante da simples prática da conduta. A criminalização dessas condutas não costuma ser bem aceita entre os criminólogos, pois é muito genérica, ofende o princípio da lesividade e permite um enorme arbítrio ao poder punitivo em detrimento das garantias dos acusados. O perigo é admitido quando for concreto, ou seja, quando é passível de comprovação. Condutas de perigo abstrato, para Moreira de Oliveira, seriam "meras desobediências administrativas", ou ainda a "prática de comportamento

34. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002, vol. 11, p. 112 e ss.

contrário, apenas formalmente, a uma lei". É difícil aferir quando a conduta do usuário ou do traficante é efetivamente perigosa. Elas variam muito conforme o contexto do caso em concreto. Essas presunções não encontram amparo em um sistema penal garantista.

Nessa ótica, os atos meramente preparatórios dos crimes de perigo abstrato, com mais razão, deveriam ser desprezados, pois sequer configurariam, por si só, um perigo em abstrato.[35]

Sica critica a visão "reducionista" presente em muitas legislações, que considera o tráfico como categoria homogênea, esconde a complexidade da indústria de drogas ilícitas, a diversidade de atores do processo de produção e difusão, além de pretender resolver todo problema econômico, social e geopolítico através da polícia.[36]

E casos de tráfico de entorpecentes nos quais a quantidade é tão irrisória que seria inviável lesionar o bem que se pretende proteger – a saúde pública – não deveriam nem ocupar a atenção do poder punitivo. É o que costuma acontecer com as condutas de doação, mero repasse no qual o autor não pretende o lucro, uma vez que as quantidades doadas costumam ser insignificantes.

A própria classificação popular das drogas em brandas e pesadas é muito criticada, pois a potencialidade de vício está ligada ao vínculo estabelecido entre a pessoa e o objeto, e o significado singular que ele passa a ocupar em sua vida.

O tratamento penal em relação aos usuários costuma ser idêntico, considerando os usuários como um grupo uniforme, o que é repudiado pelos especialistas.[37]

35. OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista de Estudos Criminais* 15/95-99. Itec. Porto Alegre: Notadez, 2004.

36. SICA, Leonardo. Funções manifestas e latentes da política de *war on drugs*. In: REALE JUNIOR, Miguel. *Drogas: aspectos penais e criminológicos* cit., p. 7.

37. Blengío e Erosa diferenciam os usuários em quatro grupos: aqueles usuários motivados pela curiosidade de provar pela primeira vez os efeitos de substâncias psicoativas; aqueles que as usam esporadicamente em algumas circunstâncias como festas, celebrações; aqueles que consomem com alguma habitualidade; e aqueles que têm suas áreas vitais comprometidas com o

Blengío e Erosa advertem que as condutas de dependência podem ocorrer não apenas com substâncias psicoativas, mas com a televisão, o vídeo-game, o jogo de azar e outras atividades lúdicas, e todos os objetos capazes de estabelecer um vínculo significativo com o sujeito.

3.3 Princípio da idoneidade

Refere-se à capacidade da norma jurídica de conferir proteção a um bem jurídico. Segundo Baratta, o legislador deveria realizar um estudo sério sobre os efeitos socialmente esperados da pena, baseando-se, para tanto, em análises do efeito de normas similares em outros ordenamentos, de normas semelhantes do mesmo ordenamento e em métodos de prognósticos da sociologia.

As decisões sobre políticas criminais são geralmente tomadas pelas classes dominantes em um determinado lugar e em um momento histórico, tendo como preocupação fundamental a manutenção de sua situação social e de instituições vigentes, prezando claramente, no caso da proibição das drogas, a defesa do puritanismo e da moral calvinista do trabalho. Em questões polêmicas como é a criminalização de drogas, os legisladores de sociedades de comunicação de massa costumam ser conservadores, reproduzindo uma lógica unidimensional, alimentando um ciclo que torna a opção proibicionista um "sistema fechado", muito pouco permeável a mudanças.[38]

consumo de drogas. Apenas estes últimos podem ser considerados adictos ou viciados (BLENGIO, Martha E. Roque de; EROSA, Fernando. Psicologia del consumidor de drogas. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 73 74). A busca dos jovens pela droga nas últimas décadas, segundo Blengío, aparece em um contexto onde o jovem passou a ter consciência desde muito cedo em relação às contradições e injustiças da sociedade. Na rebeldia contra os valores da sociedade, o que faz parte da natureza da juventude, podem estar em busca novas formas de prazer fora do "mundo de la producción y el consumo que parece empujar a los adultos en un callejón (beco) sin salida" (BLENGIO, Martha E. Roque de. Algunos aspectos de la relación "drogas, família e sociedad". *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 67).

38. BARATTA, Alessandro. Introducción a la criminología de la droga. *Criminología y sistema penal – Compilación* in memoriam. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2006.

As leis deveriam ser laicas, evitando a adoção de um "paternalismo legal", regulando questões de natureza moral.

Mas além de pretender tutelar a saúde pública, o discurso proibicionista alia-se também à moral, à segurança pública interna, e, mais recentemente, à segurança internacional. A defesa da segurança nacional aparece constantemente em Estados ditatoriais, onde os acusados de crimes contra a segurança nacional são submetidos a processos especiais, esvaziados de garantias. Esses bens tutelados, de tão amplos, ficam vazios.[39] Ora, a defesa da convivência pacífica e a manutenção da paz social são os objetivos do Direito. Ademais, todo delito e mesmo ilícitos administrativos de menor ordem atentam contra a paz social.

As drogas sempre estiveram presente nas sociedades humanas. Na maior parte da história seu consumo foi permitido e isso nunca foi motivo de desordem ou de grandes problemas de saúde pública. As políticas criminais mais terríveis em relação às drogas ilícitas geralmente tiveram como base questões políticas e religiosas, como aquelas travadas na *Santa Inquisição*, nos Governos dos *Manchus* chineses ou na vigência da *Lei Seca*. Nenhuma delas logrou o controle do uso destas substâncias. Por outro lado, durante a vigência de políticas não criminalizantes ao longo da história da humanidade, não houve epidemias, nem mesmo o "desmoronamento total da sociedade; somente um uso freqüentemente normal e apenas algumas vezes 'excessivo' destas substâncias em certas camadas sociais".[40]

A mente criadora do homem e a busca pela exploração dos limites de sua mente e de seus sentidos faz com que nasçam ao longo da história cada vez mais novas formas de substâncias psicoativas.[41]

39. BOTTINI, Pier Paolo. Palestra proferida no Seminário "Drogas: Aspectos penais e criminológicos", realizado nos dias 11 e 12.05.2004, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

40. Tais expressões "proféticas" foram e são usadas como argumentos em defesa do proibicionismo das drogas (SCHEERER, Sebastian. Ob. cit., p. 294).

41. Militello comenta que a história mostra que é uma ilusão liberar-se apenas um único tipo de entorpecente, pois a incessante busca pelo prazer leva o homem a desenvolver continuamente novas substâncias (ob. cit., p. 320).

As neurociências descobriram recentemente que o corpo humano fabrica substâncias necessárias para a vida afetiva de cada pessoa, substâncias essas semelhantes às contidas no ópio, chamadas de endorfinas, que geram uma agradável sensação de torpor.[42]

O bem tutelado na proibição do consumo é o risco à saúde individual. Os ordenamentos, tradicionalmente, não consideram ilícitos penais as auto-lesões. As relações de uma pessoa consigo mesma não fazem parte do mundo do direito.

Em relação a outras condutas típicas chamadas "colaterais", como a prostituição e a exploração do meretrício, o suicídio e a instigação ao suicídio, a evasão de prisão e o auxílio à evasão, o sistema legal brasileiro costuma eleger apenas uma delas para ser alvo de punição, no caso, a última respectivamente de cada dupla colateral referida. No caso do tráfico ilícito de entorpecentes e do uso de entorpecentes as duas atividades colaterais são punidas criminalmente.[43] Nessa ótica, punir o consumidor de drogas seria como punir o homem que contrata a prostituta.

3.4 Princípio da subsidiariedade

O direito penal só deve incidir em campos onde todas as formas de controle social e de resolução de conflitos não formais e outros ramos do Direito não se mostrarem suficientes e eficientes. A intervenção penal dever ser muito seletiva ao eleger seu objeto de tutela. É a última instância – a *ultima ratio*. Tal princípio está ligado ao princípio da fragmentariedade do sistema penal, o qual corresponde à

42. Charle Baudelaire, poeta francês que viveu no século XIX e conviveu no "Club des Haschischiens" com renomados poetas, pintores e intelectuais de sua época, refletindo sobre o efeito psíquico das drogas, afirmou que: "o que há de mais extraordinário neste estado excepcional do espírito e dos sentidos, que posso sem exageros chamar de paradisíaco, se o comparo às pesadas trevas da existência comum e cotidiana, é que ele não foi criado por nenhuma causa visível e fácil de ser definida" (BAUDELAIRE, Charles. *Paraísos artificiais*. Trad. Alexandre Ribondi, Vera Nóbrega e Lúcia Nagib. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1998, p. 11).

43. SANTOS, Gérson Pereira de. O dependente de drogas. Perspectiva vitimológica. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 144.

limitação da ingerência penal apenas contra violações intoleráveis a bens jurídicos de maior importância, essenciais ao ser humano.

O álcool e o tabaco são drogas permitidas e socialmente aceitas, mas nem toda pessoa que bebe cerveja ou pinga é submetida a tratamento. Apenas os dependentes de álcool, uma minoria do universo dos usuários, vão parar em uma clínica. Nem todo fumante viciado é tratado, embora exista no mercado diversos produtos e técnicas para eliminação do vício. Conforme já demonstrado, apenas a minoria dos usuários de substâncias ilícitas são dependentes. A Justiça Penal geralmente impõe o tratamento a estes usuários, sejam viciados ou não, tenham ou não vontade de se tratar.

A Profa. Reghelin refuta a imposição do tratamento com base em diversas pesquisas. Adverte que "dos Vigilantes do Peso aos Narcóticos Anônimos", todos constatam a adesão voluntária do sujeito como o fator mais decisivo para o sucesso na luta contra a dependência química.[44]

Os problemas gerados diretamente pelas drogas restringem-se ao abuso e à dependência. Não atingem aquele consumo de "prática leve" nem o uso controlado. Rodrigues adverte que as pequenas comunidades de usuários determinam regras e rituais de consumo, estabelecendo limites para o autocontrole, muitas vezes relacionados com os usos e costumes locais.[45]

Para tratar da dependência, faz-se necessária uma abordagem multidisciplinar.

Blengío assegura que nem as Ciências Médicas, nem a psiquiatria em especial, podem diagnosticar com margem razoável de certeza as causas ou a origem do fenômeno da dependência de drogas. Por mais que se verifique que a maioria dos viciados não tem uma devida estrutura e um apoio familiar, que muitos deles não tiveram a figura paterna presente durante a primeira infância, há casos de pessoas sãs, sérias, serenas, com amparo familiar e bom rendimento escolar e profissional

44. Reghelin, Elisângela Melo. Ob. cit., p. 165.

45. Rodrigues, Thiago. *Drogas, proibição e a abolição das penas*. Ob. cit., p. 149.

que também desenvolvem a dependência. As motivações que levam ao uso, ao abuso e finalmente ao vício são diversas e se desenvolvem ao longo dos anos.[46]

Sabe-se que o uso do cigarro tem reduzido ultimamente devido a outras formas de controle que não o direito penal. Diversas campanhas de educação para a saúde são difundidas, alertando para os malefícios do consumo. Muitos estabelecimentos proíbem o uso destes produtos. As empresas que comercializam o tabaco pagam altos impostos. Em muitos países os preços são caros o que restringe ainda mais o consumo. Mas as pessoas têm a liberdade de comprar e consumir sem sofrer qualquer tipo de sanção jurídica.

Apesar de o mundo estar sintonizado na *war on drugs*, elegendo oficialmente o tráfico como grande alvo, muitos países, apesar das obrigações impostas pelos Tratados no âmbito da ONU têm se preocupado em desenvolver políticas alternativas em relação ao uso de drogas. Representam sinais de tolerância dentro de tanto belicismo.

Países que adotaram programas de redução de danos lograram grandes conquistas no tratamento de delinqüentes, na redução de mortes por overdose e de transmissão de doses entre usuários.[47] O sucesso de experiências européias de prevenção de danos e de medidas de educação e sanitárias de prevenção de consumo de drogas ilícitas é reconhecido por muitos estudiosos.[48]

46. Blengio, Martha E. Roque de. Algunos aspectos de la relación "drogas, família e sociedad". *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 69.

47. O programa de redução de danos da Suíça, por exemplo, reduziu de 415 para 181 as mortes por overdose, além da do número de casos de transmissão de Aids entre usuários, que era de 40%, para 15%. O programa de substituição de drogas daquele país, da heroína pela metadona, que é uma droga controlada e fornecida pelo governo, em doses diárias para aqueles que não conseguem largar o vício de uma vez, é considerado um poderoso instrumento de redução de danos, uma vez que é suprimida do usuário a pressão de ter de comprar e usar drogas a toda hora e dá o primeiro passo em direção ao tratamento que gera a abstinência (Jann, Markus (entrevistado); Mena, Fernanda (entrevistadora). "*Narco-sala é tratamento médico*, diz psicólogo suíço". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29.11.2004, A12).

48. Dias Neto, Theodomiro. O direito à vida e o direito penal. *Folha de S. Paulo*, Opinião, São Paulo, 20.01.2005, A3.

Delegados holandeses perante o Parlamento Europeu, em 1986, informando sobre sua experiência de legalização da *cannabis*, asseguraram que o uso desta droga não aumentou após sua liberalização e que a maioria dos clientes não migraram para drogas mais pesadas.[49] A quantidade de usuários era considerada baixa e o índice de óbitos devido a drogas era oito vezes inferior ao dos Estados Unidos.[50] Em 1996, notaram que o número de usuários nativos regulares de haxixe e maconha reduziu, desde a implantação das políticas de legalização, no final dos anos 70. São comprovações de que o controle de ordem sanitária logra reduzir os abusos de substâncias psicoativas.[51]

Mesmo dentro dos Estados Unidos há iniciativas exemplares não proibicionistas.[52]

Nos anos 70, onze Estados dos EUA descriminalizaram a posse de pequenas quantidades de maconha. Várias pesquisas que acompanharam o desenvolvimento

49. BERISTAIN, Antonio. La criminologia ante las drogas y el narcotráfico. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 112.

50. REGHELIN, Elisângela Melo. Ob. cit., p. 176.

51. Scheerer trata também sobre a experiência dos Países Baixos, argumentando que o consumo até diminuiu nos primeiros anos, especialmente na faixa dos estudantes, sendo que nos últimos anos o aumento do consumo teria ocorrido no mesmo nível dos países vizinhos onde ainda persiste a proibição [H. Cohen, De hashcultur anno 1980 – een overlijdensbericht, in: C.J.M. Goos, H.J. van der Wall (org.), *Druggebruiken. Verslavin en hupverlening* Alphen a.d. Rijn/Brussel, 1981, p. 13-23; H.J. v.d Wal, *Roken, drinken, cannabisgebruik*, Amsterdam, 1985; J.P. Sandwijk, P.D.A. Cohen, S. Musterd, *Licit and Illicit Drug Use in Amsterdam*, Amsterdam, Instituut voor Sociale Geografie, 1991; A.C.M. Jansen, Cannabis in Amsterdam. *Een geografie van hashish en marijuana*, Muiderberg, 1989. Apud SCHEERER, Sebastian. Ob. cit., p. 287 a 300].

52. Escohotado comenta que em 1994 um Ministro da Saúde de Clinton havia proposto o estudo da despenalização, defendida outrora pela Drug Policy Foundation, cujos porta-vozes eram Milton Friedman, George Schultz e vários prefeitos, magistrados, médicos e até delegados. A Califórnia tinha autorizado, na segunda metade da década de 90, a "medical marihuana". O Arizona permitia nessa época a venda livre de pequenas quantidades em locais públicos, sendo que o mesmo se sucedia no Alasca. Outros Estados estudavam a adoção de medidas semelhantes. Até o líder da maioria republicana no Congresso em 1996, Newton Gigrich, teria solicitado um referendo nacional sobre a proibição (ESCOHOTADO, Antonio. A proibição: princípios e conseqüências. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 29 a 46).

das iniciativas não diagnosticaram significativas alterações no comportamento do consumo, além de uma ínfima queda na freqüência de uso em comparação com os Estados onde se manteve o proibicionismo.[53]

O problema enfrentado naquele país em relação à contaminação do vírus do HIV em usuários de drogas injetáveis teria atingido proporções enormes a ponto de provocar muitos governos estaduais a organizarem políticas de redução de danos, sobretudo os Programas de Trocas de Seringas (Needle Exchange Programs – NEPS) Todas as seis avaliações desses programas concluíram unanimemente que eles reduzem a transmissão de HIV e não aumentam o consumo de drogas.[54]

Sobre a questão da droga no trânsito de veículos automotores, o ganhador do Prêmio Nobel Milton Friedman sugere que as drogas ilícitas sejam tratadas como são o álcool e o cigarro, de modo que é crime conduzir um veículo automotor bêbado, mas não o é o ato de ingerir uma bebida alcoólica.[55] Talvez não tenha tido acesso a um estudo realizado na Universidade de Maastrich, na Holanda, pelo National Institute on Drug Abuse dos EUA, publicado em 1995, que constata que o consumo de maconha não é necessariamente perigoso no tráfego de automóveis, pois, diferentemente dos consumidores de bebidas alcoólicas, os fumantes de maconha costumam conduzir em menor velocidade e tomando mais cuidados

53. SCHEERER, Sebastian. Ob. cit., p. 287 a 300.

54. Mesmo com a proibição da utilização de verbas federais e com a detenção de dezenas de funcionários desses programas. Em 1993 eram 37 NEPS pelo país, aumentando para 68 até o fim de 1994 e em 1995, segundo estimativa da North American Syringe Exchange Network, haveria mais de 100 programas em funcionamento. Em 1994 teriam sido distribuídas cerca de oito milhões de seringas, um número relevante, mas aparentemente inexpressivo se comparado com as 10,3 milhões distribuídas por programas semelhantes da Austrália, durante o ano fiscal de 1993 – 1994. (LURIE, Peter. Redução de danos: a experiência norte-americana. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 253 a 268).

55. FRIEDMAN, Milton. Apud SEVERIANO, Mylton. Droga!. Ob. cit., p. 42.

O próprio crime de dirigir sob o efeito de álcool ou substâncias análogas sofre muitas críticas entre a doutrina penal, pois viola os princípios da subsidiariedade e da lesividade. Trata-se de delito de mera conduta cujo perigo é presumido, perfeitamente tutelado através do direito administrativo, com sanções pecuniárias e a perda de habilitação. A instituição de multas penalizando quem não utiliza o cinto de segurança demonstrou-se uma medida administrativa de grande sucesso no Brasil.

no trânsito. Usuários da erva ilícita conseguiriam perceber melhor os efeitos da droga, mantendo-se mais conscientes do que os alcoolizadas para adaptar o comportamento à situação de risco.[56]

As sociedades passam por freqüentes mudanças dos comportamentos e aspirações que afetam e modificam seus próprios valores e normas. Os desequilíbrios e os atos desviantes fazem parte da evolução da humanidade, segundo o ciclo histórico de tese, antítese e síntese.[57] Nas últimas décadas, as formas de controle social privadas mais tradicionais (como a família e a religião) têm se enfraquecido dentro dos espaços urbanos modernos onde as interações sociais são geralmente marcadas pelo anonimato e pela impessoalidade. Legisladores avessos à idéia de subsidiariedade têm logrado aumentar o âmbito do sistema penal no intuito de ocupar o espaço daquela força integradora antes exercida pelos costumes e por instituições legitimadas na sociedade.[58] Essa política criminal de intervenção máxima é responsável pela difusão de tipos penais de perigo abstrato,[59] concedendo amplos poderes às agências de criminalização secundária, consagrando-as como

56. SCHEERER, Sebastian. Ob. cit., p. 289.

57. Nesse sentido, o comportamento desviante de alguns grupos poderia ser conseqüência de seu obsoletismo [Para Durkhein, a sociedade é organizada pela divisão do trabalho de forma orgânica, sendo que a dinâmica de mudanças sociais deixa muitas pessoas perdidas culturalmente, que ainda não internalizaram as novas tendências. Suas respostas antigas já não apresentam utilidade diante da nova conjuntura formada. O delito pode aparecer como conseqüência desse processo. Esse comportamento desviante é um fenômeno normal de toda estrutura social, que constitui um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural (DURKHEIM, E. *Les regles de la methode sociologique*. 17. ed. Paris. Trad. Italiana: *Le regole del metodo sociologico*, Milano, 1969. Apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 59-60)], enquanto o de outros poderia se relacionar à busca de meios para atingir os objetivos sinalizados pela sociedade [Para Robert Merton a criminalidade resultaria da desproporção entre os objetivos estimulados pela sociedade e os meios disponíveis para as pessoas atingirem tais objetivos. Embora seja uma tese que ganhe força nas "sociedades líquidas"(expressão adotada por Bauman) atuais com grande apelo consumista e com grande número de excluídos socialmente, não considera a complexidade cultural e a multiplicidade de grupos e de valores existentes dentro de cada um deles (PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 316, 317)]. Nessas duas situações pode-se vislumbrar fortes motivações que levam excluídos a atuarem no tráfico de drogas.

58. FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. Ob. cit., p. 37.

59. OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Ob. cit., p. 96 e 97.

principal forma de intervenção social do Estado. Mas, como sempre ocorreu no caso das drogas, a norma proibitiva sofre uma crise de legitimidade, devido ao grande número de consumidores na sociedades (no Estados Unidos, na Espanha e na Holanda, por exemplo, cerca de um quarto da população já usou, ao menos uma vez, drogas ilícitas[60]). Dessa forma, a criminalização permite a organização de grupos paralelos agindo na clandestinidade, aproveitando-se também do vácuo deixado pelo enfraquecimento institucional das tradicionais formas de integração social.[61] E a disputa por espaço e poder gera um ciclo que se retroalimenta, ao arrepio da subsidiariedade do sistema penal.

3.5 Princípio da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social

Esse princípio recai nos custos sociais elevados da intervenção penal, não se confundindo com as despesas do Estado em relação ao condenado.

Segundo Baratta, os custos sociais ocasionados pela criminalização da droga, incidem em cinco áreas: nos consumidores; no meio social; no sistema de justiça penal; nos sistemas alternativos; e no mercado.[62]

O narcotráfico envolve uma gigantesca dimensão econômica. Os Estados Unidos da América gastam fortunas anuais na repressão ao tráfico. Enquanto

60. Militello, Vincenzo. Ob. cit., p. 316.

61. Jorge de Figueiredo Dias comenta que a prática da criminalização do uso de entorpecentes "apenas tem estimulado o aparecimento de subculturas de legitimação e apoio e sistemas organizacionais para exercício das solidariedades necessárias à obtenção da droga no mercado negro, para a resistência às autoridades e para a eventual exploração do comércio ilícito" (Dias, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 424).

As gangues surgem como novas instituições (em sentido material e não formal) aglutinando muitos dos usuários relegados à marginalidade pelo estigma decorrente da proibição, pregando novos padrões de valores, exercendo influência, principalmente, nas áreas mais pobres de grandes cidades. Tais organizações informais, clandestinas vão ocupando cada vez mais espaço nas comunidades aproveitando-se do enfraquecimento das instâncias comunitárias tradicionais de controle social (Freitas, Wagner Cinelli de Paula. Ob. cit., p. 81).

62. Poiares, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 126 a 128.

em 1980 consumiram 1 bilhão de dólares, em 1999 essas cifras chegaram 17,9 bilhões. Os fluxos de capitais ligados à droga são estimados em um montante de 300 bilhões de dólares anuais. Os países produtores são geralmente muito pobres, de modo que a produção ou o cultivo de drogas pode atrair grandes oportunidades. O retorno financeiro de culturas proibidas é muito maior do que o das tradicionais[63] e a lavagem do dinheiro do tráfico torna-se uma sedutora fonte de renda.[64]

Apesar de tantos esforços em relação ao controle dos fluxos de capital de origem ilícita, ao combate à "lavagem" e ao confisco de bens procedentes ou envolvidos com o tráfico, as forças repressivas parecem estar longe de desenvolverem medidas eficazes para tanto.[65] E a criminalização da droga segue alimentando um ciclo de violência terrível em todo o planeta.[66] Karam defende que não são as drogas que produzem a criminalidade e a violência, mas sim a criminalização, gerando-os como um subproduto necessário. Argumenta que "quem derrotou a violência de Chicago dos anos 20 e 30 não foram os 'Intocáveis' de Eliot Ness, mas tão somente o fim da Lei Seca".[67]

A punição severa a algumas pessoas não intimida outras, pelo contrário. No mercado, o aumento dos riscos enfrentados em uma empreitada, costuma ampliar as perspectivas de lucro. A perspectiva de enormes ganhos financeiros no tráfico de drogas encoraja muitos excluídos da sociedade de consumo a enfrentar o risco do crime.

63. Isso, quando a cultura proibida não coincide com a cultura tradicional, caso de países andinos que cultivam a folha da coca há muitos séculos.

64. GARCIA S. I., Alberto Barrena. Presencia de las drogas em la crisis del Estado. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 83.

65. BERISTAIN, Antonio. Ob. cit., p. 114.

66. Escohotado sustenta que morrem por ano menos pessoas por overdose de verdadeira cocaína do que em tiroteios relacionados com o tráfico (ESCOHOTADO, Antonio. A proibição: princípios e conseqüências. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 29 a 46).

67. KARAM, Maria Lúcia. Ob. cit., p. 352.

A repressão freqüentemente eleva os preços dos produtos. Os vendedores, detentores de vultosos lucros nas transações comerciais ilícitas, assumem uma posição de superioridade física e psíquica sobre os compradores que lhes permite a imposição das "regras próprias de um comércio de primeira necessidade".[68]

A fiscalização policial atua apenas sobre uma ínfima parte do universo de substâncias psicoativas em circulação na sociedade, "o que representa para as empresas de narcotráfico um risco econômico devidamente calculado e já compensado pelos preços de venda".[69] As intervenções policiais constituem uma grande ameaça aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos acusados. Sob o pretexto de defesa à incolumidade pública, à saúde pública e às bases do Estado, formam-se verdadeiros estatutos de exceção no campo das drogas, semelhantes aos utilizados contra o terrorismo e o crime altamente organizado. Trata-se de paradoxo terrível, pois abala as próprias estruturas de garantias fundamentais dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao sistema de justiça penal, os custos sociais de manutenção do sistema de controle social da criminalidade, de toda a estrutura institucional pública (polícia, justiça penal, órgãos de segurança pública e de administração penitenciária etc.) para lidar com os crimes são imensos. A retirada das condutas relacionadas com substâncias psicoativas ilícitas da esfera penal resultaria em uma deflação processual.

A pena produz um enorme efeito negativo no condenado, em sua família e em todo ambiente social que os cercam.

Os indivíduos punidos com pena de prisão sofrem graves prejuízos psicológicos.[70] Pessoas acusadas por delitos com graus muito distintos de gravidade

68. Poiares, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 128.

69. Idem, p. 127.

70. Segundo estudo da Escola de Criminologia da Universidade de Montreal, o estigma do condenado à prisão, depois do cumprimento da pena é muito maior sobre aquelas pessoas provenientes de extratos sociais mais pobres, as quais não conseguem mais se reintegrar à trajetória própria das pessoas de seu grupo de origem, permanecendo marcadas para sempre (A.P. Pires,

coabitam nas mesmas celas. O condenado a penas privativas de liberdade sofre muito com os efeitos do processo chamado de "prisionização". Ao viver uma situação de permanente tensão, violência e medo, a pessoa adquire novos valores inerentes à instituição, em detrimento daqueles valores do meio onde vivia. No seu retorno à liberdade muitas reações das reações agressivas dos egressos são motivadas pelas seqüelas desse processo traumático.

Qualquer pessoa que tem algum contato com o sistema penal é vítima de um enorme preconceito, mas, sobretudo, aquela mais pobre, cuja "carga estigmática" pode contaminar o círculo social do qual faz parte.[71]

Os consumidores de substâncias psicoativas, independentemente da proibição, já sofrem preconceito. A criminalização de drogas reforça esse estigma, afastando-os de equipamentos de controle social, segregação essa que dificulta o combate aos problemas decorrentes do abuso e da dependência. Militello afirma que a proibição penal confina o usuário de drogas na ilegalidade, negligenciando o acesso dos toxicômacos a uma idônea assistência sanitária.[72]

Inúmeros usuários de drogas injetáveis contraem doenças infecto-contagiosas gravíssimas como a HIV/Aids.[73]

V. Blankevoort e P. Landreville. Escuela de Criminologia de Montreal – Canadá. 1981. Apud BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo cit., p. 633).

71. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 134.

72. MILITELLO, Vincenzo. Ob. cit., p. 306.

73. O doutor em sociologia Osvaldo Fernandez adverte para os números referentes ao início da década de 90 no Brasil, segundo os quais, 62% dos usuários de drogas injetáveis da cidade de Santos estavam contaminados pelo vírus HIV/Aids (58% em Bauru, 48% em Campinas e 42% em São Paulo). Comenta que um programa desenvolvido em uma Clínica de Liverpool, na Inglaterra, com usuários de drogas injetáveis, na linha da política de redução de danos, os cuidados preventivos permitiram a inexistência de casos de soropositivos entre os pacientes. Afirma que nos EUA, avaliações de programas de trocas de seringas foram unânimes ao comprovar a efetividade deles na redução da transmissão do HIV, o que viabilizou sua regulamentação legal, saindo da clandestinidade. Ao fim, clama pela descriminalização dos usuários para permitir o acesso deles a "serviços de saúde, proporcionando um alívio psicológico e um saída do túnel da delinqüência, fatores que poderiam atenuar as taxas de overdose, de violência, de casos de HIV/Aids, enfim de mortalidade neste universo" (FERNANDEZ, Osvaldo. Drogas e (des)controle social. Artigo da

A orientação bélica em relação às drogas deveria mudar para a prevenção sanitária e educativa e para a redução de danos. Nesse sentido, a experiência de liberação de utilização de drogas em determinadas praças na Suíça foi, em princípio, um grande choque social e cultural, porque as pessoas não estavam acostumadas a ver viciados nas ruas. Mas ao mesmo tempo, foi positiva a experiência, na medida em que tal coexistência proporcionou um debate grande naquela sociedade, abrindo as portas para o desenvolvimento de programas de redução de danos.[74] O consumo não aumentou e as mortes por doenças infecciosas e a criminalidade entre dependentes foram reduzidas. Os números de overdoses, e os de homens e mulheres usuários de drogas injetáveis infectados por HIV diminuíram sensivelmente entre 1991 e 1999. Da avaliação comparativa dos resultados e dos custos da nova política em relação à anterior, concluiu-se que a atual revela-se lucrativa para o Estado. Ao invés de segregar o viciado na marginalidade da persecução judicial e policial, busca-se a sua inserção social através do contato com serviços de saúde pública. Em outro campo, são promovidas ações voltadas ao estímulo do consumo responsável da "grande maioria dos usuários, que utiliza substâncias psicoativas como forma, mais ou menos habitual, de lazer".[75] Os altos custos de recuperação de um dependente revelam-se mais baratos do que os custos decorrentes da intervenção penal.

Além disso, um programa de redução de danos é uma forma de um governo exercer sua responsabilidade em relação aos membros mais fracos da sociedade, além de contribuir significativamente com a redução do custo social das drogas.[76]

obra *Conversações Abolicionistas*. IBCCrim e PEPG Ciências Sociais PUC-SP. n. 4. São Paulo, 1997, p. 122 e ss.).

74. JANN, Markus (entrevistado); MENA, Fernanda (entrevistadora). Ob. cit.

75. "(...) Em 1991, 36% dos homens e 46% das mulheres infectados pelo HIV eram usuários de drogas injetáveis. Em 1999, a cifra baixou ara 17% e 14%, respectivamente. Mortes por overdose caíram de 405, em 1991, para 181, em 1999" (DIAS NETO, Theodomiro. Ob. cit., A3).

76. JANN, Markus (entrevistado); MENA, Fernanda (entrevistadora). ob. cit.

Maria Lúcia Karam conclui que há um contra-senso manifesto no fato de se justificar a criminalização pela defesa da saúde pública, enquanto na prática a proibição cria maiores problemas para a integridade física e psíquica dos consumidores das substâncias proibidas. "Impondo a clandestinidade à distribuição e ao consumo, a criminalização favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, impureza e desconhecimento de sua potência, com os riscos maiores daí decorrentes. A clandestinidade também favorece a falta de higiene, questão especialmente preocupante, nestes tempos de disseminação da Aids, isto sem falar nas resistências à implementação de programas de trocas de seringas, entre aditos, fundadas na absurda, mas corrente interpretação de que tais programas se constituiriam em hipótese de criminalizada contribuição para o incentivo e a difusão do uso indevido de drogas (...)".[77]

A descriminalização do uso de drogas na Itália revelou-se benéfica para a saúde pública, uma vez que estagnou, nos anos seguintes, a tendência crescente dos índices de morte relacionados a substâncias psicoativas e reduziu o número de toxicômacos nas cadeias.[78]

Os maiores problemas das drogas são o abuso e a dependência. O uso controlado delas, o que ocorre na maioria dos casos, praticamente não provoca custos sociais. A intervenção do sistema penal na esfera das substâncias psicoativas não ataca, mas agrava as mazelas geradas pelo consumo compulsivo, e ainda gera custos sociais caríssimos.

3.6 Princípio da implementação administrativa da lei

A tecnocracia que administra o sistema punitivo pode constituir grandes entraves para a tutela do bem jurídico.

77. KARAM, Maria Lúcia. Ob. cit., p. 347.
78. MILITELLO, Vincenzo. Ob. cit., p. 314.

Michel Foucault estudou como poucos essa questão. Sustenta que as relações de poder na sociedade deveriam ser analisadas a partir de suas extremidades, das últimas ramificações, buscando as manifestações da materialização do poder de punir do Estado democrático, nas instituições locais, regionais, no âmbito físico de violência dos aparelhos de punição. Nas extremidades, o poder se manifesta de maneira cada vez menos jurídica. A prática real e efetiva é muito distinta do campo de intenções das decisões e das leis.[79] Desde o Iluminismo, os julgamentos tornaram-se públicos, mas as sanções foram relegadas ao subterrâneo, escondidas da população. A aplicação de punições e sanções visaria criar corpos dóceis e submissos, de modo a preservar a estabilidade na estrutura da sociedade e nas relações de poder. A tortura, seja moral ou física, é uma prática existente, de maneira clandestina, em muitos órgãos de repressão social em todo mundo. Sobretudo em sistemas tão ocultos da população como são as instituições totais.

Psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, educadores, também alimentam esse ciclo. Seriam, para Foucault, pequenos juízes ou juízes paralelos, pois repartem com o magistrado o poder de decisão e as responsabilidades na imposição do poder punitivo. Trazem outros elementos extra-jurídicos para o campo penal e o juiz não é mais considerado como aquele único que castiga. Multiplicam-se as esferas burocráticas e técnicas desvirtuando cada vez mais os objetivos do Sistema punitivo. Esse pensador afirma que: "a justiça criminal de hoje em dia só funciona e se justifica por essa perpétua referência a outra coisa que não é ela mesma, por essa incessante reinscrição nos sistemas não jurídicos".[80] Os castigos são legitimados como "terapêuticos" pelos diversos campos do saber envolvidos.

E, no tocante à punibilidade, despontam os fenômenos da subnotificação de crimes, das cifras negras ou obscuras da criminalidade e o dos "bodes expiatórios".

79. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 182 e ss.
80. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* cit., p. 22 e 23.

O sistema punitivo escolhe um número reduzido de pessoas sobre quem vai impor as penas.[81] Esta "seleção criminalizante" chamada de "criminalização" se desenvolve em duas etapas: a primária, que seria "o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas"; e a secundária, correspondente à "ação punitiva exercida sobre pessoas concretas". Segundo Zaffaroni, essas "agências de criminalização secundária" selecionariam predominantemente segundo critério de estereótipos, segundo a vulnerabilidade da pessoa em relação ao poder punitivo.[82]

Todas essas agências exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade, em um comportamento que fomentaria atuações ilícitas. É o que esse professor chama de "sistema penal subterrâneo". Assevera que: "à medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos".[83]

Essa discricionariedade do sistema de criminalização de substâncias psicoativas permite a atuação repressiva do Estado de maneira seletiva sobre as minorias mais excluídas das relações de poder e descontentes com o *status quo*. Apesar de as drogas estarem difundidas em todas as camadas sociais, apenas alguns

81. Notícia do jornal *O Estado de S. Paulo*, na p. C1 do Caderno Cidades, do dia 14.08.2004, traz dados da polícia paulista revelando que 458.780 ocorrências criminosas teriam sido registradas no primeiro trimestre deste ano, ocasionando a abertura de 83707 inquéritos policiais, dos quais 25437 pessoas resultaram presas.

82. ZAFFARONI. E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I* cit., p. 43 e ss.

Nesse sentido, a partir de pesquisa realizadas no Rio de Janeiro, Vera Malaguti concluiu que os mais abastados financeiramente possuem certos mecanismos privados de descriminalização das drogas, o que geralmente os exclui da seleção criminalizante. Comenta que se o jovem branco de classe média for pego com grande quantidade de droga, vão dizer que ele a comprou para consumir em um longo período, enquanto o pobre garoto da favela, que é flagrado com apenas um pouquinho é logo acusado de vendedor, traficante. (*Revista Caros Amigos* 77/30. São Paulo: Ed. Casa Amarela, ago. 2003).

83. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I* cit., p. 70.

dos "rebeldes" e "subversivos" são encaminhados para as instituições totais, a fim de que sejam "amansados" e a sua agressividade neutralizada.

Essa seletividade aumenta diante do poder do tráfico de drogas em corromper as autoridades públicas. E quanto maiores as penas cominadas para os tipos penais, maior a inflação nos "acertos" para garantir a impunidade.

As cifras negras corresponderiam a "relação entre o número de infrações registradas e o de infrações desconhecidas dos órgãos do sistema penal". Quanto maior o número de delitos não comunicados à polícia e praticados fora de sua capacidade de observação, maior a percepção de impunidade e menor a credibilidade do sistema penal. Para Arnoldo Garcia Iturbe, existem entre setecentos a mil delitos desconhecidos em relação a drogas para cada um conhecido.[84] O Prof. Arzamendi pondera que os esforços de controle e repressão do tráfico de drogas não reduzem em nada a altíssima cifra negra, estimada em torno de 90% da atividade criminal.[85] Diante do universo enorme de usuários de substâncias ilícitas, a diminuição severa das taxas de cifras negras nos delitos relacionados às drogas implicaria em um vultoso processo de punições sem precedentes na história da humanidade. Segundo Baratta, seria impossível a efetiva adequação dos recursos para os programas de ação legislativa em relação à demanda penal, pois seria necessário um investimento gigantesco, a militarização do Estado e da justiça penal, sendo que os recursos econômicos nunca equilibrariam eventuais efeitos benéficos do sistema.[86] Resta a possibilidade de redimensionar os programas disponíveis aos recursos existentes, o que implicaria em reduzir ao mínimo a área de intervenção da legislação penal.

Apesar de no Brasil as taxas de impunidade serem elevadas, verifica-se extremo rigor nas condenações e terrível sofrimento físico e psíquico nos estabele-

84. Santos, Gérson Pereira de. Ob. cit., p. 137.
85. Arzamendi, José Luis de la Cuesta. Ob. cit., p 55.
86. Baratta, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo cit., p. 635.

cimentos privativos de liberdade. Gera um fenômeno no qual autoridades tentam compensar essa aparente indulgência com decisões judiciais severas e a aplicação das penas terríveis para alguns bodes expiatórios do sistema.[87]

Beccaria já afirmava que a certeza da punição, e não o rigor do suplício, é o que previne o crime.[88] Na prática jurídica, percebe-se que as sanções mais brandas, alternativas à privação da liberdade ou mesmo não penais, encontram muito menos relutância social e do próprio condenado à sua aplicação, por atuarem contra garantias fundamentais menores que a liberdade de ir e vir. Garantem melhor a efetividade da punição e, geralmente, não configuram grandes abusos e violações de direitos humanos.

