ISSN 1415-5400



IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

71

março-abril de 2008

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 16 n. 71 março-abril 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
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

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

2ª 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
Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Heloisa Estellita

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

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
Rui Stoco

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, Augusto Eduardo de Souza Rossini, 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 Livianu, Roberto Mauricio Genofre, 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, Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 72 – maio-junho – 2008

La fidelidad al derecho como categoria de la culpabilidad

Urs Kindhäuser

El derecho penal para las sociedades perifericas americanas – Una propuesta para América del siglo XXI

José Fernando Botero Bernal

Suspención condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?

Pablo Galain Palermo

Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP)

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Apresentação

Esse número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* reúne diversos artigos que refletem os temas debatidos no XIII Seminário Internacional de Ciências Criminais, realizado pelo IBCCRIM entre os dias 08 a 11 de outubro de 2007. São renomados juristas nacionais e internacionais que abrilhantaram o evento e que agora dividem com os assinantes da Revista as suas reflexões sobre temas atuais e polêmicos.

Sumário

1. Direito Penal

A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal 11
Jorge de Figueiredo Dias

Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do "roubo do conflito" pelo Estado) 31
Cláudia Santos

Não à redução da idade penal 50
João Batista Costa Saraiva

De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado 70
José Luis Díez Ripollés

La trata de personas y el problema de su bien jurídico 126
José Luis Guzmán Dalbora

Sentido y límites de los delitos de terrorismo 147
Manuel Cancio Meliá

Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006 181
Nereu José Giacomolli

O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena 205
Ulfrid Neumann

2. Processo Penal

Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos 233
Ela Wiecko V. de Castilho

O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? 250
Rodrigo de Grandis

Lei Maria da Penha: uma *lei constitucional* para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero 266
Shelma Lombardi de Kato

Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas 297
Carolina Yumi de Souza

3. Crime e Sociedade

A violência nos estádios 326
Heloisa Helena Baldy dos Reis

Reforma do Poder Judiciário 344
J. J. Calmon de Passos

3.1 Sistema Prisional

Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil 364
Fernando Salla

5. Índice Alfabético-Remissivo

Autores 391
Temas 393

Normas de publicação 397

1. Direito Penal

A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal

Jorge de Figueiredo Dias
Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

Resumo: O artigo prende-se com a necessidade de definição jurídico-penal do conceito de criminalidade organizada: só na sua base está o legislador democrático legitimado para lhe ligar gravosas consequências penais substantivas e processuais penais, sem violação do princípio da legalidade criminal. Aquele conceito deve supor, por um lado, a prática do crime *de* associação criminosa e, por outro, a prática (ao menos sob a forma da tentativa) de crimes *da* associação de particular natureza e gravidade. Crimes estes – de tráfico (de drogas, de armas, de órgãos, de seres humanos...), de branqueamento, de corrupção – cuja prática planeada seja presidida pelo intuito de lucro, em que sejam utilizadas estruturas de tipo empresarial, societário ou análogo, usando da força ou de outros meios destinados a causar medo ou servindo-se da influência da política, da mídia, da administração pública ou da economia. Através desta forte restrição conceitual se espera alcançar um duplo resultado: o de afrontar com êxito os grandes e novos riscos globais da sociedade atual e futura, preservando o mais possível os direitos individuais fundamentais das pessoas; e o de defender em todos casos a eminente dignidade que toda pessoa humana detém, tratando-a como pessoa e não como excluída ou inimiga.

Palavras-chave: Criminalidade organizada – Associação criminosa – Novos métodos de investigação criminal – Agente infiltrado ou encoberto – Princípio da dignidade da pessoa humana.

Abstract: This article deals with the need of a legal-criminal definition for the concept of organized crime: only with this basis, is the democratic legislator legitimately able to grant it serious criminal substantive punishment, without violating the criminal legality principle. That concept must consider, in one hand, the, procedure of crime of criminal association and, on the other hand, the procedure (at least, by means of an attempt), of criminal association of a particular nature and gravity. Crimes of trafficking (drugs, weapons, human organs...), money laundering, corruption, whose planned practice aims at profiting, where we can find corporate or similar structure, where we have the use of violence or other means of threat or where we have the influence of politics, the media, the public administration, or the economy. By using such strong conceptual restriction we hope to achieve a double result: to successfully face major and new global risks posed by the current and future society, maintaining the fundamental individual rights of the person: and to defend, in all cases, the eminent dignity that each person has, to be treated as a person rather than an excluded individual or enemy.

Keywords: Organized crime – Criminal association – New methods of criminal investigation – Undercover agent – Principle of dignity of a human being.

Área do direito: Penal; Processo penal

I

O fenómeno da criminalidade organizada tornou-se objecto de uma profusão já praticamente indominável de estudos e de proclamações da mais diversa índole, a partir dos mais variados pontos de vista: sócio-filosóficos, sócio-económicos, histórico-culturais, político-internacionais, político-criminais, criminológicos, ou, pura e simplesmente, políticos. Neles se afrontam temas tão magnos e decisivos como os da sociedade pós-moderna e do fim da sociedade industrial, do dogma do progresso material e técnico-instrumental ilimitado, da globalização, da massificação, da internacionalização do fenómeno criminal.

Contrastando com este *mare magnum* de estudos, são ainda relativamente poucos os esforços doutrinários e dogmáticos para construir, sem ambiguidades, a

noção *jurídico-penal* de *criminalidade organizada*. E todavia, a questão que se suscita é, para um penalista, primária e inarredável. Caminhando à frente da doutrina, os legisladores vêm usando profusamente o conceito de *criminalidade organizada* ou conceitos análogos tanto a nível nacional, como internacional. E usam-nos para lhes ligar efeitos jurídicos de natureza criminal ou processual penal de vária natureza e da mais relevante importância: ao nível seja da determinação dos limites da jurisdição; seja do âmbito de validade e de competência da lei penal; seja de efeitos sancionatórios directos (*maxime*, o confisco) ou indirectos (efeitos da punição); seja da determinação da responsabilidade dos agentes individuais co-envolvidos; seja da limitação ou negação de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente processuais, dos implicados.[1]

Uma situação insuportável e insustentável, esta, porque[2] violadora do princípio da *legalidade* penal no seu mais amplo sentido (e não exclusivamente no sentido estrito traduzido na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*): um princípio – o da legalidade de toda a matéria penal – nascido e desimplicado à sombra da doutrina iluminista, que passou a fazer parte do *acquis* civilizacional da humanidade e a que ninguém hoje está disposto a renunciar.

Fica assim indicada a delgada aresta em que pretendo sentar-me para tentar, a partir dela, oferecer o meu modesto contributo para o esclarecimento jurídico-penal da questão da criminalidade organizada. Não se ouvirão hoje de mim, por conseguinte, quaisquer palavras (que, de resto, tive já, noutras alturas, ocasião de proferir desta mesma prestigiada tribuna) a propósito de temas como os da globalização, da sociedade pós-industrial, da razão técnico-instrumental e das suas consequências – e da necessidade, real ou presumida, de a partir deles submeter a dogmática penal a um novo e diferente modelo relativamente ao paradigma do direito penal do bem jurídico. O meu problema de hoje reduz-se a um ensaio,

1. Sobre estas implicações logo, muito claramente, a "Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional" – dita "Convenção de Palermo" – de 2000.

2. Como já há algum tempo fez notar Alberto Silva Franco, a propósito da Lei brasileira 9.034/95, em A. Silva Franco; Rui Stoco (Coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, v. 2, 2001, p. 575 e ss.; diferentemente L. Flávio Gomes; Raul Cervini. *Crime organizado*, 1997, p. 100 e s.

canhestro embora, sobre a necessidade ou a desnecessidade, a conveniência ou a inconveniência, de juridificação penal do fenómeno extra-penal da criminalidade organizada. E, caso deva concluir-se pela sua necessidade e conveniência jurídico-penais, sobre a forma preferível da sua construção.

II

Começo por prevenir um equívoco frequente, que não é próprio todavia apenas de aprendizes do direito penal, antes se nota, quantas vezes, claramente cometido por legisladores da mais *haute portée*, nacionais e internacionais. A juridificação penal da criminalidade organizada, a considerar-se conveniente ou mesmo indispensável, não passa necessariamente pela consagração nos ordenamentos jurídico-penais do "*crime* de criminalidade organizada". A criminalidade organizada constitui antes de tudo (é este, como disse já, o seu ponto de partida) um *fenómeno* social, económico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea; de tal modo significativo na vida dos povos e das pessoas que não pôde deixar de apelar para a sua consideração pelo direito. Em consequência, é um fenómeno – neste aspecto, análogo a tantos outros: a criminalidade terrorista, a criminalidade política, a criminalidade económico-financeira... – que clama pela sua relevância jurídico-penal a múltiplos e decisivos propósitos. Isto porém é uma coisa, outra completamente diferente a tentativa de elevar a criminalidade organizada à categoria de *crime*, de a *criminalizar qua tale*, de a *tipificar*, de a constituir em um *tipo-de-ilícito* ou em um *tipo-de-crime* autónomos, de procurar a determinação de um *bem jurídico* específico que por via dela se vise tutelar e proteger.

A criminalidade organizada enquanto entidade jurídico-penalmente relevante constitui antes, em meu parecer, um simples conceito jurídico *instrumental* ou *conceito-meio*, que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal.[3] A que tipos de crime deve ela ligar-se? Por outras palavras, quais as suas condições ou pressupostos? Qual a essência das suas formas? Eis as perguntas que me

3. Num sentido próximo, embora de cariz jurídico mais atenuado, se fala também, neste contexto, de um *conceito estratégico*: cf. a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento

proponho considerar muito brevemente, tentando distinguir, de modo tão claro quanto eu for capaz, os diversos planos que nesta matéria devem conjugar-se para eventualmente oferecer fundamento à juridificação penal da criminalidade organizada.

III

O primeiro plano e, em meu modo de ver, fundamental, como *conditio sine qua non* da viabilidade e prestabilidade do conceito jurídico-penal de *criminalidade organizada* é a existência, no respectivo ordenamento jurídico-penal nacional, do *crime* de *organização* ou de *associação criminosa* enquanto, este sim, verdadeiro tipo-de-ilícito autónomo, dotado de um específico bem jurídico. Deste modo aparecerá clara a desnecessidade e a inconveniência da construção de um crime singular de *criminalidade organizada*: como puro conceito-meio ou conceito instrumental, ele deve ligar-se antes de tudo ao crime de associação criminosa, embora com ele se não confunda ou a ele se limite, antes tenha de representar um *plus*, uma exigência adicional determinante de consequências jurídicas – substantivas, processuais, jurídico-internacionais – de particular intensidade e gravidade. Ainda antes porém que eu prossiga nesta via parece-me adequado deixar aqui algumas ideias sobre o crime de associação criminosa (cuja justificação, na doutrina, não é em verdade indiscutida) tal como se assume hoje na talvez maioria das legislações, sobretudo europeias.[4-5]

Constante já do Código Penal napoleónico de 1810 sob a forma da *associação de malfeitores*, o crime em questão teve de se adaptar a uma fenomenologia

Europeu, de 02.06.2005, intitulada "Elaboração de um conceito estratégico para combater a criminalidade organizada".