3.7 Princípio do respeito pelas autonomias culturais

O sistema penal geralmente reflete uma parcial percepção da realidade, dos valores e das normas, a partir do ponto de vista de grupos e culturas dominantes. Ele deve estar orientado na direção do respeito à realidade e aos valores das minorias étnicas e agrupamentos culturais diferenciados dentro de uma sociedade, observando ao máximo as diversidades culturais que serão submetidas às normas por ele criadas. A política proibicionista desconsidera qualquer efeito positivo das drogas ilícitas, mas praticamente ninguém da nossa tradição cultural ocidental põe em dúvida as qualidades de uma taça de vinho ou de uma xícara de café.[89]

87. O caso de Moisés Alves de Souza é emblemático em relação a bodes expiatórios. Condenado pelo furto de apenas quinze centavos de real a dois anos de detenção. O recurso da defesa alegando a insignificância do delito foi negado pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Só no STJ, em agosto de 2004, o Min. Paulo Medina decidiu reverter a condenação (STJ, HC 23.904/SP, 6.ª T., 10.08.2004). Devido à morosidade do Judiciário, Moisés já havia cumprido integralmente sua pena. O cotidiano das Defensorias Públicas do Brasil ensina que casos como o de Moises não são raros.

88. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 43.

89. BARATTA, Alessandro. Introdución a la criminología de la droga. *Criminología y sistema penal – Compilación* in memoriam cit., p. 122.

A proibição do uso de drogas implica em um cerceamento da liberdade individual e, em maior escala, a violação a autonomias culturais. O ser humano nas mais diversas culturas sempre buscou experiências transcendentais, através de drogas ou de privações como o jejum.[90]

Os efeitos de uma substância podem ser muito distintos conforme a pessoa e o contexto do uso. Becker revela que "os cientistas não mais acreditam que a droga tenha uma ação fisiológica simples, essencialmente igual em todos os seres humanos. Evidências experimentais, antropológicas e sociológicas convenceram grande parte dos observadores de que o efeito da droga varia dependendo das variações na filosofia e psicologia das pessoas que as usam, do estado em que as pessoas se encontram quando utilizam a droga e da situação social na qual ocorrem a utilização da droga".[91]

Os Xamãs de inúmeras tribos mantêm a consciência de Juízo Crítico, o contato com a realidade e as defesas psicológicas após a ingestão de substâncias

90. Há diferentes teorias explicando as razões que levam uma pessoa a consumir a droga: a teoria genética, segundo a qual haveria uma predisposição natural de algumas pessoas; a psicológica, pela qual a droga seria útil para curar perturbações; e a teoria da influência do meio, pela qual grupos sociais exerceriam pressão sobre um indivíduo forçando-o ao consumo. Segundo a psicofarmacologista Jandira Mansur, seriam motivos para os jovens utilizarem drogas: a ansiedade, o despreparo, a angústia, a pressão do grupo, a curiosidade, o estímulo do sono, da relação sexual, ou a simples vontade de "ficar numa boa". A psicóloga Lídia Arantangi sustenta que o sentimento propulsor para o uso da droga seria a busca do contato com um mistério, como um explorador o faz, pelo desejo de viver uma outra realidade, uma outra vida (SEVERIANO, Mylton. Ob. cit., p. 41).

Segundo a visão antropológica do consumidor de drogas adotada por Scheerer, baseada na de Nietzsche, o ser humano seria um animal não fixado, portador, dentre outras características, de uma extraordinária capacidade imaginativa e inventiva. Ele buscaria métodos de descobrimento do mundo ao seu redor e de si próprio, explorando o funcionamento e os limites do próprio cérebro. Em todas as culturas humanas, nunca se abdicou de experiências de alteração da consciência. Há muitos métodos para tanto, como: dançar, jejuar, meditar e consumir substâncias psicoativas, sendo que cada um guarda propriedades peculiares e insubstituíveis. Por isso, ataca ferozmente a idéia de que as drogas devem ser substituídas, pois existem outros métodos para exprimir e potencializar as emoções, a alegria e atingir momentos de êxtase, pois esse raciocínio igualmente serviria para legitimar a proibição da dança ou da meditação (SCHEERER, Sebastian. Ob. cit., p. 297 e 298).

91. BECKER, Howard S. Consciência, poder e efeito da droga. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro, Zahar, 1977. Apud GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 62.

psicotrópicas, o que rompe com a visão de que o consumidor de drogas sempre perde o contato com a realidade.[92]

A *war on drugs* despreza tradições seculares dos povos andinos em relação à coca. Há milhares de anos essa planta é cultivada e consumida pelos povos da grande Cordilheira da América do Sul. É-lhes sagrada. Apresenta propriedades nutritivas muito ricas, contendo grandes quantidades de vitaminas, principalmente de vitamina A, B2 e C, além de possuir mais ferro, fósforo, cálcio e fibras do que o milho, o trigo e o feijão.[93] Em seu estado natural é inofensiva, não apresentando qualquer efeito alucinógeno. Para se transformar a folha de coca em cocaína é necessário um processo de fabricação envolvendo como principais ingredientes o ácido sulfúrico altamente concentrado, a querosene, o éter e o amoníaco. Ao invés de extirpar o cultivo da coca nessas regiões, o que ultrajaria a autonomia cultural desses povos, mais razoável seria o controle da circulação dessas outras substâncias.

Nações islâmicas e induístas têm sido sistematicamente obrigadas a proibir o uso de *cannabis*, erva que faz parte de seus costumes históricos, ao mesmo tempo que são forçadas a abrir seus mercados para o comércio de bebidas alcoólicas, cujo consumo é ofensivo a seus padrões culturais e princípios religiosos.[94] É melhor checar bem as informações.

Há diversas organizações no Brasil e em países vizinhos que utilizam o chá da erva "ayahuasca" – em rituais para fins religiosos, como Santo Daime e União do Vegetal. Ela altera os níveis de percepção da consciência humana. Desde os tempos pré-hispânicos ela é consumida por índios da Amazônia e há décadas foi introduzida em sociedades religiosas diversas, muitas delas Cristãs. Estima-se que haja mais de 10.000 membros de seitas que fazem uso destas substâncias em

92. GAUER, Ruth Maria Chittó. Ob. cit., p. 60.

93. Arbex apresenta uma tabela do valor nutritivo da folha de coca destacando a riqueza nutritiva da planta (ARBEX JR., José. *Narcotráfico – Um jogo de poder nas Américas* cit., p. 19).

94. MACKRAE, Edward. A excessiva simplificação da questão nas drogas nas abordagens legislativas. In: RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 329.

todo o país. Estudiosos do Brasil, dos Estados Unidos e da Finlândia estudaram a "droga" e grupos de usuários em comparação com grupos de não usuários, concluindo que os tomadores da "ayahuasca" "são mais reflexivos, resistentes, estóicos, calmos, frugais, ordeiros e persistentes", mostrando-se mais "confiantes, otimistas, despreocupados, desinibidos, dispostos e enérgicos".[95]

O surgimento da proibição, para Rodrigues, estaria diretamente ligado ao interesse de cercear as autonomias culturais de alguns "dissonantes" como os "loucos, crianças, mulheres, minorias com hábitos exóticos, e também, criminosos e subversivos", pessoas que não seguem o caminho imposto, e que por isso poderiam provocar assim distúrbios sociais.[96]

No início do moralismo proibicionista nos Estados Unidos da América, as classes conservadoras identificavam o consumo de substâncias psicoativas a determinadas minorias estigmatizadas: "os negros eram identificados como consumidores de cocaína; os chineses, como viciados em ópio; os irlandeses, como inveterados bebedores de álcool; os mexicanos e outros hispânicos, como indolentes e lascivos fumadores de maconha".

Há verdadeiras subculturas relacionadas à droga, agrupamentos de pessoas que adotam um jargão especial, estabelecem novos valores, particulares mecanismos de socialização, com laços causados pela clandestinidade do consumo e das dificuldades em se acessar as fontes de distribuição de substâncias psicoativas.[97] Muitas delas se formam pela rebeldia de grupos de jovens ante os valores tradicionais da sociedade.[98]

95. Severiano, Mylton. Ob. cit., p. 41.

96. Rodrigues, Thiago. Ob. cit., p. 131.

Nessa lógica, a *war on drugs* também funciona como um instrumento de intervenção política em nações potencialmente "dissonantes" em relação aos interesses dos Estados Unidos.

97. Santos, Gérson Pereira de. Ob. cit., p. 140-141.

98. Segundo Blengío, a busca dos jovens pela droga nas últimas décadas, aparece em um contexto onde o jovem passou a ter consciência desde muito cedo em relação às contradições e

3.8 Princípio do primado da vítima

O direito penal é a estatização da forma de resolução dos conflitos, em que o Estado se apodera dos interesses e da voz da vítima. Assim, o sistema penal costuma dar uma ênfase enorme ao ofensor ignorando geralmente a vítima, suas angústias e lesões.[99]

A maior parte dos recursos assistenciais são investidos pelo Estado apenas no delinqüente, através da prevenção do delito, da repressão ou do tratamento do condenado, enquanto as necessidades das vítimas de fato são relegadas a um segundo plano.[100]

O caso do uso de drogas é atípico em relação a uma abordagem vitimológica, pois é considerado um crime sem vítima, como o são, ou já foram condutas tipificadas, a homossexualidade (não mais incriminada), a vadiagem (contravenção penal), o adultério consentido, a propaganda de substâncias anticoncepcionais, a tentativa de suicídio e a prática de jogos de azar.

Os defensores da criminalização de condutas sem vítima baseiam-se sempre em previsões muito pessimistas sobre a eventual permissibilidade de tais comportamentos, "antevendo ondas terríveis de aborto, de adultério, uma pressão enorme sobre as mulheres para que se prostituíssem e sobre os homens para que se tornassem gays". Tais pessoas teriam o conhecimento de que a lei penal não era apta para evitar tais condutas, mas pretendiam realmente, acima do interesse de controle social, que o ordenamento jurídico os reconhecesse, e às suas convicções morais conservadoras e tradicionais, ainda como prevalentes sobre as classes novas,

injustiças da sociedade. Na rebeldia contra os valores da sociedade, o que faz parte da natureza da juventude, podem estar em busca novas formas de prazer fora do "mundo de la producción y el consumo que parece empujar a los adultos en un callejón (beco) sin salida" (BLENGIO, Martha E. Roque de. Algunos aspectos de la relación "drogas, família e sociedad". *Drogas – Abordagem Interdisciplinar* cit., p. 67).

99. RODRIGUES, Thiago. Ob. cit., p. 147-148.

100. BERISTAIN, Antonio. Ob. cit., p. 116.

emergentes e libertárias. Freqüentemente essa mesma pressão moral está por traz de argumentos reacionários, supostamente técnicos e empíricos, levantados nos debates sobre as drogas.[101]

Nos casos em que o uso de drogas é controlado não há porque se falar em vítima, pois as lesões são insignificantes. Trata-se de uma conduta consensual.[102] A pessoa compra os produtos por livre e espontânea vontade e não prejudica a ninguém na sociedade, além de si próprio, em caso de abuso.

O dependente, bem como o usuário que abusa, podem ser considerados como vítimas de si mesmos.[103] Quando o vício acomete a pessoa, interfere diretamente na sua vontade, a qual, prejudicada, passa a ser motivada segundo a abstinência química e/ou psicológica. Mas essa consciência do viciado, embora mitigada, deve ser respeitada, pois constitui um fator preponderante no sucesso de qualquer tratamento. Ele deve ser convencido a aderir a um processo de cura e isso não se faz por imposição.

Na medida do possível, o direito penal deve ser substituído por um direito restaurativo, onde as partes envolvidas no caso em concreto, podem dialogar buscando uma alternativa para compor a relação conturbada gerada pelo delito, assegurando mais efetividade no direito de indenização, reduzindo os custos sociais da pena.

O Estado deve respeitar as vítimas das drogas, voltando suas atenções ao tratamento dos dependentes, à educação e à informação da população acerca dos riscos do abuso e da dependência das substâncias psicoativas.

101. Nesse sentido, é emblemático o discurso proferido por um professor de sociologia alemão "chamado à Corte Constitucional para depor sobre uma possível descriminalização da homossexualidade; ele enfatizou que o código penal supostamente servira como escudo protetor para muitos jovens contra as pressões e seduções dos homens gays e previu o desmoronamento total da burocracia em geral e do funcionamento das forças armadas da Alemanha, caso a Assembléia Legislativa ou a Corte Constitucional decidisse a favor da descriminalização" (SCHEERER, Sebastian. Ob. cit., p. 288).

102. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal* cit., p. 83.

103. SANTOS, Gérson Pereira de. Ob. cit., p. 139.

4. Princípios gerais de limitação pessoal

4.1 Princípio de imputação pessoal ou princípio da personalidade

A pena deve recair sobre pessoas e deve haver uma relação causal direta a uma conduta atribuída a uma pessoa física. É uma tarefa árdua identificar os autores e os verdadeiros beneficiários de uma ação delitiva dentro de grandes complexos organizados. A forma mais eficaz de punir tais delitos seria através de outros campos do direito, como o administrativo, de modo a atingir a organização em seus pontos mais viscerais como o patrimônio e a liberdade de operação.[104]

O princípio da imputação pessoal advém do princípio do *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem a culpa). O resultado jurídico não é fundamento para a imputação penal, sendo necessária a aferição de um nexo de causalidade entre ele e a ação de pessoas físicas. O direito brasileiro só admite a responsabilização da pessoa jurídica em crimes ambientais, em caráter subsidiário, quando junto dela forem responsabilizadas pessoas físicas (teoria da dupla imputação).

Cada vez mais são difundidas as sanções de conteúdo econômico ao tráfico de drogas, como é o caso do confisco de bens, mediante a inversão do ônus da prova sobre a origem dos bens e independentemente da declaração de culpabilidade. São essas as recomendações de organizações como a ONU e a DEA e de Convenções Internacionais contra o tráfico organizado de drogas e a lavagem de dinheiro (Convención de Viena de 1987). Tais medidas costumam atingir os instrumentos do delito e aqueles bens amealhados como resultado da atividade criminosa, podendo atingir até mesmo de terceiros. Em alguns sistemas jurídicos essas medidas são consideradas como pena pecuniária e em outros como medida administrativa.[105]

104. BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respecto de los derechos humanos em la ley penal, *Revista Criminologia y Derecho* 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1987. Apud CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização* cit., p. 154.

105. ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. Ob. cit., p. 46 e 47.

É muito difícil para os trabalhos de investigação do crime organizado atingir os ganhos obtidos por meios ilícitos até suas últimas conseqüências, mas são medidas incompatíveis com os princípios do direito penal moderno a aplicação de penas autônomas de confisco de bens, com a determinação de presunções contrárias ao réu e a intervenção contra terceiras pessoas cuja relação com o delito nem sempre são nítidas. Diante do evidente risco de violação a direitos fundamentais e, mais especificamente, aos princípios da personalidade e da subsidiariedade do direito penal, é recomendável que tais sanções se limitem à seara administrativa.

A aplicação de medidas administrativas, por não possuírem o estigma do direito penal e por não violarem o princípio da personalidade, aos estabelecimentos ou organizações onde se realizam delitos ou se consumam seus ganhos é a forma mais adequada de intervenção.[106]

4.2 Princípio da responsabilidade pelo fato

O direito penal moderno é orientado pelo fato, e não pelas características do sujeito. Ninguém pode ser responsabilizado pelo que é, mas apenas por aquilo que fez. A responsabilidade penal pelo fato contrapõe-se ao direito penal do autor, adotado, por exemplo, pelo sistema penal nazista, que condenava as pessoas simplesmente pelo fato de serem judias. É bom ver se havia condenação criminal dos judeus. Eram presos e mortos sem lei que definisse Nenhum Estado Democrático de Direito pode admitir uma imputação apenas por uma suposta periculosidade da pessoa. Dotti preconiza que "somente a culpabilidade pelo fato determinado poderá se justificar num regime penal de garantias individuais".[107]

106. Arzamendi cita exemplos de intervenções dispostos na lei espanhola: "la disolución de la organización, la clausura definitiva o temporal (seis meses a tres años), de sus locales o estabelecimentos abiertos al público; la suspensión temporal de sus actividades (seis meses a tres años) y la prohibición de realización de determinadas actividades, operaciones mercantiles o negócios que hayan servido para realizar al delito (dos meses a dos años)" (ob. cit., p 48).

107. A classificação elaborada por Dotti traz quatro formas de culpabilidade: culpabilidade pelo caráter, relacionada ao "conjunto de qualidades psicológicas e morais que determinam o

A aplicação da lei deve respeitar critérios legais objetivos, ignorando a identidade da pessoa.

O princípio do direito penal do fato é contra o velho conceito positivista de periculosidade de autor, o qual, segundo Cervini, "ainda continua exercendo seus lamentáveis efeitos no sistema penal".[108]

A aplicação da pena funda-se na culpabilidade segundo o fato, diferentemente das medidas de segurança e das medidas aplicáveis aos jovens infratores, as quais, sob o fundamento de tutela da condição de desenvolvimento incompleto da pessoa, ligam-se às características pessoais do agente. Por essa razão, estes sistemas punitivos tendem a ser ainda mais seletivos do que aquele de adultos imputáveis. Essa diferenciação é muito perigosa, pois concede ao juiz uma discricionariedade imensa em detrimento das preciosas garantias do acusado.

O direito penal brasileiro admite a consideração de algumas características pessoais do réu (como os antecedentes e a reincidência) apenas no momento de quantificação da pena, quando já decidida a condenação segundo o fato imputado.

O estigma do "drogado-delinqüente" funciona como elemento de convicção de culpabilidade para muitos juizes conservadores simpatizantes do direito do autor. O ato cometido de consumir substâncias psicoativas é considerado por esses magistrados como a um indicativo de uma personalidade voltada para o crime.

Não basta a análise do fato em abstrato, é preciso que a decisão analise as circunstâncias do fato em concreto. Nesse sentido, os tribunais superiores decidiram

comportamento do indivíduo no meio social"; culpabilidade pela formação da personalidade, ligada à noção do criminoso por tendência, dotado de uma periculosidade própria de sua personalidade; culpabilidade pela conduta de vida, não ligada ao fato típico isolado cometido pelo autor, mas à habitualidade delitiva e à decisão da pessoa em relação à condução de sua vida (teoria surgida no âmbito da Alemanha nazista); e, finalmente, a culpabilidade pelo fato determinado. As três primeiras corresponderiam a teorias do tipo criminológico de autor enquanto a última apontaria para o fato (DOTTI, René Ariel. Ob. cit., 2. ed, p. 343).

108. CERVINI, Raúl. Ob. cit., p. 157.

incontáveis vezes no sentido de que a gravidade em abstrato do delito cometido não pode, por si só, fundamentar uma condenação penal. O fato de tantos casos como esse terem chegado às mais altas instâncias do Judiciário atesta que é grande o número de juízes descomprometidos com a defesa das garantias fundamentais espalhados pelos quatro cantos do país.

4.3 Princípio da exigência social de comportamento conforme a lei

O sistema penal deve definir claramente, em um plano técnico-jurídico, os requisitos normativos adequados para regular a constatação da culpabilidade. Somente aquele indivíduo que decidiu com liberdade e com capacidade de discernir corretamente a respeito dos valores envolvido em sua conduta pode ser responsabilizado penalmente.[109] O julgador deve verificar se o acusado poderia ter agido de maneira diversa, segundo as possibilidades físicas e morais da pessoa, a norma e as circunstâncias específicas do caso (o momento e o ambiente).

Indivíduos de classes mais pobres, segundo Baratta, geralmente dispõem de um universo de alternativas comportamentais para evitar a prática de condutas ilícitas mais restritas do que o das pessoas mais abastadas. Essa situação de desvantagem deveria ser compensada na construção dogmática penal.[110] Entretanto, a situação de vulnerabilidade dessas classes perante o poder punitivo do Estado faz com que sejam as mais perseguidas e aquelas cujos direitos e garantias fundamentais sejam os mais violados.

A imputação penal deve recair apenas sobre indivíduos que possuam discernimento para se orientar conforme a lei.

A imputação deve ocorrer de forma racional, exigindo-se o conhecimento da ilicitude da conduta por parte do agente. Assim, a pessoa que vive em lugar

109. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo cit., p. 642.
110. Idem, ibidem.

ermo, sem acesso aos meios de comunicação de massa e usa uma substância ilícita tradicionalmente consumida entre seus pares, que pensa ser permitida não pode ser condenada.

Um indivíduo não pode ser responsabilizado penalmente por uma ação não permitida que cause resultado antijurídico diverso do que seria previsível. Não se pode presumir que quem desejou a causa desejou o resultado. Um exemplo ilustrativo desta situação seria o da responsabilização do agente que apenas pretendia cometer um furto, mas que durante a execução do ato, provoca a morte no proprietário da *res furtiva* um ataque cardíaco fatal. O resultado morte não era previsível para render alguma responsabilização penal.[111] Da mesma forma, o indivíduo que cedeu uma substância psicoativa a outrem não pode ser punido por homicídio em caso de uma reação fatal de overdose.

O estado de intoxicação do agente deveria ser considerado como fator de inimputabilidade ou de redução de sua imputabilidade,[112] todavia, não raras vezes, serve como um forte indicador pessoal negativo do acusado, chegando a influenciar bastante na decisão condenatória.

Segundo critérios biologicistas, costumeiramente considerados como os únicos científicos, é inviável justificar a legalidade do álcool e do tabaco enquanto a maconha é proibida.[113] Diante disso, a repressão da *canabis sativa* só se explica por motivos morais, uma justificativa absolutamente ilegítima. Diante dessa realidade, essa substância é a ilícita mais difundida na sociedade, sendo consumida em todas as classes sociais, (inclusive por chefes de Estado). A enorme desobediência à norma provoca um estado de anomia. O comportamento desse consumidor é ilícito, mas socialmente tolerado.

111. Cervini, Raúl. Ob. cit., p. 151-152.

112. Arzamendi, José Luis de la Cuesta. Ob. cit., p 48.

113. Mackrae, Edward. A excessiva simplificação da questão nas drogas nas abordagens legislativas. In: Ribeiro, Maurides de Melo & Seibel, Sérgio Dario. *Drogas: hegemonia do cinismo* cit., p. 328.

5. Conclusão

O estudo das drogas é muito complexo e por isso merece uma visão multidisciplinar. A abordagem principiológica, embora apenas focada nos grupos de princípios intra-sistemáticos, permite penetrar em campos mais vastos do conhecimento humano.

A criminalização de condutas ligadas às drogas apresenta uma série de limitações formais e materiais.

No campo formal, as leis contra as drogas costumam apresentar enormes falhas técnico-jurídicas, com tipos penais incrivelmente amplos, contando com uma grande pluralidade de verbos. Convenções internacionais amarram as legislações internas em relação à opção proibicionista em relação ao tráfico, mas a tendência de mudança de foco para a prevenção de danos tem possibilitado avanços na redução dos custos sociais das drogas. A criminalização primária não é um dogma, mas uma construção social de uma época e de um local. Deveria, sempre que possível, respeitar as autonomias culturais e o direito de livre determinação dos povos e também das minorias e atuar apenas sobre aqueles bens mais caros à sociedade, cuja tutela não é alcançada através dos demais instrumentos de controle social. Nesse sentido, Theodomiro Dias Neto é preciso ao afirmar que a criminalização das drogas apenas protege dogmas, mas não vidas e se sustenta no mito hipócrita de uma sociedade sem drogas. Ainda funciona como um álibi justificador da omissão do estado em relação à proteção da saúde pública.[114]

É, sobretudo, na análise dos princípios da limitação funcional do sistema punitivo que ficam nítidos inúmeros efeitos traiçoeiros provocados pela repressão. E tudo isso às custas do afastamento das verdadeiras vítimas, os dependentes e aqueles que abusam do uso de determinadas substâncias, da tutela do Estado.

114. Dias Neto, Theodomiro. Ob. cit.

Trata-se de um sistema punitivo voraz, que atua através de tipos penais abertos, de mera conduta e extremamente vagos, suprimindo o princípio da lesividade, concedendo uma perigosa margem discricionária para as agências repressivas. A guerra contra as drogas subverte a subsidiariedade e a fragmentariedade do direito penal em arrepio aos direitos humanos dos acusados. É uma opção de política criminal típica do cenário neoliberal internacional, substituindo cada vez mais a figura do Estado que buscava o bem-estar social por um novo repressor, que garante uma certa ordem social através do estímulo do medo e da despolitização da população.

Ressalte-se que os princípios,[115] como espécies de normas, não precisam ser positivados, uma vez já estão integrados ao sistema jurídico brasileiro, como adverte o Min. Eros Grau.[116] Cabe ao intérprete descobri-los e às autoridades judiciais e legislativas incorporá-los nas soluções normativas e aplicá-los ao caso concreto, ainda que aparentemente *contra legem*, pois se as regras são concreções de princípios, nunca deveria haver antinomia entre eles.[117] O severo tratamento imposto aos acusados por condutas ligadas às substâncias psicoativas revela uma esquizofrenia jurídica intolerável em um Estado Democrático de Direito.

As conquistas no tratamento de dependentes e na redução dos malefícios à saúde dos usuários de maior sucesso correspondem a experiências de prevenção de danos através de outras esferas de controle social fora do direito penal. A educação, a informação, o respeito à condição digna de pessoa dos consumidores e a abertura incondicional do sistema de saúde público são as melhores formas de combater os malefícios das substâncias psicoativas.

115. E isso se aplica a praticamente todos os princípios intrassistemáticos propostos por Baratta, pois podem ser facilmente descobertos no ordenamento brasileiro.

116. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

117. BOULANGER, Jean. *Principes généraux du droit positif et droit positif*. Le droit privé francais eu milieu du XXe siècle. Paris: LGDJ, 1950; apud GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 53.

6. Bibliografia

ARBEX JR., José. *Narcotráfico – Um jogo de poder nas Américas*. São Paulo: Moderna, 2000, coleção Polêmica.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Introdución a la criminología de la droga. *Criminología y sistema penal – Compilación* in memoriam. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2006.

_____. Principios del derecho penal mínimo (para una teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). Doctrina Penal. Teoria y Práctica em las Ciências Penales. Revista Trimestral. Buenos Aires: Depalma, 1987.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. O tribunal de drogas e o tigre de papel. *Revista de Estudos Criminais* 4, ano 2. Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, 2002.

BAUDELAIRE, Charles. *Paraísos artificiais*. Trad. Alexandre Ribondi, Vera Nóbrega e Lúcia Nagib. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1998.

CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS (CEBRID). I Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil: estudo envolvendo as 107 maiores cidades do País. São Paulo, 2002.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Ed. RT, 2002.

COSTA, Flaviane Tusi; RODRIGUES, Ricardo Eggers. Toxicomania – Consumo – Capitalismo: algumas considerações sobre um sintoma social. *Revista de Estudos Criminais* 4, ano 2. Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, 2002.

Definindo os Tribunais para Dependentes Químicos: os componentes chave. Departamento de Justiça dos Estados Unidos – Divisão de Programas de Justiça – Programa de Tribunais para Dependentes Químicos. Trad. Márcia Biato. Embaixada dos Estados Unidos da América no Brasil. Brasília, jun. 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

DIAS, José Carlos. Extorsão ou delação premiada. *Folha de S. Paulo*, 26.08.2005.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito à vida e o direito penal. *Folha de S. Paulo*, Opinião, São Paulo, 20.01.2005. A3.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Drogas – Abordagem Interdisciplinar. Fascículos de Ciências Penais, vol. 3, n. 2, ano 3, trimestral. Porto Alegre: Fabris, abr.-maio-jun. 1990.

ESCOHOTADO, Antonio. *Las drogas. De los orígines a la proibición*. Madrid: Alianza, 1994.

FERNANDEZ, Osvaldo. Drogas e (des)controle social. In: PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias da. *Conversações abolicionistas*. IBCCrim e PEPG Ciências Sociais PUC/SP. Monografia publicada n. 4. São Paulo: IBCCrim, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 8. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *Vigiar e punir*. 27. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2003.

GODOY, Marcelo. Só 5,2% dos criminosos vão para a cadeia em São Paulo. *O Estado de S. Paulo*, Cad. Cidades, São Paulo, 14.08.2004.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. Usuário de drogas: a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/06. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 12.03.2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Instituto Latino Americano das Nações Unidas de Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. Pesquisas de Vitimização. *Revista do ILANUD/Brasil* 10. São Paulo, 1998.

JANN, Markus (entrevistado); MENA, Fernanda (entrevistadora). "Narco-sala é tratamento médico", diz psicólogo suíço. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29.11.2004.

MACKRAE, Edward. O controle social do uso de substâncias psicoativas. In: PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias da. *Conversações abolicionistas*. IBCCrim e PEPG Ciências Sociais PUC/SP. Monografia publicada n. 4. São Paulo, 1997.

MAGALHÃES, Mário. O narcotráfico. *Folha Explica*. São Paulo: Publifolha, 2000.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista de Estudos Criminais* 15. Itec. Porto Alegre: Notadez, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do "direito penal de justiça" pelo direito penal secundário. In: VICENTE, Dário Moura (Coord.). *Problemas jurídicos da droga e da toxicodependência*. Coimbra, 2004. vol. 2.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico penal. Um debate sobre a descriminalização*. IBCCrim. Monografia publicada n. 21. São Paulo: IBCCrim, 2002.

POIARES, Carlos Alberto. *Análise psicocriminal das drogas. O discurso do legislador*. Porto: Almeida e Leitão, 1999.

REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos. Prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

RIBEIRO, Maurides de Melo & SEIBEL, Sérgio Dario (Org). *Drogas: hegemonia do cinismo*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002, série As ciências criminais no século XXI. vol. 11.

SEVERIANO, Mylton. Droga!. *Revista Caros Amigos* 4, ano 1. São Paulo, jul. 1997.

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

REALE JUNIOR, Miguel (Org.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal

María Cecilia Dómine
Profesora Adscripta de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay.

En una época en que reina la confusión
En que corre la sangre,
En que se impone el desorden,
En que el arbitrio tiene la fuerza de las leyes,
En que la humanidad deshumaniza...
¡No digan nunca: esto es natural!
Con el fin de que nada pase por inmutable.
Bertold Brecht
(1898-1956)

Resumo: Nas últimas décadas, vive-se na sociedade internacional a dramatização da violência e da ameaça. A política criminal internacional não é alheia a isso, e mostra uma nova e perigosa orientação da legislação penal internacional; que não só é capaz de reformar o Direito Penal substantivo, mas também de debilitar o Estado de Direito. Conseqüentemente, o Direito Penal tem se desenvolvido fora de qualquer desígnio racional, fazendo com que entrem em crise todos os princípios clássicos que o legitimam como meio de controle social. Sob essas circunstâncias, a sociedade internacional se encontra em uma etapa incerta, difícil e perigosa, focada na busca de um novo equilíbrio entre as garantias individuais e a obtenção de segurança. O objeto deste artigo é justamente analisar qual dessas opções tem prioridade, e qual delas deveria tê-la. Seria congruente restringir as libertades individuais em troca de

maior segurança? É legítimo ao Direito Penal intervir com tais meios? É possível lutar contra o terrorismo com os meios do Direito Penal de um Estado de Direito?

Palavras-chave: Terrorismo internacional – Política criminal internacional – Direitos humanos – Estado de direito – Direito internacional humanitário.

Resumen: En las últimas décadas se vive en la sociedad internacional una dramatización de la violencia y la amenaza. La política criminal internacional no es ajena a esto, mostrando una nueva y peligrosa orientación en la legislación internacional, que no sólo es capaz de reformar el derecho penal sustantivo, sino que también de debilitar el estado de derecho. Consecuentemente, el derecho penal se ha desarrollado fuera de cualquier plano racional y por lo tanto, ha forzado la crisis de todos los principios clásicos que lo legitiman como medio de control social. Bajo estas circunstancias la sociedad internacional se encuentra en una etapa incierta, difícil y riesgosa, enfocada en la búsqueda de un nuevo equilibrio entre el logro de una mayor seguridad y las garantías individuales. El objeto de este artículo es justamente analizar cuál de estas dos opciones tiene prioridad y cuál de ellas debería tenerla. ¿Sería congruente restringir las libertades individuales a cambio de mayor seguridad? ¿Es legítima la intervención del derecho penal con esos medios? ¿Es posible luchar contra el terrorismo con los mecanismos del derecho penal de un estado de derecho?

Palabras-clave: Terrorismo internacional – Política criminal internacional – Derechos humanos – Estado de derecho – Derecho internacional humanitario.

Sumario: 1. Introducción – 2. La criminalidad terrorista – 3. La nueva macro-criminalidad terrorista – 4. Acciones de las Naciones Unidas contra el terrorismo: 4.1 Las Resoluciones de las Naciones Unidas; 4.2 La estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo – 5. Una visión comparada de la legislación internacional: 5.1 La política criminal de los Estados Unidos. Usa Patriot Act; 5.2 La posición de la Unión Europea en materia de terrorismo – 6. Conclusiones preliminares – 7. El derecho penal y las nuevas tendencias en la actual política criminal internacional – 8. Consideraciones finales – 9. Bibliografía.

Área do direito: Penal-Processo penal

1. Introducción[1]

A partir del 11 de septiembre[2] y los atentados de Londres[3] y Madrid,[4] la política criminal internacional ha dado un giro trascendental[5] en el tratamiento

1. Agradezco la lectura de éste artículo a Gonzalo García Palominos, LLM, Albert-Ludwigs Universität. Freiburg; y a Rafael Mafei Rabelo Queiroz – Universidade de São Paulo. Contribución basada en las investigaciones realizadas en la Università degli studi di Milano, bajo la dirección del Prof. Dr. Carlo Enrico Paliero, y en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, bajo la dirección del Prof. Dr. Pablo Galain Palermo. Becada del Gobierno Italiano- Ministero degli Affari Esteri

2. El ejemplo más destacado de los últimos lustros en cuanto al uso simbólico de la violencia, es el atentado a las Torres Gemelas y el Pentágono, pues eran directamente los lugares que mayormente representaban la vida socio-institucional de la potencia norteamericana. Este uso simbólico de la violencia demuestra el grado de vulnerabilidad del sistema estadounidense, en otras palabras la vulnerabilidad del sistema político institucional occidental. Para profundizar sobre el cambio que ha ocasionado a nivel mundial el 11 de setiembre; léase ENGLISH, Christian; THIBAUD, Frédéric. *Mardi 11 septembre 2001. Ce jour où e monde a changé.* Paris, France: Éditons Générales First, 2001. En la misma índole VENNER, Dominique. *Histoire du terrorisme.* Paris: Éditons Pygmalion Gérard Watelet, 2002. Ver también, JAECKER, Tobias. *Antisemitische Verschwörungstheorien nach dem 11. september. Neue Varianten eines alten Deutungsmusters.* Münster: Lit Verlag, 2004. Asimismo véase WEISS, Moritz; *Der 11. September 2001, Interpretationen und Konsequenzen eines Terroranschlags.* Marburg: Tectum Verlag, 2004.

3. Para ampliar el atentado de Londres del 07.07.2005 léase WOLFGANG, Eggert; London – *Die lizenz zum töten. Die verstrickung der. Geheimdienste in den terrorismus.* München: Chronos Medien., 2005.

4. Es importante mencionar que mientras que los atentados de Madrid (trenes de Madrid) y Londres (subterráneo de Londres) fueron tomados como atentados terroristas convencionales, los atentados del 11 de septiembre (Torres Gemelas del World Trade Center y el Pentágono) fueron calificados de "*ataques terroristas*", que según la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad de 2001, representan una amenaza a la paz mundial y a la seguridad internacional y como tales fundamentan el derecho a la autodefensa, aunque no la guerra de acuerdo al artículo 51 de la Cata de las Naciones Unidas: Artículo 51: "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". Se puede extraer de la página web; <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm>.

5. Vide ELSEA, Jennifer y FISHER, Louis; *Suspected terrorist. And what to do with them.* Novinka Books. An imprint of Nova Science Publishers, Inc. New York. 2006.

del terrorismo y la criminalidad organizada.[6] Puede decirse que la sociedad internacional ha entrado en un nuevo período histórico, y que en materia de política criminal ya nada será como antes en esta nueva y cambiante realidad.[7] Por ello, la nueva legislación internacional se orienta en un rumbo distinto, que no sólo es capaz de reformar el Derecho penal sustantivo, sino también diversos ámbitos jurídicos como los que tienen relación con la inmigración y la policía.[8]

La lucha contra este fenómeno difícilmente definible del terrorismo,[9] puede transformar el Derecho penal en una medida sin precedentes, por los aspectos de internacionalidad y la crucial encrucijada que se plantea entre la política criminal del Estado de seguridad y las libertades individuales de sus ciudadanos.

Bajo estas circunstancias la sociedad internacional se encuentra en una etapa incierta, difícil y peligrosa, abocada en la búsqueda de un nuevo equilibrio entre los instrumentos que brindan una mayor seguridad, y las garantías individuales.

En el presente artículo, se dará una definición personal de criminalidad terrorista, para posteriormente, tratar de forma sistemática diferentes instrumentos de lucha contra el terrorismo: (a) desde un cuadro jurídico universal, se abordarán las disposiciones de las Naciones Unidas; (b) desde una perspectiva regional, se

6. Véase al respecto Andrew Silke; preface en: *Terrorist, victims and society. Psychological perspectives on terrorism and its consequences.* Edited by Andrew Silke, University of Leicester, UK, Wiley Series in The Psychology of Crime, Policing and Law, Series Editors Graham Davies and Ray Bull, Great Britain, 2003.

7. Léase DAMBRUOSO, Stefano, *Saggio introduttivo*, en: L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Il Processo penale accusatorio, collana diretta da Eraldo Stefani, libro de Luca Bauccio. Milano: Giuffrè, 2005.

8. Vide Hans-Jörg Albrecht; Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista, en Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid: Dykinson, 2006.

9. Véase SCHMALENBACH, Kirste; Der Internationale Terrorismus- Ein Definitionsversuch, en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Neuwied: Luchterhand Verlag, 2000. Asimismo léase Omar Malik; Enough of the definition of terrorism, The royal institute of International affairs. London 2000. También en este tenor ver: HAN, Henry. *Terrorism & political violence: limits & possibilities of legal control.* Oceana Publications, Inc. New York, London , Rome, 1993.

afrontará la normativa de la Unión Europea; y (c) finalmente desde ámbitos nacionales, analizaremos la legislación de EEUU.

Principalmente este trabajo intentará tratar algunos de los problemas que estas normas plantean en relación con los principios de un Estado de Derecho. El objeto es justamente analizar cuál de estas dos opciones tiene prioridad y cuál de ellas debería tenerla. *¿Sería congruente restringir las libertades individuales a cambio de mayor seguridad? ¿Esta legitimado el Derecho penal para intervenir con esos medios? ¿Es posible luchar contra el terrorismo con los medios del Derecho penal de un Estado de Derecho?*

2. La criminalidad terrorista

La criminalidad terrorista es un fenómeno dinámico que se circunscribe cada vez menos a la idea de un espacio físico, de un grupo nacional y de un número reducido y limitado de ilícitos. Por ello la dificultad de su definición, por su complejidad, por tratarse de un fenómeno en movimiento y cambiante, que participa de diversas maneras en toda la sociedad internacional. Al mismo tiempo, es un concepto disputado[10] y de difícil precisión, por su carácter sociológico, político y criminológico.

Por lo expuesto, afrontar una definición de terrorismo no es una tarea sencilla, dada las numerosas propuestas[11] de la doctrina internacio-

10. Vide Alex P. Schmid; Los vínculos entre el crimen organizado transnacional y los crímenes terroristas; en *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos*, año 14, n. 3, ISSN 9977-47, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IICLA).