4. Sobre o que se segue neste apartado cf. Figueiredo Dias. As associações criminosas no Código Penal português de 1982 (artigos 287.º e 288.º), separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1988, p. 13 e ss. e Idem, em Figueiredo Dias (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, t. II, 1999, p. 1.115 e ss. Fundamentalmente no sentido do texto pode ver-se a bibliografia alemã citada por Fischer, em Tröndle; Fischer. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 2007, § 129, n. m. 2 e ss.

5. E que não coincidirá porventura exactamente (se bem que eu não queira decidir aqui a questão em definitivo: cf., no entanto, a seguir, em texto) com a incriminação, de sabor ainda napoleónico e oitocentista, do *bando ou quadrilha* prevista no art. 288 do CP brasileiro vigente. Sobre este preceito, para além dos citados na nota 2, cf. J. Silva Júnior, em Silva Franco; Rui Stoco (Orgs.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 1997, v. 1, t. II, p. 3.322.

ou realidade criminal em mutação, emancipando-se progressivamente das manifestações históricas da criminalidade de associação: os *chauffeurs*, o *banditismo social* de malfeitores de estrada, vagabundos e mendigos, as organizações secretas de carácter político ou religioso. Para passar a referir directamente a sua razão de ser político-criminal à *perigosidade acrescida* que para a generalidade dos bens jurídicos penalmente relevantes resulta logo da existência de toda e qualquer associação criminosa. Isto é – assim se caracteriza hoje o crime de associação criminosa na generalidade das legislações que o conhecem –, de *um qualquer grupo, organização ou associação cuja finalidade, exclusiva ou principal, seja a prática de crimes, de quaisquer crimes*.

Por esta forma ganha o tipo-de-crime de associação criminosa um específico bem jurídico a tutelar: a *paz pública*, no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida livre da especial perigosidade de organizações que tenham por escopo o cometimento de crimes. Não se trata pois da intervenção da tutela penal apenas quando foi posta já em causa a *segurança* ou a *tranquilidade* públicas pela ocorrência efectiva de crimes. Trata-se de intervir num *estádio prévio*, através de uma dispensa *antecipada* de tutela, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda efectivamente violadas, mas se criou já um *especial perigo de perturbação* que só por si viola a paz pública; conformando deste modo a *paz* um conceito mais amplo que os de segurança e tranquilidade e podendo ser posta em causa quando estas ainda o não foram. Insisto: a mera existência de associações criminosas, ligada à dinâmica que lhes é inerente, põe em causa a paz que a ordem jurídica visa criar nos seus destinatários e a crença na manutenção daquela paz a que os cidadãos têm direito, substituindo-os por um nocivo sentimento de receio generalizado e de medo do crime. Com o que o tipo de ilícito da associação criminosa se assume, nesta medida, como o de um verdadeiro *crime de perigo abstracto*, todavia assente num substrato irrenunciável: a *altíssima e especialíssima perigosidade* da associação, derivada do seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros.

Aqui reside a *justificação político-criminal* da incriminação. A referida perigosidade especial prende-se sobretudo com as transformações da personalidade individual no seio da organização. Esta tende a quebrar os laços que ligavam os seus membros à cultura da legalidade e a induzir a interiorização de lealdades subculturais ou contraculturais. O que tem como efeito uma redução drástica do sentido da responsabilidade individual e uma mobilização para a actividade criminosa;[6] daqui resultando uma especial frustração do princípio de prevenção geral positiva ou de integração, justamente assente na interiorização das normas.

Esta consideração não constitui mero discurso teorético e abstracto, mas, pelo contrário, o fundamento *praticamente* mais importante para correcta interpretação do tipo-de-ilícito; e que directamente conduz a que da sua *área de tutela* seja *excluída* qualquer factualidade que não releve da especial *perigosidade* da associação, da sua autónoma *danosidade social* e da sua específica *dignidade penal.* Ela indica, de resto, a via de solução do problema mais complexo de interpretação e aplicação que aqui se suscita e que é, na verdade, o de distinguir cuidadosamente – sobretudo quando se tenha verificado a prática efectiva de crimes pela organização, isto é, quando se tenham verificado, para além do crime *de* organização, crimes *da* organização – aquilo que é já associação criminosa daquilo que não passa de mera *comparticipação criminosa*, de mero *concurso de pessoas* como a propósito se exprime, na linha do Código Rocco, o Código Penal brasileiro.

Para tanto se torna indispensável uma cuidadosa aferição, pelo aplicador, da existência *in casu* dos elementos típicos que conformam a existência de uma *organização* no sentido da lei. *Em muitos casos porém tal não será suficiente.* Sendo neles indispensável que o aplicador se pergunte se, no caso submetido à sua apreciação, logo da mera associação de vontades dos agentes resultava sem mais *um perigo para bens jurídicos protegidos notoriamente maior e diferente* daquele que existiria se no caso se verificasse simplesmente uma qualquer forma de compar-

6. Assim também Rudolphi, em *Systematischer Kommentar*, II, 1993, § 129, n. m. 2.

ticipação criminosa. E que só se a resposta for indubitavelmente afirmativa possa vir a considerar integrado o tipo de ilícito da associação criminosa.