11. (1) Se dice que el término "terrorismo" aparece en la Historia con el gobierno del Comité de Salud Pública dirigido por Robespierre y Saint-Just (1791-1794). Posteriormente, *El Diccionario de la Academia Francesa* lo define en 1798 como "sistema o régimen del terror. Ob. cit. Bueno Arús; Tercera Sesión-Primera Ponencia: *Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo*; en Terrorismo Internacional, p. 115. (2) La Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito estableció en uno de sus foros que: "El terrorismo en la mayor parte de los casos, constituye esencialmente un acto político. Su finalidad es infligir lesiones dramáticas y letales a personas civiles y crear una atmósfera de terror, generalmente con miras políticas o ideológicas (sean seculares o religiosas). El terrorismo es un acto criminal, pero es algo más que un sencillo acto criminal. Para superar el problema del terrorismo es necesario comprender su naturaleza política así como su psicología y criminalidad básicas". Foro sobre el delito y la sociedad. Oficina de Naciones Unidas. vol. 4, n. 1 y 2, diciembre, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga

nal[12] y las diversas fórmulas legislativas. No obstante, es una labor que compete a los políticos, legisladores, sociólogos, criminólogos y juristas, en busca de una mayor certeza y seguridad jurídica.

y el Delito, Nueva York, Printed in Austria January 2006 Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.05.IV.8, ISBN 92-1-330194-4, ISSN 1020-9263 p. V. (3) Actualmente el *Diccionario de la Real Academia Española* define el terrorismo como: "la dominación por el terror" o como "la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror". De la misma forma el *Oxford English Dictonary*, principal autoridad en la lengua inglesa, lo define como: "un sistema de terror"; "gobierno por intimidación"; "una política que tiene la intención de golpear con el terror aquellos contra quien es adoptada"; "el empleo de los métodos de intimidación"; "el hecho de aterrorizar...". Definición extraída del *Diccionario de la Real Academia Española on line*, pagina Web: <www.rae.es/>. (4) Alex P. Schmid define al terrorismo "como el deliberado y sistemático uso de amenaza de la violencia...". (5) La definición en ingles del *Oxford English Dictonary* es: "A system of terror. 1. Government by intimidation as directed and carried out by the party in power in France during the Revolution of 1789-94; the system of the 'Terror' (1793-4). 2. gen. A policy intended to strike with terror those against whom it is adopted; the employment of methods of intimidation; the fact of terrorizing or condition of being terrorized", se puede extraer tanto de la página web <http://www.oed.com/>, como del *Oxford English Dictonary*, Compact Edition (Oxford: Oxford University Press, 1971), p. 3268, col. 216. (6) *El FBI* (*Federal Bureau of Investigation*) lo define así: "International terrorism involves violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or any state, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or any state. These acts appear to be intended to intimidate or coerce a civilian population; influence the policy of a government by intimidation or coercion; or affect the conduct of a government by mass destruction, assassination or kidnapping and occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum"; fue extraída de "U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigation", de la página web <http://www.fbi.gov/publications/terror/terror2000_2001.htm>. (7) Bernard Gros; *nos propone una* definición penrsonal: "Nous appellerons terrorisme un ensemble de violences isolées, individuelles ou collectives, organisées dans la clandestinité mais ouvertement revendiquées, en vue de résoudre un conflit, d'obtenir des décisions politiques et sociales par la force ou la menace, en plongeant un territoire, des institutions ou une catégorie d´hommes, dans un climat dínsécurité telle que naisse la terreur, et que puissent se désagréger un gouvernement ou un état de civilisation, au point de frayer la voie à un contre-terrorisme, à une guerre civile, une guérilla ou une anarchie, propices à la Révolution". Bernard Gros; *Le terrorisme*, Paris: Hatier; 1976, p. 6, (8) Dyson señala que el termino terrorismo es usado como "el uso de la fuerza y de la violencia extrema con el fin de forzar a una entidad o a una población gubernamental para modificar su filosofía y dirección". Dyson, William E. *Terrorism and investigator's handbook*. 2. ed. Lexis Nexis Group, ap Anderson publishing. 2005. Textualmente dice el autor " terrorism is the use of extreme force and violence for the purpose of coercing a governmental entity or population to modify its philosophy and direction". Traducción del autor.

12. Dyson, William E. Ob. cit., p. 3.

Sin embargo, se considera necesaria la tarea conceptual no sólo por aproximarnos más concretamente al fenómeno en estudio, sino porque también de ella dependería la eficacia de su control. Es imprescindible disponer de una definición por diversos motivos prácticos y funcionales: (a) hay que saber qué se está buscando; (b) qué es lo que se quiere investigar y (c) a qué fenómeno y de qué manera hay que reaccionar. Al mismo tiempo, una definición de terrorismo debe ser lo suficientemente clara y concreta como para adecuarse a los principios constitucionales y lo adecuadamente flexible como para ser funcional a las dinámicas cambiantes de la actualidad. Concurrentemente a lo expuesto, existen dos argumentos mas para formular una definición legal de terrorismo; en primer lugar, la legislación adecuada necesariamente debe restringir las formas normales de derechos humanos y por lo tanto ser específica al terrorismo, y en segundo lugar tal legislación debería ser el producto del pensamiento cuidadoso y no de una reacción precipitada[13] o de emergencia.

Esta necesidad práctica de una definición nos enfrentará al desafió de intentar una aproximación al paradigma de la criminalidad terrorista. Aunque para muchos pueda resultar imposible definir el terrorismo y para otros sea infructuoso intentar adoquinar (remendar) juntos una definición realmente comprensiva, y aunque hay quienes concluyan que el terrorismo es impermeable a la definición exacta.[14] De todas maneras y a pesar de todo, propongo intentemos lograr una definición (dentro de lo posible) lo mayormente precisa. Pretendamos útilmente diferenciar este paradigma de otros tipos de violencia, e identifiquemos las características que hacen al terrorismo un fenómeno distinto. Puede parecer utópico pretender alcanzar la esencia del concepto de terrorismo, pero prefiero la utopía a la irresponsabilidad de no tener la valentía para afrontar el desafío. No busquemos

13. Omar Malik; ob. cit., p. 46.

14. Vide HOFFMAN, Bruce. *Inside terrorism*, revised and expanded edition. Columbia University Press New York. Printed in the United States of America,2006.

la perfección o exactitud de una definición, busquemos la mayor precisión posible, seguramente esta definición será mejor que su ausencia. Quizás y muy probablemente no llegue a lo largo de estas páginas a lograr la definición mayormente precisa, pero al menos intento motivar al lector a continuar mi camino.

Podríamos dar un sinnúmero de definiciones, y este tipo de definiciones podría multiplicarse hasta el infinito. Pero, lo que agrava el problema es la relatividad de la idea de terrorismo y su manipulación en la práctica.[15] No obstante, la tarea de definir el fenómeno del terrorismo podría verse simplificada por la búsqueda de los elementos comunes a todas las propuestas teóricas y normativas. En ese sentido, casi todas ellas mencionan que el terrorismo implica el uso de la violencia extrema prevista para forzar un cambio en el gobierno y la sociedad.[16] Lógicamente que a la hora de adoptar una definición, podríamos optar por una fórmula más simple, como la de "*el uso de violencia o amenaza para conseguir un beneficio político*", o en cambio, por la más compleja de todas. Sin duda alguna, en el primero de los casos no llegaríamos a concretar lo que representa el fenómeno de la criminalidad terrorista, y en el segundo seguramente excluiríamos alguna de sus posibles características, tipos o acciones.

Los delitos normalmente se definen por referencia al bien jurídico lesionado, y éste, en el caso del terrorismo, es múltiple. Por eso, los autores han tratado de definir el terrorismo teniendo en cuenta otros elementos, como son los medios empleados (la violencia), el resultado (el terror colectivo) y la finalidad (política o social) que impulsa a los autores de este tipo de delitos.[17]

En una primera aproximación, podemos delimitar el concepto de terrorismo como: *la violencia o amenaza de la misma, con potencialidad de ocasionar un grave*

15. Bueno Arús, Francisco. Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo, en *Terrorismo internacional*, dirigido por Salustiano del Campo, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984, p. 116.

16. Dyson, William E. Ob. cit., p. 21

17. Bueno Arús. Ob. cit., p. 115

daño a un Estado o a una organización internacional, a través de medios de agresión indiscriminados contra objetivos civiles, privados o públicos, con el fin de alterar gravemente la paz social o producir el cambio del orden constitucional del Estado.[18]

Por lo expuesto y en base a lo establecido, considero fructífero determinar los elementos de la criminalidad terrorista. La macro-conformación de la criminalidad terrorista, esta compuesta de al menos cinco elementos interrelacionados entre si, ellos son:

(i) Violencia o amenaza. El uso o la amenaza de uso de la violencia sistemática e imprevisible practicada por actores individuales o colectivos; dirigida contra objetivos vulnerables que tienen alguna relevancia simbólica en sus correspondientes entornos culturales o marcos institucionales.

(ii) Potencial capacidad de ocasionar un grave daño a un Estado o a una organización internacional.

(iii) Medios de agresión indiscriminados contra objetos civiles, privados o públicos; con un método de combate, o una estrategia para conseguir ciertos objetivos; pues los actos terroristas están generalmente bien planeados y se realizan desde la clandestinidad.[19]

(iv) La propaganda y el terror es un factor esencial en la estrategia terrorista, la cual pretende infundir en las víctimas un estado de miedo, que es despiadado y se encuentra al margen de toda regla humanitaria. El terrorismo está especialmente diseñado para tener efectos psicológicos a largo plazo, más allá de las víctimas inmediatas o del objetivo primero de sus atentados. *El Modus Operandi* de los Crímenes Terroristas gravita en base a dos elementos importantes: violencia (o la

18. Ver DÓMINE, María Cecilia. Criminalidad económica y terrorismo, en *Revista Arbitrada de Derecho* 2006-01, de la Universidad Católica de Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, p. 89 y ss. También ver ARNOLD, Roberta. *The ICC as a new instrument for repressing terrorism.* New York: Transnational Publishers. Inc. Ardsley, p. 3-6.

19. Para ampliar véase WALDMANN, Peter, El terrorismo: Concepto, estrategia y alcance, en *Política criminal comparada, hoy y mañana*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial; Director Beristain Ipiña Madrid, 1999, p. 181 y ss.

amenaza de ello), propaganda y clandestinidad.[20] El propósito del terrorismo es producir terror, temor extremo y pánico entre el publico elegido como blanco por atroces actos de violencia y utilizar los efectos psicológicos para los propósitos de los perpetradores o de los que dirigieron. Para producir terror, se cometen chocantes atrocidades que sirven para transmitir la impresión de que los terroristas pueden golpear a voluntad cualquier tipo de objetivo de manera que ningún oponente esta a salvo a menos que ceda a las demandas de los terroristas.

(v) La Finalidad del terrorismo es una particularidad que diferencia muy radicalmente la especie del árbol madre de la criminalidad organizada. Este fin radica en perturbar la paz social o producir un cambio del orden constitucional del Estado. En este sentido conviene recordar, que el Informe del Grupo Asesor sobre Naciones Unidas y Terrorismo de 6 de agosto de 2002 reconoce que la finalidad de éste es "infringir daños dramáticos y mortales a civiles, y crear una atmósfera de temor, generalmente con fines políticos o ideológicos (ya sean seculares o religiosos). El terrorismo es un acto delictivo, pero se trata de algo más que de simple delincuencia. El terrorismo es esencialmente un "acto político".[21]

La noción de criminalidad terrorista envuelve toda esta pluralidad de aspectos, ello no significa que todo grupo terrorista exige la participación conjunta e indivisa de todos estos elementos. No obstante, podemos llegar a decir que estas características son variables bastantes constantes a la hora de describir la anatomía de la criminalidad terrorista. Luego de obtener esta esencia, es importante intentar combatir la aparente impermeabilidad que parece tener el concepto de terrorismo, por medio de la creación de un elenco taxativo y lo mayormente comprensivo (siempre dentro de lo posible) de actos considerados de naturaleza terrorista.

20. Para ampliar sobre la clandestinidad de los actos terroristas; véase WALDMANN, Peter. Ob. cit., p. 181 y ss.

21. GARCÍA RIVAS, Nicolás. La tipificación "Europea" del delito terrorista en la decisión marco de 2002: Análisis y perspectivas, en *Revista de Derecho Penal* – 2006-1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 416. En el mismo sentido, léase HILKER, Thomas. *Terrorismus, Grundwissen, Organisationen, Angriffsmittel, Religiöser Fanatismus, Suizidbomber.* Die Edition Octopus erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster. 2006, p. 11.

3. La nueva macro-criminalidad terrorista

El análisis expone un paradigma que actualmente se enfrenta en la política-criminal con algunas características particulares:

a. *La característica macroscópica* es reconocida en el modelo de Herbert Jäger[22] en términos no tanto de difusión del comportamiento, sino en cuanto a la enormidad de los eventos lesivos. Pero el problema consiste en que esta criminalidad es difusa, hasta el punto de no poder ser contenida en una respuesta penal que sea también racional.

b. *Los procesos de globalización y el carácter transnacional.* Los procesos de globalización de los mercados, del sistema bancario y financiero y sobretodo las nuevas tecnologías para las comunicaciones de información, proporcionan nuevas oportunidades de ejecución de crímenes que traspasan fronteras, reclamando nuevos modelos de derecho penal transnacional. Si se observa con atención, nos hallamos ante una manifestación más (por perversa que ésta sea) de la *deslocalización* que caracteriza el sistema económico de la "globalización". El nuevo sistema económico impone la desaparición progresiva del Estado como instancia real de toma de decisiones (no quizá de su ejecución) y el traslado de la "soberanía" *difusa*.[23]

c. *El desenvolvimiento de la sociedad de información y la sociedad de riesgo*, genera nuevos riesgos y una criminalidad compleja, reclamando una política criminal global y eficaz.

d. *El uso de Internet por la criminalidad terrorista.* Internet se ha consolidado como pieza clave de la infraestructura mundial de la información, erigiéndose en el vehiculo tecnológico imprescindible para la imbricación social y económica de la sociedad de información. Sin embargo, especialmente a tenor de lo ocurrido el 11 de setiembre, se ha visto redimensionada la magnitud de Internet, como fuente, no

22. JÄGER, Herbert; *Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt, Suhrkamp taschenbuch wissenschaft*. Frankfrut am Main: Suhrkamp Verlag, 1989.

23. GARCÍA RIVAS, Nicolás. Ob. cit., p. 435.

solo ya de progreso y avance, sino también de peligros. Ese clima de intranquilidad frente al crimen organizado "*online*" y, en especial, frente al ciberterrorismo, ha conducido a una mayor demanda social de intervención jurídica y a la adopción de diversas iniciativas, técnicas y legislativas que intentan (en algunos casos de modo indiscriminado) restringir el derecho a la privacidad informática del internauta. De ahí la necesidad de revindicar el logro de soluciones que concilien la seguridad y los derechos fundamentales de libertad e intimidad.[24] El *ciberespacio* es utilizado por las organizaciones terroristas para atraer nuevos participantes, para reclutarlos y formarlos como futuros terroristas, camicaces, suicidas, etc. La *web* es empleada para enviar mensajes y discursos de los líderes, para difundir y publicitar la organización, para enseñar los mejores métodos de armado de bombas caseras y para difundir la cultura del terror. *Por lo señalado podemos decir que en la actualidad, la más poderosa arma de los terroristas es el ciberespacio, cuyas páginas son visitadas por miles de personas a diario.*[25]

II.

4. Acciones de las Naciones Unidas contra el terrorismo

Las Naciones Unidas junto a otras organizaciones intergubernamentales han elaborado y aprobado 16 instrumentos jurídicos universales. A saber son 11

24. Vide MORÓN LERMA, Esther. *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilicitas en la red*, 2. ed. rev. y ampl.. Navarra: Aranzadi SA, A. Thomson Company, 2002.

25. La velocidad vertiginosa no permite la cancelación de estos sitios, pues cuando se logra la eliminación de un sitio, este fue multiplicado un sin numero de veces. Estas páginas web se reproducen de una manera incontrolable. Inclusive los sitios son cada vez más sofisticados y adaptables a las distintas computadoras y hasta celulares que permiten descargar este tipo de imágenes y sonidos. La unión entre energía humana y *"high tech tecnology"* propicia riesgos imposibles de predecir por el conocimiento humano. Este factor de inseguridad en la previsibilidad de los resultados del actuar humano se hace más latente cuando nos encontramos ante redes internacionales de la gran criminalidad organizada, capaces de poner en jaque incluso a los Estados más poderosos del mundo. Vide DÓMINE, María Cecilia. Ob. cit., p. 97 y ss.

convenios, 4 protocolos y una enmienda La mayoría de estos instrumentos están en vigor y constituyen el marco jurídico para la adopción de medidas multilaterales contra el terrorismo, así como la tipificación como delito de actos de terrorismo específicos, entre los que figuran el secuestro de aeronaves, el sabotaje aéreo, la toma de rehenes, los atentados terroristas cometidos con bombas, la financiación del terrorismo y el terrorismo nuclear, entre otros. Estos instrumentos se complementan con resoluciones de la Asamblea General (A/RES/49/60, A/RES/51/210 y A/RES/60/288) y del Consejo de Seguridad (S/RES/1267 (1999), S/RES/1373 (2001), S/RES/1540 (2004), S/RES/1566 (2004) y S/RES/1624 (2005).

Veamos a grandes rasgos cada uno de ellos por grupo temático:[26]

a*) Seguridad en los medios de transporte y lugares de tránsito.*

• *Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves ("Convenio de Tokio"), 1963.* Se remite a la seguridad durante el vuelo, otorgando potestades de imponer medidas razonables (de carácter coercitivo) al comandante, siempre que sea necesario para proteger la seguridad de la aeronave. A su vez exige que las partes contratantes asuman la custodia de los infractores y devuelvan el control de la aeronave a su legítimo comandante.[27]

• *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves. ("Convenio de La Haya"), 1970.*Considera delito que una persona que esté a bordo de una aeronave en vuelo "ilícitamente, mediante la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza, o cualquier forma de intimidación, se apodere de la nave o ejerza control sobre ella" o al menos intente hacerlo.[28]

• *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. ("Convenio de Montreal"), 1971 –relativo a los actos de sabotaje aéreo, como explosiones de bombas a bordo de una aeronave en vuelo.* Establece que comete delito quien ilícita

26. Para un análisis más profundo de los instrumentos universales consultar ARNOLD, Roberta. Ob. cit., p. 9 y ss.

27. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/off_sp.pdf>.

28. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/seiz_sp.pdf>.

e intencionalmente: (a) perpetre un acto de violencia contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo si ese acto pudiera poner en peligro la seguridad de la aeronave; (b) coloque un artefacto explosivo en una aeronave; (c) intente cometer esos actos; (d) o sea cómplice de una persona que perpetre o intente perpetrar tales actos.[29]

• *Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, 1988.* Amplía las disposiciones del Convenio de Montreal para incluir los actos terroristas cometidos en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional.

• *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988* –relativo a las actividades terroristas en los buques Establece un régimen jurídico aplicable a los actos cometidos contra la navegación marítima internacional similar a los regímenes establecidos respecto de la aviación internacional. Dispone que comete delito la persona que: (a) ilícita e intencionalmente se apodere de un buque o ejerza control sobre éste por medio de la fuerza, la amenaza o la intimidación; (b) cometa un acto de violencia contra una persona que se encuentra a bordo de un buque, si dicho acto pudiera poner en peligro la seguridad de la navegación; (c) coloque un artefacto o sustancias destructivas a bordo de un buque; (d) y perpetre otros actos contra la seguridad de los buques.[30]

• *El Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.* Este protocolo tipifica: (a) la utilización de un buque como instrumento para favorecer la comisión de un acto de terrorismo; (b) el transporte a bordo de un buque de diversos materiales a sabiendas de que se pretende utilizarlos para causar o para amenazar con causar muertes, heridas graves o daños, a fin de favorecer la comisión de un acto de terrorismo; (c) y finalmente el transporte a bordo de un buque de personas que han cometido actos de terrorismo.

29. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/unalact_sp.pdf>.
30. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/actsmar_sp.pdf>.

Introduce procedimientos para regular el embarque en un buque sospechoso de haber cometido un delito previsto por el Convenio.

• *Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, 1988* –relativo a las actividades terroristas realizadas en plataformas fijas frente a las costas. Establece un régimen jurídico aplicable a los actos realizados contra plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental similar a los regímenes establecidos respecto de la aviación internacional.[31]

• *Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.* Adapta los cambios en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima al contexto de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

b) Personas internacionalmente protegidas.

• *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973* –relativa a los ataques contra altos funcionarios de gobierno y diplomáticos Define a la "persona internacionalmente protegida" como un Jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores, representante o funcionario de un Estado o una organización internacional que tenga derecho a protección especial en un Estado extranjero y sus familiares. Exige a las partes que: (a) tipifiquen como delito la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida; (b) la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de tal persona; (c) la amenaza de cometer tal atentado; (d) todo acto que "constituya participación en calidad de cómplice".[32]

31. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/fp_sp.pdf>.
32. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/18-7sp.pdf>.

c) Toma de rehenes.

• *Convención internacional contra la toma de rehenes ("Convención sobre los rehenes"), 1979.* Dispone que "toda persona que se apodere de otra o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero (Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas), a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención".[33]

d) Materiales nucleares y explosivos.

• *Convención sobre la protección física de los materiales nucleares ("Convención sobre los materiales nucleares"), 1980*–relativa a la apropiación y utilización ilícitas de materiales nucleares. Tipifica la posesión ilícita, la utilización, la transferencia y el robo de materiales nucleares, y la amenaza del empleo de los mismos para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales.[34]

• *Enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares.* Establecen la obligación jurídicamente vinculante de los Estados Partes de proteger las instalaciones y los materiales nucleares de uso nacional con fines pacíficos, así como su almacenamiento y el transporte. Disponen una mayor cooperación entre los Estados con respecto a la aplicación de medidas rápidas para ubicar y recuperar el material nuclear robado o contrabandeado, mitigar cualquier consecuencia radiológica del sabotaje y prevenir y combatir los delitos conexos.

• *Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, 1991* – Este Convenio fue negociado a raíz de la explosión de una bomba en el vuelo 103 de Pan Am en 1988. Dispone la marcación química para facilitar la detección de explosivos plásticos, por ejemplo, para luchar contra el sabotaje aéreo. Su objetivo es controlar y limitar el empleo de explosivos plásticos no marcados e

33. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/18-5sp.pdf>.
34. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/physprot_sp.pdf>.

indetectables. Las partes están obligadas a asegurar en sus respectivos territorios un control efectivo de los explosivos plásticos "sin marcar", es decir los que no contengan uno de los agentes de detección enumerados en el anexo técnico del tratado.[35]

e) Específicos de terrorismo.

• *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 1997.* Crea un régimen de jurisdicción universal respecto de la utilización ilícita e intencional de explosivos y otros artefactos mortíferos, dentro de o contra diversos lugares de uso público con la intención de matar u ocasionar graves lesiones físicas o con la intención de causar una destrucción significativa de ese lugar.[36]

• *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 1999.* Define el delito de financiación del terrorismo[37] e insta a las partes a que

35. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/explo_s.pdf>.

36. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/18-9sp.pdf>.

37. Artículo 2. del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo:

"1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización

internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2. a) Al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio, un Estado que no sea parte en alguno de los tratados enumerados en el anexo podrá declarar que, en la aplicación del presente Convenio a ese Estado Parte, el tratado no se considerará incluido en el anexo mencionado en el apartado a) del párrafo 1. La declaración quedará sin efecto tan pronto como el tratado entre en vigor para el Estado Parte, que notificará este hecho al depositario; b) Cuando un Estado Parte deje de serlo en alguno de los tratados enumerados en el anexo, podrá efectuar una declaración respecto de ese tratado con arreglo a lo previsto en el presente artículo.

adopten medidas para prevenir y contrarrestar la financiación de terroristas, ya sea directa o indirectamente, por medio de grupos que proclamen intenciones caritativas, sociales o culturales o que se dediquen también a actividades ilícitas, como el tráfico de drogas o el contrabando de armas. Compromete a los Estados a exigir responsabilidad penal, civil o administrativa por esos actos y prevé la identificación, congelación y confiscación de los fondos asignados para actividades terroristas, así como la distribución de esos fondos entre los Estados afectados. También señala que el secreto bancario dejará de ser una justificación para negarse a cooperar.[38]

• *Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, 2005*. Este Convenio: (a) amplia la gama de actos y posibles objetivos, incluidas las centrales y los reactores nucleares, (b) reconoce la amenaza y la tentativa de cometer dichos delitos o de participar en ellos, en calidad de cómplice, (c) establece que los responsables deberán ser enjuiciados o extraditados, (d) alienta a los Estados a que cooperen en la prevención de atentados terroristas intercambiando información y prestándose asistencia mutua en las investigaciones penales y pro-

3. Para que un acto constituya un delito enunciado en el párrafo 1, no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito mencionado en los apartados a) o b) del párrafo 1.

4. Comete igualmente un delito quien trate de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo.

5. Comete igualmente un delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo; b) Organice la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo o dé órdenes a otros de cometerlo; c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse: i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo."

38. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/18-11sp.pdf>. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 09.12.1999 y abierta a la firma el 10.01.2000. Entrada en vigor: 10.04.2002.

cedimientos de extradición.[39] *Es importante destacar que* este Convenio aún no ha entrado en vigor.[40]

Todos estos instrumentos internacionales constriñen a los Estados parte a codificar y sancionar como delitos (muchas veces graves) los actos en ellos recogidos, los cuales no pueden justificarse en ningún caso por motivos políticos, ideológicos o religiosos. Del mismo modo, y en virtud del principio "aut federe aut indicare", los Estados parte deben entregar o enjuiciar a los presuntos autores, así como colaborar y prestarse ayuda mutua. Los paraísos de seguridad no deben existir respecto a estos delitos. Asimismo, los convenios de ámbito regional completan estos tratados internacionales de alcance universal.[41]

4.1 Las Resoluciones de las Naciones Unidas

Estas resoluciones son los pilares de la estructura de acciones contra el terrorismo. Reafirman la necesidad de luchar contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Veamos a grandes rasgos, las resoluciones más transcendentes para nuestro argumento en estudio:

A) La Resolución 1267, en el Art. 4 b) el Consejo de Seguridad resolvió que todos los Estados deberían congelar los fondos y recursos financieros del Régimen

39. <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/Spanish_18_15.pdf>.

40. Su aprobación tuvo lugar en abril de 2005, se abrió a la firma el 14.09.2005 y *entrará en vigor cuando haya sido ratificado por 22 Estados Miembros*. Al 25.09.2006, ha recibido 107 firmas y seis ratificaciones: Austria, Eslovaquia, Kenya, Letonia, México y la República Checa.). La aprobación por 192 Estados Miembros de la resolución sobre la Estrategia Mundial de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, junto con el Plan de acción, es un reflejo y demuestra el rol fundamental y necesario que tienen Naciones Unidas en el panorama internacional. Desafortunadamente la implementación de las Convenciones de las Naciones Unidas sobre este argumento no ha sido regular. Específicamente, se carece de las medidas necesarias para un monitoreo sistemático o un dispositivo para la implementación que permita una evaluación de los instrumentos nacionales utilizados para transformar las convenciones en leyes internas de cada uno de los Estados miembros

41. AMBOS, Kai. El derecho penal frente a amenazas extremas. *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*. Colección dirigida por: Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno y Bravo (Coord.) y Ma. Luisa Silva Castaño, Madrid: Dyinson S.L, 2007, p. 18.

Talibán a fin de lograr la extradición de Osama Bin Laden. Por otro lado, el Art. 6 estableció un Comité sancionador (Santios Comittee), el cual es competente en materia de congelación de fondos prevista en el Art. 4. Este Comité, como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, puede emitir resoluciones destinadas a los Estados miembros.[42]

B) La Resolución 1373:[43]

• Incita a que todos los Estados prevengan, repriman y tipifiquen como delito (delito grave) la financiación de los actos terroristas; mediante diversos medios como la congelación de fondos, o el seguro enjuiciamiento.

• Estimula a todos los Estados a encontrar medios para intensificar y agilizar el intercambio de información operacional (Intercambiar información de conformidad con el derecho internacional y la legislación interna), especialmente en relación con las actividades o movimientos de terroristas y cooperar en las esferas administrativas y judiciales.

• Resalta la importancia de la cooperación internacional, para impedir y reprimir los ataques terroristas, y adoptar medidas contra quienes cometan esos actos.

• Se preocupa por la conexión estrecha que existe entre el terrorismo internacional y la delincuencia transnacional organizada, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico ilícito de armas y la circulación ilícita de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales potencialmente letales.

• Crea un comité especial, *el Comité del Consejo de Seguridad* integrado por todos los miembros del Consejo, encargado de verificar la aplicación y el grado de cumplimiento de las medidas dictadas por el propio Consejo en esta resolución y en otras posteriores; con la asistencia de los expertos que se consideren apropiados.

42. Vide Bartelt/Zeitler 2003: Heinz/Schlitt/Würth 2004, p. 14 y ss.

43. El texto de la resolución 1373 (2001) fue aprobado a raíz de los atentados cometidos en Estados Unidos, por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28.09.2001. Se encuentra en diversas páginas web, una de ellas: <http://www.un.org/spanish/docs/comites/1373/scres1373e.htm>. Por mayor información sobre las estrategias de las Naciones Unidas, ver <http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>.

Es menester destacar que la normativa de la Resolución 1373 coincide en gran parte con las disposiciones del Convenio sobre financiación de 1999, ya que cuando se adopto esta resolución el Convenio sobre financiación no había entrado aún en vigor, por lo que el Consejo de Seguridad actuó como un poder legislativo internacional, desviándose de los dispuesto en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados en cuanto a la necesidad de la ratificación de los tratados internacionales. Esto es confuso porque para que la congelación de fondos sea útil para inmovilizar de alguna manera la amenaza terrorista, los Estado deberán conocer con claridad a quienes se dirigen las medidas mencionadas. Sin embargo, si las listas elaboradas por el comité Sancionador pretenden tener validez universal, entonces debería actuarse conforme a los mismos criterios frente a los destinatarios de las sanciones. Esto requiere una definición consensuada de terrorismo, como esta falta, cada Estado implementara de manera diferente el régimen sancionador que internacionalmente ha sido adoptado.[44]

C) La Resolución 1624 (2005[45]):

• Condena en términos más enérgicos todos los actos de terrorismo, intensifica la colaboración entre Estados, a fin de detener, denegar protección y llevar ante la justicia, a todo el que apoye o facilite la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o la facilitación de refugio, o participe o intente participar en dichas actividades.

• Solicita a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y adecuadas para prohibir por ley la incitación a la comisión de la actividad terrorista. Impedir dicha conducta y denegar protección a toda persona respecto de la cual se

44. Ambos, Kai. El derecho penal frente a amenazas extremas cit., p. 26.

45. Continúa la labor de la anterior resolución Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5261ª sesión, celebrada el 14.09.2005. *En esta resolución el Consejo de Seguridad, reafirman* sus Resoluciones 1267 (1999), de 15.10.1999, 1373 (2001), de 28.09.2001, 1535 (2004), de 26.03.2004, 1540 (2004), de 28.04.2004, 1566 (2004), de 08.10.2004, y 1617 (2005), de 29.07.2005, la declaración adjunta a su Resolución 1456 (2003), de 20.01.2003, y sus demás resoluciones relativas a las amenazas a la paz y la seguridad internacional ocasionadas por actos de terrorismo.

disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta.

• Pretende una cooperación entre los Estados para reforzar la seguridad de sus fronteras internacionales.

• Fomenta a los Estados para que prosigan los esfuerzos internacionales para luchar contra el terrorismo.

4.2 La estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo[46]

La estrategia mundial de las Naciones Unidas (resolución y plan de acción anexo),[47] es un instrumento mundial excepcional que impulsará los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales de la lucha contra el terrorismo. Se trata de la primera vez que todos los Estados Miembros han concretado *un enfoque estratégico común* para luchar contra el terrorismo; *guiándose* por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Enviando un mensaje inequívoco de que el terrorismo es inadmisible en todas sus formas y manifestaciones y también señala que el que el terrorismo no puede ni debe vincularse a ninguna religión, nacionalidad, civilización o grupo étnico.

Del mismo modo, se determina a adoptar medidas prácticas tanto individual como colectivamente con las que prevenirlo y combatirlo. Esas medidas prácticas

46. Resolución aprobada por la Asamblea General. Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo [A/RES/60/288] 99.ª; sesión plenaria 08.09.2006.

47. Esta estrategia asevera la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, que figura en el anexo de la Resolución 49/60 de la Asamblea General, de 09.12.1994, la Declaración complementaria de la Declaración de 1994 sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, que figura en el anexo de la Resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17.12.1996, y el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, en particular la sección relativa al terrorismo. *Recuerda también,* todas las resoluciones de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, incluida la Resolución 46/51, de 09.12.1991, y las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a las amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas, así como las resoluciones pertinentes de la Asamblea General sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

abarcan un amplio abanico de actividades comprendidas desde el fortalecimiento de la capacidad de los Estados para contrarrestar las amenazas terroristas, hasta la mejora de la coordinación de las actividades contra el terrorismo del sistema de las Naciones Unidas. La aprobación de la estrategia da cumplimiento al compromiso formulado por los líderes mundiales en la Cumbre de septiembre de 2005 y se basa en muchos de los elementos que propuso el Secretario General en su informe de 2 de mayo de 2006 titulado: Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo.

Uno de los aspectos más importantes de esta estrategia es la determinación de los Estados Miembros de hacer todo lo posible para llegar a un acuerdo sobre un convenio general contra el terrorismo internacional y concertarlo. Incluso resolviendo las cuestiones pendientes relativas a la *definición jurídica* y el alcance de los actos abarcados por el convenio, a fin de que pueda servir como instrumento eficaz de lucha contra el terrorismo, *Teniendo presente* la necesidad de hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo. Del mismo modo alentar a los Estados Miembros, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, regionales y subregionales pertinentes a apoyar la aplicación de la Estrategia, incluso mediante la movilización de recursos y conocimientos especializados.

Esta estrategia demuestra un *deseo de armonización y cooperación internacional* en el tratamiento del terrorismo, es un medio idóneo para resolver la complicada trama del terrorismo internacional por la combinación de los problemas de burocracia, fronteras geográficas, sistemas legales y políticas incompatibles.

5. Una visión comparada de la legislación internacional

Para abordar una visión comparada de la legislación internacional es necesario delinear las tendencias legislativas internacionales a la hora de elaborar nuevos instrumentos normativos para confrontar el fenómeno. Se intentarán

analizar dos modelos representativos de la política-criminal internacional, nos remitiremos más específicamente en el ámbito nacional al modelo de los *Estados Unidos* y en el ámbito regional al modelo de la *Unión Europea.*

En un primer acercamiento a la problemática (desde una óptica internacional), podemos individuar *dos tendencias fuertes*: Por un lado, *aquella que intenta solucionar el problema del terrorismo en base al aumento de la seguridad de los ciudadanos, y por otro lado, la opuesta exigencia de los mismos de no afectar el nivel de garantías y de principios constitucionales y cívicos, que constituyen la base del Estado democrático.*

5.1 La política criminal de los Estados Unidos. USA Patriot Act

En reacción de los ataques terroristas en Nueva York y Washington, D.C., el presidente George W. Bush y otros funcionarios de la administración estadounidense declararon que su prioridad superior era poner a salvo a los EE.UU. del terrorismo[48]

La Ley Patriótica es un acta del Congreso de los Estados Unidos que Bush promulgó como ley el 26 de octubre de 2001. Denominada en inglés USA Patriot Act, es un acrónimo proveniente de la siguiente frase: Uniendo y Fortaleciendo América mediante la Provisión de Apropiadas Herramientas Requeridas para Interceptar y Obstruir el Terrorismo (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*[49]). El acrónimo "Usa Patriotic" genera a su vez un slogan nacionalista equivalente a "Estados Unidos Patriótico".

48. Vide Brigitte L. Nacos, Yaeli Bloch-Elkon, and Robert Y. Shapiro, *Prevention of terrorism in Post-9/11 America: news coverage, public perceptions, and the politics of homeland security*, Department of Political Science, Columbia University, New York, NY, USA, 2008.

49. El texto del *Patriotict Act* es publicado en diversos sitios de Internet, entre ellos <www.alcu.org>, American Civil Liberties Union. Fue aprobado por el Congreso (357 votos a favor, 66 en contra) el 24 de octubre, por el Senado (98-1) el 25 y rubricada por el Presidente Bush el 26 de octubre.

Este Acta resultó de una inmediata aprobación, sin ningún tipo de debate parlamentario, lo que la indica como una típica expresión de legislación penal de emergencia.[50] Fue aprobada como reacción a los ataques del 11 de septiembre y caracterizada, a los efectos que, en este momento, interesan, por la ampliación de prerrogativas concedidas a las autoridades.[51]

Su objetivo es restringir una serie de derechos constitucionales, a fin de ampliar sustancialmente el poder represivo del Estado sin la intervención del poder judicial para garantizar la seguridad nacional y combatir el terrorismo. A esta elevación de rango de la seguridad le corresponde una elevación de rango de los supuestos que la afectan negativamente. Partiendo de este entendimiento, los delitos de peligro abstracto ya no solo perturban el orden público, sino que lesionan un derecho a la seguridad.[52]

La misma ha sido severamente criticada por organismos de derechos humanos debido a la restricción de las libertades y garantías constitucionales y ha sido considerada inconstitucional por varios tribunales.[53]

50. En cuanto al derecho penal de emergencia vide MOCCIA; *La perenne emergenza*, Tendenze autoritarie nel sistema penale, Napoli: Esi, 1995, y tambien MOCCIA, S. (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999. Siguiendo a Zaffaroni, la legislación penal de emergencia se caracteriza por: (a) fundarse en un *hecho nuevo o extraordinario*; (b) la existencia de *un reclamo de la opinión pública* a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; (c) la *sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del derecho penal liberal* (vulnerando principios de intervención mínima, de legalidad –con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro–, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, etc.); (d) los efectos de esa *legislación "para el caso concreto" sancionada en tiempo breve*, que únicamente proporcionan a la sociedad *una sensación de solución o reducción del problema*, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente. ZAFFARONI, Eugenio R. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, en *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. Vide también TRONCONE, Pasquale: La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche Normative di Incriminazione e Politica Giudiziaria dallo Statao Liberale allo Stato Democratico di Diritto. Napoli: Jovene, 2001.

51. MORÓN LERMA, Esther. Ob. cit., p. 114.

52. Cfr. JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal.* Lima: Palestra, 2000, p. 36.

53. Son conocidas tres sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de los EEUU: Rumsfeld *vs.* Padilla, Hamdi *vs.* Rumsfeld, y Rasul *vs.* Bush (28.06.2004). La primera de ellas resuelve

En Estados Unidos, podríamos llegar a decir que la tendencia esta marcada por el Derecho Penal de excepción, política reflejada en el Patriotic Act, el cual inauguró un nuevo modelo de seguridad, donde se ven disminuidas ciertas libertades en pro de una mayor seguridad nacional y en busca de neutralizar el peligro o las fuentes de peligro.

La ley en cuestión pone en la balanza dos argumentos válidos y antagónicos: por un lado, la seguridad y la defensa social; por el otro, la libertad y las garantías individuales. Como en este conflicto de valores pesa más la seguridad nacional, la norma tiende a garantizar la seguridad ciudadana ocasionando sensibles reducciones al *principio de libertad y al habeas corpus proceeding.*

Analizaremos algunos artículos de la normativa estadounidense, a fin de entender sus perfiles más problemáticos en el combate del terrorismo internacional:

Esta ley amplía las potestades del poder policial, que puede interceptar comunicaciones telefónicas o telemáticas (los artículos 214 y 216 permiten la agresión de ciertos derechos individuales), realizar pesquisas en habitaciones privadas y oficinas sin avisar al propietario, extraer documentos de bibliotecas, bancos, hospitales, escuelas; es decir, intervenir en todo lo atinente a la vida privada de la persona, su salud, estado económico, intereses culturales, etc. Esto ha ocasionado numerosas denuncias de inconstitucionalidad, muchas de ellas realizadas por las más diversas asociaciones de defensa de derechos civiles.

Asimismo reduce las restricciones para acciones de inteligencia en otros países; aumenta el poder de la Secretaría del Tesoro para regular el mercado fi-

sobre una petición de habeas corpus de un ciudadano estadounidense de religión musulmana acusado de pertenecer a Al Qaeda, al que Bush declara "combatiente enemigo" de los EEUU. El Tribunal Supremo declara la incompetencia del tribunal inferior para conocer del asunto, pero en el voto particular que, con otros miembros del tribunal, firma el juez Stevens se recuerda que garantizar al ciudadano el derecho a un abogado que le ampare de las ilegalidades y arbitrariedades del poder es característica del derecho al debido proceso. Si esta nación –añade– quiere permanecer fiel a los ideales que simboliza su bandera, no debe emplear procedimientos propios de tiranos, ni siquiera para defenderse del ataque de las fuerzas de la tiranía. Para profundizar visitar <http://firgoa.usc.es/drupal/node/27483>.

nanciero; y concede poder discrecional a las autoridades policiales y migratorias para detener y deportar a inmigrantes, cuando se invoque que los mismos están sospechados de estar relacionados con el terrorismo.

La disciplina del Patriot Act es fuertemente restrictiva de la libertad y de las garantías de la esfera individual y de la privacy del ciudadano. Estamos ante una unívoca orientación a la hiperefectividad de la acción represiva o preventiva, y ante una exclusiva finalidad de perseguir la seguridad "*cote que cote*", lo cual representa un "*unicum*" en el cuadro legislativo estadounidense, tradicionalmente hostil a este tipo de injerencia debido a su sensibilidad, tan anglosajona, por la tutela de la libertad del ciudadano.[54]

El legislador estadounidense ha tendido a invalidar el conflicto entre libertad y seguridad, a la luz de la superioridad del segundo valor sobre el primero, hasta el punto de negar la protección de los derechos fundamentales del hombre, unánimemente reconocidos en diversas convenciones internacionales. Estamos ante una manifestación preocupante, que nos lleva a ver un doble régimen en el sistema estadounidense, en particular en la esfera jurídico-penal.

La sección 411 refiere al significado de actividad terrorista, dentro de la que cabe cualquier conducta lícita, en virtud de la pura caracterización subjetiva del autor (extranjero, potencial terrorista). Esto determina, en primer lugar, un cambio de paradigma del derecho penal, pues el attorney general tiene una potestad discrecional. Así se legitiman numerosos e indiscriminados arrestos y, sucesivamente, arbitrarias deportaciones de extranjeros. En segundo lugar, el criterio de atribución de la responsabilidad penal abandona la necesaria referencia al hecho (culpable), para privilegiar la borrosa dimensión subjetiva del tipo de autor. La norma legitima al Attorney General para detener al extranjero por pura sospecha de pertenecer a organizaciones terroristas.

54. MANNA, Adelmo; Erosione delle garanzie individuali in nome dell' efficienza dell' azione di contrasto al terrorismo: la privacy, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004.

La política estadounidense se basa en una obsesiva identificación del extranjero como amenaza. A consecuencia de ello, su legislación antiterrorista ha determinado una notable restricción de las libertades civiles y de los derechos individuales, respaldada en exigencias de protección y seguridad.

Del mismo modo, la sección 412 del Patriot Act I ("Mandatory Detention of Suspected Terrorist; Habeas Corpus; Judicial Review") legitima al Attorney General para detener a todo extranjero al que razonablemente crea ("any alien that he has reasonable ground to believe") envuelto en actividad terrorista o "any other activity that endangers the national security of the United States". En definitiva, el Attorney General está habilitado para detener al extranjero sobre la base de su peligrosidad. En otras palabras, se le ha otorgado una potestad discrecional e ilimitada sobre la libertad personal de cada extranjero.

La sección 802 del Patriot Act, define al terrorismo como todo acto peligroso para la vida humana cuyo fin sea influir en la política de un Estado con recursos o medios de intimidación o coacción. Aunque la definición de este elemento normativo tiende a integrar numerosos hechos delictivos, aparece como algo genérico y susceptible de diversas interpretaciones, en violación de los principios de precisión y claridad de la norma penal. Actualmente el nuevo enemigo se identifica con organizaciones como Al Qaeda. El Acta Patriótica también amplía la definición de terrorismo, con el fin de incluir actividades realizadas por ciudadanos estadounidenses y actos que antes no eran considerados como tal.

Actualmente los Estados Unidos están de alguna manera dando un paso atrás en la normativa del Patriot Act, a través las constantes reformas que esta política emergencial ha sufrido desde su entrada en vigencia. Las estipulaciones más restrictivas de derechos del Acta fueron inicialmente sancionadas como normas provisorias de emergencia hasta el 31 de diciembre de 2005. En los meses previos a la fecha límite, los sectores defensores del Acta Patriótica comenzaron a presionar para que las limitaciones a los derechos y garantías constitucionales fueran permanentes. A mediados de 2005 las dos cámaras del Congreso aprobaron proyectos de

reforma radicalmente distintos: mientras el Senado dejaba sin efecto la mayor parte de las limitaciones a los derechos establecidas en 2001, la Cámara de Representantes mantenía el Acta original casi sin alteraciones, dándole carácter permanente. Ambos proyectos fueron finalmente compatibilizados en una comisión bicameral, eliminándose la mayor parte de las normas de reestablecimiento de los derechos que contemplaba el proyecto del Senado, siendo sancionada por el Congreso el 2 de marzo de 2006 y promulgada como ley por el presidente Bush el 9 de marzo. Senadores de ambos partidos criticaron duramente la enmienda, sosteniendo que afectaba las libertades constitucionales

5.2 La posición de la Unión Europea en materia de terrorismo

La legislación antiterrorista que ha sido redactada y promulgada después del 11 de septiembre muestra ciertamente claros signos de coordinación y convergencia. Coordinación y convergencia que han sido impulsadas por las demandas concretas de las Naciones Unidas, del Consejo de Seguridad y de otros cuerpos internacionales y supranacionales".[55] Los atentados de Madrid también han acelerado las acciones contra el terrorismo, en particular en Europa y dentro de la estructura de la Unión Europea. Asimismo, en la esfera europea, en los últimos años han ocurrido dos hechos que aconsejan un cambio de perspectiva. El primero es, lógicamente, la Constitución Europea, y el segundo, una oleada de críticas que han puesto de manifiesto deficiencias importantes en el sistema de derecho penal.[56]

Veamos la normativa europea:

55. Hans-Jorg Albrecht, ob. cit., p. 1139.

56. NIETO MARTÍN, Adán; El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica, en *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial y Escuela Judicial, Estudios de Derecho Judicial n. 61, 2004, Centro de Documentación Judicial.

El Consejo de la Unión Europea describió en 1998 a la organización criminal como una asociación estructurada de más de dos personas, con estabilidad temporal, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos que contemplen una pena privativa de libertad personal o una medida de seguridad de igual característica, no inferior a cuatro años, o, con pena más grave, delitos que tengan como finalidad –o sean medio para– obtener un beneficio material, o para influir indebidamente en la actividad de la autoridad pública.

Posteriormente, la Convención de Palermo de las Naciones Unidas, en el 2000, describió en el artículo 2 al grupo criminal organizado como un grupo estructurado, existente por un período, compuesto por tres o más personas, que actúan de manera concertada con el objeto de cometer uno o más delitos graves o aquellos establecidos dentro de la misma Convención, con el fin de obtener, directa o indirectamente, una ventaja financiera o material. La definición aporta otro dato de importancia, que es el beneficio material, económico o financiero.

En una panorámica de las distintas fuentes del derecho europeo, surge claramente una creciente tensión en orden a individualizar formas apropiadas de combate al fenómeno del terrorismo internacional.

El artículo 29 del tratado de la Unión Europea, en la versión elaborada en Ámsterdam en 1997, refiere al terrorismo como: un delito grave de prevenir y combatir mediante la acción común de los estados miembros, por medio de las modalidades de cooperación de la policía, cooperación judicial y acercamiento de las normativas de los estados miembros en materia penal. En particular, el delito de terrorismo es considerado uno de los fenómenos que exigen la armonización del hecho típico. Intentar una respuesta unitaria en el ámbito de la Unión Europea es hoy una condición para una cooperación internacional eficaz.[57]

57. El tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el tratado de la unión europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos *Diario Oficial* C 340 de 10.11.1997, véase en: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0001010001>.

La decisión marco en materia de terrorismo: la propuesta de la Comisión Europea.

La intervención europea se puede clasificar en dos argumentos: (1) actos para individuar los elementos de los delitos de terrorismo, y (2) actos para combatir el financiamiento del terrorismo internacional.

El Parlamento Europeo adoptó una resolución sobre rol de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo, el 5 de septiembre de 2001, que aspira a la abolición del procedimiento de extradición por los delitos de terrorismo, que dio un gran paso con la adopción del principio de reconocimiento recíproco de la decisión penal en la materia, y sobre todo con la armonización de las disposiciones legislativas mediante el establecimiento de normas mínimas en el ámbito europeo.

El Consejo Europeo, el 21 de septiembre de 2001, había formulado objetivos para la creación de un plan de acción común contra el terrorismo, consumado en la posición común del 27 de diciembre de 2001.

En cuanto a la intervención dirigida a especificar los elementos constitutivos de los delitos de terrorismo, debemos citar la decisión marco n. 475, del 2002, en la cual por primera vez se intenta definir dichos elementos.[58]

Es menester señalar también la posición común n. 930, relativa a la lucha contra el terrorismo, y la n. 931, referente a la mesura específica para la lucha al terrorismo, ambas tienen una común finalidad prioritaria: la cooperación intergubernativa entre los ministros de Justicia y de Asuntos Internos. Se refuerza la operatividad de Europol y Eurojust. Desde un punto de vista institucional, la cooperación contraterrorista en la Union Europea se ha visto fortificada con la Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002, en la que se crea Eurojust, órgano de la Unión con personalidad jurídica propia compuesta sobre la base de un

58. Pisani, M.; Vigoni, D.; y Mosconi, F., *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assitenza giudiziaria in materia penale*, 4. ed., Milano, 2004.

representante de cada Estado. Su objetivo es coordinar las actividades realizadas por las autoridades nacionales encargadas de las actuaciones judiciales contra las formas graves de delincuencia, entre ellas el terrorismo.[59]

La posición común n. 931, relativa a la lucha contra el terrorismo, tenía un ámbito subjetivo de aplicación limitado a una lista adjunta. Los delitos de personas, grupos o entidades en grado de ser calificados como terroristas son:

a) atentados contra la vida de una persona;

b) atentados graves a la integridad física de una persona;

c) embargos de personas y captura de rehenes;

d) destrucción de estructuras gubernativas o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, comprendidos los sistemas informáticos, lugares públicos o propiedades particulares, que pueden arriesgar la vida humana o causar pérdidas económicas notables;

e) embargos de aeromóviles o naves o de otros medios de transporte colectivo de pasajeros o de transporte de mercancías;

f) fabricación, detención, adquisición, transporte, suministro o uso de armas de fuego, explosivos, bombas atómicas, biológicas o químicas;

g) difusión de sustancias peligrosas, incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto ponga en peligro la vida humana;

h) violación o interrupción del suministro de agua, energía u otros recursos naturales fundamentales, cuyos efectos pongan en peligro la vida humana;

i) amenaza de poner en práctica alguno de los comportamientos mencionados en los apartados a-h;

j) dirección de un grupo terrorista;

k) participación en actividades de un grupo terrorista, también mediante el suministro de información o medios materiales, o el financiamiento de la ac-

59. García San Pedro, José; Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid: Dykinson, 2006, p. 1231.

tividad por cualquier medio, con conciencia de que tal participación contribuirá a la actividad criminosa.

El delito de terrorismo es connotado por dos requisitos:

1. El primero es de *carácter objetivo*, atiende al hecho. Es decir, debe ser tipificado como delito en la legislación del Estado debido a su naturaleza, en cuanto a la potencialidad de ocasionar grave daño a un país o una organización internacional.

2. El segundo es de *carácter subjetivo*, refiere a la finalidad del acto terrorista, que es interpretada mediante un elenco de delitos:

a. la intimidación de la población;

b. la constricción indebida del poder público o de una organización internacional a cumplir o abstenerse de cumplir cualquier acto;

c. la grave desestabilización o destrucción de la estructura política, constitucional, económica o social fundamental de un país o una organización internacional.

La individualización de tales sujetos debe basarse en criterios ciertos e idóneos para garantizar la identificación y a la vez respetar la libertad, la democracia y los derechos humanos. La posición común en cuanto a la definición de grupo terrorista afirma que se trata de "la asociación estructurada de más de dos personas, estable en el tiempo, que actúan de modo concentrado con el fin de cometer actos terroristas". Ello limita el campo de actuación a la lista que figura como documento adjunto a la posición común n. 931, y establece el objetivo de evitar los suministros financieros al terrorismo. Solo tras la aprobación de la decisión marco n. 475, del 13 junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, es posible hablar de armonización de la definición, que ha estado formulada en sustancial conformidad con la referida posición común. También se ha previsto la punibilidad de la dirección de una organización terrorista y de la participación en sus actividades, la que puede consistir en abastecer de información o medios materiales a la organización. El elemento psicológico del partícipe es tipificado con respecto a la conciencia de la contribución causal a los objetivos criminosos.

García Rivas, nos plantea que se define el elemento subjetivo de una manera completamente inadecuada, pues lo enlazan con el motivo de la acción ("causa o

razón que mueve algo") y no con la *intención del autor.* El motivo es *causa,* mientras la intención es *finalidad.* Dice que importa poco en el panorama del nuevo terrorismo que el motivo sea político, religioso o ideológico en general. Para el autor, lo que realmente importa es que el acto *tenga como finalidad provocar el terror en la población.* Para el autor la tipificación del delito terrorista en el artículo 1 de la decisión marco resulta inadecuada por las razones ya expuestas, a las que cabría agregar su desenfoque respecto a ese perfil, ya que la posibilidad de "lesionar" a un país, en los términos reseñados, no pertenece propiamente al programa criminal del nuevo terrorismo.[60] A mi entender en cambio no se tendría que confundir *la propaganda y el terror con la finalidad, ambos puntos integran la macro-conformación del terrorismo. La propaganda y el terror* es un factor esencial en la estrategia terrorista, la cual pretende infundir en las víctimas un estado de miedo, que es despiadado y se encuentra al margen de toda regla humanitaria. Es cierto que *el Modus Operandi* de los Crímenes Terroristas gravita en base a dos elementos importantes: violencia (o la amenaza de ello) y propaganda. *La Finalidad* del terrorismo en cambio, es una particularidad muy importante y no debe ser mal entendida, porque es lo que permite diferenciar la especie del género de la criminalidad organizada. Este fin radica en perturbar la paz social o producir un cambio del orden constitucional del Estado.

Un punto central es la presencia de la cláusula de salvaguarda, que ha establecido el respeto de los derechos fundamentales garantizados por la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

La decisión marco no contiene una disposición específica con referencia al embargo y a la confiscación de los recursos económicos que se utilizan para cometer los delitos de terrorismo o para sostener a la organización. Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea es amplio el repertorio de instrumentos jurídicos utilizables para el encuentro y la confiscación de las rentas del delito.

En importante mencionar que se han producido avances en cuanto a los instrumentos para la investigación, especialmente con la aprobación de dos

60. García Rivas, Nicolás. Ob. cit., p. 436.

Decisiones marco del 13 de junio de 2002, dado que una refiere a la orden de detención europea y la otra a la creación de equipos conjuntos de investigación. Básicamente, la orden de detención europea se define como cualquier decisión judicial adoptada por un Estado miembro para la detención o la entrega por otro Estado miembro de una persona a efectos del ejercicio de actuaciones penales, la ejecución de una pena o la ejecución de una medida policial de privación de libertad, regulándose los requisitos para tales efectos. La segunda Decisión en cambio, autoriza a dos o más Estados miembros para la creación, de un equipo conjunto de investigación, con un fin determinado y por un periodo limitado que podrá ampliarse con el consentimiento de todas las partes, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o mas de los Estados miembros que hayan creado el equipo. Por su carácter complementario, es importante destacar también la Decisión marco del Consejo de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, y la Decisión marco del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.[61] Surge de los citados actos la existencia de una alianza y una estrategia europea en materia de seguridad y contra los actos de terrorismo, que formalmente fue adoptada por el Consejo Europeo en diciembre del 2003, la que concibe al terrorismo como una de las amenazas fundamentales para los intereses de la Unión Europea. En coordinación con la Comisión, se invitó al presidente y al secretario general a presentar propuestas concretas para la concreción de tal estrategia, que constituye el marco de la acción europea en la lucha contra el terrorismo. En este orden de ideas, también es importante mencionar la declaración sobre la lucha contra el terrorismo adoptada por el Consejo Europeo en la sesión extraordinaria del 25 marzo 2004, en Bruselas, con la cual la Unión y sus estados miembros se han comprometido a combatir el terrorismo en todas sus formas, con base en los

61. Garcia San Pedro, José. Ob. cit., p. 1231 y 1232.

principios fundamentales de la Unión, las disposiciones de las Naciones Unidas, y las obligaciones sancionadas por las Naciones Unidas (n. 1373 del Consejo de Seguridad). El Consejo Europeo había acogido el empeño político de los estados miembros y de los estados adherentes para actuar conjuntamente contra los actos terroristas –inspirados en la cláusula de subsidiariedad sancionada en el artículo 42 del proyecto de Constitución para Europa, hecho realidad el 7 junio de 2004– y había formulado una serie de medidas.

Finalmente se aprobó la Decisión 671 del consejo de 20 de septiembre de 2005, la cual posee gran importancia, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo.

6. Conclusiones preliminares

Hasta aquí, se han podido observar los diversos problemas de caracterización de la criminalidad terrorista, junto con las diferentes respuestas legislativas a nivel internacional. El modelo europeo de respuesta al terrorismo se diferencia muy notarialmente del norteamericano, porque no concibe el terrorismo como un problema de defensa nacional, sino de seguridad interior. Ello implica la necesidad de soluciones policiales, no militares, y exige el refuerzo de las fuerzas y cuerpos de seguridad de cada Estado, así como el incremento de la cooperación policial entre los diversos Estados miembros de la Unión Europea. A continuación, se hará referencia a las diversas tendencias de política criminal y me concentraré en las respuestas a las interrogantes planteadas al inicio del presente trabajo.

III.

7. El derecho penal y las nuevas tendencias en la actual política criminal internacional

La idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho penal bajo aspectos político-criminales permite realizar fructíferos postulados socio-

políticos para la dogmática penal, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de este modo, el sistema jurídico-penal se abre al desarrollo y progreso social.[62]

Sin embargo, la tarea del legislador en materia penal ha sido magistralmente delimitada ya a fines del Siglo XIX por Franz von Liszt.[63] El Derecho Penal propio de un Estado de Derecho liberal-clásico se entiende como contrapeso frente a la facultad punitiva de carácter autoritario del Estado. El Derecho Penal del Estado de Derecho liberal protege libertades fundamentales de los ciudadanos frente a agresiones criminales.[64] *Es la forma en la cual objetos de política criminal vienen traducidos en términos jurídicamente validos.*[65] La tarea legislativa en el orden político- criminal no puede ni debe quedar ceñida en la abúlica esfera de una investigación académica que se mantenga al margen de la realidad. Al contrario, dicha labor consiste en ofrecer una respuesta normativa a un fenómeno determinado de patología social. En el caso del terrorismo, parece claro que su configuración ha cambiado en las últimas décadas, sobre todo a partir del 2001, al menos desde la perspectiva del ciudadano occidental.[66]

La moderna política criminal no es nada homogénea, esta marcada por nuevas y diversas tendencias político- criminales.

Ellas son esencialmente tres: *(i) La concepción del Derecho Penal del Enemigo;*[67]

62. ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal.* Trad. y edición: Dr. Manuel A .Abanto Vásquez Idemsa, Lima- Perú ago., 1998, p. 25.

63. "El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal- no en vano, el autor del delito es el titular del bien jurídico anulado o limitado por la pena." VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar. Traducción de Carlos Pérez del Valle. Colección: Los Argonautas, Granda: Comares, 1995, n. 2, p. 36.

64. ARNOLD, Jörg. La "superación" del pasado de la RDA antes las barreras del derecho penal del estado de derecho; en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), La insostenible situación del Derecho Penal. Granada, 2000, p. 308.

65. Idem, p. 68.

66. GARCÍA RIVAS, Nicolás. Ob. cit., p.435.

67. *Según Jakobs, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de-como es lo*

(ii) La hipótesis Derecho Penal de distintas velocidades;[68] y *(iii) El paradigma del Derecho Penal de Intervención.*[69]

habitual-retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, el desmontaje de determinadas garantías procesales, las cuales son relativizadas o suprimidas. Nos habla de una "legislación combatida" en lugar de "legislación penal"; y aquí es donde recibe sus mayores críticas, principalmente porque señala que los enemigos no son personas y por lo tanto no pueden ser tratados como tales. Según el autor con este tipo de derecho penal, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de su bien jurídico. Extensamente pueden verse los fundamentos de la construcción del catedrático alemán en JAKOBS, Günther-CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 21-56. Vide críticamente, MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo derecho penal autoritario*, Salerno-Italia: Ponencia, 2003. Asimismo MUÑOZ CONDE, Francisco; El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado "derecho penal de enemigo"; en Libro homenaje a Claus Roxin: *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales – Inacipe, 2003, t. I, p. 117-126. CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?, en Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. 2. ed.., Navarra: Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, 2006. Por mayor ampliación en cuanto al discurso del derecho penal de exclusión, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión.* Coordinadores Cancio Meliá-Gómez, Jara Díez. Edisofer S.l, Libros jurídicos;. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, vol. 2 FRITZ SACK; El derecho penal del enemigo, ¿Un camino hacia una política criminal diferente?; en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología, Teorías y Praxis*, años V/VI, n. 4. Argentina: Ad-Hoc, mayo 2007. GALAIN PALERMO/ROMERO SÁNCHEZ. Criminalidad organizada. Véase también DÓMINE, María Cecilia. Ob. cit., p. 90 y ss.

68. Según Silva Sánchez; en el marco del ordenamiento jurídico-penal actual existen diferentes "velocidades": la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos– tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño–, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas "clásicos" Asimismo señala la posibilidad de una tercera posibilidad en su ultima edición de 2006. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2. ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 150. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed., Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. Julio César Faira- Editor, 2006, p 182 y ss. Véase también DÓMINE, María Cecilia. Ob. cit., p. 90 y ss.

69. Hassemer ha puesto de manifiesto que el Derecho Penal se ha transformado en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El Derecho Penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de los instrumentos, en una *soft law*, en un medio de dirección social.

Toda estas "nuevas" concepciones presentan sin embargo características diversas ocasionando dificultades de armonización del Derecho penal.

Veamos cuales son las respuestas que otorgan estas políticas criminales al dilema planteado:

• *La concepción del Derecho Penal del enemigo construida por Jakobs*; se plantea la siguiente interrogante: ¿Es posible la guerra al terrorismo con los medios del derecho penal de un Estado de Derecho? A esta pregunta, Jakobs responde, que un derecho omni-compresivo no podría hacer esta guerra; en efecto seria obligado a tratar a sus enemigos como personas, no como fuentes de peligro.[70] Asimismo aclara que la existencia de un Derecho Penal de Enemigos, no era un signo de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que las libertades estaban en riesgo. Esta política ha sido retomada en la actualidad con gran auge, a pesar de todos los riesgos que ella implica; justificándose los diversos legisladores, políticos y juristas con razones de fuerza mayor, estados de guerra, etc.

• *La concepción del Derecho Penal de distintas velocidades elaborada por Silva Sánchez*, ha de hecho incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo

Ante ésta perspectiva propone "eliminar una parte de la modernidad", lo que supone reducir el Código Penal a un "Derecho Penal básico", cuyo núcleo comprenda las lesiones a los clásicos bienes jurídicos individuales e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, procurándose también proteger los bienes jurídicos universales a través de una formulación típica clara y precisa, y siempre funcionalizados al servicio de los bienes jurídicos individuales. Asimismo, se deben alejar del Derecho Penal los problemas que no le competen, de tipo administrativo, civil, etc., y concluye que "mejor sería que los problemas de las sociedades modernas que han llevado al Derecho Penal a la modernidad, se hubieran regulado en una especie de "Derecho de la Intervención" situado entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio. administrativo, el Derecho civil o el Derecho público". Hay muchos ámbitos, como el de las infracciones administrativas, el derecho civil, el derecho público, pero también el propio mercado y el cuidado de la víctima, en los que muchos de los problemas que se han metido en el moderno derecho penal, podrían ser resueltos de un modo más satisfactorio. Véase HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal, *Actualidad Penal*, n. 43, Madrid, 1993, p. 643-644. Ob. Cit. HASSEMER; Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 16, ver también sobre el mismo punto, Ob. cit. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 16 y ss. Véase también DÓMINE, María Cecilia. Ob. cit., p. 90 y ss.

70. JAKOBS, Günther. I terroristi non hanno diritti, en *Porcedura penale: contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Roberto E. Kostoris e Renzo Orlandi, Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 17.

en su propia concepción pólitico-criminal. De acuerdo con su posición en el momento actual se están diferenciando distintas "velocidades" en el marco del ordenamiento jurídico-penal.[71] El autor señala: que el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizar án las garantías político- criminales, sustantivas y procésales".[72]

• *Por último, Hassemer teorizador del paradigma "Interventionsrecht"*, en cambio plantea una solución concreta a toda esta problemática. En su opinión la solución esta en eliminar una parte de la modernidad del actual derecho penal, llevando a cabo una doble tarea: por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina "derecho penal básico", y por otro, potenciando la creación de un "derecho de intervención" que permita tratar adecuadamente los problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico.[73] Este "derecho de intervención" estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho y el derecho sancionatorio, entre el derecho civil y el derecho publico, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos.[74]

8. Consideraciones finales

Luego de toda esta exposición, estamos en condiciones de retomar la crucial encrucijada planteada al inicio del presente artículo: *¿Sería congruente restringir*

71. Cancio Meliá, Manuel. Ob. cit., p. 114.

72. Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* cit., 2006, p. 182 y ss.

73. Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad* cit., p. 67. Por mayor profundización, ver también, Hassemer; Winfried; Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto* cit., p. 18.

74. Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad* cit., p. 71 y 72.

las libertades individuales a cambio de mayor seguridad? ¿Esta legitimado el Derecho Penal para intervenir con esos medios? ¿Es posible luchar contra el terrorismo con los medios del Derecho Penal de un Estado de Derecho?

En primer lugar, en las últimas décadas se vive una *dramatización de la violencia y la amenaza.* A esto no es ajena la política criminal[75] internacional, pues se pueden llegar a observar un gran número de cambios, entre los más trascendentes: (a) un adelantamiento del castigo penal; (b) un aumento desproporcionado de las penas; (c) la legislación trabaja sobre el autor antes que sobre su conducta; (d) se utiliza un gran número de tipos penales de peligro; (e) no hay una clara diferencia entre la pena y la medida de seguridad; (f) las sanciones no se vinculan con la culpabilidad sino con la peligrosidad; (g) se produce una dura respuesta penitenciara; y (h) las garantías procésales se hacen más flexibles y relativas, permitiendo detenciones preventivas sobre la privacy, utilizando el agente provocador[76] etc. Estamos ante un *subsistema interno,* por medio del cual se realiza una renuncia a los principios garantistas, transformando al derecho penal, en un derecho sólo formalmente garantista. El derecho penal comienza a ensuciarse las manos[77] en busca de una mayor seguridad ciudadana, poniéndose a la par, de los más detestables delitos. El Derecho Penal moderno ha llegado a un punto en el que se ha convertido en contraproducente y anacrónico;[78] transformándose poco a poco

75. HASSEMER, Winfried. *Critica al derecho penal de hoy, norma. Interpretación, procedimiento. Limites de la prisión preventiva.* 1. ed. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires-Argentina: Ad-Hoc, mayo 1995, p. 66.

76. Para profundizar la problemática del agente provocador en la doctrina italiana consultar DE MAGLIE, Premesse allo studio dell'agente provocatore, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, p. 214 y ss.

77. Según Paliero el derecho penal de manos limpias es aquel que respeta los principios dogmáticos, las garantías constitucionales y las libertades individuales, mientras que un "derecho penal de las manos sucias, es donde todo se decide, sobre el terreno de la estrategia procesal, de la táctica policial. Vide PALIERO, Carlo Enrico. La fabrica del Golem. Proyectos y metodología para la "Parte general" de un Código Penal de la Unión Europea. Separata de *"Nueva Doctrina Penal"* 2005/A. Asimismo vide DÓMINE, María Cecilia. Ob. cit.

78. Cfr. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto* cit., p. 16.

en un *Derecho Penal Máximo*. De esta manera ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías especificas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas. Este Derecho Penal Máximo se caracteriza por ser: (a) incondicionado e ilimitado; (b) excesivo en su severidad; (c) imprevisible en sus condenas y penas; (d) configurado como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación;[79] (e) se desarrolla fuera de cualquier diseño racional; y (f) pone en crisis todos los principios clásicos de legitimación. Por lo expuesto se debe discutir, no sólo desde la perspectiva político criminal, sino también desde el punto de vista dogmático penal, hasta que punto podemos asumir los costos que tal modernización implica. *A mi entender, el derecho penal del enemigo al igual que el derecho penal de distintas velocidades presentan grandes problemas de delimitación*[80] *y relatividad, junto con un grave peligro de abuso y manipulación.* Se trata principalmente de una defensa frente a peligros, esto es de un Derecho preventivo tanto policial como del orden. Debe quedar claro que no estamos ante un derecho penal represivo en su forma extrema (en particular en la aplicación contra "terroristas"), no se trata ni siquiera de derecho, sino de pura fuerza militar o policial.[81] Los Estados deben velar para que se respeten los límites que impone el derecho internacional humanitario al uso de la fuerza. No se trata de compensar la injusticia, sino de prevenir el daño, no se trata de castigar, sino de controlar, no se trata de retribuir, sino de asegurar, no se trata del pasado, sino del futuro.[82] Los derechos y garantías fundamentales

79. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoria del garantismo penal.* 3. ed. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995, p. 105.

80. Ver AMBOS Kai. "Derecho penal del enemigo", en Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Coordinadores Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez. vol. 1. Edisofer s.l, libros jurídicos. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires.

81. Vide: AMBOS, Kai. El derecho penal frente a amenazas extremas cit., p. 120-130.

82. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto* cit., p. 46.

propias del Estado de derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.) *son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de derecho.*[83]

El Derecho Penal se esta desarrollando fuera de cualquier diseño racional y por lo tanto, en el cual *están en crisis todos los principios clásicos de legitimación*, el principio de legalidad, el principio de taxatividad y con ese la certeza del derecho penal y el nexo entre pena y delito, el principio de ofensividad y aquel de proporcionalidad[84] de las penas, etc.[85] Hoy por hoy, con esta crisis, del principio de legalidad penal están viniendo a menos todas las funciones políticas sobre las cuales se asientan los cimientos del Estado de Derecho. Estas funciones son esencialmente tres: (a) asegurar sobre todo la certeza del derecho, que es garantía de igualdad frente a la ley, de libertad del ciudadano contra la punición arbitraria y también de la conocibilidad y credibilidad del sistema penal.; (b) asegurar el sometimiento del juez a la ley, que es garantía de inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces, fundamento de la independencia del poder judicial y asimismo de la división de poderes; y (c) finalmente asegurar la supremacía de la legislación, y por lo tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes

83. Muñoz Conde, Francisco. El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado "derecho penal del enemigo, en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica* cit., p. 121.

84. Para profundizar el concepto de proporcionalidad, véase Aguado, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*, Madrid: Edersa, 1999, p. 573 ss., en la misma índole ver en: Mir Puig, Santiago. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal, en Echano Basaldúa, Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2002, p. 349-366.

85. Ferrajoli, Luigi. *Legalitá e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro.* Attil dell'incontro di studio organizzato dalla Facoltá di Giurisprudenza dell'Universitá di Firenze (3 marzo 2000). Padova: Cedam, 2001, p. 28.

jurídicos merecedores de tutela penal y en la exacta configuración de los delitos.[86] El dilema de la legalidad nace de una fundamental interrogante: ¿delito es el hecho previsto por la ley como tal o el hecho antisocial?[87] El "nullum crimen, nulla poena sine lege" tiende a evitar el arbitrio del poder y a asegurar la certeza y la igualdad jurídica, el rol del principio de legalidad formal es esencial en el orden jurídico, no respetarlo es ir contra los cimientos del propio sistema. Es cierto que también es un obstáculo a la defensa social en los casos que no conciente punir conductas que no estén previstas como delitos por ley, aunque estas sean antisociales, esto da ventajas a quienes actúan en los márgenes de la ley, los cuales aprovechando las imperfecciones, se deslizan por los márgenes de la ley. El derecho penal no puede renunciar a la conquista civil de "nullum crimen, nulla poena sine lege", pues este posee una función insustituible de garantía; resulta difícil el ejercicio de la libertad cuando la ley no determina con claridad los limites de la misma.[88]

Enfrentar el terrorismo no significa ir contra la democracia, no debemos hablar de Terrorismo versus democracia.[89] Es posible luchar contra el terrorismo sin ir contra la democracia, no es congruente restringir libertades individuales, pues se pueden menoscabar nuestros valores más intrínsecos. Se puede combatir eficazmente tal entrelazado criminal de intereses, especialmente económicos a través de un derecho penal fundado en un número restringido de figuras que se han de redactar recurriendo a la más refinada tipificación. No debe sin embargo faltar el sólido elenco de principios dogmáticos hermenéuticos que solamente una Parte

86. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto penale minimo*, a cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini, Roma: Donzelli Editore, 2002, p. 16

87. MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 2007, p. 3.

88. Para profundizar sobre el principio de legalidad léase MANTOVANI, Ferrando. Ob. cit., 2007.

89. Vide Paul Wilkinson, *Terrorism versus democracy, the liberal State response*. Frnk Cass London, Portland, or, First published in 2001. Cfr. con DONINI, Massimo, INSOLERA, Gaetano, Riserva di legge e democracia penale: il ruolo Della scienza penale- consideración introduttive, Bologna: Monduzzi editore, 2005.

General liberal democrática puede garantizar también en el terreno procesal.[90] En otras palabras, se puede combatir eficazmente la criminalidad terrorista, a través de un derecho penal fundado en un número limitado de figuras penales redactadas con depurada tipificación, junto con la sólida firmeza de los principios intra-dogmáticos que solamente una Derecho penal democrático puede garantizar. Claramente un derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza.[91] La certeza perseguida por el derecho penal máximo esta en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. En cambio la certeza perseguida por el derecho penal mínimo, esta en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune.[92] Solo un derecho penal mínimo,[93] finalizado a la prevención de los delitos más graves, esta en grado de asegurar al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea los dos valores sobre los cuales se basa la legitimidad y la credibilidad del derecho como de la jurisdicción penal.[94] La promoción y protección de los DD.HH., y la estricta observancia del Derecho Internacional Humanitario deben figurar en el centro de las estrategias antiterroristas El concepto intrínseco de democracia penal es doble: está vinculada a principios superiores, al constitucionalismo como una característica esencial (y no un mero limite) de la propia democracia; y por lo tanto, subyace a los controles de legitimidad de las leyes; y presupone una discusión sobre las leyes, ampliada a una opinión pública más amplia que la de los técnicos, lo que hace indispensable técnicas de información ligadas también a saberes empíricos,

90. Paliero, Carlo Enrico. La fabrica del Golem cit., p. 48.

91. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 104.

92. Idem, p. 106.

93. Para profundizar el concepto de derecho penal mínimo véase *Diritto penale minimo*, a cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini. Roma: Donzelli, 2002.

94. Ferrajoli, Luigi. *Legalitá e giurisdizione* cit., p. 34.

a datos estadísticos, a informaciones sobre el sistema. Una ciencia de la legislación debería garantizar un diálogo entre las razones de la ciencia junto con aquellas de la democracia.[95] El orden jurídico no puede conformar una lógica instrumental en la cual el fin justifique los medios, legitimando violaciones y excepciones a los principios fundamentales del Estado de derecho. En un sistema teleológicamente orientado, la pena como cualquier otro medio tiende a una cierta "racionalidad de fin", tiende a optimizar los resultados,[96] pero esta pena es un arma de doble filo; pues tutela derechos a través de una lesión de derechos[97] que no puede ser explotada, *ad limitum*, es un instrumento a emplear limitado: su potencialidad es frenada por las garantías. La elección de criminalizar no puede ser dotada de efectividad "a todo costo", ni empujada sin limites en la vía de optimizar los beneficios.[98]

Tales factores han catalizado ciertamente la expresión de tendencias autoritario-represivas. Es sensato pensar que se puede realizar en la práctica una política criminal más democrática, dentro de ciertos parámetros de defensa social y principios fundamentales que rigen tanto al derecho penal como al derecho procesal penal.[99] Probablemente; garantías individuales y eficiencia del control parecen hoy constituir términos contrastantes de una posición dialéctica; pero un asunto así, en relación con el contexto de nuestro ordenamiento, de democracia fundada sobre

95. DONINI. El derecho penal frente al "enemigo", en *Derecho penal de excepción, terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. Vide también a STELLA. *Guistizia e modernità*, Milano: Giuffrè, 2003. Vide asimismo sobre el tema INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penales: il ruolo della scienza penales*. Bologna: Monduzzi, 2005.

96. Vide PALIERO, Carlo Enrico. Il principio di effettività del diritto penale, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nuova serie, anno XXXIII, Milano: Giuffrè, 1990, p. 475.

97. VON LISZT, F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 46.

98. PALIERO, Carlo Enrico. Il principio di effettività del diritto penale cit., p. 475.

99. GALAIN PALERMO, Pablo y ROMERO SÁNCHEZ, Angélica. Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos, en: Luciano Nascimento Silva (Coord.), *Estudos jurídicos criminais*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 57.

los principios del Estado social de Derecho, es sin duda falso. Garantía y eficacia, de hecho, en el Estado social de Derecho, lejos de parecer antitéticas, representan conjuntamente, elementos esenciales de referencia que deben informar la consecución de los objetivos legítimos de control social. En realidad el Estado social de Derecho (visto como una conjunción de componentes liberales y solidarios) , en el plano del esfuerzo a favor de los derechos del individuo, tiende a asegurar, haciéndolas eficaces, garantías del tipo formal y sustancial; así como, en el plano de la tutela de bienes fundamentales, se preocupa de la defensa tanto de tradicionales intereses individuales como de intereses emergentes supra-individuales.[100] Por más que el sistema penal debe encargarse de los fracasos sociales, se le debe reclamar eficacia sin que mermen las elementales garantías individuales, aquellas que en líneas generales se encuentran en la Constitución. El sistema penal no puede ser un "cajón de sastre" que albergue todo tipo de herramientas-muchas de ellas inútiles[101] o anacrónicas para resolver determinados conflictos sociales.

Para el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Koffi Annan: "Por su propia naturaleza, el terrorismo constituye un ataque contra los principios fundamentales del derecho, el orden, los derechos humanos y la solución pacífica de controversias, que son los cimientos en que se asientan las Naciones Unidas".[102] Los limites normativos del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal en un Estado de Derecho se debilitan ante el extendido sentimiento de amenaza y la extendida esperanza de que se pueda con ayuda del Derecho Penal afrontar

100. Moccia, Sergio. "Seguridad y sistema penal"; en *Derecho penal del enemigo.* El discurso penal de la exclusión. Cancio Melià-Gómez Jara Díez (Coords.). Edisofer s.l, libros jurídicos. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires; 2006, vol. 2, p. 306.