Uma análise da já abundante *jurisprudência portuguesa* sobre o assunto não deixa de dar amplo ensejo a que eu sublinhe este ponto com ênfase particular. Nos primeiros anos de vigência do Código Penal de 1982, com efeito, aquela jurisprudência não terá sido suficientemente exigente quer em tema de verificação dos elementos constitutivos típicos da *associação*, quer, ainda menos, na consideração autónoma da distinção entre *associação* e mera *comparticipação criminosa*. O que em parte terá derivado também da pressão exercida pelos órgãos de perseguição penal (Polícias e Ministério Público), que encontram vantagens de diversa ordem em fazer acrescer a uma qualquer investigação ou acusação a de associação criminosa: aqui reside, na verdade, o maior perigo da consagração do crime de associação criminosa para os direitos, as liberdades e as garantias dos cidadãos. Pode todavia afirmar-se que esta errónea jurisprudência se encontra hoje ultrapassada e foi substituída por uma orientação dominante mais consciente da especificidade típica do crime de associação criminosa e do fim de protecção da norma que o prevê; como se revela pelo significativo número de casos em que a acusação do Ministério Público por aquele crime vem sendo recusada pelos tribunais portugueses.

Ficam deste modo afastadas concepções do bem jurídico protegido pelo tipo da associação criminosa como aquela (ainda dominante, por exemplo, na doutrina italiana)[7] que o faz residir numa *ordem pública* inevitavelmente vaga e dificilmente substantivável. Porque a recondução do tipo de ilícito a um bem jurídico autónomo, que se não dissolve na noção ampla e indeterminada de *ordem pública*, ajuda a pôr em evidência o essencial, isto é, como disse, a especial perigosidade ínsita na própria organização.

Por isso deve em definitivo recusar-se também uma orientação, hoje bastante difundida na doutrina alemã, segundo a qual não existiria aqui verda-

7. Cf. a vasta indicação bibliográfica constante de Insolera, *L'associazione per delinquere*, 1983, p. 142 e ss.

deiramente um bem jurídico autónomo: a incriminação da associação criminosa visaria "impedir a actividade dirigida à prática de crimes", teria "apenas uma *função preventiva*", propondo-se tão-somente "reprimir as agressões aos bens jurídicos tutelados nos singulares tipos da Parte Especial, excepcionalmente já no estádio preparatório", deste modo conduzindo a "uma antecipação generalizada da tutela penal para o estádio preparatório".[8] O assinalar ao tipo de ilícito a função de tutela de um autónomo e específico bem jurídico acaba por delimitar mais exactamente (e, em consequência, por estreitar) a área de tutela; e por evitar que o preenchimento do tipo de ilícito se considere perfeito com a mera alegação de uma antecipação da protecção penal dos crimes contidos na Parte Especial do Código Penal para o estádio dos actos preparatórios. Assim se evitando, até onde é possível, os perigos reais de uma aplicação inadequada da norma incriminatória, fazendo-a coincidir rigorosamente com o sentido político-criminal que lhe está subjacente.

Em conclusão quanto a este ponto: suposta uma correcta interpretação do propósito político-criminal, da estrutura jurídica e da função no sistema do tipo-de-crime de associação criminosa, ele surge como uma pedra inarredável da construção de um ordenamento jurídico-penal moderno que se queira justo e eficaz.

IV

A considerar-se procedente a exposição anterior, poderia pensar-se que a consagração generalizada nos ordenamentos jurídico-penais do crime de *associação criminosa* resolveria, do mesmo passo, a problemática jurídica do conceito de *criminalidade organizada*: criminalidade organizada, para o efeito de se lhe ligarem as consequências previstas pela lei substantiva, processual e internacional penal, existiria sempre que se verificasse a existência de uma *associação criminosa*, porventura se exigindo apenas que ela tivesse *passado à acção* ou se encontrasse prestes a isso, isto é, que ao crime *de* organização se ligasse a verificação ou perigo concreto de verificação de um ou mais crimes *da* organização.

8. Assim, com vastas indicações concordantes, Rudolphi, loc. cit. na nota 6.

Se bem que a criminalidade organizada – assim se desenvolveria um tal argumento – constitua indiscutivelmente um fenómeno sócio-criminológico específico, o seu tratamento jurídico-penal conter-se-ia integralmente no tipo-de-crime da associação criminosa, constituindo, este, remédio para atalhar suficientemente à necessidade de reacção jurídica àquele fenómeno; tanto mais quanto o crime de associação criminosa é já em si mesmo (*sc.*, logo como crime *de* organização) severamente punido pela generalidade das legislações que o consagram. O que porventura sobrasse ainda – considerando sobretudo que a criminalidade organizada se assume hoje, e cada dia mais, como criminalidade global, definitivamente massificada e internacionalizada – seria a necessidade de, para um seu controlo minimamente eficaz, se multiplicar a coordenação informativa e de actuação dos órgãos de perseguição penal (Polícias, Ministério Público, Tribunais) dos diversos países implicados; como de resto se revela à evidência nos inúmeros instrumentos jurídico-internacionais e regionais que, na sua própria expressão, se propõem a "luta contra a criminalidade organizada".[9] Nesta medida, porém, o que excedesse o quadro oferecido pelo crime de associação criminosa relevaria de uma natureza exclusivamente *administrativo-policial*, no seu sentido mais amplo,[10] e não teria de possuir reflexo directo no ordenamento jurídico-penal.

Não creio porém que esta argumentação deva considerar-se procedente. É verdade ser a especial perigosidade ínsita em qualquer organização criminosa e o perigo acrescido que a sua existência representa para a paz pública o fundamento da sua incriminação e o constituinte do autónomo bem jurídico a proteger. Mas isto é uma coisa, outra diferente e muito mais grave as consequências jurídicas, de natureza inquestionavelmente penal, que as leis nacionais e internacionais ligam já à existência de uma associação criminosa e à prática por ela de concretos crimes quando esta ocorra *de forma organizada*, quando ela constitua criminalidade organizada.

9. Exemplares, a propósito, os instrumentos internacionais referidos nas notas 1 e 3.

10. De um "direito policial sob as formas do direito penal" fala por exemplo, a este respeito, Fischer, em Tröndle; Fischer, como na nota 4, § 261, n. m. 4b.

Sem pretender uma enumeração exaustiva de tais consequências ou efeitos jurídicos, referirei aqueles que mais importantes se me antolham para o prosseguimento da minha argumentação, pondo por isso entre parênteses os que não ultrapassem o nível administrativo-policial e referindo apenas aqueles que assumam directa relevância para a matéria penal. Desde logo, consequências jurídico-penais no plano das sanções, *v.g.*, quando se recomenda vivamente a nível da lei internacional ou se prevê já a nível das leis nacionais que em caso de criminalidade organizada, e dado o propósito de lucro que sempre, em último termo, a esta criminalidade preside, se consagre a pena de confiscação dos bens e valores pertencentes à associação. Depois – e sobretudo –, consequências a nível processual penal, ligadas directamente ao alargamento dos limites de perseguição penal, *maxime* em matéria de métodos e procedimentos legítimos de investigação, com a consequente regressão da incidência das chamadas proibições de prova. *Sobretudo*, disse, porque aqui surge o mais complexo problema jurídico-penal de toda esta problemática, mas também aquele da resolução do qual dependerá a necessidade ou conveniência de juridificação penal do conceito de *criminalidade organizada*.

Pressinto neste momento uma objecção de ordem metodológica: a de me aprestar a determinar as consequências jurídicas de um conceito para, a partir delas, determinar, de acordo com as exigências do princípio da legalidade penal, os seus exactos contornos e a sua desejável e justificável amplitude. Assumo abertamente que é isso mesmo que me proponho fazer. O conceito de *criminalidade organizada* não deriva aprioristicamente nem do dicionário, nem da natureza das coisas, nem sequer, em definitivo, das especificidades sócio-criminológicas que o fenómeno respectivo possa apresentar; se bem que, quanto a este último ponto, também não possa ser construído em termos tais que desconheçam ou contrariem a realidade a que se refere. Se se pretender contestar este caminho metódico, direi que ele não é substancialmente diferente daquele que, já há mais de um século, esteve presente na escola dita da *jurisprudência dos interesses*; agora em alguma medida refeita e funcionalizada em nome daquilo que no pensamento metódico-filosófico se vai

chamando um pensamento "a partir do resultado" ou, na respectiva expressão alemã cunhada por Niklas Luhmann, uma construção "vom Ergebnis her".[11]

Ultrapassado este aparente escolho, vejamos então, com mais pormenor, quais as consequências jurídico-processuais que, em matéria de investigação e de recolha e valoração da prova, se procura ligar ao conceito de criminalidade organizada e de que maneira podem elas justificar a necessidade e conveniência da sua definição legal. Permitir-me-ei só anotar que algo de paralelo ao que em seguida exporei se passa com a *criminalidade terrorista*; esta, todavia, por toda a parte consagrada nos ordenamentos jurídico-penais respectivos por forma muito mais respeitadora das exigências da legalidade penal. O que certamente exige que a doutrina e a dogmática jurídico-penais trabalhem sobre a juridificação penal do conceito de *criminalidade organizada* de forma mais aturada.

V

Parto, para consideração da temática que agora proponho considerar, dos *novos âmbitos problemáticos* que se colocam à legislação e à ciência do processo penal nos últimos tempos, fruto da necessidade instantemente sentida de uma protecção estadual reforçada, dos indivíduos e da comunidade, face aos grandes e novos riscos que ameaçam a humanidade; eles também, por sua parte, produto acabado dos vertiginosos avanços empírico-científicos, técnicos, industriais, mas também políticos e sociais que a evolução da razão técnico-instrumental vem permitindo; face por isso, também e de modo muito particular, ao fenómeno da criminalidade organizada.

Esta circunstância[12] tem feito aumentar o requisitório em favor de uma *eficiência funcionalmente orientada* do processo penal; responsável porém por um estreitamento dificilmente admissível ou mesmo insuportável das margens de exercício de direitos e liberdades das pessoas. É um truísmo afirmar a necessida-

11. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 14 e 31 e ss.

12. De alguma forma, paralelamento ao que se segue, Roxin, La ciência del derecho penal ante las tareas del futuro, em Eser; Hassemer; Burkhardt. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (Muñoz Conde, Coord. da versão espanhola), 2004, p. 389.

de de equilíbrio da tensão entre a exigência, por uma parte, de manutenção do processo penal como um sistema de sólida garantia dos direitos fundamentais do cidadão; e, por outra parte, de abertura ao tratamento eficiente de formas altamente organizadas de criminalidade gravíssima. No porfiar e alcançar este equilíbrio difícil e instável radicará a imensa tarefa legislativa e doutrinal de futuro, de cujas dimensões mal começamos a aperceber-nos e que até agora só tem sido empreendida pelos legisladores de forma incipiente. E todavia, o que aqui está em jogo é nada menos que a concepção básica de todo o processo penal. Um Estado Democrático tem, pura e simplesmente, de garantir este equilíbrio... ou resignar-se a perecer. Limitar-me-ei a apontar dois exemplos que me parecem especialmente importantes no contexto presente.

O primeiro tem que ver com a circunstância de os novos horizontes técnico-científicos terem aberto a porta a *métodos de investigação* no processo penal até há não muito tempo desconhecidos: aqui se incluem, entre outros, os métodos de investigação computadorizados ou, de forma mais geral, permitidos pelos avanços informáticos (nomeadamente, a confrontação de dados e a criação de apertadas redes de informação), a aparição de formas de vigilância e de registo de voz e de imagem através de câmaras ou de sofisticados aparelhos de escuta e de gravação, a análise genética.