101. Galain Palermo, Pablo. ¿La reparación del daño como "tercera vía punitiva"? Especial consideración a la posición de Claus Roxin, en Miguel Ontiveros Alonso; Mercedes Pelàez Ferrusca (Coords.). *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica.* México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, t. I, p. 494.

102. Foro Sobre el Delito y la Sociedad. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. Editor invitado Alex p. Schmid, vol. 4, n. 1 y 2, dic. 2004, Printed in Austria January 2006, United Nations publication. El texto del Secretario General de Naciones Unidas fue extraído del prefacio de esta publicación, p.V.

con eficacia estas nuevas amenazas que suponen la criminalidad organizada,[103] y el terrorismo. Por todo lo expuesto en este artículo, debemos concluir que el peligro que el fenómeno terrorista representa para la supervivencia del propio Estado de Derecho (en su íntima esencia de forma institucional e instrumental a la tutela de los derechos y garantías fundamentales del hombre) no debe ser subvalorado.

9. Bibliografía

AGUADO, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el derecho penal.* Madrid: Edersa, 1999.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista. *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez.* Dykinson, 2006.

ALEO, S. *Sistema penale e criminalità organizzata, le figure delittuose associative.* Milano: Giuffre, 1999.

_____. Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della convenzione di Palerno. 1-2, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2003.

ALMA, Marco Maria. Codice della criminalità organizzata, normativa, giurisprudenza, casistica, biblografia. Ipsoa, 2002.

AMBOS, Kai. El derecho penal frente a amenazas extremas. *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa".* Colección dirigida por: Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno y Bravo (Coord.) y Ma. Luisa Silva Castaño. Madrid: Dyinson, 2007.

ANDO, S. Terrorismo e fondamentalismo islamico, en *Quaderni Cosittuzionali*, 2003.

103. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto* cit., p. 25.

ARNOLD, Jörg. La "superación" del pasado de la RDA antes las barreras del derecho penal del estado de derecho; en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), La insostenible situación del derecho penal. Granada 2000.

ARÚS, Francisco Bueno. Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo. En *Terrorismo internacional.* Dirigido por Salustiano del Campo, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984.

BARBERINI, Roberta y BELLELLI, Roberto. *Codice delle convenzioni internazionali e della legislazione italiana sul terrorismo.* Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato. Editoriale Scientifica, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas.* Trad. Juan A. De Las Casas. Buenos Aires: Di Plácido, 1998.

BERISTAIN IPIÑA; Antonio (director). *Política criminal comparada, hoy y mañana. Consejo General del Poder Judicial.* Madrid: Mateu Cromo, 1999.

BIANCHI, Stella (a cura di). Il traffico di esseri Umani e il ruolo della criminalità organizzata, convengno internazionale, 27-28-29 Maggio 1999 Palazzo Serra di Cassano. Istituto italiano per gli studi filosofici. La citta del sole, Napoli, 2000.

BONINI, M. Proposta di decisione-quadro sulla lotta contra il terrorismo CE Commissione Europea, Bruxelles, 19 Settembre 2001, en *Riv. It. Dir. Pubb. Comunitario*, 883.

BOUCHARD, M. e CASELLI, G. C. Terrorismo, (voce). *Enciclopedia giur.* Trecani, 1994. vol. 31.

BUENO ARÚS, Francisco. Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo. En *Terrorismo internacional.* Dirigido por Salustiano del Campo. Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984.

CAMPBELL, James K. La naturaleza cambiante del terrorismo. *Revista Occidental, Estudios Latinoamericanos* 3, ano 14. Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IICLA), 1997.

CANCIO, Manuel Meliá. De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo"?. En Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. 2. ed. Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, SA, Navarra 2006.

CUCUZZA, Osvaldo, *Secreto bancario, criminalità organizzata, riciclaggio, evasione fiscale, en Italia*. Padova: Cedam, 1995.

DAMBRUOSO, Stefano. Il coordinamento internazionale delle indagini in materia di terrorismo. Il coordinamento delle indagini di criminalitá organizzata e terrorismo, a cura di Giovanni Melillo, Armando Spataro e Piero Luigi Vigna, Giuffrè, 2004.

_____. Saggio introduttivo. En *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Il Processo penale accusatorio*. Collana diretta da Eraldo Stefani, libro de Luca Bauccio. Milano: Giuffrè, 2005.

DE MAGLIE. Premesse allo studio dell'agente provocatore. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Actualidad Penal*, n. 1, Madrid, 2001.

DÓMINE, María Cecilia. Criminalidad económica y terrorismo. *Revista Arbitrada de Derecho* 2006- 01 de la Universidad Católica de Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung; Montevideo, 2006.

DOMINGUEZ, Carlos Horacio. *El terrorismo en el estado de derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

DONINI. El derecho penal frente al "enemigo". *Derecho penal de excepción, terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

DYSON, William E. *Terrorism and investigator's handbook*. 2. ed. Lexis Nexis Group, ap Anderson Publishing, 2005.

ENGLISH, Christian ; THIBAUD, Frédéric. *Mardi 11 septembre 2001. Ce jour oú le monde a changé*. Paris, France: Editons Génerales First, 2001.

FERNÁNDEZ, E. M.; GANZENMULLER, C.; ESCUDERO, J. F.; FRIGOLA, J.; VENTOLA, F. *Delitos contra el Orden Publico Terrorismo contra el Estado o la Comunidad Internacional*. Barcelona: Bosh, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Crisi della legalità e diritto penale minimo. En *Diritto penale minimo*. A cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini. Roma: Donzelli, 2002.

_____. *Legalitá e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*. Attil dell'incontro di studio organizzato dalla Facoltá di Giurisprudenza dell'Universitá di Firenze (3 marzo 2000). Padova: Cedam, 2001.

FILIPPI, L. Terrorismo internazionale. Profili processuali. *Dir. pen. e proc.* 2002, 163.

FIORAVANTI, C. Terrorismo internazionale e uso della forza armata. *Quaderni costitutzionali*, 2002.

FORNASARI, Gabriele (a cura di). *Le strategie di contasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato. Casi fonti e studi per il diritto penale, raccolti da Sergio Vinciguerra*. Serie III, Storia del diritto penale, 20. Padova: Cedam, 2002.

GALAIN PALERMO, Pablo. ¿La reparación del daño como "tercera vía punitiva"? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. En: Miguel Ontiveros Alonso; Mercedes Pelàez Ferrusca (Coords.). *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003. t. I.

_____; ROMERO SÁNCHEZ, Angélica. Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político- criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos. En: Luciano Nascimento Silva (Coord.). *Estudos jurídicos criminais*. Curitiba: Juruá, 2008.

GARCÌA RIVAS, Nicolás. La tipificación "Europea" del delito terrorista en la decisión marco de 2002: Análisis y perspectivas. *Revista de Derecho Penal* 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

GOIA, Andrea. Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini conro l'umanità. *Rivista di Diritto internazionale* 87. Giufrrè, 2004.

GRILLO, C. M. Il "Bioterrorismo" nel diritto penale. *Rivista Penale*, 2003.

GROS, Bernard. *Le terrorisme*. Paris: Hatier, 1976.

HAGAN, Frank. The organized crime continuum: a further specification of a new conceptual model. *Criminal Justice Reune*, 1983.

HAN, Henry. *Terrorism & political violence: limits & possibilities of legal control.* Oceana Publications, Inc. New York, London , Rome, 1993.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal* 43, Madrid, 1993.

_____. *Crítica al derecho penal de hoy, norma. Interpretación, procedimiento. Limites de la prisión preventiva.* 1. ed. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires-Argentina: Ad-Hoc, mayo 1995.

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

_____; MUNOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HOFFMAN, Bruce. *Inside terrorism*, revised and expanded edition. Columbia University Press New York. Printed in the United States of America,2006.

INSOLERA (a cura di). *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale.* Bologna: Monduzzi, 2005.

JAECKER, Tobias. *Antisemitische Verschwörungstheorien nach dem 11. september. Neue Varianten eines alten Deutungsmusters.* Münster: Lit Verlag, 2004.

JÄGER, Herbert. *Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt, Suhrkamp taschenbuch wissenschaft*. Frankfrut am Main: Verlag, 1989.

JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal.* Lima: Palestra, 2000.

_____. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

_____. I terroristi non hanno diritti. En: Roberto E. Kostoris e Renzo Orlandi (a cura di). *Porcedura penale: contrasto al terrorismo interno e internazionale.* Torino: G. Giappichelli, 2006.

_____; CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

JESUS, Damasio de. Breves considerações sobre a prevenção ao terrorismo no Brasil e no Mercosul. V. Ponencia publicada del Curso internacional de formação em direito penal. Mercado financeiro e economia ilegal: a luta contra o terrorismo internacional. Nápoles: Salerno, 2004.

KAISER. *Kriminologie*. 2. ed. Heidelberg: Eim Lehrbuch, 1988.

LE ROY, Roger Miller; MEINERS, Roger E. *Microecoomia*, Department of Economics and Center of Policy Studies Clemson University,Mc Graw.Hill ,U.S.A 1990.

MALTZ, Michael. Toward defining organized crime. En: H. Alexander an G. Caiden (Eds.). *The politics and the economics of organized crime.* Lexington Books, 1985.

MANNA, Adelmo. Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 2007.

MELILLO, G.; SPATARO, A.; VIGNA, P.L. *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*. Milano: Giuffrè, 2004.

MEYER, Aldo. *Criminalità organizzata e criminalità economica: le misure "Antiriciclaggio" E la Regolamentazione delle Società Finanziarie Previste dalla L. 5 Luglio 1991, N. 197.* Giurisprudenza sistematica di diritto penale, diretta da Franco Bricola e Vladimiro Zagrebelsky. Mafia e criminalità organizata. Corso- Insolera- Stortoni.Utet.

MILITELLO, V. Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione. La proposta del progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XLVI. Giuffrè, 2003.

MINNA, R. Terrorismo 2001. *Dir. Pen. Proc.* 2002, 1020.

MIR PUIG, Santiago. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal. En: Echano Basaldúa, Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón.* Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 2002.

MOCCIA, S. (a cura di). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

_____. *La perenne emergenza.* Tendenze autoritarie nel sistema penale, pref. di A. Baratta, Napoli: ESI, 1995.

_____ (a cura di). La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'"era progressista". Tentativo di bilancio. *Edizioni Scientifiche Italiane.* Collana: Quaderni di Critica del Diritto, 3, Napoli, 2002.

MORÓN LERMA, Esther. *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red.* 2. ed. rev. y ampl. Navarra: Aranzadi., SA, A. Thomson Company, 2002

MUÑOZ CONDE, F. *El nuevo derecho penal autoritario.* Salerno: Ponencia, 2003.

_____; ARAN, García. *Derecho penal. Parte general.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MUSACCHIO, V. Dottrine americane e nuove dimensioni del terrorismo. *Gust. Pen.*, 2002, I, 283.

NACOS, Brigitte L., BLOCH-ELKON, Yaeli, SHAPIRO, Robert Y. Prevention of Terrorism in Post-9/11 America: NewsCoverage, Public Perceptions, and the Politics of Homeland Security Department of Political Science, Columbia University, New York, NY, USA.

NARDUCCI, G. Nella differenza tra atti terroristici ed eversivi i confini del nuovo reato. *Diritto e giustizia*, 3, 2002, 10.

NATALINI, A. Il nuovo reato di danneggiamento con "ordigni micidiali o esplosivi". *Diritto e giustizia*, 2003, 32, 9.

NIETO MARTÍN, Adán. *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*-Fundamentos Constitucionales del sistema Europeo de Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial. Estudios de Derecho Judicial 61, 2004, Centro de Documentación Judicial.

OTTO. *Strafrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*. M Schrkrim 1980, 399.

ORTIZ NAVARRO, Rafael. Análisis preliminar de la Guerra de EE.UU. contra el terrorismo internacional. *Memorial del Ejército*, n. 472, 2004.

PAGLIARO A. Limiti all'unificazione del diritto penale europeo. *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1993.

PALAZZO, Francesco. *Legalitá e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*. Attil dell'incontro di studio organizzato dalla Facoltá di Giurisprudenza dell'Universitá di Firenze (3 marzo 2000). Padova: Cedam, 2001

PALIERO, Carlo Enrico. Il principio di effettività del diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nuova serie, anno XXXIII. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. La fabrica del Golem. Proyectos y metodología para la "Parte General" de un Código Penal de la Unión Europea. Separata de *"Nueva Doctrina Penal"* 2005/A.

PANZERA. Terrorismo, (voce). *Enciclopedia guir.* Treccani, vol. XXXI, 1994, 1.

PARMA, Carlos. "El pensamiento de Günther Jakobs". El derecho penal del siglo XXI. Prólogo Dr. Manuel Cancio Meliá. Colaboradores: Diana Bernal y María Eloísa Quintero. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Cuyo, oct. 2001.

PEDRAZZI, Cesare. L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita. En: Sergio Moccia (a cura di). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

PECCIOLI, A. *Unione Europea e criminalità transnazionale.* Nuovi Sviluppi. Torino: G.Giappichelli, 2005.

_____. Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni espolivi: le modifiche al codice penale. *Dir. Pen. Proc.* 2003, 934.

PISANI, M.; VIGONI, D.; y MOSCONI, F. *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assitenza giudiziaria in materia penale.* 4. ed. Milán, 2004.

POLLARI, N. *Tecnica delle inchieste patrimoniali per la lotta alla criminalità organizzata.* Roma: Edizioni Laurus Robuffo, 1993.

REBECCA, M. Intelligence e controllo delle comunicazione telematiche nella legislazione statunitense antiterrorismo. *Diritto penale e processo*, 2003, 1292.

ROSI, E. Terrorismo internazionale. Profili di diritto penale sostanziale. *Dir. Pen. Proc.* 2002, 150.

ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal.* Traducción y edición: Dr. Manuel A Abanto Vásquez Idemsa, Lima-Perú, ago. 1998.

_____. *Politica criminale e sistema del diritto penale.* Trad. al italiano de Sergio Moccia. Napoli: Guida Editori, 1986. Título original: Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafechtssystem*, (2. Auflage 1973), Walter de Gruyter Verlag-Berlin/ New York.

SCHELLING, T.C. What is the business of organized crime?. *Journal of Public Law*, n. 20, 1971.

SCHMALENBACH, Kirsten. Der Internationale Terrorismus- Ein Definitions-versuch, en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Neuwied: Luchterhand Verlag,, 2000.

SCHMID, Alex P. Los vínculos entre el crimen organizado transnacional y los crímenes terroristas. *Revista Occidental-Estudios Latinoamericanos* 3, año 14. ISSN9977-47; Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IICLA), 1997.

_____; GRAAF, Janny de. *Violence as communication.* Insurgent Terrorism and the Western News Media. London and Beverly Hills: Sage Publications, 1982.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la pólitica criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. Julio César Faira- Editor, 2006.

_____. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. En: Cancio Meliá-Gómez, Jara Díez (Coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Edisofer S.l, Libros jurídicos; Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2006. vol. 2

SILKE, Andrew. Preface en: *Terrorist, victims and society. Psychological perspectives on terrorism and its consequences* Edited by Andrew Silke, University of Leicester, UK, Wiley Series in The Psychology of Crime, Policing and Law, Series Editors Graham Davies and Ray Bull, .Great Britain, 2003.

SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*, The uncut versión, with an introduction by Gilbert Geis and Colin Goff, Yale University Press new haven and London, 1983. Otra versión: Criminologia politica criminale diritto

penale, Collana diretta da Ferderico Stella. Edwin H. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi*, La versione integrale. Milano: Giuffrè, 1987. A cura di Gabrio Forti.

STELLA. *Guistizia e modernità*. Milano: Giuffrè, 2003.

TEGA, D. Vecchi diritti e nuove paure. *Quaderni Costituzionali*, 2002, 79.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito. Introducción al derecho penal económico y de la empresa.* Barcelona: Ariel, 1985.

TRONCONE, Pasquale. *La legislazione penale dell'emergenza in Italia.* Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo statao liberale allo stato democratico di diritto. Napoli: Jovene, 2001.

VALSECCHI, Alfio. Il problema della definizione di terrorismo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XLVII, fasc. 4, Milano: Giuffrè, 2004.

VENNER, Dominique. *Histoire du terrorisme.* Paris: Editions Pygmalion Gérard Watelet, 2002.

VOLK, Klaus. *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tr dommatica, politica criminale processo.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal.* Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Introducción y nota biblográfica de José Miguel Zugaldía Espinar. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granda: Comares, 1995, colección: Los argonautas, n. 2.

WAZMAN; JOHNSTON; FRANCOIS. *Reference guide to anti-money laundering and combating the financing of terrorism.* 2. ed. Washington, D.C; U.S.A.: The World Bank, 2004.

WEISS, Mortiz. *Der 11. September 2001, Interpretationen und Konsequenzen eines Terroranschlags.* Marburg: Tectum Verlag, 2004.

WOLFGANG, Eggert. London – *Die lizenz zum töten. Die verstrickung der. Geheimdienste in den terrorismus.* München: Chronos Medien., 2005.

YACOBUCCI, Guillermo J. (Coord.). Política criminal y delincuencia organizada. *El crimen organizado, desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Depalma, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*. Criminalità organizzata e risposte ordinamentali tra efficienza e garanzia a cura di Sergio Moccia; Studi di scienze penalistiche integrate, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

_____. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

ZEULI, Sergio. *Terrorismo internazionale. Commento organico al D.L. 18-10-2001, n. 374, conv. In L. 15-12-2001, n. 438*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2002.

Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica

Maurício Stegemann Dieter
Professor de Criminologia da Faculdade Metropolitana de Curitiba.
Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal e UFPR.
Mestrando em Direito do Estado na UFPR. Advogado criminal.

Resumo: Trata-se de compreender o *terrorismo* como referencial teórico da criminologia crítica. O ensaio evidencia o *terrorismo* como problema político e desloca o centro da análise de sua criminalização primária para a dimensão política, onde a propaganda produz consenso contrafático. O processo de criminalização secundária, por sua vez, parte da dicotomia *amigo-inimigo* para legitimar intervenções violentas. A ameaça de *inimigos* fundamenta uma técnica gerencial do poder sustentada pela irracionalidade do *medo*. O Estado evita o ordenamento como limite pela *exceção*, que autoriza práticas punitivas em detrimento aos direitos fundamentais, analisando-se as repercussões da *ameaça terrorista* nos EUA pós 11/09. Conclui-se no sentido de que o esquema retórico utilizado para justificar ações estatais violentas coloca em risco a democracia.

Palavras-chave: Terrorismo – Criminologia crítica – *Newspeak* e propaganda – Estado de exceção – Direitos fundamentais.

Resumen: El objetivo es estudiar el *terrorismo* a partir de la teoría de la criminología crítica. Quedando claro que el *terrorismo* es un problema político, se concentra aquí el análisis de su criminalización primaria, donde la propaganda produce consenso contra fáctico. La criminalización secundaria, a su vez, parte de la dicotomía *amigo-enemigo* para legitimizar las intervenciones violentas. La amenaza

de *enemigos* es la base para la técnica gerencial que se apoya en la irracionalidad del *miedo*. El derecho como límite es ignorado por el argumento de la *excepción*, que autoriza acciones punitivas en detrimento a los derechos fundamentales, analizándose las repercusiones de la *amenaza terrorista* en los EE.UU. después del 11/09. Se concluye que el esquema retórico utilizado para justificar las acciones estatales violentas pone en riesgo las conquistas democráticas.

Palabras-clave: Terrorismo – Criminología crítica – "Jerga periodística" y propaganda – Derecho de excepción – Derechos fundamentales.

Sumário: 1. Introdução: pressupostos fundamentais da criminologia crítica como base para análise do *terrorismo* – 2. Dois caminhos na polissemia do *terrorismo*: diferenças entre a definição *acadêmica* e *política*: 2.1 A tentativa de definição acadêmica do terrorismo pelo direito penal: o fracasso da criminalização primária pela regra; 2.2 A criminalização terrorismo a partir dos terroristas: o sucesso da criminalização primária a partir dos sujeitos – 3. *Newspeak* e a fabricação do consenso – 4. A reafirmação da autoridade estatal e o controle da população pelo medo da ameaça terrorista: o poder constitutivo das imagens – 5. Direito e terrorismo: a superação ao limite retórico ou a racionalização da violência: 5.1. O vazio jurídico como "espaço ideal": o estado de exceção como paradigma de governo nos Estados que declaram "guerra ao terrorismo"; 5.2 Violando direitos fundamentais por meio da lei: a incorporação política e normativa da legislação do terror nos Estados Democráticos de Direito – 6. De volta à realidade: a "guerra ao terrorismo" como norte da política externa americana e a tradução empírica das reflexões desenvolvidas – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo penal

1. Introdução: pressupostos fundamentais da criminologia crítica como base para análise do *terrorismo*

A proposta deste ensaio é abordar o *terrorismo* a partir das premissas teóricas da criminologia crítica para apresentar uma racionalização crítica parcial

sobre este fenômeno complexo e suas conseqüências nos Estados Democráticos de Direito.

Tal esforço mostra-se pertinente porque o estudo do *terrorismo* pelas ciências jurídicas é apenas residual, geralmente deslocado para o âmbito específico do Direito Internacional Público. Apesar da qualidade teórica e lucidez crítica de algumas aproximações nesta área,[1] considerando que a reação oficial do Estado diante de atos e sujeitos rotulados como *terroristas* consiste essencialmente na respectiva criminalização primária e secundária[2] de ambos, é interessante perceber a escassa bibliografia sobre o tema no âmbito da Criminologia Crítica, cuja preocupação central é o estudo dos processos de criminalização do sistema penal[3] em perspectiva macrossociológica, transdisciplinar e conflitual.[4]

O direito penal e processual penal, como discursos que constituem o critério de racionalidade ou limite retórico para o exercício do poder repressivo do Estado,[5] apresentam uma explícita deficiência teórica sobre o tema, a qual não pode ser satisfatoriamente construída sem aporte crítico. O estudo dogmático do tema é insuficiente, porque a ausência de contribuição crítica e transdisciplinar perpetua as inconsistências teóricas dos modelos explicativos penais e processuais penais. O

1. Como é exemplo o recente trabalho de VIANNA, Rafael Ferreira. Uma revisão dos sujeitos de direito internacional público e um ensaio sobre uma visão necessária do terrorismo e dos grupos terroristas, p. 12-29.

2. "*Criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas (...) a *criminalização secundária* é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que ocorre quando as agências policiais detectam uma pessoa, atribuem-lhe a realização de certo ato criminalizado primariamente, investigam-na, em alguns casos privam-na de sua liberdade de locomoção, submetem-na à agência judicial, a qual legitima a atuação pretérita, admite um processo (ou seja, o prosseguimento de uma série de atos secretos ou públicos para estabelecer se essa pessoa realmente realizou a ação criminalizada), discute-se publicamente se a realizou e, em caso afirmativo, admite a imposição de uma pena de determinada magnitude que, se privar uma pessoa de sua liberdade de locomoção, executa-se em uma agência penitenciária (prisionalização)." Trad. Livre. ZAFFARONI, Eugenio Raul et alii. *Derecho Penal*, p. 7.

3. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Anatomia de uma criminologia crítica, p. 9.

4. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 23-28.

5. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*, p. 489-490.

problema é manifesto: no direito penal, *terrorismo* é definido apenas como espécie de "crime político", conceito que é apresentado sem rigor teórico ou crítica; no processo penal, por sua vez, pouco existe além da mera descrição das diferenças procedimentais que incidem nos casos penais que envolvem o termo *terrorismo*. Além de insuficiente, reduzir um fenômeno complexo à dimensão jurídica pode ser perigoso, porque a estática definição legal não compreende a dinâmica de seus efeitos materiais, o que neste caso significa ignorar o uso político do termo *terrorismo* como mero pretexto para intervenções violentas e reiteradas violações aos direitos fundamentais em âmbito doméstico e mundial, o que coloca em risco a própria base do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, não se ignora o fato de que os Estados contemporâneos têm atribuído papel central ao direito penal e processual penal no roteiro das teorizações sobre *terrorismo*; todavia, diante da miopia no alcance compreensivo do tema a partir da dogmática, considerando sua raiz política essencial, ampla repercussão jurídica – dos direitos fundamentais à teoria do Estado – e complexidade, justifica-se a tentativa de compreensão do *terrorismo* por meio de uma ampla teoria materialista dos processos de criminalização vinculados ao contexto econômico e político capitalista, capaz de avaliar simultaneamente os aspectos formais e materiais deste fenômeno.[6]

Estabelecido e justificado o marco teórico, o desenvolvimento do trabalho pretende seguir uma orientação lógica. Em primeiro lugar enfrenta-se o problema da definição de *terrorismo*, apresentando a contradição entre a tentativa de compreensão *acadêmica* e *política* do termo. Segundo, diante da dicotomia produzida pelas diferentes abordagens possíveis e demonstrado o restrito alcance explicativo da definição formal, as derivações teóricas se desenvolvem em relação ao *terrorismo* em seu sentido ideológico, isto é, no uso político do termo como

6. Assim, por exemplo, além da referência implícita aos autores e pressupostos fundamentais da criminologia crítica, abre-se espaço para um diálogo entre vários autores, que abordam o problema sob diferentes perspectivas, como é o caso de Noam Chomsky, George Agamben, Ronald Dworkin, entre outros.

propaganda para legitimar ações violentas contra alvos específicos, definidos como *inimigos* a partir do centro do poder econômico global. Terceiro, avaliam-se as conseqüências dessa ação política para o discurso jurídico, as quais se refletem principalmente no deslocamento teórico da autoridade do Estado para o campo da *exceção* e na relativização de garantias fundamentais sob o pretexto de ser essa a única forma eficiente de restaurar o sentimento coletivo de segurança. Quarto, e com o propósito de aproximar a teoria da realidade, confrontam-se as racionalizações desenvolvidas com as repercussões provocadas pela *ameaça terrorista* no cenário político e jurídico dos Estados Unidos. Finalmente, apresentam-se algumas conclusões que, sem pretensão de certeza, procuram enriquecer o estudo do referencial teórico proposto.

Dá-se o primeiro passo a seguir, com a análise da tentativa de compreender *terrorismo* como conceito.

2. Dois caminhos na polissemia do *terrorismo*: diferenças entre a definição *acadêmica* e *política*

O significado do termo *terrorismo* pode ser compreendido de duas formas distintas, que cumprem funções específicas.[7]

A primeira abordagem do termo é *acadêmica* e seu objetivo é compreender o fenômeno *terrorismo* em seu sentido literal;[8] como metodologia, obedece a seguinte ordem: (a) estabelece um conceito de *terrorismo*, a partir de uma definição formal; (b) apresenta uma série de casos empíricos e busca uma adequação de sentido entre o conceito e esses eventos; (c) procura razões materiais para o fenômeno, ou seja, busca compreendê-lo de forma radical e, finalmente, (d) analisa soluções possíveis para evitar que ocorra.[9]

7. Chomsky, Noam. *Piratas e imperadores*, p. 197-200.

8. Ou "lexicológico", como prefere Chomsky, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 197.

9. Historicamente a compreensão científica do conceito está vinculada à lógica dessa primeira abordagem; o termo *terrorismo* teria surgido na França do século XVIII para descrever os

A segunda abordagem é *política*, e seu objetivo é compreender *terrorismo* em um sentido específico, de propaganda.[10] Sua metodologia consiste em: (a) definir quem são os *terroristas* potenciais ou reais, declarando-os oficialmente como *inimigos*; (b) enumerar ações violentas cuja autoria pode ser atribuída a esses *inimigos*, definindo-as como "atos de *terrorismo*"; (c) apresentar causas ideológicas para estes atos, desvinculadas de aspectos estruturais e (d) justificar o uso da violência como única solução capaz de *neutralizar* – pela eliminação física ou isolamento – esses *inimigos* e suas supostas bases de abastecimento material e ideológico.[11]

Avalia-se criticamente, em seguida, a primeira abordagem.

2.1 A tentativa de definição acadêmica do terrorismo pelo direito penal: o fracasso da criminalização primária pela regra

Considerando a necessidade de respeito ao princípio da legalidade para definição dos crimes, a possibilidade de criminalização do *terrorismo* no Direito Penal deve seguir a lógica *acadêmica* e não *política*.

É por esse percurso que a doutrina penal chega à definição de *terrorismo* como principal forma de "crime político" ou "ideológico",[12] cuja diferença fundamental em relação aos demais delitos é subjetiva, como o próprio nome indica.

atos de violência – em geral, porém não exclusivamente – praticados por governos com o objetivo de garantir a submissão popular, como esclarece FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*, p. 14. Atualmente, um dos conceitos que busca uma aproximação científica desse fenômeno complexo é apresentado por Chomsky que emprega o termo *terrorismo* para assinalar "o uso da ameaça ou o emprego da violência com o propósito de intimidar ou coagir, geralmente por motivos políticos, religiosos ou correlatos". In: CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 9.

10. Ou ainda sentido "estrito" ou "manipulado", conforme CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 197.

11. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 197-198.

12. Sem qualquer compromisso com a dogmática penal, Chomsky define o *terrorismo* como a principal forma de "crime político", caracterizado exatamente pela falta de intenção direta de produzir danos, mas de estar disposta a conseqüências terríveis em nome de um objetivo político. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 104.

O apelo à dimensão subjetiva para tipificação resulta da dificuldade de definir objetivamente *terrorismo*, uma vez que as ações definidas como *terroristas* transitam por praticamente toda a parte especial do Código Penal[13] e leis penais especiais.[14] A indeterminação da dimensão empírica do *terrorismo* impede a definição típica porque não se submete à descrição de apenas um tipo objetivo.[15]

Afastada a dimensão empírica da tentativa de definição dogmática de *terrorismo*, orientada pela abordagem acadêmica, resta somente a dimensão subjetiva para análise.[16] Todavia, não há convergência entre os doutrinadores sobre os elementos constitutivos do tipo subjetivo.

De qualquer modo, se fosse o caso, seria possível pensar o tipo legal de *terrorismo* a partir de um complexo tipo subjetivo constituído de (a) *dolo direto de primeiro grau*, na vontade e consciência de realização do (aleatório) tipo objetivo, (b) *dolo direto de segundo grau* ou *eventual* em relação ao dano colateral, dependendo a caracterização de acordo com a representação desse dano como necessário ou possível e (c) um *elemento subjetivo especial*, como intenção de intimidar ou coagir "pelo *terror*" uma estrutura de poder – geralmente, um Estado – por meio da realização da ação típica.

Todavia, é por demais óbvio que especular sobre intenções especiais e critérios subjetivos em matéria penal não é suficiente quando se trata de definir tipos legais de acordo com os requisitos retóricos mínimos da dogmática penal, afinal, o princípio da legalidade não admite lei penal genérica ou constituída unicamente por elementos subjetivos. Além de inútil, tal esforço não é democrático: ignorar os obstáculos teóricos da dogmática penal que traduzem conquistas

13. Não é difícil perceber como a indefinição do termo *terrorismo* permite, por exemplo, sua vinculação aos crimes contra a vida, liberdade, patrimônio e incolumidade, segurança e administração pública, os quais constituem quase toda a parte especial do Código Penal.

14. Além dos crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) poderiam ser considerados como terroristas certos crimes contra o meio ambiente (Lei 9.605/98) ou contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86), sendo estes apenas exemplos aleatórios.

15. Como faz, por exemplo, FRAGOSO, Heleno. Op. cit., p. 35-36 e 125.

16. Como comprova pela referência a vários autores FRAGOSO, Heleno. Op. cit., p. 4-13.

políticas históricas e deslocar a possibilidade de definição de um crime para a dimensão subjetiva significa ampliar quase que indefinidamente o horizonte das justificativas para o exercício do poder punitivo, o que afasta a possibilidade de real controle jurisdicional fundado em um (tanto quanto possível) rigoroso critério de racionalidade. Além disso, o apelo a elementos subjetivos como constitutivos do tipo legal remete essencialmente ao portador dessa subjetividade, porta pela qual se ingressa no inconstitucional direito penal do autor, incompatível com o moderno direito penal da culpabilidade.

Não fosse o limite imposto desde um princípio pela legalidade, ao avançar pela dogmática penal encontrar-se-iam inúmeros problemas. De fato, a adequação entre o direito penal e o *terrorismo* apresenta dificuldades teóricas tão expressivas que parece mesmo impossível caracterizá-lo como crime na estrutura dogmática.[17]

A breve incursão teórica naquilo que poderia ser chamado de "crime político" ou "ideológico" já mostra a impossibilidade de conciliar as categorias fundamentais do fato punível aos episódios descritos como *terrorismo*, o que torna evidente o fato de que o Direito Penal pouco ou nada tem a ver com o problema *terrorista*, que não é propriamente um problema jurídico, mas antes e sobretudo um fato político.

A busca por soluções para um problema complexo como o *terrorismo* na legalidade nada mais é do que a manifestação de uma enfermidade comum aos juristas, a saber, a crença da que os conflitos sociais e políticos são um problema de deficiência normativa.[18] Essa herança positivista enraizada no senso comum

17. Os problemas são inúmeros, provocando dissonâncias tanto no Direito Penal como no Programa de Política Penal dos Estados Democráticos. No primeiro caso, é de se pensar, por exemplo, no problema da criminalização de atos preparatórios, nas excludentes de antijuridicidade e na exclusão da dirigibilidade normativa, além do fato de que ações praticadas pelo Estado e definidas como *terrorismo* provocariam uma ruptura na culpabilidade, pela impossibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, etc. No segundo, na possibilidade de criminalizar pela indefinição do conceito os atos de resistência de movimentos sociais apoiados no legítimo direito de contestação contra a autoridade estatal, bem como atos de vandalismo decorrentes de condições sócio-econômicas precárias.

18. Como melhor sintetiza Batista: "Juristas sofrem de uma doença profissional perigosa, proveniente do contraste entre as altas temperaturas da fundição do discurso do poder e as neves

órico será aqui descartada, pois não há sentido em racionalizar sobre a definição *acadêmica* de *terrorismo* exclusivamente a partir dos critérios jurídico-penais.

Sem a compreensão crítica de que o conceito é criado com um propósito político explícito a descrição do tipo objetivo e subjetivo das ações *terroristas* torna esse discurso útil apenas para aqueles que detêm o poder de direcionar seletivamente a repressão penal. Sobre essa construção política do termo refere-se o próximo ponto.

2.2 A criminalização terrorismo a partir dos terroristas: o sucesso da criminalização primária a partir dos sujeitos

O processo compreensivo ideológico do termo *terrorismo* exclui do discurso político o conceito *etimológico* para manter apenas o significado doutrinário, utilizado para servir ao poder por meio de uma simples manobra retórica.[19] Afinal, a abordagem política do *terrorismo* não é diferente da acadêmica senão pela perversão da ordem lógico-científica em nome de um interesse ideológico específico: ao invés de primeiro definir formalmente o conceito de *terrorismo* para depois avaliar indiscriminadamente situações concretas,[20] prioriza-se a identificação do *terrorista*, para só depois qualificar tais atos como *terrorismo*, não porque esses atos correspondem à definição, mas porque são obra *dele*.[21]

eternas da legalidade compreendida pelo viés positivista, que congela esse discurso na lei. Tal enfermidade nos habilita a perceber os conflitos sociais como simples deficiência de normatização, que o inesgotável Estado de bem-estar jurídico tratará logo de suprir, motivo pelo qual adquirimos a capacidade mágica de superá-los com dois ou três artigos e parágrafos. Ficamos sempre um pouco desorientados perante a força bruta que rompe os modelos legais, ansiosos por repousar no porto seguro de alguns incisos e alíneas". BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento, p. 163.

19. CHOMSKY, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer* cit., p. 112.

20. Caminho que percorreu, por exemplo, Bonanate em relação ao "terrorismo político": "(...) o aspecto terrorista deste tipo de ação deve ser buscado na forma indiscriminada dos resultados, que não permitem nenhuma distinção". BONANATE, Luigi. Terrorismo político, p. 1244.

21. A prática de definir os crimes a partir dos criminosos e não de ações concretas não é, obviamente, novidade. Na história recente encontramos um esclarecedor exemplo no Tribunal

A lógica de imputação de crimes a partir da identidade do autor e não dos fatos é evidente em relação ao *terrorismo*: a identificação preliminar do *terrorista* restringe a possibilidade sua atribuição a apenas alguns grupos ou indivíduos, em uma maniqueísta distorção da perspectiva *acadêmica* que hoje integra o conhecimento vulgar sobre o tema e as teorias de senso comum dos autores menos rigorosos ou comprometidos com a manutenção da ordem social.[22]

Assim a expressão *terrorismo* – especialmente referida pela mídia como *terrorismo internacional* – é normalmente utilizada para designar apenas uma espécie do fenômeno, conhecida como *terrorismo de pequena escala*, que designa atos de violência com o propósito de intimidação praticados por indivíduos ou grupos organizados.[23]

De qualquer forma, mesmo nesse caso, salta aos olhos a persistente indeterminação do termo, pela qual se chega a compreender que a indefinição de *terrorismo* não é o resultado frustrante da tentativa de dominar o fenômeno pelo significante, mas uma condição perpetuada deliberadamente pelo discurso oficial, que encontra no "não-conceito" a possibilidade de legitimar o uso da força contra grupos marginalizados e *inimigos* políticos identificados conforme a ocasião. Em suma, não há definição porque não interessa ao poder repressor limitar o uso da categoria autorizativa: quanto mais indefinido o conceito, melhor, pois maior o âmbito de criminalização autorizado. A falta de definição não é um problema

de Nuremberg, onde só foram considerados *crimes de guerra* as ações realizadas pelos alemães; ainda que fatos absolutamente semelhantes – como o bombardeio aéreo a grandes concentrações urbanas ou os atentados diretos contra a vida de representantes políticos do Estado alemão – possam ser atribuídos a russos, estadunidenses, britânicos e franceses, nenhum cidadão dos países aliados (exceto é claro, colaboradores do eixo) foi considerado *criminoso de guerra*. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 26.

22. Em acréscimo, para fortalecer essa compreensão restrita do conceito, acusam-se frequentemente os teóricos que denunciam essa fraude conceitual de fazer "apologia do mal", na tentativa de intimidá-los para evitar dissidências na versão oficial. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 19.

23. O termo *terrorismo* é apenas eventualmente atribuído a alguns Estados, por razões específicas adiante esclarecidas, seguindo o raciocínio de CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 8-9.

para o poder, porque o que é fundamental em relação ao termo *terrorismo* é seu uso político. O único que importa, neste sentido, é manter o monopólio do poder de rotular como *terrorista* quem quer que seja.

Apresentadas as duas abordagens possíveis e suas derivações, dado o objetivo de manter a coerência entre o referencial teórico e a metodologia adotada, parece ser mais adequado centrar a análise no uso do *terrorismo* (ou da articulação *ameaça terrorista*) como argumento que legitima o descumprimento de direitos fundamentais e justifica a intervenção militar em regiões periféricas, ou seja, o conceito político de *terrorismo*. Tal preferência justifica-se pelos seguintes argumentos: primeiro, a criminologia crítica não é a área de conhecimento mais adequada para compreender as derivações e – principalmente – contradições teóricas que surgem a partir da tentativa definição formal de *terrorismo* em âmbito penal, não fosse esse esforço inútil. Segundo, a criminologia crítica permite grande e relevante análise das raízes estruturais por trás da confusão do *terrorismo* – como comportamento social negativo – com indivíduos, grupos ou países identificados como *inimigos* de certos valores e interesses – especialmente aqueles que suportam ideologicamente o modo de produção capitalista.