Um pouco por toda a parte, os legisladores – incentivados pelos avanços jurisprudenciais na matéria, provenientes sobretudo dos tribunais constitucionais e internacionais – têm tentado que estes novos métodos, que já não estão longe da utopia do *big brother*, sejam ainda compatíveis com os direitos fundamentais das pessoas, em particular, do direito à autodeterminação informativa dos atingidos; e representem a menor limitação possível dos princípios gerais fundamentais do processo penal, *maxime*, dos relativos à legitimidade da prova. Mas a doutrina deve ainda trabalhar aprofundadamente na determinação do ponto de equilíbrio ou de concordância prática dos interesses conflituais em jogo. Para poder depois cumprir a sua precípua função de sugerir, aconselhar ou dirigir ao legislador propostas de formulação legislativa adequadas e tendencialmente globais neste campo.

Um outro tema central do trabalho dogmático e legislativo futuro respeita à cada vez mais crucial intervenção na investigação criminal de *agentes provocadores, encobertos ou infiltrados* e dos chamados *homens de confiança* dos órgãos de polícia criminal. Sabe-se como uma tal problemática se desdobra em duas vertentes. Uma respeita ao direito penal substantivo, quanto a determinar se, como e em que medida pode o agente oculto vir a ser responsabilizado pelo crime cometido pelo executor. Outra, não meramente consequencial da anterior, releva autonomamente em matéria de *provas proibidas*.

Algumas legislações empreenderam já uma regulamentação do problema, todavia limitada a certas situações e muitas vezes duvidosa ou mesmo contestável nas soluções preconizadas. Outras legislações continuam a omitir qualquer regulamentação, deixando que tudo se passe ao nível da aplicação dos princípios legais gerais em tema de *provas ilícitas* e de *proibições de prova*. Este último caminho parece-me, nos resultados a que pode conduzir, em geral criticável. Não que eu queira sufragar a tese de que a grande e nova criminalidade moderna só pode combater-se com a plena admissibilidade da prova carreada por homens ocultos e de confiança. Mas quero opor-me igualmente à tese contrária, da total inadmissibilidade de princípio, seja qual for o tipo de criminalidade em causa, da actuação de tais agentes.

Todo o tema que venho considerando é hoje, por outro lado, prevalentemente reportado à alternativa "política criminal liberal" *versus* "política criminal securitária": concretamente, à alternativa entre um processo penal centrado na incolumidade dos direitos do arguido (concebido por isso, em primeira linha, como meio de defesa face ao intervencionismo estadual) e um processo penal centrado na realização eficiente da pretensão punitiva pública como instrumento de uma defesa social adequada. Permito-me duvidar que uma tal consideração seja a mais exacta.

Do que se trata, no requisitório em favor de uma eficiência processual acrescida, não é de conferir de novo à *verdade material* império ilimitado, como nos tempos do famigerado processo penal inquisitório, à custa da verdade processualmente válida. Trata-se, em meu parecer, antes e sobretudo de, no estabelecimento

da concordância prática entre os interesses conflituantes, integrar o interesse das vítimas reais e potenciais, presentes e futuras, da grande e nova criminalidade. Tem aqui preciso lugar o apelo a uma acrescida solidariedade indispensável para oferecer um futuro à humanidade. Por esta via chego à exigência – político-criminalmente imposta – de uma consideração diferenciada e diversificada de todo o problema.

O ponto de equilíbrio dos interesses conflituantes deve ser um para a criminalidade *geral*, mesmo quando deva reputar-se grave ou muito grave. Neste domínio, a legislação, a jurisprudência e a doutrina devem prosseguir o caminho que vêm trilhando de afinamento da compatibilidade entre os novos métodos de investigação e de obtenção da prova com os princípios constitucionais (princípio estrito de proporcionalidade, de autodeterminação pessoal, de reserva da vida privada etc.) e processuais penais (reserva de lei e de juiz, lealdade processual, suspeita fundada, contraditório, oralidade, imediação, entre outros).

Mas o ponto de equilíbrio dos interesses conflituantes já deve ser outro, e diferente, para a grande e nova criminalidade, concretamente, para o terrorismo e a criminalidade organizada. Aqui, as *vítimas*, na acepção ampla em que delas falei atrás, têm um direito indeclinável a uma protecção reforçada e, consequentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual. Com uma dupla e inultrapassável limitação, em todo e qualquer caso. Logo, a que resulta do respeito pelo *núcleo irredutível da dignidade humana* que pertence também ao criminoso mais brutal e empedernido. E depois, a que deriva da exigência jurídico-constitucional de não diminuição, pela legislação ordinária e pela sua aplicação, "da extensão e do alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais" em matéria de direitos, liberdades e garantias, e portanto também daqueles que pertencem à chamada Constituição Processual Penal. Através de uma e de outra limitação ficarão preservados, na maior medida possível, os princípios processuais penais clássicos, próprios de um Estado de Direito.[13]

13. Com o que fica dito confio em que se reconheça como absolutamente injustificável o paralelo que se fosse tentado a retirar entre a *consideração diferenciada* que avanço para os casos de

É minha profunda convicção que, se nos não decidirmos em favor de uma consideração diferenciada deste teor, chegaremos, em breve prazo, a uma situação insuportável: a de nos vermos confrontados com a existência de seres humanos – os terroristas primeiro, os criminosos especialmente perigosos e brutais depois, em seguida sabe-se lá quem mais... – aos quais é retirada pura e simplesmente a protecção do Direito e são degradados à condição de não-pessoas, de *inimigos* ou de *excluídos*. Casos como os de *Guantanamo Bay* talvez dêem a compreender que se não trata nesta afirmação de previsão catastrófica e destituída de fundamento.

Nem terá sido outra – seja-me permitida esta nota pessoal – a razão por que, vão lá 20 anos, o Código de Processo Penal português logo fez questão de salvaguardar a possibilidade de edição de normas especiais, de carácter restritivo, relativamente aos casos que chamou de "terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada" (art. 1.º, n. 2). Concedo que o terá feito sem afinada consciência dogmática, renunciando a uma regulamentação global e adequada dos pontos processuais de crise (sobretudo em matéria de validação das provas), preenchendo a fórmula com índices demasiado largos tanto em matéria de catálogo, como de pena aplicável. Mas a premonição do que seriam os tempos vindouros lá ficou, à espera de desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários que infelizmente não tiveram lugar em medida significativa; e que me permito duvidar que tenham sido alcançados a este propósito pela lei de alteração do Código de Processo Penal português há alguns dias entrada em vigor (15.09.2007). Também por aqui se provando que afinal, às vezes, ai de nós!, de pouco ou nada vale ter razão antes do tempo.

VI

Entro assim na última parte do meu argumento. Procurei até agora demonstrar que o conceito jurídico-penal de *criminalidade organizada* deve supor,

terrorismo e de criminalidade organizada (nos termos limitados ainda a definir exactamente) e a Lei brasileira 8.072, de 25.07.1990, conhecida como "lei dos crimes hediondos". Criticamente sobre esta, de forma concludente, os estudos paradigmáticos de A. Silva Franco, *Crimes hediondos*, 1991, 2005 e em Silva Franco; Rui Stoco, como na nota 2, p. 1.165.

por um lado, a prática do crime de associação criminosa e, por outro, a prática pela associação de crimes – no estádio da consumação, da tentativa ou mesmo da preparação – de particular natureza e gravidade (os chamados *crimes do catálogo*). Que crimes são esses? É esta decerto uma questão que só ao legislador penal cumpre em definitivo decidir e em que não pode pertencer à doutrina qualquer papel proactivo ou modelador. Em todo o caso, algo deve ser anotado a este propósito – algo tão importante que daqui pode resultar a legitimidade ou a ilegitimidade constitucional e democrática do conceito de *criminalidade organizada* que procuro estabelecer.

Acabei de dizer que os crimes do catálogo devem possuir uma particular natureza e gravidade. O critério de uma e de outra deve ir buscar-se à ideia de que tais crimes têm de ter uma natureza e uma gravidade tais que legitimem, do mesmo passo, a especial severidade com que o direito penal quer tratar a criminalidade organizada. Que justifique, por conseguinte, que – tal como sucede já com a criminalidade terrorista –, também relativamente à criminalidade organizada, atenta a quantidade inumerável das suas vítimas reais e potenciais, presentes e futuras, o ponto de equilíbrio ou de concordância prática entre uma defesa tão efectiva quanto possível dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, por uma parte, e a defesa de interesses irrenunciáveis da comunidade, por outra parte, sofra uma deslocação em favor de uma maior relevância dos interesses comunitários e de uma mais limitada protecção dos direitos individuais. Sendo indispensável que o legislador penal – sejam quais forem os clamores dos *lobbies* provenientes dos órgãos de perseguição penal, dos mídia ou de uma opinião pública intoxicada por uns e outros com o *medo do crime* – não ceda à tentação de alargar o catálogo com a invocação das suas obrigações relativamente à preservação ou ao incremento da segurança pública geral. Para cumprir tais obrigações devem o político e o legislador – aqui sim – servir-se de meios extra-penais, inclusivamente, de meios não jurídicos de contenção e de controlo.

Não me proponho indicar, repito e reitero a razão invocada, quais devam ser os crimes do catálogo e de que sempre se apontam como exemplos paradigmá-

ticos, com razão, os de tráfico (de droga, de armas, de órgãos, de seres humanos), os de branqueamento de capitais, os de corrupção. Direi apenas que os crimes do catálogo devem adequar-se muito particularmente, segundo a sua natureza, às mais importantes características sócio-criminológicas já de há muito atribuídas à criminalidade organizada. Elas podem sintetizar-se, penso, em crimes cuja prática planeada é presidida por intuitos de lucro ou de força, que em si e no seu conjunto se apresentam como de alta gravidade e nos quais actuam concertadamente pelo menos mais de dois comparticipantes, por tempo duradoiro e indeterminado, com divisão de tarefas; crimes em cuja prática se utiliza ou se planeia utilizar estruturas empresarias, societárias ou análogas, ou usar da força ou de outros meios destinados a causar medo, ou servir-se da influência da política, da mídia, da administração pública ou da economia.[14]

Com tudo isto o catálogo deverá ser – e é isso que corresponde a toda a argumentação anterior – extremamente limitado. Mas uma última limitação importa ainda introduzir. Disse – e parece óbvio – que os crimes do catálogo, para além de possuírem uma natureza adequada às características sócio-criminológicas do fenómeno da criminalidade organizada, devem ser de particular gravidade. Esta gravidade deve medir-se pelas molduras penais cominadas pela lei para os crimes respectivos. E não se tratará nesta afirmação de mera evidência que não precise de ser sublinhada. Não faltam exemplos de leis sobre a criminalidade organizada que se limitam à enumeração dos crimes do catálogo, não se preocupando em determinar os máximos e/ou os mínimos de pena abstracta que justificam o especial tratamento jurídico-penal da criminalidade organizada. O que pode conduzir a resultados inadmissíveis, que ilustrarei com um só exemplo. As leis portuguesas recentes relativas à criminalidade organizada – e que introduzem, em matérias várias, uma