Se o terrorismo é um "não-conceito" e, portanto, não é possível nem desejável defini-lo em termos precisos, sua existência depende da criação de um vínculo que associe o significante à imagens construídas a partir de estereótipos incorporados à cultura popular, o que é realizado a partir de um discurso específico pela propaganda. Abandona-se definitivamente, portanto, a perspectiva *acadêmica* de compreensão do termo para poder refletir adequadamente sobre seu uso como propaganda que autoriza retoricamente a violência dos países centrais em escala mundial. Em síntese, o *terrorismo* que será objeto de reflexão crítica é aquele usado para a guerra ideológica: a partir deste ponto, *terrorismo* é algo que só os *outros* fazem.[24]

24. CHOMSKY, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 61.

O tópico seguinte procura desvelar, ao menos em parte, o processo que torna essa conclusão consensualmente verdadeira.

3. *Newspeak* e a fabricação do consenso

A exclusiva possibilidade de rotulação a partir de um conceito é uma estratégia realizada, segundo Chomsky, por meio do *newspeak*.[25] O *newspeak* pode ser definido como uma espécie de discurso construído a partir de termos ou expressões com significados que possuem força conotativa superior à denotativa por conta da orientação política que condiciona sua construção, e cujo conteúdo é aprendido pelo senso comum por meio de intensa repetição, realizada esporadicamente em intervalos suficientes como para manter o auditório[26] interessado e consciente, sem todavia cansá-lo. Preferencialmente, as expressões que fundam o *newspeak* devem ser empregadas em sentido ambíguo e contraditório, o que amplia sua força conotativa e, consequentemente, sua capacidade de adaptação contingente, facilitando a manipulação do público para fins políticos ou ideológicos.[27]

Assim, engenharia do sistema *newspeak* de *fabricação do consenso* não apenas reduz o sentido de um conceito a uma dimensão específica, como também delega a legitimidade de uso do conceito a apenas um orador, produzindo convencimento

25. Ou também "orwellismo", em referência ao escritor George Orwell e (especialmente) sua obra "1984". CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 46-47.

26. A partir da contribuição de Perelman/Olbrechts-Tyteca é possível compreender o direito como Discurso. Isso significa afirmar que o direito é constituído por uma série de argumentos retóricos embasados em pressupostos meramente verossímeis, mas carentes de demonstração material: o Direito, como tantos outros espaços retóricos, carece de comprovação empírica. Todavia, a compreensão do Direito *como* discurso, desde já não pretende reduzir sua complexidade à dimensão retórica. Isso porque, e como os próprios autores esclarecem, a produção de Discursos envolve sempre o Poder, sendo esse geralmente é centralizado em seus oradores. Por orador entenda-se o sujeito (real ou simbólico) capaz de produzir discursos, e essa capacidade pressupõe sempre uma quantidade de poder. PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação.*

27. CHOMSKY, Noam. *Piratas e tmperadores* cit., nota de rodapé da p. 47.

que alcança a maior parte da população e até mesmo a classe intelectual, disciplinando-os de forma incrivelmente eficaz.[28]

Além disso, cabe o *newspeak* resolver problemas retóricos que surgem a partir do monopólio conceitual; se, como visto, o termo *terrorismo* deve servir no cenário internacional para descrever apenas os atos de certos grupos, o *newspeak* cria uma nomenclatura específica para os atos de violência realizados pelo Estado, exatamente para evitar a constatação óbvia de que esses atos são tão *terroristas* quanto os que supõe combater. Por essa razão, enquanto o *terrorismo de pequena escala* é chamado simplesmente de *terrorismo*,[29] os atos *terroristas* praticados em nome dos interesses definidos a partir do centro do poder econômico são chamados alternativamente de *retaliação*, *guerra justa*, *antiterrorismo*, *ação preventiva* ou, na pior das hipóteses – e especialmente no caso da Turquia e Israel –, *terrorismo de Estado*.[30] Esse novo léxico, marcado por diferenças exclusivamente formais, é incorporado por especialistas de ocasião e reproduzido sem qualquer juízo crítico, o que supera a expectativa inicial de apenas escamotear os fatos, sendo capaz inclusive deve aliviar no plano retórico o peso das contradições provocadas no plano real.

Assim, por exemplo, fica claro que o uso da expressão *terrorismo de Estado* parece tornar certas (re)ações violentas oficiais menos graves, porque (a) partiriam de uma estrutura reconhecida como legítima – o Estado, (b) provocariam menos dano colateral a inocentes, porque planejadas em instituições governamentais e executadas por meio armas sofisticadas e (c) seriam sempre justificadas, na medida em que constituem uma resposta proporcional ou preventiva a um "genuíno" ataque *terrorista*.[31] Ao perceber que essas conclusões são um mero disfarce retórico derivado do *newspeak*, é possível afastá-las de um juízo crítico. Isso feito o fenômeno

28. Chomsky chega até a se questionar se mesmo um Estado totalitário conseguiria esse grau de disciplina de pensamento. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 23.

29. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 76-78.

30. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 55.

31. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 81-85.

se manifesta de outra forma, e como Chomsky, pode-se concluir que *terrorismo de Estado* nada mais é do que o uso do aparelho estatal para praticar genocídio, repressão ou intimidação para atender a interesses, geralmente privados, e que não há nada de "menos grave" ou "mais legítimo" a seu respeito.[32]

Da mesma forma, os teóricos que aderem (perversamente ou não) a essa nomenclatura específica oferecida pelo *newspeak* descrevem *retaliação* como pequenas intervenções de impacto contra pequenos grupos, cujo objetivo é retribuir e prevenir um ataque *terrorista* prévio relacionado a esse grupo atingido, sendo essa uma estratégia "mais humana", na medida em que reduz o número de vítimas porque evita longo e direto confronto contra países inteiros e serve subsidiariamente como exemplo para os demais. Todavia, abandonando novamente o consenso fabricado, Chomsky percebe que ações súbitas e violentas contra grupos fracos e praticamente indefesos são interessantes para o Estado porque podem ser exploradas para suscitar sentimentos jingoístas e reforçar o entusiasmo popular nas políticas oficiais, bem como a crença no governo, desde que a população identifique esse pequeno grupo como uma grave ameaça à sua existência.[33] Afinal, é perigoso demais assumir o risco de confrontos diretos com outros países, o que pode ser contornado retoricamente pela identificação de "aliados" ou "células" que podem ser atacados impunemente, já que não oferecem resistência significativa.[34] A garantia de vitória facilita a promoção pelo sistema de propaganda da idéia de vitória do Bem sobre o Mal, o que não é tão simples em longos e penosos conflitos, que aumentam muito o custo de legitimação democrática das ações violentas do Estado. Além disso, do ponto de vista legal, é melhor atacar uma pequena população na "*guerra* ao *terrorismo*" do que um país, porque este pode se socorrer em instituições e tratados internacionais, ao passo em que aquele tem mais dificuldade em apresentar-se como titular de direitos internacionalmente reconhecidos. Além disso, derrotar um país significa

32. Idem, p. 80.
33. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 178.
34. Idem, p. 193-194.

– direta ou indiretamente – ser responsável por seu futuro,[35] ao passo em que o esmagamento de uma população permanece um assunto interno.[36]

Esses exemplos deixam claro que a nomenclatura do *newspeak* é usada exclusivamente como termos de propaganda ideológica, não para descrever a realidade.[37] Chomsky percebe, com grande lucidez, o papel fundamental dessa "mera troca de palavras", na medida em que ela viabiliza no plano retórico a agenda política de ações e reações *terroristas* oficiais: ao escapar do rótulo de *terrorismo*, as atrocidades realizadas ou autorizadas pelo aparelho estatal não integram o rol de *atos condenáveis*, mas apenas o de *atos necessários*. Não são, portanto, crimes, mas (re)ações legítimas; como resultado, reafirma-se ideologicamente que *terrorismo* é algo que só pode ser atribuído a alguns grupos (como palestinos, xiitas, comunistas etc.), enquanto os Estados Unidos, Israel etc. realizam apenas *retaliações* ou, ocasionalmente, *ações preventivas*, tal como qualquer país faria em situações muito penosas, segundo a versão oficial.

Uma vez compreendido o caráter meramente retórico da diferenciação entre *terrorismo, retaliação, guerra justa, ações preventivas*, etc., certos fatos históricos podem (e devem) ser revistos.[38] E esse esforço de revisão revelará, novamente, "o fato de que a terminologia em questão pertence ao domínio da propaganda política, e não ao relato dos fatos".[39]

35. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 63.

36. Daí porque segundo Chomsky, a melhor forma de realizar o *terrorismo* é por meio da iniciativa privada, o que é possível, por exemplo, pela delegação de seu exercício a paramilitares, como foi e é comum na América Latina, sendo exemplos El Salvador e Colômbia. Ao "privatizar" o exercício da prática terrorista, o Estado fica desvinculado, e não há muita possibilidade de supervisão democrática das ações terroristas pelas instituições estatais. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 88-89.

37. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 107.

38. Tal revisão é especialmente interessante no conflito entre árabes e israelenses. Para Chomsky, pode-se fazer um retrospecto detalhado da violenta história da região pesquisando na narrativa da mídia as notícias sobre as "retaliações" de Israel e o "terrorismo" dos palestinos, recuando por muitos anos de agressões mútuas. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 126-127.

39. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 127.

O sucesso forma específica de controle ideológico na *fabricação do consenso* é tanto que suporta até mesmo contradições no discurso oficial. Esse é um dos motivos pelos quais a legislação estadunidense pode definir *terrorismo* como "uma violação das leis criminais que aparenta ter o objetivo de (i) intimidar ou coagir a população civil; (ii) influenciar a política de um governo por intimidação ou coerção; ou (iii) afetar a gestão de um governo por meio de assassinato ou seqüestro"[40] sem que isso provoque um embaraço suficiente como para conter a freqüência de suas *(re)ações terroristas oficiais*.[41]

Desenvolvida a crítica acerca da possibilidade de criminalização primária do *terrorismo* e compreendido o uso retórico de definições elementares como parte de um sistema de propaganda ideológica, deve-se elucidar a quais propósitos materiais esse sistema atende, ou seja, quais as garantias estruturais desse sistema e contra quem está dirigido. Em outras palavras, é preciso enfrentar os complexos processos de rotulação e seletividade da criminalização secundária do *terrorismo*. Nesse intuito, para resolver eventuais inconsistências teóricas será fundamental esclarecer: (a) quem define quem são os *outros*, ou melhor, como se define o *terrorista* pelos aparelhos ideológicos do Estado a partir do antagonismo "*amigo-inimigo*"; (b) quais interesses estruturais são realizados na "*guerra* ao *terrorismo*", especial-

40. Pelo mesmo motivo entende-se porque em dezembro de 1987 a principal resolução da ONU condenando o *terrorismo* não foi aprovada por unanimidade, tendo uma abstenção (Honduras) e dois votos contra (EUA e Israel). Ambos países justificaram sua negativa à resolução sob o argumento de que ela afirmava ser legítimo o direito de luta dos povos contra a ocupação estrangeira e outras formas de dominação, algo que lhes pareceu inaceitável. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 142-143.

41. A cobertura da mídia destes casos, geralmente não ocorre. Quando ocorre, essas ações apresentam-se sempre adaptadas às necessidades ideológicas. Em raros casos, esses eventos são retratados como o que são, ou seja, *(re)ações terroristas oficiais*, mas pouco tempo depois são esquecidos e não mais lembrados, como afirma CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 57. Como exemplo basta lembrar que o ataque do Iraque com armas químicas que provocou a morte de cerca de cem mil curdos foi apresentado ao mundo como uma prova da crueldade de Saddam, algo que por si só tornava necessária sua eliminação, sem que a imprensa se recordasse que tal atrocidade foi feita com amplo e declarado apoio dos EUA, como lembra novamente CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 48.

mente em escala global; (c) quais são as estratégias adotadas pelos governos para realizar esses interesses e como o Direito pode impedir ou instrumentalizar essa perseguição. O próximo tópico se destina a resolver parcialmente a primeira e segunda inquietudes.

4. A reafirmação da autoridade estatal e o controle da população pelo medo da ameaça terrorista: o poder constitutivo das imagens

Considerando que é fundamental, segundo o que até aqui foi dito, priorizar a identificação de *terroristas* reais ou potenciais, antes mesmo de tentar definir formalmente *terrorismo*, será preciso esclarecer como se sustenta a possibilidade de definição do *inimigo* a partir de um único orador,[42] sendo que esse papel cabe, desde a Modernidade, privilegiadamente ao Estado.[43]

O problema é analisado a partir da contribuição de Schmitt, que considera a dicotomia "*amigo-inimigo*" essencial para constituição do Estado, uma vez que a existência do espaço político depende de oposição e conflito.[44] O interesse do Estado em apontar continuamente a existência de um *inimigo* estaria no fato de que a própria existência do Estado depende em grande parte da manutenção de uma oposição pública, na qual a distinção *inimigo-amigo* indica quem possui a legitimidade do uso do poder, bem como quem são as ameaças a essa legitimidade.[45] O Estado faz isso, em suma, porque reafirma a necessidade de sua existência, que surge a partir desse antagonismo, e cuja existência se fortalece cada vez que essa dicotomia é tornada

42. Novamente, aqui, como o sentido atribuído por PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Op. cit.

43. GOMEZ, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto*, p. 13-50.

44. Para Schmitt essa discriminação necessária apenas para fundar um critério, sem necessidade de definição exaustiva ou especificação de seu conteúdo, o que garante uma certa liberdade aos governos para definir novos inimigos ou reciclar antigas ameaças de acordo com as necessidades do momento. SCHMITT, Carl. *O conceito do político*, p. 51.

45. GOMEZ, Enrique Serrano. Op. cit., p. 50-51.

explícita.[46] Considerando os processos psicossociais de projeção de culpa, a definição do *inimigo* e sua perseguição pelo Estado consolida relações de poder e reafirma o sentimento de unidade da população, que se acredita em ilusória solidariedade na luta pelo *inimigo* comum.[47] Por essa razão é fundamental para o Estado concentrar e manter o poder de definição unilateral do *inimigo*.

Contando com esse monopólio de identificação do *inimigo* os Estados modernos privilegiaram a confusão do *inimigo* com o *estrangeiro* com o objetivo de reforçar a idéia de *soberania*.[48] Sem embargo, e por uma série de razões, essa confusão é menos evidente no cenário contemporâneo.[49] Consequentemente, o *inimigo* não tem mais endereço certo, o que facilita sua identificação em qualquer etnia, religião, classe social, grupo político ou território, tanto no interior como exterior do Estado.

A ampla possibilidade de escolha do *inimigo* aliada ao monopólio do poder estatal de defini-lo, isto é, de dar cara ao *medo*,[50] torna a identificação dos *terroristas* uma excelente estratégia de controle social, fórmula que se repete nos Estados contemporâneos com maior ou menor freqüência. É somente a partir dessa premissa que se entende razoável a atribuição do mesmo rótulo a grupos tão distintos como palestinos, bascos, anarquistas, muçulmanos xiitas, agricultores sem-terra, quadrilhas urbanas, sindicatos etc.

O antagonismo *amigo-inimigo*, fundante do espaço político, deve ainda manter uma relação com a possibilidade de aniquilamento físico cuja intensidade

46. SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 55-57.

47. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Anatomia de uma criminologia crítica*, p. 19-20.

48. SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 52.

49. As razões que dificultam a associação entre *inimigo-estrangeiro* nos países capitalistas ocidentais são, entre outras, a globalização (que reduz o estranhamento local diante das culturas estrangeiras) e a crise da modernidade (porque afeta conceitos fundamentais da teoria do Estado, como soberania). Nada obstante, a principal mudança é estrutural, dado o deslocamento definitivo do poder para o capital privado, o que dissolve o poder do conceito de soberania na retórica dos Estados atuais, segundo CHOMSKY, Noam. *El control de nuestras vidas* cit., p. 9-11.

50. DWORKIN, Ronald. *Terrorism and human rights*, p. 24.

oscila de acordo com a necessidade de afirmação da autoridade estatal.[51] E é na *guerra* que essa oposição alcança sua máxima intensidade. Assim torna-se clara a importância do uso da expressão *guerra* – como no caso da "*guerra* ao *terrorismo*" – para tornar extrema, ainda que apenas retoricamente, essa oposição *amigo-inimigo* fundante do espaço político, o que autoriza na prática a possibilidade de aniquilamento físico dos indivíduos ou grupos rotulados como *terroristas*.[52]

Esse complexo processo de reafirmação da autoridade do Estado e da legitimidade de seus fins muitas vezes tem a própria população como empecilho, porque o aumento do poder estatal geralmente significa a diminuição da cidadania.[53] Como a sustentação retórica da legitimidade estatal reside no argumento democrático, é preciso encontrar maneiras de mantê-la submetida e atenuar eventuais dissidências para a realização destas políticas públicas definidas pelos interesses estruturais sem oposição significativa. É preciso, portanto, convencer a população da necessidade de abrir mão da parcela de poder que deve ser garantida ao cidadão nos Estados Democráticos de Direito. E nesse intuito o *medo* assume o papel principal.[54] A irracionalidade do *medo* é fundamental para distrair a população e implementar políticas de *terror*, ao mesmo tempo em que reafirma a necessidade e autoridade dos governos.[55]

Essa política de controle pela insuflação do *medo* está sintetizada no chamado *Princípio de Mencken*, segundo o qual a melhor forma de garantir a política prática é manter o público alarmado, clamando ao Estado por segurança, ameaçando-o com uma série de perigos, preferencialmente imaginários.[56] A preferência pelo *inimigo*

51. SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 59.

52. Idem, p. 61-62.

53. A manipulação de uma população é tanto mais fácil quanto mais despolitizada ela é, na medida em que repete um traço comum na consciência coletiva, que é de imputar culpa a alguém e fazê-lo penar, realizando assim a lógica retributiva. CHOMSKY, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 79.

54. CHOMSKY, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 103-106.

55. CHOMSKY, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer* cit., p. 98.

56. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 178.

imaginário em oposição a uma ameaça real é lógica porque *inimigos imaginários* representados como *reais* produzem os mesmos efeitos que *inimigos reais*, conforme elaboração do conhecido *teorema de Thomas*,[57] com a vantagem adicional de que podem ser facilmente manipulados para melhor atender a interesses específicos, uma vez que como enquanto meras representações estão sob o domínio da retórica.

É por causa da crença nas imagens, portanto, que se fabricam os *inimigos-terroristas*, disseminadas como nunca pelos meios de comunicação em massa.[58] E acreditando na inverossímil hipótese de que neutralizar o *inimigo-terrorista* (pela eliminação ou isolamento) acaba com o *medo* e restaura o sentimento de segurança, a população mostra-se disposta a aceitar medidas drásticas.[59]

O sucesso dessa estratégia de controle pelo *medo* é tão eficaz quanto conhecida, e chega a ser descrita por Chomsky como o "antigo álibi" dos governos.[60] Em que pese o sucesso dessas campanhas sobre a população, a primeira vista o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito não é afetado da mesma forma, porque sua estrutura demanda a permanência de direitos fundamentais – especialmente o respeito as garantias processuais penais – apesar de toda pressão ideológica. Diante do impasse, para violar esses direitos que são produto de lutas históricas, é preciso criar um espaço de manobra para as ações políticas que, além de controversas, são ilegais. Trata-se de resolver a terceira inquietude antes referida, o que se faz a seguir.

5. Direito e terrorismo: a superação ao limite retórico ou a racionalização da violência

Como mencionado, o uso da ameaça *terrorista* como propaganda para justificar intervenções violentas, tanto interna como externamente, confronta

57. Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 93.

58. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o Poder Judiciário, p. 296

59. Dworkin, Ronald. Op. cit., p. 24-25.

60. Chomsky, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer* cit., p. 103.

com as limitações retóricas próprias da ordem jurídica dos Estados Democráticos de Direito.

Essas limitações, como a própria expressão indica, enquanto meramente retóricas, não impedem, em última análise, a realização dos objetivos políticos que antecedem o uso do *terrorismo* como pretexto. Todavia, e ainda que meramente retóricas, como limitações que são dificultam a plena realização desses objetivos, porque a atividade ilegal do Estado mantém a autoridade do argumento democrático fora do discurso oficial.

Nesse sentido, duas estratégias são separada ou complementarmente adotadas para flanquear a resistência teórica do discurso jurídico ao uso da violência estatal para o combate ao *terrorismo*, ambas com resultados perniciosos para os sistemas democráticos.

A primeira consiste em deslocar o problema do *terrorismo* para o campo da *exceção*, onde medidas emergenciais são autorizadas para resolver um conflito que coloca em risco a própria ordem jurídica; sob esse argumento, a violação temporária de direitos e garantias fundamentais é autorizada em nome da necessidade de preservação a médio e longo prazo desses mesmos direitos e garantias. Com esse argumento, o problema do *terrorismo* escapa do controle do discurso jurídico, que se mostra inconveniente e inadequado para tratar do tema, uma vez que impede a plena eliminação do "mal maior". Essa primeira estratégia escapa, assim, da limitação possível que o Direito poderia impor à violação de direitos e garantias estabelecidos nas Constituições nacionais e nos tratados internacionais. Trata-se, em resumo, da adoção do *Estado de Exceção* como paradigma de governo para as ações políticas destinadas a combater o *terrorismo*.

A segunda estratégia consiste no uso da direito (e especialmente do direito penal e processual penal) como critério de racionalidade para afastar as possíveis limitações retóricas à violência estatal em relação a indivíduos rotulados como *inimigos* (no caso, *terroristas*). Ao contrário da estratégia anterior, não se trata de deslocar o conflito para o campo supralegal, sendo o objetivo a regulamentação

normativa expressa da possibilidade de violação de direitos fundamentais em situações específicas, identificadas unicamente pelo governo. Trata-se aqui, portanto, do Direito Penal do Inimigo como paradigma do discurso jurídico diante da *ameaça terrorista*, seja ela real ou imaginária.

Todavia, essa segunda estratégia depende do espaço cedido por momentos excepcionais que torna inócua a contestação democrática e viabiliza leis contrárias a própria ordem jurídica. É preciso, portanto, compreender primeiro essa estratégia de suspensão da ordem jurídica que funda o período de *exceção* em seus elementos fundamentais.

5.1 O vazio jurídico como "espaço ideal": o estado de exceção como paradigma de governo nos Estados que declaram "guerra ao terrorismo"

O *Estado de Exceção* pode ser compreendido, metaforicamente, como uma *terra de ninguém* entre o *fato político* e o *direito público*, uma zona de indefinição definida como "a forma legal daquilo que não pode ter forma legal".[61] Durante sua vigência, o ordenamento jurídico fica suspenso pelo argumento da necessidade de preservação desse mesmo ordenamento, o que permite a implementação de políticas antijurídicas sem resistência. Como se trata de afastar a racionalidade jurídica, o *Estado de Exceção* só pode ser construído a partir da irracionalidade, cuja aderência massiva e espontânea só pode ser viabilizada por um sentimento que supere o poder de racionalização. É nesse ponto que se compreende mais profundamente o papel desempenhado pelo *medo* na propaganda constitutiva do imaginário *terrorista*; é pelo sentimento de insegurança que se chega à concentração de poderes e se justifica a *exceção*.

A criação de um *vazio jurídico* pelo argumento da *exceção* não é uma invenção fascista, como se poderia pensar em princípio, mas uma criação da

61. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 12.

tradição democrático-revolucionária própria da ordem política do ocidente, que é constituída sobre um elemento normativo (jurídico) e um elemento anômico (extra-jurídico ou supralegal). Todavia, foi o totalitarismo que ensinou aos governos contemporâneos que a criação voluntária de estados de emergência permanentes permite a eliminação de todo aquele rotulado como *inimigo* – do ponto de vista da integração possível ao sistema político e econômico – sem maiores objeções retóricas.[62] Como resultado do sucesso fascista o apelo a uma situação excepcional (que pode variar de um ataque *terrorista* a uma súbita crise econômica) para implementar políticas públicas ilegais tem constituído estratégia essencial para os Estados contemporâneos, inclusive os denominados democráticos.[63] É por essa razão que Agamben afirma que o *Estado de Exceção* tende a se tornar o principal paradigma dos governos da política contemporânea.[64]

Sob esse enfoque se compreende, claramente, como o afastamento da ordem jurídica é uma estratégia para escapar da possibilidade de resistência discursiva contra o exercício do poder, permitindo o adiantamento ou antecipação da tutela penal, em seu mais amplo sentido e alcance.

Durante a vigência do *Estado de Exceção* – que sequer precisa ser oficialmente (tecnicamente) declarado – a única certeza é a incerteza, e aqueles que são identificados como *inimigos* e acusados de dar causa à *exceção* são enviados para uma zona nebulosa, na qual não se lhe reconhece qualquer "status" jurídico.[65] Jogados no "vazio jurídico", a violação de todos os seus direitos fundamentais e, inclusive, sua destruição física, escapa da proibição legal, porque durante o *Estado de Exceção* o soberano é capaz de decidir sobre o valor ou desvalor de uma vida enquanto tal.

62. Idem, p. 13.

63. Para Chomsky, o que se chama de "democracia" hoje no Ocidente é "o processo de ratificação pública das decisões governamentais". CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 16

64. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 13.

65. Idem, p. 14.

Por meio de um ato de poder, transforma-se uma forma de vida em "indigna de ser vivida", permitindo-se a total disposição do corpo do *inimigo*, inclusive sua possível eliminação, como acontecia nos campos de concentração nazistas.[66]

O problema fundamental da *exceção* é, ao menos por enquanto, a dificuldade de permanência. Se por um lado, e até onde nos mostra a histórica, é verdade que o *Estado de Exceção* não tem sucesso em longos períodos, por outro também é verdade que o elemento anômico, por inafastável, transita pela ordem jurídica, em pequenas "ilhas normativas" que se opõem à racionalidade do ordenamento.

Durante a vigência do *Estado de Exceção* a violação de direitos fundamentais – especialmente os princípios processuais, como ampla defesa, juiz natural, processo legal devido, etc. – é legítima durante o período de permanência do imperativo excepcional que abriu esse nebuloso espaço de decisão.

Ausente a ameaça real ou imaginária do consciente coletivo a concentração excepcional de poder e autoridade na figura do soberano não se justifica, tornando-se retoricamente insustentável a verticalização das ações repressivas. Como a democracia material representa uma dificuldade para plena realização dos objetivos estatais definidos a partir das necessidades de mercado[67] há um interesse estrutural em preservar o espaço anômico de decisão que caracteriza o *Estado de Exceção*. Neste sentido, duas estratégias são utilizadas para tornar regra a *exceção*: a primeira consiste em atualizar constantemente o *medo* na sociedade conforme o *princípio Mencken*, o que é feito por meio de um cuidadoso esquema de propaganda já referido; a segunda é aproveitar o período de *exceção* para incorporar ao discurso jurídico leis incompatíveis com os direitos fundamentais e a ordem Constitucional, como vemos adiante.

66. AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer, p. 147-149.

67. O processo de definição dos fins do Estado a partir da racionalidade sistêmica do espaço capitalista de mercado é complexo e não pode ser pormenorizado em poucas linhas. Todavia, a principal referência teórica encontra-se em OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*, p. 10-53.

5.2 *Violando direitos fundamentais por meio da lei: a incorporação política e normativa da legislação do terror nos Estados Democráticos de Direito*

Frequentemente, ainda na vigência do "vazio jurídico" provocado pela *exceção*, normas extraordinárias são promulgadas sob o amparo argumentativo da "necessidade urgente". A força da *exceção* logra perpetuar na legislação essas regras, sendo o argumento da necessidade apenas o pretexto que autoriza uma transgressão específica e direcionada.[68] Descrito o *Estado de Exceção* como uma estratégia de governo cada vez mais freqüente, é evidente a intenção de que essas normas tornem perene a *exceção* quando não mais em vigor a plena confusão entre "norma e anomia".

Na tentativa de tornar lícito o antijurídico, leis penais e (especialmente) processuais penais são alteradas, seja por meio da inserção de significantes notadamente confusos, amplos e dúbios, que ampliam o panorama da criminalização[69] ou pela elaboração integral de novas leis a partir de figuras de linguagem incorporadas pela população e com pouca ou nenhuma referência material.[70]

O argumento da "necessidade urgente"[71] que justifica a imposição de regulamentação ilegal no discurso jurídico oficial escapa da possibilidade de controle democrático institucional, mas não transforma, por si só, em válido aquilo que é contrário à ordem jurídica. Se por um lado o processo de transformação da *exceção* em regra não pode ser ignorado pelo ordenamento, por outro é igualmente certo

68. AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer cit., p. 40-41.

69. São exemplos, no Brasil, a Lei 9.034/95 (contra o "crime organizado") e nos Estados Unidos a "US Patrioct Act" (contra o "terrorismo").

70. É o caso, por exemplo, da Lei 9.613/98, que criminaliza, essencialmente, o ingresso no mercado lícito de patrimônio que transitou ou teve origem no mercado ilícito a partir de uma metáfora: a "lavagem" de dinheiro.

71. Como afirma Agamben, é evidente que essa necessidade que serve de justificativa é absolutamente subjetiva, pois nada é excepcional ou necessário para a sociedade a não ser que seja afirmado como tal. AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer cit., p. 46.

que ele demanda uma validação a partir da racionalidade do ordenamento, a qual só pode ser construída pela hermenêutica.

Neste ponto atividade hermenêutica tem um papel fundamental: diante da incorporação ao ordenamento jurídico de novas hipóteses de criminalização (primária ou secundária) ou de alterações nas regras penais e processuais, o discurso jurídico pode tanto permitir como impedir os atos de poder estatal que utilizam essas justificativas retóricas para impor-se, dotando-as, ou não, de validade.

A limitação ou autorização jurídica da permanência normativa da *exceção* segue a orientação de interesses específicos[72] e assume diferentes pontos de partida: a não aplicação das leis excepcionais encontra respaldo no argumento da defesa intransigente dos direitos fundamentais, ao passo em que a efetiva aplicação dessas regras é justificada pelo argumento da necessidade que obriga certas concessões teóricas diante de uma grande ameaça, como é o *terrorismo*.

A hermenêutica que admite possibilidade de violação de direitos fundamentais pela legislação especial afirma que é preciso abrir mão de certos direitos para poder agir com eficiência contra o perigo anunciado. Esse discurso alega a razoabilidade da perenidade do ilegal (mal menor) em nome do combate ao *terrorismo* (mal maior), ainda que não esteja mais em pleno vigor o *Estado de Exceção*. Evidentemente, também aqui essas medidas são consideradas excepcionais, porém aceitas sob argumento de que são necessárias para conter a *ameaça terrorista*.[73]

Frequentemente, a defesa dessa lógica utilitarista vale-se de uma metáfora: na imaginária balança entre segurança e liberdade, a *ameaça terrorista* demandaria a diminuição da segunda para aumentar a primeira, reequilibrando o sistema jurídico.[74]

72. A resposta de Chomsky para a pergunta "O que é o Direito" é despretensiosamente elucidativa: segundo o autor, o que se aprende na faculdade de Direito é como transformar palavras no papel em instrumentos de poder: dependendo de onde esse poder está, a lei dirá coisas diferentes, e por isso o Direito é "chicana". CHOMSKY, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 463.

73. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 26.

74. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 26.

Em outras palavras, essa alegoria tenta sustentar a insustentável hipótese de que a segurança dos cidadãos pressupõe a violação de direitos fundamentais.

Diz-se que tal hipótese é insustentável porque falaciosa, um exemplo típico de armadilha retórica, como demonstra a lógica argumentativa. A premissa "é preciso violar os direitos fundamentais para acabar com o sentimento de insegurança" é exemplo da falácia *non sequitur*, mais especificamente, a de *confusão de correlação e causa*. Como ensina Sagan, a falácia *non sequitur* na versão *confusão de correlação e causa* é caracterizada pela falta de relação lógica entre a primeira e a segunda sentença em um postulado que busca demonstrar nexo causal necessário.[75]

Assim, "a violação de direitos fundamentais" não está em relação direta de causalidade com "o fim do sentimento de segurança", porque o desrespeito ao direito de um indivíduo não tem conexão necessária com o sentimento de segurança de outro: para que a premissa fosse verdadeira e não falaciosa, seria necessário estabelecer a equivalência entre os dois fatos, ou seja, assumir que maior violação de direitos fundamentais é igual a maior sentimento de insegurança: nada mais improvável, pois a adoção de medidas extremas que contrariam direitos fundamentais não tem como efeito necessário e demonstrável o aumento da segurança. O único efeito certo, neste caso, é a violação de direitos fundamentais, porque condição inicial.[76]

Para Dworkin a racionalidade jurídica não pode admitir a negação dos direitos fundamentais sob qualquer pretexto, nem mesmo (ou muito menos) a *ameaça*

75. O exemplo que utiliza para mostrar como a correlação causa-efeito produz conclusões absurdas é: "Um levantamento mostra que a maioria dos homossexuais tem educação superior; *logo*, a educação torna as pessoas homossexuais". A mesma premissa traz ainda outra falácia incorporada, conhecida como "argumento das conseqüências adversas", segundo a qual a não observação de um postulado produz graves e penosos efeitos, tão radicalmente perigosos que seria melhor sequer colocar a premissa em teste, como seria exemplo: "se não acabarmos com as drogas, o crime tomará conta da sociedade". SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios*, p. 210-215.

76. Como explica melhor Baratta: "A contraposição entre política de segurança pública e política social não é lógica, mas sim ideológica. Isso em geral é verdadeiro, mas produz efeitos particularmente graves quando a primeira alternativa é aplicada à política criminal". BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal, p. 58.

terrorista: negar a vigência de direitos fundamentais é negar o próprio critério de racionalidade do ordenamento.[77] Do ponto de vista jurídico não interessa se a ação contra o *terrorismo* é eficaz, mas se ela viola direitos fundamentais.[78] Ainda que possam ser eficientes, todas as formas de violação de direitos fundamentais (como tortura, detenção por tempo indefinido, sem acusação formal e direito à defesa etc.), são proibidas pelo Direito[79] na medida em que são os direitos fundamentais a condição de existência do próprio ordenamento. O *medo* da *ameaça terrorista* e a necessidade de evitar novos ataques – argumentos políticos – não podem justificar a violação de direitos fundamentais – argumentos jurídicos – e nenhuma necessidade torna legítima a tortura ou qualquer outra prática violenta fora dos limites retóricos do Direito.[80]

Na tentativa de resolver essa contestação da lógica, o discurso que autoriza transgressão de direitos fundamentais em casos excepcionais afirma que as garantias processuais penais não precisam ser observados no caso do *inimigo*, o qual, por colocar em risco a própria existência do ordenamento definido a partir do "pacto social", não merece o privilégio desses direitos. Sendo o *inimigo-terrorista* a própria negação da ordem (política e jurídica), não pode invocar em seu favor o discurso dos direitos

77. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 31.

78. A premissa de que os direitos fundamentais não podem ser atacados, nem mesmo em nome do interesse da maioria ou sob pretexto de que isso é necessário para acabar com o *terrorismo* é fundamental para Dworkin, como vemos em DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 28-39.

79. Dworkin não segue a linha crítica de outros autores, na medida em que considera a ameaça terrorista inteiramente real. Mesmo assim, sua compreensão das garantias processuais como direitos fundamentais é bastante elaborada, e sua análise serve inclusive para denunciar o engodo retórico que pretende justificar o desrespeito a essas garantias para os sujeitos rotulados como terroristas, que consiste em afirmar que os direitos processuais penais não são direitos humanos, mas direitos do cidadão, e como terroristas não podem ser considerados cidadãos (por nascimento ou renúncia ao pacto social), não seria preciso garantir-lhes esses direitos. Mas Dworkin deixa claro retirar as garantias processuais do "âmbito humano" é puro engodo retórico, porque as garantias processuais são direitos fundamentais, e portanto não realizá-los para os não-cidadãos seria negar o próprio fundamento de legitimidade da autoridade estatal, que só se justifica na medida em que respeita esses direitos. Além disso, como afirma o autor, "a extensão dos direitos humanos aceita limitações pelo passaporte". Op. cit., p. 40-48.

80. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 25.

fundamentais (constitutivo dessa ordem). Tendo por pressuposto que as garantias processuais são direitos humanos fundamentais, de alcance universal, o problema aqui é muito mais grave do uma mera diferença conceitual: negar um direito fundamental a quem quer que seja significa afirmar que essa pessoa não é humana, ou plenamente humana; quando não se garantem os direitos processuais penais para estrangeiros, suspeitos ou outros grupos étnicos, religiosos, etc., o que se afirma é que essas pessoas são exceções, e não precisam ser tratadas como humanos.[81]

Isso explicaria, em parte, porque existe um aparato de propaganda tão intenso com o objetivo de tornar o *inimigo-terrorista* um "não-humano", deslocando-o para fora da realidade, para um plano retórico no qual "não-humano" seja possível, ou seja, é preciso tornar extrema a dicotomia "nós-eles", o que é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito e, portanto, se observado significa o seu fim.[82]

6. De volta à realidade: a "guerra ao terrorismo" como norte da política externa americana e a tradução empírica das reflexões desenvolvidas

Considerando as reflexões até aqui expostas, parece ser adequado mostrar por meio de um exemplo o alcance explicativo das racionalizações sobre o *terrorismo* a partir da criminologia crítica. A escolha dos Estados Unidos da América como objeto desta verificação empírica é bastante óbvia no atual momento histórico, sendo mesmo desnecessário justificá-la.

Essa tentativa de comprovação empírica tem como referência principal o pensamento de Chomsky. A orientação de seus trabalhos é adequada à proposta criminológica crítica, porque tem como pressuposto de sua análise a relação estrutural entre capitalismo e *terrorismo* nos Estados Unidos.

81. Idem, p. 42-43.
82. Idem, p. 46.

Para o autor, o desenvolvimento do capitalismo permitiu uma tal concentração de poder nas mãos da economia privada nas sociedades ocidentais contemporâneas que praticamente acabou o poder do Estado de formular e implementar políticas públicas independentes dos interesses de mercado.[83] Os Estados são assim, essencialmente veículos de poder que operam de acordo com os interesses das estruturas internas do poder particular.[84]

Foi essa prevalência do poder particular que definiu as três diretrizes fundamentais da política externa estadunidense após a segunda *guerra* mundial: (a) constante transferência de recursos dos países pobres para os ricos, por meio de mecanismos como o pagamento de juros da dívida externa e empréstimos de instituições financeiras internacionais; (b) manutenção da superioridade bélica, com incremento do subsídio estatal à economia estadunidense por meio do Pentágono, aumentando progressivamente o orçamento militar ou, em outras palavras, financiando com dinheiro público o complexo industrial militar com produção de lucro privado pela garantia de compra do Estado e (c) aumento da intervenção militar e subversiva americana no mundo.

Sem dúvida controversas, essas três diretrizes políticas só se sustentam em um regime democrático se a população estiver convencida de que explorar a pobreza, pagar por gastos militares e intervir militarmente em outros países é necessário para garantir a própria existência. Afinal, se por um lado a população pouco influencia na definição dos fins reais das ações políticas estatais, por outro a anuência da população concordar em relação a essas práticas torna-as legítimas, o que diminui a intensidade da divergência entre os fins definidos pela sociedade e os de mercado. Portanto, para facilitar a implementação dessas diretrizes é preciso que a população concorde com sua execução, e o principal instrumento retórico para lograr a convergência entre interesses estruturais e sociais é a existência de um perigo comum ao sistema capitalista e à sociedade estadunidense: é preciso

83. Chomsky, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 94.
84. Idem, p. 223.

que o público acredite na existência de um *inimigo* a ser derrotado, o que implica ter que, eventualmente, "sujar as mãos".

Essa estratégia, arraigada na cultura política dos EUA[85] e plenamente desenvolvida pelo nazismo,[86] encontrou na ameaça comunista e no *medo* da revolução bolchevique argumentos suficientes para justificar a política externa estadunidense entre o final da segunda guerra mundial e o fim da década de 80.[87] Após a "queda do comunismo" foi necessário achar um novo *inimigo*, de preferência desvinculado da "Guerra Fria", uma vez que a população não levava mais a sério a ameaça soviética.[88] Com o fluir do tempo, o descrédito da população no comunismo como uma ameaça que justificasse a violência da política externa estadunidense forçou o governo[89] a desenvolver novas ameaças capazes de garantir a legitimidade de suas ações.[90] Além disso, a mudança no discurso era necessária para conter, sob um novo argumento, o poder de mobilização democrática da população conscientizada na década de 60.

Considerando que a "Guerra Fria" foi uma das campanhas de propaganda mais bem sucedidas da história,[91] não seria simples a tarefa de substituir o "*medo* vermelho" do consciente coletivo estadunidense. Por isso, logo após a queda do muro de Berlim os especialistas em relações públicas da presidência iniciaram

85. Para os EUA o uso do terror como prática política estaria arraigado na cultura dos EUA, desde a época de extermínio dos indígenas. CHOMSKY, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer* cit., p. 38.

86. O sistema de propaganda oficial dos EUA tem, para Chomsky, uma estreita semelhança com a grotesca propaganda nazista. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 79.

87. Década referida por Chomsky como "a década do terrorismo de Estado". CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 75.

88. CHOMSKY, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer* cit., p. 29 e 98-99.

89. Trata-se de ônus do governo estadunidense porque o dever de justificar a ação violenta é sempre da pessoa que exerce essa violência, como explica CHOMSKY, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 273.

90. CHOMSKY, Noam. *El control de los medios de comunicación* cit., p. 169.

91. Uma avaliação crítica mostra a "Guerra Fria" como uma das mentiras mais bem contadas da história, com cada lado utilizando o outro para justificar a repressão em seu próprio domínio, como explica CHOMSKY, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer* cit., p. 104.

a árdua tarefa de tecer a devida rede de sofismas, logros e racionalizações para compor *inimigos* terríveis.[92]

Entre essas novas ameaças construídas pelo Estado norte-americano surgiram o *narcotráfico*[93] e os *movimentos nacionalistas*, que autorizaram a maioria das intervenções na América Latina.[94]

Foi na mesma época e com propósito similar que surgiu o *terrorismo internacional* como pretexto para ações violentas dos Estados Unidos, desta vez concentradas no Oriente Médio. Todavia, o sucesso do *terrorismo* foi tanto que logo ele se tornou um fenômeno global.

Por essa razão em 1981 o governo Reagan colocou o *terrorismo internacional* no centro das atenções, substituindo os direitos humanos como principal foco da política externa estadunidense[95] declarando-se oficialmente uma "Guerra ao Terrorismo".[96] Considerando que uma *guerra* – mesmo que contra um substantivo[97] – sempre implica na violação de direitos fundamentais (porque produz mortes, refugiados, mutilados, etc.), a internacionalização e necessidade de proteção dos direitos humanos tornam-se os principais contra-argumentos da oposição à política externa dos EUA.[98]

92. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 147.

93. Em todo caso é preciso esclarecer que a política de "guerra às drogas" só foi plenamente desenvolvida pelos EUA a partir do final de década de 80, sendo a maior campanha do governo americano lançada em setembro de 1989, e direcionada contra os traficantes latinoamericanos, o que servia de autorização retórica para a intervenção violenta na América do Sul e Central. CHOMSKY, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer* cit., p. 106-112.

94. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 61.

95. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 15

96. Historicamente, o lema "Terror contra Terror" era o *slogan* da Gestapo, como lembra CHOMSKY, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 116.

97. Afinal "terror" não é nada senão um significante, cujo significado é construído a partir de interesses específicos, neste caso, estruturais, como constata Moore: "Eles dão a isso o nome de guerra contra o 'terror'. Como é, exatamente, que se conduz uma guerra contra um substantivo? Guerras se fazem contra países, religiões e povos. Não contra substantivos ou problemas". MOORE, Michael. *Cara, cadê meu país?*, p. 114.

98. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 62.

Escolhido, portanto, o *terrorismo internacional* como *inimigo* oficial, as antes referidas diretrizes da política externa estadunidense são adequadamente ajustadas pela propaganda e incorporadas pelo discurso oficial, tornando necessário: (a) manter a pobreza e o subdesenvolvimento nas áreas das quais "surgem" os *terroristas* como forma de disciplina por meio do redirecionamento de recursos; (b) permanecer mais armado do que qualquer outra nação ou, melhor ainda, mais do que todas as demais nações juntas e (c) intervir preventivamente em conflitos menores que podem ser atribuídos aos *terroristas* – sejam eles agentes do "Império do Mal" de Reagan ou do "Eixo do Mal" de Bush – como forma de evitar confrontos maiores e diretos; em caso de confrontos mais expressivos, fazê-los preferencialmente por meio da subversão interna, o que alivia o custo de legitimidade provocado pelas brutais conseqüências de um conflito.

A autorização retórica para a política externa estadunidense favorece a execução das ações internacionais por três motivos principais.

Primeiro, a partir do momento em que são "autorizadas" pelo discurso oficial de combate ao *terrorismo* as operações estadunidenses podem ser *visíveis*. A visibilidade das operações é vantajosa porque anestesiam pela antecipação a possível reação negativa da população, ao passo em que o desvelamento de operações secretas (clandestinas) pode minar todo esforço retórico do governo.[99]

Segundo, elas vão se tornando *progressivamente* mais intensas e *violentas*. A explicação para esse aumento é o fato de que a reação imediata a um ato de violência pode ser negativa, mas uma vez assimilada há uma adaptação para um novo grau de expectativa, e desta forma um nível de agressão antecede ao outro, em uma escala progressiva. Como conseqüência, para garantir a legitimidade na escalada da violência é preciso manter a população amedrontada, investindo na atualidade da ameaça e fazendo-os crer que a derrota do *inimigo* não virá sem concessões, entre as quais coisas, a disposição de direitos fundamentais.[100] Por

99. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 182.
100. Idem, p. 15.

outro lado, um dos efeitos da violência contra países ou grupos de indivíduos é o endurecimento e ampliação de organizações de resistência, que aderem a práticas violentas em escala progressiva,[101] constituindo um círculo vicioso que vitimiza milhares de inocentes.

Terceiro, além de *visíveis* e *progressivamente mais violentas*, pelo fato de estarem vinculadas a propósitos econômicos específicos as intervenções também são *seletivas*. Do mesmo modo em que nem todas as ações definidas como "crime" são perseguidas pelo poder público, concentrando o poder de repressão em apenas alguns casos, nem todas as ações *terroristas* são "combatidas". A seletividade das reações oficiais contra o *terrorismo* depende de elas terem prejudicado aqueles interesses antes mencionados.[102]

As ações *visíveis*, *progressivamente violentas* e *seletivas* realizadas pelos Estados Unidos só estão retoricamente autorizadas se há anuência declarada ou presumida da população estadunidense em restringir o alcance e a validade dos direitos humanos, considerando que o discurso da democracia liberal depende do argumento democrático. A superação da racionalização que exige o respeito intransigente aos direitos fundamentais tem sido delegada ao sistema de propaganda oficial, que mantém o *medo* presente no cotidiano social. Esse *medo* tão bem construído e divulgado permite aos EUA instituir um *Estado de Exceção*, criando um espaço de indefinição que retira da ordem jurídica tudo que afirma pertencer à seara do *terrorismo*, adotando práticas absolutamente incompatíveis com os direitos humanos. Sem embargo, para caracterizar adequadamente o *Estado de Exceção* no exemplo dos EUA, é preciso identificar empiricamente seus elementos constitutivos.

101. CHOMSKY, Noam. *Para entender o poder* cit., p. 129.

102. Isso explica porque os EUA decidiram não agir em Ruanda no conflito entre *tutsies* e *hutus*, mesma sabendo de todas as atrocidades praticadas na região, situação se repete com curdos, palestinos e outros povos, como explica CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 136-137. Para Dworkin, é nesse teste de "consistência" na proteção de direitos fundamentais que os EUA falham rotundamente DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 43.

Como antes mencionado, a evidência da ruptura do controle legal pelo argumento da *exceção* estaria na confusão entre "auctoritas" e "potestas" em apenas um ente, como era o caso do *Führer* na Alemanha nazista. No caso norte-americano isso fica evidente na concentração de poderes realizada após 11.09.2001, porque sempre que declarada uma *guerra* – como no caso da "*guerra* ao *terror*" – a Constituição dos EUA atribui ao presidente o título de *commander in chief*, o que segundo algumas teorias lhe permitiria autorizar práticas ilegais, como ordenar a tortura.[103] Por confundir poder civil e militar o título de *commander in chief* tornaria o presidente uma espécie de guardião da lei, soberano capaz de desconsiderar os limites legais em nome do suposto bem comum colocado em risco pela emergência de um fato excepcional, como pode ser a *ameaça terrorista*.

O governo Bush tem se apoiado nessa permissividade para agir ilegalmente, e não rejeita a acusação de que tenha autorizado medidas extremas naquilo que seria o combate ao *terrorismo*. Afinal, como afirmou em seu discurso oficial após o 11 de setembro, o sistema jurídico estaria obsoleto, sendo incapaz de lidar com o atual fenômeno *terrorista*, e a garantia dos direitos processuais penais são obstáculos que impedem o eficaz combate ao *terrorismo*.[104] Ainda, o vazio jurídico criado pelo argumento da *exceção* está tão bem caracterizado no caso dos Estados unidos que o discurso oficial da Casa Branca sequer precisa ser enfático sobre esse ponto, e em suas manifestações oficiais não se firma mais que "nós devemos" adotar essas medidas excepcionais, mas de "nós podemos" tomá-las.[105]

A possível violação aos direitos fundamentais permite que o governo estadunidense reconheça explicitamente a existência de tortura em seus "campos de detenção", nos quais hoje centenas de pessoas estão detidas indefinidamente.[106] Detidas, aliás, é o termo utilizado para descrever aqueles que foram destituídos

103. Como critica duramente DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 25.
104. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 27.
105. Idem, p. 45.
106. Idem, p. 25.

pela força do rótulo de *terrorista* de seus direitos fundamentais, ficando à completa disposição do poder do *commander in chief*, soberano que torna sua vida "indigna de ser vivida".

Perseguido apenas por motivos políticos, o *inimigo-terrorista* não é prisioneiro de guerra nem réu em processo judicial e fica assim sem a proteção retórica dos tratados internacionais e das leis nacionais. Não lhe é garantido, portanto, uma acusação formal, bastando uma imputação genérica de *terrorista* ou suspeito de vínculo com o *terrorismo*. Ainda que na *guerra* se possa pensar na existência de prisão sem acusação formal, a Convenção de Genebra continua aplicável e garante ao combatente detido a maioria dos direitos fundamentais.[107] Mas para afastar até mesmo essa limitação do poder pelos tratados internacionais a administração Bush afirma que os prisioneiros acusados de *terrorismo* não têm sequer direito ao previsto na Convenção de Genebra, porque não são *prisioners of war* (POW), mas "combatentes ilegais", seja isso o que for.[108] Destituídos de qualquer proteção jurisdicional – quando não simplesmente eliminados – os sujeitos rotulados como *terroristas* podem ser enviados para os campos de concentração contemporâneos, cuja vitrine mais evidente é a base militar estadunidense de Guantánamo,[109] exemplo de um "espaço de *exceção*", no qual não apenas a lei está suspensa, mas todo tipo de atrocidade é possível,[110] como denunciaram inspetores da Organização das Nações Unidas e a própria base aliada do governo Bush.[111]

Além de Guantánamo, não se pode esquecer as comprovadas humilhações e torturas praticadas em Abu Ghraib, sendo essa mais uma evidência da falha moral dos EUA e da existência de um vigente *Estado de Exceção*.[112]

107. Idem, p. 45.
108. Idem, p. 28-29.
109. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 14-15.
110. AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer cit., p. 176-178.
111. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 42.
112. Idem, p. 37.

Para julgar as pessoas definidas como *terroristas* detidas nesses modernos campos de concentração foi criado um tribunal inquisitório no interior dos próprios campos, com a instalação de juízes militares de ocasião que reúnem os poderes de acusação, gestão da prova e julgamento, além de assumir a responsabilidade pela execução da pena, tudo isso sem o direito à recursos de qualquer espécie.[113]

A adoção dessas práticas pelos EUA comprova que as pessoas detidas em Guantánamo, por exemplo, não são consideradas plenamente humanas pelo governo norte-americano.[114] Considerando que as garantias processuais são também direitos fundamentais, inerentes a qualquer ser humano, a política estadunidense de combate ao *terrorismo* repete o momento histórico recente no qual a importância de uma vida humana pode ser formalmente declarada como inferior à outra, segundo critérios políticos.[115]

Além de autorizar o uso da violência praticamente ilimitada contra certas pessoas, o *Estado de Exceção* também serve como técnica gerencial para implementar no ordenamento jurídico regras incompatíveis com as normas fundantes dos Estados Democráticos de Direito.

A *ameaça terrorista* que autoriza o período de *exceção* serve como tática de supressão do debate democrático, viabilizando a promulgação de leis que vão de encontro às conquistas traduzidas nos direitos fundamentais consagrados pelas Constituições republicanas. Novamente, o exemplo mais evidente é estadunidense, com a promulgação do "USA Patrioct Act" pelo senado em 26.10.2001, apenas 45 dias após o ataque ao centro comercial World Trade Center.[116] Uma medida drástica,

113. Idem, p. 41.

114. Idem, p. 45.

115. Idem, p. 44.

116. A história da aprovação dessa lei é emblemática para perceber como todo o histórico de luta por direitos fundamentais pode ser facilmente violado em nome de uma emergência qualquer: após os ataques de 11 de setembro, o governo exigiu do Congresso que ampliasse os poderes do Executivo, o que era afirmado como necessário para facilitar a perseguição contra os terroristas. No dia 11 de outubro o Senado dos Estados Unidos passou uma versão da lei que era menos tolerável aos defensores dos direitos civis do que a versão do Congresso, a ser votada

a "Lei Patriótica" não pode ser considerada uma lei especial, sendo na verdade um "diploma alterador" que suprime, modifica ou agrega significantes em centenas de leis penais e processuais vigentes, o que altera com muito mais eficácia toda a legislação estadunidense. O "Patrioct Act" foi renovado em 2006, e com apenas pequenas alterações manteve os amplos poderes do Executivo para violar sigilos de informação (como bancário, telefônico etc.) e realizar ações de busca e apreensão que prescindem de mandado e comunicação posterior, e até violações à privacidade, como por exemplo o acesso a lista de compras e livros emprestados.[117]

Como conclusão, o exemplo estadunidense deixa claro que o grande problema da *ameaça terrorista* não está no *inimigo* imaginário, mas nas práticas reais dos governos que se sustentam sobre o *medo* dessa ameaça para controlar a própria população e legitimar a violência em nome de interesses privados. Compreende-se plenamente, assim, a ironia de Chomsky, que sugere que uma medida efetiva para diminuir o *terrorismo* seria que os EUA simplesmente parassem de apoiá-lo e participar dele.[118]

7. Conclusão

Desde um primeiro momento a análise criminológica crítica mostra que o *terrorismo* não é um problema de Direito Penal, mas político. Essa marca política inafastável torna inútil qualquer conceito formal de *terrorismo* como crime em

no dia seguinte. Como explica Moore, "o governo Bush não gostou das proteções contidas na lei do Congresso e, juntamente com o porta-voz da casa, trabalhou noite afora para eliminar todas as proteções aos direitos civis pelos quais haviam votado os comitês da casa. A nova versão foi finalmente apresentada às 3h45 da manhã. Algumas horas mais tarde, quando os membros do Congresso apareceram para a votação, acreditaram estar diante dos termos estabelecidos no dia anterior. Em vez disso, votaram numa lei cujos poucos amparos haviam sido destruídos pelo secretário de Justiça John Ashcroft na noite anterior. De acordo com a American Civil Liberties Union, pouquíssimos membros do Congresso realmente leram a versão final da lei. Foi talvez, o ato mais destrutivo e irresponsável jamais feito pelo Congresso". MOORE, Michael. Op. cit., p. 123-124.

117. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 24-25.

118. CHOMSKY, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 99.

definição construída a partir da dogmática penal. Dado o objetivo explícito do termo de autorizar ações violentas contra determinados *inimigos*, entende-se que a melhor análise só será possível se tomarmos *terrorismo* como rótulo sem conteúdo material, cujo monopólio de atribuição oficial é garantido por um complexo sistema de propaganda.

A propaganda é útil ao Poder porque o exercício da coerção nos Estados de Direito está condicionada à coerência de suas ações com o discurso oficial. O sistema *newspeak* de fabricação de consenso garante a incorporação do termo *terrorismo* como faculdade exclusiva de certos grupos e indivíduos, e cria uma nova nomenclatura para os atos de violência oficiais que são idênticos (senão piores) em suas conseqüências materiais. Esse elaborado esquema discursivo está orientado pela pelas duas diretrizes fundamentais da oratória oficial constituída sobre a dicotomia *amigo-inimigo*: o *princípio Mencken* e o *teorema de Thomas*. Essa estratégia garante a ilusão do discurso ao mesmo tempo em que permite a lesão real de direitos fundamentais, constituindo uma das formas mais eficientes (no sentido neoliberal do termo) de controle da população, e o sistema *newspeak* serve para garantir o reconhecimento de que essas conclusões são corretas, independentemente dos fatos.

Confrontado com esse problema, o Direito pode assumir duas posições: por um lado, é capaz de *racionalizar a violência* das *reações oficias* do Estado às ações *terroristas* individuais ou coletivas – especialmente por meio do Direito Penal e Processual Penal; por outro, presta-se para (tentar) *limitar retoricamente* as *ações terroristas oficiais*, as quais têm por objetivo declarado a prevenção da ameaça de *inimigos* reais ou potenciais definidos a partir do centro do poder político, e que necessariamente demandam a violação de direitos fundamentais e a morte de inocentes.

Em síntese, a violência que protagoniza as *ações* e *reações terroristas* é instrumentalizada discursivamente no campo jurídico, nada obstante o papel central da propaganda no processo de legitimação, pois aqui o apelo do argumento de-

mocrático depende da construção ideológica de um consenso plebiscitário sobre a iminência e atualidade da *ameaça terrorista* e necessidade de reação em igual ou maior proporção.

Especialmente neste último caso de legitimação do uso antecipado da violência em detrimento a direitos considerados universais, percebe-se que para convencer a intervenção supostamente preventiva do Estado é necessária intensa propaganda oficial capaz de produzir *medo* coletivo em relação a *inimigos* reais ou imaginários e polarizar o antagonismo político – constituído pela oposição *amigo-inimigo* – até não existir solução possível além do uso da força.

Neste sentido, os governos ocidentais têm aproveitado certos períodos de suspensão do ordenamento jurídico para realização de práticas ilegais de perseguição penal e para institucionalizar leis penais incompatíveis como o regime democrático, a chamada legislação "antiterror".

A presença da *ameaça terrorista* como pretexto para intervenção internacional violenta e mudanças legislativas contraria a própria base axiológica democrática. A ameaça do *terror*, estereotipada em personagens reconhecidos como líderes de "impérios" e "eixos" "do mal", permite a desobediência do governo às regras do jogo democrático, facilitando a implementação de políticas públicas – que em grande medida realizam apenas interesses privados – incompatíveis com os direitos humanos e a autonomia dos povos.

A conclusão mais óbvia aqui é que a abordagem política de *terrorismo* é destinada a sanar problemas e falhas econômicas do sistema capitalista de "livre iniciativa", o qual funciona apenas se subsidiado por capital estatal. Evidentemente, não existe novidade nesta estratégia de governo, muito embora se considere que o refinamento estético e teórico com o qual tem se apresentado seja inédito.[119] Colocando essa conclusão em perspectiva pode-se compreender como a ameaça do *bioterrorismo* serve para destinar milhões de dólares em subsídios estatais para

119. CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores* cit., p. 193.

lavancar o lucro das empresas de biotecnologia, engenharia genética e farmacêuticas.[120]

De qualquer sorte, abordar o *terrorismo* como referencial teórico no atual momento histórico conduz o pesquisador ao cenário político que se desenvolve nos Estados Unidos da América, por razões que prescindem de explícita referência, diante de sua notoriedade.

Por esse motivo, e tendo em vista sua constituição oficial como Estado Democrático de Direito, a análise das repercussões da criminalização primária e secundária desencadeadas pela *guerra* ao *terrorismo* é fundamental para compreender as conseqüências jurídicas e materiais resultantes de sua adoção como centro de sua política externa.

As notícias não poderiam ser piores. A *ameaça terrorista* tem sido pretexto apenas para violação de direitos fundamentais contra suspeitos de *terrorismo*. Tortura, detenção por tempo indeterminado e sem imputação definida e tribunais de ocasião absolutamente inquisitoriais retornam à cena processual penal em nome do *medo*, pelo qual tem se forçado a disposição das garantias políticas que traduzem todo o histórico de luta da humanidade pela racionalização do absurdo punitivo. Tudo está legitimado durante a vigência, a cada dia menos transitória, do *Estado de Exceção*, que concentra poder e autoridade em figuras como o *commander in chief* e afasta a possibilidade de material controle jurisdicional, colocando em risco os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse processo, a população que tem *medo* da *ameaça terrorista* torna-se vítima de seu próprio governo, que agora investido de poderes excepcionais para combater um *inimigo* ilusório viola ilimitadamente a privacidade dos cidadãos, sem sequer precisar de uma desculpa razoável para fazê-lo.

A prática dos EUA no combate ao *terrorismo* contradiz os argumentos que sustenta sua própria estrutura e autoriza suas ações de intervenção violenta

120. Chomsky, Noam. *Poder e terrorismo* cit., p. 144-145.

no exterior, colocando em risco toda a tradição democrática.[121] Como afirma Dworkin, o estrago produzido pela intangível *ameaça terrorista* obriga hoje os EUA a (re)aprenderem com os outros países sobre os direitos fundamentais.[122] Não é por outra razão que Agamben afirma que exatamente no momento em que se coloca na condição de professor da democracia para culturas e a tradições diferentes, a cultura política do Ocidente não percebe que perdeu por inteiro os princípios que a fundam.[123]

Uma última nota parece ser necessária para atestar que, longe de ser uma mera curiosidade que afeta apenas regiões distantes, o tema *terrorismo* é de suma importância para nós. Considerando a pressão internacional que o Brasil tem sofrido dos países centrais para que criminalize o *terrorismo*, é tarefa inadiável da teoria crítica apresentar as contradições e os interesses estruturais velados por esse discurso, com o único propósito de defender os direitos fundamentais contra as tendências de ampliação do horizonte penal, em nome da eficiência neoliberal ou qualquer outra justificativa. Se as racionalizações teóricas não servirem para conter o poder, ao menos podem ser úteis para desmascará-lo.

8. Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I.* Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

121. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 42.
122. Idem, p. 32.
123. AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer cit., p. 33.

_____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 2, n. 3. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

BONANATE, Luigi. Terrorismo político. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário político*. 2. ed. Trad. João Ferreira (Coord.). Brasília: Ed. UnB, 1986. p. 1242-1245.

BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento: notas ao artigo do Prof. George Fletcher. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 7, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 163-166.

CHOMSKY, Noam. *El control de nuestras vidas*. Bogotá (Colômbia): Fica, 2007.

_____. *O que o Tio Sam realmente quer*. 2. ed. Trad. Sistílio Testa e Mariuchka Santarrita. Brasília: Ed. UnBrasília, 1999.

_____. *Para entender o poder: o melhor de Noam Chomsky*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. *Piratas e imperadores, antigos e modernos: o terrorismo internacional no mundo real*. Trad. Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *Poder e terrorismo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Anatomia de uma criminologia crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 9-20.

_____. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o Poder Judiciário. In: NUNES, Antônio José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 291-300.

DWORKIN, Ronald. Terrorism and human rights. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. p. 24-51.

FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOMEZ, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto: Schmitt, Arendt y la definicion de lo político*. México: Centro de Estudios de Política Comparada, A.C., 1999.

MOORE, Michael. *Cara, cadê meu país?*. São Paulo: Francis, 2004.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Trad. Álvaro L.M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992.

VIANNA, Rafael Ferreira. Uma revisão dos sujeitos de direito internacional público e um ensaio sobre uma visão necessária do terrorismo e dos grupos terroristas. *Jus Scriptum*: boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 05/12-29, ano II. Lisboa, out.-nov.-dez 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

3.1. Sistema Prisional

Meditação no cárcere: libertando-se da prisão interior

Ana Gabriela Mendes Braga
Mestre em Direito Penal pela USP.
Professora de Processo Penal da Faculdade Cantareira.
Coordenadora adjunta do Grupo de Estudos de Temas de Criminologia e do Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade, ambos da USP.

Resumo: Esse artigo tem como objeto a grande reforma iniciada em 1993 no complexo de prisões de Tihar, situado na cidade de Nova Deli na Índia. Uma série de ações foi adotada com vista a transformar um dos maiores complexos prisionais do mundo – notadamente conhecido por seu alto grau de corrupção e violência – em um lugar melhor. Dentre as principais medidas estão: abertura do cárcere para a comunidade e da comunidade para o cárcere por meio do trabalho voluntário; implementação de um sistema de gestão participativa; construção de um sistema de ventilação das queixas dos presos; e aprimoramento da comunicação entre eles e deles com a direção. Mas, sem dúvida a medida mais ousada, na qual se centrará esse trabalho, foi a disseminação da prática da meditação *vipassana* na prisão, a qual teve reflexos nos presos e no ambiente prisional.

Palavras-chave: Prisão – Meditação – Criminologia – Execução penal – Reintegração social.

Abstract: This article aims at the major reform initiated in 1993 in the Tihar prison complex, located in the city of New Delhi in India. A number of actions were taken in order to transform one of the largest prison complex in the

world – notably known for their high degree of corruption and violence – into a better place. Among the main measures we have: opening the prison to the community and the community to prison through the dissemination of volunteer work; implementation of a participatory management system; construction of a ventilation system of complaints from prisoners, improving the communication among themselves and between prisoners and management. But undoubtedly the most daring measure, in which this paper is focused on, was to spread the practice of meditation *vipassana* in prison, which was reflected in prisoners and the prison environment.

Keywords: Prison – Meditation – Criminology – Penal execution – Social reintegration.

Sumário: 1. O passado – 2. O caminho: 2.1 Abertura do cárcere para a comunidade e da comunidade para o cárcere: trabalho voluntário; 2.2 Retomando o poder de fala: ventilação das queixas e informação sobre as decisões e políticas prisionais; 2.3 Autonomia, responsabilidade e solidariedade entre os presos: gestão participativa – 3. A prática da meditação *vipassana* em Tihar: 3.1 Descobrindo a *vipassana*; 3.2 *Vipassana* na prisão; 3.3 Empoderamento; 3.4 Disciplina, liberdade e autonomia; 3.5 *Vipassana* em Tihar: resultados – 4. Possíveis distorções: relativizando a "mágica": 4.1 O risco de uma perspectiva utilitarista da meditação; 4.2 A permanência do discurso moralista na execução penal; 4.3. *Dhamma:* um oásis em *Tihar*?; 4.4 A oficialidade das fontes – 5. Fontes e bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo penal

Uma prisão superlotada (com três vezes a sua capacidade). Composta basicamente de presos provisórios: 90% dos presos a espera de julgamento. Práticas de extorsão, tráfico de drogas, corrupção e disputa de poder entre grupos de presos organizados.

Esse poderia muito bem ser o retrato de alguma instituição prisional brasileira. Mas trata-se da descrição da *Tihar Prison*, localizada cerca de Nova

Deli – Índia, antes de 1993, ano em que foi iniciada uma grande reforma, que a tornaria mais tarde um modelo a ser seguido. As mudanças foram tão profundas, que discursos mais otimistas comparam a Tihar de hoje a um *ashram*.[1]

A experiência de Tihar merece atenção ser não só por ter sido uma iniciativa "eficiente" e de baixo custo para o governo. Mas principalmente por criar mecanismos de aproximação do preso e da sociedade, e contribuir para o desenvolvimento da responsabilidade e autonomia ética do preso – pressupostos de qualquer proposta de integração social.

Porém, a afirmação do sucesso de Tihar tem que ser feita com cautela. Primeiro porque a "eficiência" de um projeto é constatada a partir de sua finalidade. Por exemplo, a meditação – uma das grandes medidas da reforma das prisões de Tihar – não deixa de ser um instrumento disciplinar. Ainda que não seja possível vivermos livres da ação de qualquer mecanismo de poder, mas importa-nos perguntar a que servem, a sua funcionalidade na dinâmica prisional e social. A disciplina exigida para a meditação pode constituir em um meio eficiente de controle disciplinar (perspectiva que interessa à administração prisional), ou um meio para um fim maior (disciplina para o desenvolvimento pessoal). Dependendo da perspectiva adotada, pode-se chegar a diferentes percepções da mesma realidade.

Além disso, o fato de várias informações utilizadas nesse trabalho advirem de "fontes oficiais" compromete a visão global e crítica da experiência. Difícil delimitar, por exemplo, qual o alcance dessa experiência dentro do Complexo de Tihar, e ainda seu impacto no sistema prisional indiano. Fica evidente que a reforma trouxe mudanças positivas e profundas no espaço destinado às práticas de meditação em Tihar (*Dhamma Tihar*) e na vida daqueles que ali habitam, porém, o impacto das transformações no complexo de Tihar e para os presos em geral, não é fácil de ser auferido.

1. Tipo de organização comunitária muito comum na Índia (normalmente localizadas em regiões remotas ou isoladas) na qual as pessoas se recolhem em busca para realizarem um trabalho espiritual, o qual envolve meditação e yoga.

1. O passado

Em 1993, Kiran Bedi se tornou a primeira mulher a assumir o cargo de inspetora geral das Prisões de Tihar – o maior complexo de prisão da Ásia, então com 7.200 presos.[2] Bedi começou a romper padrões logo no início de sua carreira: em 1972, aos 23 anos, Bedi foi a primeira policial mulher do *Indian Police Service*.

No primeiro dia na direção de Tihar, Bedi diz que sentiu "como se o Himalaya tivesse caído em sua cabeça" – os presos viviam em condições subumanas: infra-estrutura precária; alto grau de violência e corrupção; práticas de extorsão; disputa de poder entre grupos de presos organizados; presos subservientes.

A prisão de Tihar era notória por sua administração incompetente, corrupta e ineficiente, que comprometia profundamente a qualidade da vida prisional. Começando pela péssima qualidade da comida, da água e da higiene, a qual tinha efeitos diretos sobre a saúde dos internos. Não havia água potável e a água da torneira (que ficava fora do lugar de dormitório dos presos) era disponibilizada somente quando eles já estavam trancados; tal escassez ocasionava inúmeras disputas pela água e possibilitava a concessão de privilégios. Era comum a presença de insetos sobre a comida e o acúmulo de lixo. A falta de luz e as altas temperaturas também contribuíam para a insalubridade do ambiente.

Ademais, havia epidemias de cólera e disenteria, agravadas pela precária qualidade do atendimento médico: funcionando na proporção de um médico para 750 presos. A saúde psíquica dos presos também se mostrava comprometida: metade deles era viciada em tranqüilizantes.

Além das precárias condições materiais, grupos organizados de presos dominavam Tihar. Segundo o relato de Bedi (2006), as *gangues* haviam convertido a prisão em inúmeros feudos e cada organização era especializada em uma área

2. Hoje Tihar conta com uma população de mais de 11 mil pessoas encarceradas, entre as quais 500 mulheres. Fonte: <http://tiharprisons.nic.in/html/about.html>, acesso 28.07.2008.

de atuação: assassinato, terrorismo, seqüestro, extorsão, tráfico, vingança. Com o passar dos anos, as gangues desenvolveram uma poderosa rede de informação e acumularam riqueza, a qual possibilitava alguns luxos dentro do cárcere, tais como aparelhos de televisão, camas confortáveis e outras conveniências.[3]

Tal como no Brasil, os presos pertencentes à alta hierarquia da organização gozavam de alguns privilégios: livre circulação na cadeia, melhores postos de trabalho, alimentação especial, além de serem isentos da limitação do número de pessoas e do tempo que duravam suas visitas.

Os típicos membros das gangues vestiam-se como vilões dos filmes indianos, e muitas vezes agiam como Hobin Hood, ao demonstrarem preocupações com o bem-estar dos presos mais pobres[4] – os quais são particularmente vulneráveis às extorsões desses grupos (Bedi, 2006, p. 54).

Logo que assumiu o cargo, os funcionários temiam que a autoridade da direção, especificamente na figura de Bedi, estaria ameaçada devido ao fato de uma mulher assumir, em um ambiente machista, uma postura de não-violência perante um poderoso arranjo de forças. Os funcionários acreditavam que aquela conjuntura não poderia ser alterada e que ela deveria aceitar esse fato, e conseqüentemente tal distribuição do poder; inclusive ressaltando a necessidade de Bedi buscar proteção com os membros das gangues (Bedi, 2006, p. 55).

3. Essas "conveniências", as quais Sykes (2007) denominou *amenities*, são muito valiosas na vida prisional; pois ainda que o Estado atendesse a todas as necessidades básicas do preso (alimentação, vestuário, acomodação, lazer etc.), ele, como qualquer ser humano, tem desejos que vão além delas. Um ambiente hostil – como o prisional – tende a acentuar tais desejos, ao mesmo tempo em que limita a sua realização: uma novela ou um chocolate funcionam, por exemplo, como forma de amenizar a rispidez da prisão, porém somente um grupo restrito de presos costuma ter acesso a tais conveniências;

4. A mesma tendência aparece, por exemplo, no discurso de duas importantes facções brasileiras: Comando Vermelho (RJ) e Primeiro Comando da Capital (SP), que ganharam o apoio e a adesão dos presos com o discurso da solidariedade. Principalmente no caso de São Paulo, se materializou na assistência dada pelo PCC aos presos e às suas famílias; financiada pelas "contribuições" de seus membros (presos e em liberdade) e pela porcentagem do lucro dos crimes destinada à organização.

2. O caminho

Ao se deparar com esse quadro Bedi se questionou se faria parte desse sistema falido ou iria mudá-lo. Conforme manda a tradição oriental, o indivíduo ao se deparar com um conflito, antes de buscar a culpa nos outros envolvidos, deve se perguntar qual a responsabilidade dele naquele desarranjo (Rouland, 2008).

E foi isso que ela fez: começou a se responsabilizar plenamente por todas suas ações e omissões. Conforme a fala de um preso acerca de Bedi no documentário *Doing time, doing vipassana*:[5] "Ela é uma pessoa que vê os problemas. Se não pode resolvê-los ela coloca a si mesmo como parte do problema".

Apesar de ter consciência de que não poderia resolver todos os problemas do sistema, principalmente no tocante à superpopulação e a morosidade processual,[6] Bedi almejava, ao menos, tornar a vida dos presos um pouco melhor, transformar a prisão em um local de desenvolvimento do ser humano.

Bedi buscava uma mudança profunda, para tanto, ela lançou mão de métodos não-convencionais (principalmente, se tratando do sistema prisional) para que seu objetivo fosse alcançado. Palavras como amor e proximidade parecem tolices quando postas frente aos "graves" problemas prisionais, mas foi por esse caminho que essa mulher construiu para a diminuição da violência física e psíquica do cárcere.

O fato de todas essas transformações terem ocorrido a partir da gestão de Tihar por uma mulher não pode ser visto como mera coincidência. Não somente pelo

5. Dirigido por duas israelenses Ayelet Menahemi e Eilona Ariel, vencedor de inúmeros festivais, o documentário aborda a *vipassana* em Tihar, com foco no impacto da meditação em alguns presos estrangeiros. Se tratando de um filme que se passa no ambiente prisional, a presença da palavra tempo (*time*) no título tem um forte sentido simbólico: a prisão é conhecida como um lugar onde o tempo é perdido. Inverter essa lógica, resignificando o sentido de tempo é a proposta da *vipassana*, objeto do documentário.

6. Ainda hoje, Tihar abriga um número de presos duas vezes maior do que sua capacidade, dos quais 90% ainda aguardam julgamento. Fonte: <http://tiharprisons.nic.in/html/profile.html>, acesso 28.07.2008.

fato de Bedi ser mulher em um meio dominado por homens,[7] mas principalmente por seu modo de agir flexível, sensível e receptivo. O ambiente de um presídio (ainda quando destinado às mulheres) é, via de regra, masculino, rígido, sem espaços para que as pessoas liberem suas emoções, expressem suas angústias e demonstrem afeto.

O masculino está ligado à ação, segue um "caminho pra fora", enquanto o feminino está associado à fluidez, as emoções, e segue o "caminho para dentro". Para a filosofia tradicional chinesa, do equilíbrio das forças femininas (*yin*) com o masculino (*yang*) –representado pelo *diagrama do Taiji* – é que surge todo o movimento.

A necessidade de complementaridade entre os arquétipos feminino (*anima*) e masculino (*animus*) também é uma das preocupações centrais da psicologia analítica. Segundo Jung, o afloramento dos caracteres femininos em instituições tipicamente masculinas seria a chave para o desenvolvimento de uma nova consciência institucional, passível de solucionar muitos dos problemas hoje enfrentados. Nesse sentido: "O vasto campo do comércio, da política, da tecnologia, da ciência, enfim todo o reino do espírito utilitário aplicado ao homem é relegado à penumbra da consciência feminina; por seu lado, ela desenvolve uma consciência ampla das relações pessoais, cujas nuanças infinitas em geral escapam à perspicácia masculina" (Jung, 2003, p. 82).

Dentro dessa óptica, conclui-se que a preocupação com a efetivação da dignidade humana em ambientes institucionais, centrada na valorização de relações pessoais e na preocupação com o outro, passa necessariamente pela redescoberta das potencialidades do arquétipo feminino.

Ademais, Bedi partiu do pressuposto, do qual parte a Criminologia Crítica,[8] de que a única diferença entre um homem preso e um solto, é o próprio cárcere. Na

7. Lembrando que as mulheres encarceradas correspondem a menos de 5% da população de Tihar. São mais de 10.500 presos homens, além daqueles trabalham junto à administração prisional.

8. As pessoas qualificadas como desviantes não compõem uma categoria homogênea que se justifica por características de personalidade e vivências sociais que as levariam ao crime, mas por serem justamente as que "compartilham a qualificação e a experiência de serem consideradas marginais" (Becker, 1971, p. 18). Outras referências: Hulsman (2004) Thompson (1998).

sua primeira reunião enquanto "diretora" de Tihar, Bedi falou aos seus funcionários que era uma linha muito tênue que os separava daqueles que estavam presos. Essa escolha discursiva de Bedi inaugurou o caminho pra diminuir a distância, física e moral, que separa os presos de seus guardas e da sociedade em geral.

Propôs aos seus funcionários que trabalhassem como um time, de forma harmônica, em busca dos mesmos objetivos. Lembrando-lhes que, para ela, a função deles não se limitava à manutenção da segurança, mas pressupunha o exercício de um trabalho mais amplo.

Logo de início, afastou os funcionários corruptos e condicionou a permanência de guardas violentos a uma verdadeira mudança de atitude, exigindo inclusive a participação destes no curso de meditação *vipassana* junto com os presos.

Outras medidas importantes foram tomadas como: melhora da infra-estrutura da prisão, isolamento dos líderes das gangues, programas para usuários de drogas, incremento nas atividades culturais, educacionais e laborais, aulas de yoga e cursos de meditação.

Ao avaliar a experiência cinco anos mais tarde, Bedi (2006) equipara a "nova Tihar" a um *ashram*, uma "comunidade" constituída por indivíduos disciplinados, autônomos e responsáveis, voltado ao crescimento espiritual de seus membros. Entretanto, a profunda reforma que ocorreu em Tihar só foi possível porque as mudanças estavam pautadas em um objetivo definido e permeadas por princípios claros.

As transformações de Tihar podem ser pensadas a partir de três pressupostos importantes para a reintegração social do preso e da sociedade:[9] abertura da prisão para a comunidade e da comunidade da prisão; empoderamento dos presos, possibilitando-lhes meios de fala e conhecimento da política prisional; autonomia dos presos e responsabilização dos mesmos pela vida prisional, através de um modo de gestão participativo.

9. Para um conceito crítico de reintegração social ver Baratta (1990).

Contudo, a medida mais ousada da reforma talvez tenha sido a implementação de cursos de meditação na prisão,[10] que repercutiram diretamente no bem-estar do preso, contribuindo para a diminuição da ansiedade do encarcerado, e de certa forma, para a disciplina da prisão.

A imagem brutal que Bedi se deparou em 1993, quando assumiu o cargo, foi aos poucos se transformando em algo mais humano. Segundo Talwar, professor de ciência política, que ajudou os presos a editarem uma revista: "em um ano Tihar se tornou irreconhecível" (Bedi, 2006, p. 142).

2.1 Abertura do cárcere para a comunidade e da comunidade para o cárcere: trabalho voluntário

Pela primeira vez em 35 anos, grupos de voluntários passaram a realizar trabalho na prisão. Hoje mais de 300 organizações exercem seu trabalho em Tihar, oferecendo assistência jurídica, cursos de meditação e yoga, eventos culturais, entretenimento, tratamento para vícios, assistência espiritual e religiosa, incentivando a prática esportiva, prestando assistência jurídica etc.

A Tihar passou a receber visitas como do *Brahma Kumarism*, organização social formada basicamente por mulheres que se vestem de branco, que defendem e praticam a não-violência. Segundo Bedi (2006), nos encontros com o grupo nenhuma religião particular é discutida, o tópico da discussão religiosa se centra no humanismo.

A participação da comunidade na integração social após a libertação de presos passou a ocorrer também com o grande número de organizações não-governamentais, que além de oferecer formação profissional e trabalho com o pagamento de remuneração dentro da prisão, recolocava-os no mercado de trabalho quando de sua saída.

10. Certamente, a boa aceitação e o sucesso dessas práticas nas prisões de Tihar, estão diretamente relacionados com o espaço que ocupa a meditação na própria cultura indiana.

Além dos ganhos específicos com o trabalho que cada organização realiza na prisão (educação, formação e atuação profissional, desenvolvimento da espiritualidade), a simples presença da comunidade na prisão permite que os presos e a comunidade experimentem uma forma de interação positiva e construtiva.

Entre as diversas propostas práticas para viabilizar a reintegração social, Baratta (1990) destaca a importância da presença de membros da comunidade na dinâmica prisional. A realização do voluntariado seria a sua principal forma, que teria uma tripla função: dar visibilidade aos abusos e violências do sistema, propiciar o envolvimento social e humano entre presos e voluntários e, ainda, estabelecer uma "relação desinteressada" que não se caracterizaria enquanto uma relação de poder.

A abertura do cárcere para a sociedade é uma das vias da reintegração social. O trabalho voluntário dentro da prisão possibilita a interação permanente entre o microcosmo prisional e o macrocosmo social, aproximando essas duas esferas, de modo que as pessoas do cárcere possam refletir e questionar sobre as questões sociais mais amplas e a sociedade livre possa vivenciar um pouco da realidade prisional.

Além do que, a presença de pessoas estranhas à prisão e o relato delas acerca dessa experiência a outras de seu convívio (na família, escola, trabalho, igreja) contribui para a desmistificação da prisão e dos indivíduos que nelas vivem, e encoraja as pessoas a se aproximarem de seus muros.

O próprio Dalai Lama – no prefácio do livro de Bedi (2006) – diz que ele sempre acreditou profundamente na necessidade de tratar a pessoa encarcerada como parte da nossa sociedade, apesar da tendência da sociedade em geral, e das autoridades prisionais em particular, seja tratá-los como párias.

O processo de abertura pressupõe um aumento da permeabilidade do cárcere: de que pessoas de fora possam ter acesso à prisão e aos presos. Enquanto hoje no Brasil, especificamente em São Paulo, nota-se tendência de ocultar os dados do sistema prisional e dificultar o acesso aos presos, em Tihar funciona o

"Tele Booking Facility" – para marcar uma entrevista com os presos basta ligar para um número de telefone.[11]

Qualquer jornalista é encorajado a visitar a prisão, diariamente, das 16:00 às 17:30 hs, podendo inclusive ter acesso às celas. Apesar dos malefícios que podem advir do caráter utilitário e comercial da informação, a presença da imprensa é fundamental para dar visibilidade ao que ocorre intramuros. No caso indiano, foi a justamente a imprensa que ajudou a espalhar pelo mundo as novidades que vinham sendo implementadas em Tihar.

Outro trabalho importante foi com os agentes penitenciários. Bedi determinou que eles não cuidariam apenas da segurança do presídio, mas organizariam diversas atividades tal como a prática de yoga, exercícios, torneios, jardinagem, etc. Para incentivar a participação dos funcionários, eles respondiam um questionário que atestava o seu progresso. O fato de, em vez de acordar os presos com o estridente barulho das chaves raspando nas celas, os funcionários passarem a tocar ou cantar canções, representa uma mudança simbólica no comportamento dos mesmos e na relação dos dois grupos.

2.2 Retomando o poder de fala: ventilação das queixas e informação sobre as decisões e políticas prisionais

Foram instaladas caixas de pedidos/reclamações fixas e móveis, pela qual os presos podiam se expressar. O preso depositava suas queixas, um funcionário trazia os pedidos, os catalogava e priorizava, para então serem discutidas as respostas pela direção.[12]

11. A disponibilidade do número no site <http://tiharprisons.nic.in> denota um real interesse de que essas interações aconteçam. Além disso, no mesmo endereço pode ser encontrada uma lista com os nomes, cargos e respectivos telefones dos diretores das prisões de Tihar.

12. Infelizmente, não se pode auferir em que medida o crivo do funcionário funciona de forma seletiva, filtrando as reclamações, já que muitas das informações que obtive de Tihar são as prestadas oficialmente, em nome da própria direção.

Pelo relato de Bedi (2006) a caixa de reclamações trouxe à luz aos problemas da prisão, já que uma das maiores dificuldades dos presos era noticiar seus problemas às autoridades. As reclamações envolviam corrupção dos funcionários, corrupção dos presos, queixas quanto à assistência médica, alimentação, estocagem de água.

Porém, a função das caixas não se restringia a reclamações, ela constituiu um canal dos presos se expressarem por meio de cartas, prosa ou poesia. Ademais, por meio delas passaram a serem feitas denúncias de atividades ilegais, inclusive com os nomes dos responsáveis.

Além do mais o superintendente do cárcere, o superintendente adjunto e até mesmo os oficiais superiores têm reuniões freqüentes com os presos. Nesse momento, supostamente os presos têm suas queixas ouvidas atentamente e o governo fornece tentativas de soluções. Um exemplo dessas reuniões é o *Maha-panchayat*, que ocorre de tempo em tempo e onde os presos são informados das instruções e políticas da prisão e se atualizam em relação às atividades em progresso e eventos futuros.

Todo ano é organizado um *Mahapanchayat* na Prisão Central, na qual membros dos *Panchayats* de todas as prisões de Tihar juntam-se com cerca de 2000 presos para debater os problemas carcerários. O encontro aberto dos presos conta com a presença da mídia eletrônica e impressa, o que dá visibilidade às questões do cárcere a partir da óptica dos presos: os presos expressar as suas queixas diretamente à imprensa sem o crivo da direção da prisão. Além de despertar o orgulho nos presos, esse mecanismo permite que as queixas sejam verbalizadas e extravasadas, evitando que problemas maiores eclodam devido ao acúmulo de tensão.

O chamado *Warder Briefing* também se mostrou um eficaz sistema de troca de informações entre preso e direção. Um resumo das políticas e medidas tomadas pela direção da prisão são passadas do superintendente da prisão para oficial principal que, passa para os demais guardas que por sua vez, passam para os presos de sua ala.

Além do mais, a própria Bedi tinha encontros regulares com todos os funcionários e encorajava-os a se expressarem. Pela primeira vez na história de

Tihar, a missão e os objetivos da instituição estavam postos, assim como os passos para alcançá-los.

2.3 *Autonomia, responsabilidade e solidariedade entre os presos: gestão participativa*

Em Tihar foi instituído elaborado sistema de "coletivos" de presos denominados *Panchayat*. Por meio deles, os presos são encorajados a gerenciar suas atividades na prisão e se responsabilizar pela qualidade da vida prisional. A incursão de um sistema de gestão participativa atende aos princípios de autonomia, responsabilidade e solidariedade entre os presos.

Além de propiciar uma interação positiva entre os presos, com legitimação das lideranças e desenvolvimento da autonomia dos encarcerados, as atividades criam um equilíbrio positivo entre os guardas e presos.

Os presos são incitados a participar voluntariamente da organização de atividades educacionais, culturais, esportivas, de formação profissional, aconselhamento jurídico e na manutenção da disciplina do cárcere.

Cada coletivo exerce um tipo específico de atividade, segue abaixo a descrição dos principais *Panchayats* existentes em Tihar:

Ward Panchayat: em cada ala havia um "coletivo" principal e outro secundário. O principal tinha como tarefa a disciplina e a limpeza: os membros do *Panchayat* de cada ala estavam autorizados a resolver pequenas questões envolvendo os presos; matérias mais sérias envolvendo indisciplina ou violência eram noticiadas aos guardas. A função da *Panchayat* secundária é auxiliar a principal, e seus membros se preparam para fazer parte do coletivo principal, ocupando os lugares daqueles que deixaram a prisão ou foram transferidos.

Mess Panchayat: monitora a qualidade dos suplementos alimentares e da comida.

Education Panchayat: supervisiona as atividades educacionais dos presos, cuidando para erradicar o analfabetismo.

Sports Panchayat: sua função é ver quais esportes e jogos estão praticados em cada ala, além da organização de torneios internos (inter-alas) e externos (inter-prisões).

A partir da atuação deste Panchayat houve um incremento na participação dos presos em jogos e atividades esportivas, tais como vôlei, críquete, basquete, xadrez, yoga, além de outros esportes locais. Passaram a ser organizadas competições internas e externas, sendo a mais popular delas o festival de esportes que ocorre durante o inverno, conhecido como "Olimpíadas de Tihar". Durante a primavera ocorre a chamada "Tihar Étnica": competições de música, dança, pintura, jogos de perguntas são organizadas para os detentos. Personalidades eminentes dos esportes e da cultura são presenças constantes nestas ocasiões, como forma de incentivar os presos a tomar parte nas manifestações culturais e desportivas, promovendo seu desenvolvimento físico, mental e cultural.

Medical Panchayat: em caso de emergência, seus membros, chamam o oficial de plantão e levam o preso ao médico imediatamente.

Cultural Panchayat: os membros *Panchayat* cantam *bhans* (canções de devoção) diariamente e organizam programas culturais.

Legal Panchayat: é o Panchayat mais importante da prisão, sua principal função é informar os presos de seus direitos e viabilizar o exercício dos mesmos. Com a ajuda do *legal Panchayat*, muitos presos que nada entendiam da lei, passam a ter mais clareza de sua situação e discutir com outros presos, idéias e soluções práticas de sua situação legal. Esse *Panchayat* é composto de presos com conhecimento jurídico habilitados para redigir petições. A assistência é oferecida totalmente de graça, sem qualquer expectativa de ganhos materiais ou favorecimento pessoal. Esse coletivo trata do endêmico problema da morosidade processual, que atinge também a Índia (cabe lembrar que quase 90% dos presos de Tihar ainda esperam julgamento).

Existe um sistema de *Panchayat jurídica* em todas as prisões de Tihar. Os profissionais do direito ou com conhecimento jurídico ("rábulas") ajudam seus companheiros presos na elaboração de petições, recursos, revisão de causas e da

fiança. Cada superintendente separa uma sala pra os especialistas legais, equipada com máquina de escrever e material de escritório; a verba para fotocópias e outros gastos advêm do Fundo de Bem- Estar do preso.

Apesar da importância dos diversos tipos de assistências dadas ao preso, a mais urgente é a jurídica: o preso quer mesmo saber quando vai sair, é essa sua urgência. Logo uma boa assistência jurídica ajuda a manter os presos menos ansiosos, pois sentem que não estão "esquecidos" e que alguém zela por seus interesses.

Mulhaiza Panchayat (Conselho de Orientação): informa e orienta os presos novatos no tocante às regras e procedimentos do cárcere.

Public Works Departament (PWD): formado por engenheiros e mecânicos, são os responsáveis por otimizar a infra-estrutura da prisão, fazendo reparos e pequenos trabalhos de construção e instalações.

Com o passar do tempo, surgiu a necessidade, da criação de mais quatro *Panchayat*:

Insaaf Panchayat (Justice Panchayat): resolve os conflitos surgidos entre presos do mesmo "pavilhão" (*barracks*).

Cable Panchayat: delibera acerca da programação da televisão a cabo

Vipassana Panchayat: que organiza o programa de meditação na prisão.

Corruption Panchayat: que objetiva o combate à corrupção e violência no cárcere.

3. A prática da meditação *vipassana* nas prisões de Tihar

3.1 Descobrindo a vipassana

Vipassana é uma antiqüíssima técnica de meditação descoberta por Gautama Buda há mais de 2500 anos. Em sânscrito *vipassana* significa *insight*: ver as coisas do jeito que elas realmente são. De acordo com o *Vipassana Research Institute*, *vipassana* é uma técnica particular de auto-conhecimento, um método científico

de auto-observação que resulta em uma total purificação da mente e o mais alto grau de felicidade e libertação.[13]

Vipassana é um método de controle da mente e purificação do corpo e espírito muito tradicional na Índia, a grande inovação foi trazê-la para dentro da prisão. Segundo o Dr. Amulya Khurana, do *Vipassana Research Institute*, como uma técnica meditativa, a *vipassana* serve aos mais altos objetivos que o sistema prisional pode almejar; o propósito da implementação da *vipassana* é fazer a vida prisional melhor: dar-lhe uma dimensão mais humana, incentivar a introspecção dos presos para que eles se olhem e vislumbrem a possibilidade de uma vida melhor.

Bedi estava em busca de uma "mágica" que fornecesse ferramentas para que os presos lidassem com suas angústias e fizessem escolhas diferentes. E a resposta veio inesperadamente, de dentro da prisão: um guarda relatou a Bedi sua experiência com a *vipassana*, definindo-a "como uma técnica que muda tudo".

3.2 Vipassana na prisão

Vipassana foi introduzida pela primeira em uma prisão indiana no final dos anos 70 pelo Prof. S.N. Goenkaji em um curso de 10 dias para guardas e presos na prisão de Jaipur no Estado indiano de Rajasthan.

A primeira dificuldade de realização do curso de meditação era a preocupação com a segurança. Goenkaji[14] relata que os presos chegaram para o curso algemados e com tornozelos acorrentados, e ele então pediu para que as correntes fossem retiradas; o Inspetor Geral e o Superintendente da prisão não concordaram, pois temiam que o Sr. Goenkaji fosse estrangulado por algum deles. Como

13. A *vipassana* atinge a raiz do sofrimento humano, ela permite que o indivíduo entre em contato com aspectos profundos da sua mente e que se purifique das emoções negativas que alimentam o ciclo do sofrimento. Seus praticantes vão removendo, pouco a pouco, as causas de seus sofrimentos, começam a emergir da escuridão de suas tensões para uma vida feliz, saudável e produtiva. Informações do site do *Vipassana Research Institute*: <http://www.vri.dhamma.org>, acesso 21.07.2008.

14. Em depoimento no filme: *Doing time, doing vipassana.*

Goenkaji declarou que não poderia dar aula para pessoas acorrentadas, a direção decidiu "soltar" os presos, com a condição de que houvesse guardas armados por perto, que estariam autorizados a atirar qualquer que fora o movimento dos presos em direção ao professor. Felizmente, nenhum tiro foi dado, e o curso do Prof. Goenkaji pôde ser concluído em paz.

Em janeiro de 1992 foi organizado o primeiro curso de *vipassana* em *Baroda Central Jail*, no Estado indiano de Gujurat, com participação de 25 presos e 10 guardas, ao qual se seguiram mais três com 310 presos e 23 guardas.[15] Os efeitos da *vipassana* se espalharam por toda a prisão: melhora da relação entre os presos, dos funcionários com os presos e destes com seus familiares. O superintende de Baroda ficou tão impressionado com os efeitos obtidos com o curso que ele mesmo resolveu experimentar.

Tihar teve o primeiro curso de *vipassana* em novembro de 1993, do qual participaram 96 presos e 20 funcionários da prisão; depois desses seguiram-se mais cinco cursos, envolvendo no total pouco mais de 600 pessoas, muito pouco para um universo de mais de 7 mil presos. Com o aumento de interesse dos presos, Bedi começou a se perguntar como alcançar mais pessoas com a *vipassana*: foi então que resolveu fazer um "curso em massa".

Em abril de 1994, o curso de *vipassana* foi ministrado para mil presos (mais 10% da população de Tihar na época). Ninguém poderia acreditar que mil presos poderiam estar reunidos em um só lugar sem que a segurança fosse comprometida. A logística do curso exigia uma organização cuidadosa e precisa, além de uma profunda confiança.

De acordo com Bedi (2006) o fato de a meditação atuar na limpeza e na disciplina da mente contribui para a consecução dos objetivos de prevenção criminal e reintegração social do preso.

15. Fonte: <http://www.vri.dhamma.org/research/94sem/jail1.html>, acesso 23.07.2008.

Diversas organizações voluntárias dão aulas de meditação em Tihar. Desde 1994 um centro permanente *vipassana*[16] foi aberto, onde dois cursos de dez dias de duração são organizados regularmente.

Em janeiro de 2008, o presídio Central de Coimbatore, cidade industrial no Estado de Tamil Nadu, na Índia, ampliou seu programa de yoga e meditação para os presos, depois de uma série de suicídios ocorridos entre detentos que não estavam incluídos no programa. A medida foi tomada que os presos – muitos dos quais condenados à prisão perpétua – se envolvam em alguma atividade afastando-os da depressão.[17]

3.3 Empoderamento

São dez dias intensos de curso. O dia se inicia às 4 da manhã. O grupo pratica oito horas de meditação diária, primeiramente focada nos padrões respiratórios, depois no desenvolvimento da consciência corporal e emocional.[18]

Essa prática exerce uma forte influência sobre os padrões mais antigos do indivíduo. O intervalo entre a ação e reação, permite que a pessoa reelabore a resposta que quer manifestar, e conseqüentemente, realize escolhas mais maduras,[19]

16. Denominado *Dhamma Tihar*.

17. Fonte: <http://www.valeyoga.com.br/yoga_noticias/30-01-2008/presidio-indiano-combate-suicidio-com-yoga/>, acesso 31.07.2008.

18. Os primeiros três dias são voltados à prática da *anapana* (conscientização da respiração) que envolve a observação continua do fluxo do ar entrando e saindo do copo, a qual permite a pessoa ficar no momento presente com a mente tranqüila. No quarto dia de silêncio e de *anapana*, a mente já está mais quieta e os pensamentos mais fracos. Em seguida, segue-se o *paña* – que envolve purificação da mente em direção à consciência: a pessoa observa as sensações corporais e tenta desenvolver uma atitude de não julgamento e não reação em relação a elas. Todo cheiro, barulho, gosto, contato corporal produz sensações instantâneas as quais respondemos com um tipo de reação Normalmente, cada pessoa segue um padrão de resposta aos estímulos; contudo, à medida que não se tem que dar resposta alguma, o indivíduo passa a ter consciência do que aquela sensação desperta no seu corpo e mente. O que quer que passe na mente (tristeza, raiva, alegria, insegurança) está associado a certas sensações internas, o treino está justamente observar aquela sensação, sem identificar-se com ela, já que ela passará.

19. A capacidade de elaboração do individuo está diretamente relacionado com seu grau de maturidade psíquica.

descoladas de seus padrões antigos. Possibilitar que o indivíduo faça suas escolhas de modo consciente e responsável, contribui para que ele se apodere de sua vida e de seu destino.[20]

Bedi relata no documentário que estava cansada de ouvir os presos afirmarem sua inocência e se vitimarem perante a sociedade. Ela queria que os presos se responsabilizassem por seus atos, que reconhecessem que em algum momento da sua vida eles feriram a sociedade.

Ainda que se tenha clareza da seletividade do sistema de justiça e da violência da sociedade para com alguns de seus segmentos, o caminho para fortalecer o preso não é reforçando esse tipo de discurso, ou conscientizando-os de sua situação. Os presos já são conscientes: mais do que o discurso eles têm a vivência da violência. Apoiar o discurso de vitimização significaria reforçar a idéia de que eles não são sujeitos de sua própria história, e que não existe qualquer saída possível.

3.4 Disciplina, liberdade e autonomia

Diferentemente das outras atividades que ocorrem na prisão, participar da *vipassana* requer um comprometimento maior: existem regras próprias da *vipassana* que precisam ser observadas e que são mais restritas que as da própria prisão.

As regras da *vipassana* na prisão são as mesmas que quando realizada em qualquer outro lugar. Como condição para participarem do curso, os estudantes têm de seguir estritamente algumas regras de conduta: não é permitido roubar, mentir, ter relações sexuais ou o uso de qualquer tóxico.

Os praticantes seguem uma rigorosa rotina, a qual inclui dez horas de meditação diária, sentado. Além de terem de permanecer todo o tempo em silêncio (*noble silence*) – só lhes sendo permitido conversar com os professores. O silencio

20. No documentário: *Doing time, doing vipassana*, a fala de um dos estudantes ao final de um curso de *vipassana* ilustra bem esse processo de *empoderamento* e responsabilização do indivíduo: "O que aconteceu comigo foi o que fiz a mim mesmo".

total é observado nos primeiros nove dias, no décimo dia os estudantes fazem a transação para o estilo de vida normal.

Alguns presos insistem em desrespeitar as regras da *vipassana*: fumando, quebrando o voto de silêncio ou mesmo xingando os outros presos e instrutores. Os professores respondem a essa atitude de enfrentamento sem recorrer às autoridades do presídio, eles continuam a conduzir o curso, ignorando as provocações. Sua determinação e perseverança, imbuídas de compaixão prevalecem; e alguns deles depois chegam a pedir desculpas aos professores.

A prática da *vipassana* engendra a ação de um mecanismo disciplinar próprio. O preso, além de cumprir com as exigências do sistema prisional, tem de observar as regras e restrições da *vipassana*. Conseqüentemente, o praticante da meditação se torna um indivíduo que causa menos "problemas" no cárcere, pois além da meditação diminuir a ansiedade e agressividade, a observância das regras de não beber, não usar drogas, não mentir ou brigar faz dele um preso menos "perigoso" do ponto de vista da administração prisional.

Partindo da visão de Foucault (2005) o pressuposto para a construção da subjetividade seria a construção de uma ética autônoma aos mecanismos de controle. Somente com a recusa da individualidade que lhe é imposta pelo poder é que a pessoa pode se auto-determinar. A construção de uma forma livre de subjetivação se contrapõe à sujeição. Ela ocorre à margem dos saberes constituídos e dos poderes estabelecidos, a partir da educação exercida de si por si mesmo.

São nesses espaços que o indivíduo poderá relacionar-se eticamente, consigo mesmo, fazer escolhas e produzir sua própria subjetividade. A autonomia[21] proporciona ao indivíduo a liberdade e a responsabilidade de se auto-determinar. É nesse sentido que Foucault (1995, p. 239) afirma "Temos que promover novas formas de subjetividade através da recusa desse tipo de individualidade que nos foi imposto há vários séculos".

21. Autônomo é aquele regido pela própria lei, do grego: *autos* (por si próprio) + *nomos* (lei).

A retomada pelo preso de sua identidade só é possível a partir de estratégias que facilitem a ele retomar o pensamento e a simbolização. É a partir da elaboração de sua história e da apropriação das suas escolhas que os presos podem se colocar enquanto indivíduos autônomos, "donos de seus próprios atos". O fortalecimento psíquico do indivíduo é condição para que ele construa uma subjetividade autônoma.

Certamente a disciplina imposta pela *vipassana* constitui em um mecanismo de poder. Porém, não existe vida social isenta à ação do poder. A conquista da liberdade e da autonomia pelo indivíduo não pressupõe a recusa total dos mecanismos que o aprisionam, mas requer a consciência da ação de tais mecanismos e a possibilidade de escolha entre eles.

No caso dos praticantes da *vipassana*, a escolha livre e consciente pelo indivíduo de seguir a rígida disciplina pode fortalecê-lo psiquicamente, de forma que ele se apodere do tipo de subjetividade que deseja manifestar, ainda esta seja, por vezes, funcional ao sistema de controle.

3.5 Vipassana em Tihar: resultados

O professor coordenador do curso, sr. Goenkaji, diz que não espera milagres com a *vipassana*, as mudanças levam tempo. Para ele, um curso não muda o sistema prisional, mas pode mudar as pessoas que o constituem.

Inúmeras pesquisas vêm sendo realizadas para constatar o efeito da *vipassana*[22] na prisão. Porém, assim como o que distingue o preso de outra pessoa é unicamente encarceramento, os efeitos obtidos com a meditação seriam muito semelhantes aos efeitos da meditação em qualquer pessoa: diminuição da ansiedade, aumento da energia e a possibilidade do auto-conhecimento. Como diz o

22. Todas as pesquisas aqui mencionadas estão disponíveis na forma de *paper* ou relatório de pesquisa, no endereço <http://www.vri.dhamma.org/publications/research.html>, acesso 10.07.2008.

Prof. Goenkaji: "*Vipassana* é bom para todo mundo! Todos somos prisioneiros dos hábitos e padrões negativos de nossas mentes".

A diferença da aplicação dessa técnica no campo prisional, é que ali, os níveis de angústia podem atingir níveis ainda mais elevados do que encontramos nos homens "livres". Bedi (2006, p. 200) relata que nos dias que seguiram ao curso, a atmosfera da prisão havia mudado: havia disciplina sem medo, e devoção sem coerção.

Uma pesquisa realizada sobre os efeitos da meditação *vipassana* sobre a qualidade de vida dos presos da Tihar,[23] trabalhou com três variantes: qualidade de vida, bem-estar e propensão criminal. A variável independente era a meditação *vipassana* e as variáveis dependentes a qualidade de vida, o bem-estar pessoal e a propensão criminal.

A amostra consistiu em 262 presos (232 homens e 20 mulheres), em uma série de cinco estudos que foram feitos comparando o resultado dos mesmos antes e depois da prática da meditação e ainda, comparando os resultados aos obtidos com o grupo de controle (que não estava realizando a prática).

A pesquisa concluiu que dentre os efeitos da *vipassana* estavam: aumento da dignidade do preso, do sentimento de pertencimento, e da autoconfiança e do respeito. Em relação ao grupo de controle, a sensação de bem estar pessoal aumentou e o nível de propensão criminal caiu. Dos pacientes com acompanhamento psiquiátrico, que constituíram 23% do total da amostra, relataram uma grande redução na sua ansiedade e nos sintomas depressivos.

A maior dificuldade dos pesquisadores foi o fato de que mais da metade dos pesquisados era iletrada, e se depararam com sérias dificuldades para compreender o significado das questões e, principalmente, verbalizar suas experiências pessoais. Tanto é que uma das hipóteses da pesquisa – de que a meditação teria efeitos

23. *Effect of Vipassana Meditation on Quality of life, Subjective well-being, and Criminal Propensity among inmates of Tihar jail, Delhi*, realizada pelo Dr. Amulya Khurana do Vipassana Research Institute, 2000.

positivos sobre a qualidade de vida dos detentos – não pôde ser comprovada, em grande parte devido à dificuldade dos presos compreenderem a questão.

Os resultados da pesquisa foram expressos em forma de tabelas, demonstrando o impacto da *vipassana* sobre as três variáveis dependentes (qualidade de vida, bem-estar e propensão criminal). Primeiramente estabeleceu-se a comparação do resultado dos questionários aplicados entre os praticantes e não praticantes (grupo de controle) da meditação; e depois, auferiu-se o impacto da *vipassana* na vida do indivíduo praticante comparando as respostas dadas antes e depois do curso.

Contudo, uma abordagem quantitativa parece não conseguir dar conta da realidade. A fala dos presos, a partir de uma abordagem qualitativa (não por meio de questionários e respostas objetivas) talvez ajudasse a captar as mudanças mais sutis, as quais muitas vezes nem podem ser verbalizadas. Nesse sentido é compreensível que os presos não tenham entendido o item do questionário que fazia referência à sensação de bem-estar pessoal.

Além dessa, ao menos duas outras importantes pesquisas sobre a *vipassana* nas prisões de Tihar foram realizadas. Uma sobre o papel da meditação na reforma da prisão e na reintegração social do preso na sociedade, e outra acerca dos efeitos psicológicos da *vipassana* nos presos de Tihar.

A primeira[24] constatou que para a maioria dos entrevistados, a meditação ajudou a encontrarem o equilíbrio e no controle de sua raiva e irritabilidade; atuando diretamente no nível de ansiedade do preso em relação ao seu futuro em liberdade – que é comumente distante e incerto.

A segunda[25] concluiu que a prática da *vipassana* ocasionou uma diminuição dos níveis de predisposições neuróticas e sentimentos de hostilidade, abandono

24. Realizada por Akanksha Kela: *Vipassana meditation: its role in prison reform and reintegration of prisoner into society*, 2003.

25. *Psychological effects of vipassana on Tihar Jail inmates* de autoria de Kishore Chandiramani, S. K. Verma e Prof. P. L. Dhar, 1998.

e anomia; ao mesmo tempo em que contribuiu para o aumento da esperança e da sensação de bem-estar do preso. Além disso, despertou sentimentos de compaixão e solidariedade entre os presos, aprimorando as relações dentro do cárcere.

4. Possíveis distorções: relativizando a "mágica"

Na última parte desse artigo, pretende-se problematizar a perspectiva construída anteriormente. Primeiro quanto aos riscos inerentes à defesa de um discurso de reforma e disciplinarização do indivíduo; e depois quanto ao real alcance da experiência, por conta do caráter oficial de diversas fontes utilizadas nesse trabalho.

4.1 O risco de uma perspectiva utilitarista da meditação

Um risco que se cai ao deparar com a "mágica" da *vipassana* é pensá-la sob uma perspectiva utilitarista. O uso da meditação na execução penal pode ser muito interessante à administração prisional: um meio barato, que requer pouco investimento em pessoal e infra-estrutura, capaz de manter os presos disciplinados e o ambiente prisional tranqüilo.

As leis daqueles que vivem no centro de *vipassana* são mais rígidas do que as leis do próprio cárcere, e, ainda assim, os praticantes da meditação as respeitam, sem questioná-las. Por isso, em certo sentido, a administração prisional nutre grande interesse de que os presos pratiquem a *vipassana:* além de reduzir a ansiedade e os conflitos no cárcere, eles voluntariamente optam por manter um comportamento disciplinado.

Porém, a observação das regras sem que sejam internalizadas não tem valor algum no tocante ao desenvolvimento da responsabilidade e autonomia do indivíduo. A meditação enquanto mecanismo disciplinador só tem eficácia à medida que as regras que a envolvem façam sentido para o indivíduo.

A disciplina na meditação é um meio para alcançar o desenvolvimento espiritual e não um fim em si mesmo. Logo, a meditação não pode ter como fim

a disciplina: a disciplina é que tem como fim facilitar a meditação. A inversão dessa lógica pode tornar uma prática que seria um instrumento de libertação do indivíduo em uma forma de aprisionamento mais sofisticada.

O sucesso de mecanismos disciplinares implementados de forma não-coercitiva por agentes não-estatais pode ser observado também no fenômeno da disseminação das igrejas evangélicas nos presídios brasileiros.[26]

As igrejas evangélicas preenchem o tempo do indivíduo na prisão com cultos e atividades ligadas à igreja, o que acaba por restringir suas relações àqueles que compartilham da mesma crença religiosa. Ademais impõem uma série de restrições aos indivíduos praticantes,[27] tais como: usar camisa de manga cumprida, não fumar, não jogar futebol, não fazer uso de drogas etc. Dessa forma, a igreja reforça um padrão de comportamento e um sistema de valores, diferentes daqueles inculcados na cultura prisional.

Logo, tanto as igrejas evangélicas no Brasil quanto a *vipassana* na Índia, apesar de terem como fim maior o desenvolvimento da espiritualidade, contribuem com a administração prisional na manutenção da disciplina do cárcere.

4.2 A permanência do discurso moralista na execução penal

Apesar da reforma Bedi ir ao encontro de uma perspectiva crítica de reintegração social, ela não rompe completamente com o discurso da moralidade, muito menos com a dualidade entre bom e mau, certo e errado, reintegrado e criminoso.

Por vezes o discurso reformista é ambíguo, porque se fala se em reintegração social, em perdão, em abertura da comunidade para os encarcerados, sem deixar de lado o padrão ético que conforma o sistema de controle: "Tihar endeavors to

26. Cuidadosamente estudado por Camila Caldeira: DIAS, Camila Caldeira Nunes. *A igreja como refúgio e a bíblia como esconderijo*. São Paulo: Humanitas, 2008.

27. Diversas vertentes da igreja evangélica atuam nas prisões no Brasil hoje, cada qual com suas regras.

treat every prisoner with respect and dignity. A person does not become a 'Non person' simple because he is incarcerated. The aim of the Prison Administration is to reform this misguided person into useful citizens and to reintegrate them into the society after this release" (Bedi, 2006).

Ao mesmo tempo em que o encarcerado é percebido como uma pessoa, merecedora de respeito e dignidade, é visto como alguém "inútil", que está perdido, mal guiado – como se outros caminhos, que não o do cumprimento das regras, não constituísse em uma escolha. O uso dos termos *misguided* e *useful* denuncia essa ambigüidade.

4.3 Dhamma: um oásis em Tihar?

Os que já realizam o curso de meditação se voluntariam para ajudar na realização de outros cursos. Anualmente 700 presos realizam o curso de *vipassana*. Duas vezes por mês os presos vêm de toda Tihar para fazer o curso de 10 dias no *Dhamma Tihar*.[28] Às vezes fazem mais de uma vez o mesmo programa, afinal de acordo com o Prof. Goenkaji:[29] o programa não muda, quem muda são as pessoas.

Contudo, os efeitos benéficos da técnica só ocorrem quando a mesma é praticada regularmente – o que definitivamente não ocorre com todos que passaram pelo curso. O curso de *vipassana* é só o início de um caminho que pressupõe dedicação, força de vontade e abdicação de alguns "prazeres materiais". No estudo de Akanksha Kela,[30] essa técnica de meditação só tem efeitos quando praticada, quando incorporada no dia-a-dia das pessoas.

28. *Dharma* (*dhamma*) é um conceito presente das religiões do oriente (budismo, hinduísmo e jainismo) que significa, dentre outras coisas, "o caminho para a verdade superior". Daí o nome da famosa obra *The Dharma Bums* (1958) do poeta norte- americano da *beat generation* Jack Kerouac.

29. *Doing Time, doing vipassana.*

30. *Vipassana meditation: its role in prison reform and reintegration of prisoners into society*, 2003.

Os presos que queiram se dedicar integralmente à meditação e ajudar nos cursos de *vipassana* ficam concentrados no centro de *vipassana (Dhamma Tihar)* situado na cadeia de n. 4 do complexo de Tihar. O centro, administrado pelas autoridades penitenciárias sob a orientação de Goenkaji, foi criado após o histórico curso de *vipassana* do qual participaram mais de mil presos em 1994.

A infra-estrutura diferenciada do *Dhamma Tihar* reflete, ao mesmo tempo é o reflexo, a condição privilegiada dos presos que ali habitam. São 18 celas reservadas para a meditação, "residência" para os estudantes (normalmente com 3 presos por cela), , cozinha própria para o preparo de comida vegetariana, espaços para a leitura etc.; tudo isso dentro de um complexo prisional que tem uma população duas vezes maior do que sua capacidade.[31] Segundo o relato[32] de um dos presos que mora no centro *vipassana*, outros presos ficam com inveja deles, porque ali "as pessoas têm um pouco mais do que os outros presos têm".

Sem dúvida o impacto positivo da *vipassana* pode ser percebido no *Dhamma Tihar* e naqueles que ali habitam- o que não permite, contudo, generalizar o alcance dessa experiência no restante de Tihar e consigná-la enquanto estratégia geral de reintegração social.

4.4 A oficialidade das fontes

A descrição da experiência e o sucesso da *vipassana* em Tihar descritos nesse trabalho devem ser vistos com cautela, devido ao fato de grande parte das informações aqui transmitidas terem sido produzidas pessoas ligadas aos órgãos

31. Inevitável a comparação com a experiência dos Centros de Ressocialização (CRs) criados no Estado de São Paulo a partir de 2000. Os CRs contam igualmente com uma infra-estrutura privilegiada: abrigam poucos presos; tem um modo de gestão conjunto com uma ONG, propiciando a participação da comunidade na gerência do sistema prisional. Além disso, assim como no *Dhamma*, o preso tem que seguir uma série de regras e condições para ser aceito e permanecer no CR.

32. *Doing Time, doing vipassana.*

oficiais do governo indiano. A oficialidade da informação compromete a visão global dos acontecimentos e uma abordagem mais crítica da experiência.

Tihar tem sido a vitrine do sistema prisional indiano, mostrado como um modelo de reforma prisional exemplar, a ser reproduzido em outras prisões pelo mundo. Contudo, nesse trabalho não se pôde observar, sem filtros, a realidade de Tihar, muito menos precisar o impacto da reforma no sistema prisional indiano.[33]

Logo, não se pode tomar a bem sucedida experiência de Tihar como regra nas prisões indianas. O mesmo erro incorreria um pesquisador estrangeiro que entrasse em contato com a experiência paulista dos Centros de Ressocialização (CRs) e a tomasse como paradigma das prisões brasileiras.

As relativizações aqui feitas não invalidam de nenhuma forma a experiência de Tihar. Contudo, tais ponderações são necessárias para que a magia dessa proposta não ofusque a complexidade do caminho para a construção de uma sociedade menos excludente e de uma prisão menos violenta; uma vez que esse caminho não se resume a projetos pontuais, mas exige uma transformação profunda nas concepções sociais e individuais sobre o "outro" e uma reavaliação da escolha pela punição.

5. Fontes e bibliografia

BARATTA, Alessandro. Por un concepto critico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia critica (Fórum Internacional de Criminologia Crítica)*. Belém: Cejup, 1990. p. 141-157.

BECKER, Howard. *Los extraños. Sociología de la desviación.* Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.

33. Para tanto seria imprescindível uma pesquisa realizada *in loco*, assim como um maior conhecimento do sistema prisional indiano.

BEDI, Kiran. *It's always possible.* Honesdale: Himalayan Institute Press, 2006.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *A igreja como refúgio e a bíblia como esconderijo.* São Paulo: Humanitas, 2008.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber.* Rio de Janeiro: Graal, 2005.

_____. Sujeito e o poder. In: RABINOW, Paul e DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

JUNG, Carl Gustav. *O eu e o inconsciente.* Petrópolis: Vozes, 2003.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade.* São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SYKES, Gresham. *The society of captives: a study of a maximum security prison.* Princeton: Princeton University Press, 2007.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Relatórios de pesquisa

Effect of Vipassana Meditation on Quality of life, Subjective well-being, and Criminal Propensity among inmates of Tihar jail, Delhi. Relatório final da pesquisa de autoria do Dr. Amulya Khurana, 2000. Disponível no endereço: <http://www.vri.dhamma.org/research/tihar/tihar.html>. Acesso 24.06.2008.

Vipassana meditation: role of vipassana in prison reform and reintegration of prisoners into society. Paper apresentado por Akanksha Kela, 2003. Disponível no endereço: <http://www.vri.dhamma.org/research/prison/prisonreform.html>. Acesso 31.07.2008.

Psychological effects of vipassana on Tihar jail inmates. Relatório de pesquisa de autoria de Kishore Chandiramani, S. K. Verma e Prof. P. L. Dhar, 1998. Disponível no endereço: <http://www.vri.dhamma.org/research/tihar/tihar1.html>. Acesso 20.07.2008.

Outras fontes

<http://www.vri.dhamma.org/>. Acesso 13.06.2008.

<http://tiharprisons.nic.in> Acesso 28.07.2008.

Filme Doing time, doing vipassana (Ayelet Menahemi and Eilona Ariel, Israel/Índia 1997). Mais informações: <http://www.karunafilms.com/Dtdv/Dtdv.htm>. Acesso 20.07.2008.