14. Nesta apertada síntese se divisarão estreitos pontos de contacto com as conclusões a que chegou o Grupo austríaco da AIDP no seu Colóquio, de 1977, sobre *Organisierte Kriminalität und internationales Strafrecht*. Cf. sobretudo a intervenção de Ch. Van der Wyngaert, The criminal justice system facing the challenge of organized crime, ibidem, p. 32.

forte limitação dos direitos, liberdades e garantias dos suspeitos – indicam entre os crimes do catálogo (o que em princípio constitui uma evidência justificada) os de corrupção passiva (Lei 5/2002, de 11-1, art. 1.º, *d*). Mas, justamente porque não referem qualquer limitação em matéria de gravidade das penas aplicáveis, permitem que como crime constitutivo da criminalidade organizada se conte por exemplo o crime de corrupção passiva para acto lícito, cuja pena aplicável é somente a de prisão até dois anos ou de multa até 240 dias. Uma pena que faz com que o crime em questão integre a categoria criminológica (e também dogmática) da *pequena criminalidade* e que não pode nem deve, por consequência, servir para justificar as medidas limitativas excepcionais dos direitos fundamentais implicadas pela caracterização de um caso como de *criminalidade organizada*.

VII

Eis que chego assim ao final da já longa jornada que hoje me propus empreender; e que todavia visou só oferecer um primeiro ensaio de juridificação penal do fenómeno da criminalidade organizada. As certezas alcançadas são poucas, sem que isso seja a meus olhos motivo para que rasguemos as vestes da indignação face à situação actual. Atravessamos uma época de mudança avassaladora e radical, mas talvez não diferente da que, já lá vai um século, o escritor português Raul Brandão caracterizou desta forma magnífica: "A vida antiga – escreveu ele – tinha raízes, talvez a futura as venha a ter também. A nossa época é horrível porque já não cremos – e não cremos ainda. O passado desapareceu, do futuro ainda nem alicerces existem. E aqui estamos nós sem tecto, entre ruínas, à espera..."

Desejaria todavia temperar este pessimismo com uma profunda convicção e com uma certeza. A *convicção* é a de que não conseguiremos assegurar aos vindouros uma condição digna de vida neste nosso planeta se persistirmos no nosso vezo individualista e nos recusarmos a reconhecer à comunidade como tal, em nome das vítimas reais e potenciais, presentes e vindouras, dos novos e grandes riscos que ameaçam a humanidade, direitos consistentes e efectivos de defesa, de

auto-protecção e de subsistência: é preciso que trabalhemos, também o penalista, em favor de uma nova solidariedade e do estabelecimento de novos contratos sociais. A *certeza* é a de que o penalista perde a razão moral que o justifica segundo a sua função se, ainda que só por um momento, tergiversar na defesa absoluta, em qualquer situação, da *dignidade* que pertence a todo e qualquer ser humano, pactuando com a visão dicotómica e farisaica de dois mundos, o do sujeito e o do objecto, o do cidadão e o do inimigo, o da pessoa e o da não-pessoa, o do incluído e o do excluído do alcance e da protecção do direito.

Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do "roubo do conflito" pelo Estado)

Cláudia Santos

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre e doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Perita internacional do Conselho da Europa em matéria de corrupção.

Resumo: Este artigo tem como ponto de partida a verificação de um paradoxo: aspectos do modelo de reacção ao crime que para os penalistas são inquestionáveis constituem pontos centrais da crítica à justiça penal encetada pelo pensamento restaurativo. As conclusões radicalmente diversas explicam-se porque os penalistas e os cultores do paradigma restaurativo não reflectem sobre o mesmo objecto: os penalistas vêem no crime um conflito com uma dimensão essencialmente colectiva e abstracta; os cultores da justiça restaurativa vêem no crime um conflito com uma dimensão essencialmente individual e concreta. Na verdade, no crime podem coexistir ambas aquelas dimensões ou conflitos, o que contribui para explicar a necessidade da resposta penal e da resposta restaurativa.

Palavras-chave: Justiça penal – Justiça restaurativa – Conflito – Sanção criminal – Processo – Finalidades.

Abstract: This article takes as a starting point the verification of a paradox: aspects of the reaction model to crime, seen by penal lawyers as unquestionable

features of crime handling, constitute the core of the penal justice critique by restorative justice advocates. The explanation to such diverse conclusions is simple: penal lawyers and restorative justice supporters analyze different objects because in fact they do not look at crime through the same lenses. Criminal lawyers perceive crime mainly as a conflict with a collective and abstract dimension, whereas restorative justice supporters identify crime mainly as a conflict with an individual and concrete dimension. In fact, both dimensions (conflicts) are likely to coexist on crime thus providing an argument to support the need for both, criminal justice and restorative answers.

Keywords: Criminal justice – Restorative justice – Conflict – Criminal sentence – Procedure – Goals.

Sumário: 1. O problema: duas perspectivas sobre o modelo de reacção ao crime nos antípodas uma da outra – 2. A sanção: entre o mal da prisão e o bem da reparação – 3. O processo: entre o autoritarismo estadual e a participação voluntária – 4. As finalidades: entre a defesa da comunidade e a reparação dos danos concretos da vítima – 5. Conclusão: justiça penal e justiça restaurativa, duas respostas diversas para dois conflitos distintos – 6. Uma nota de fim de texto – 7. Bibliografia.

Área do direito: Penal; Processo penal; Criminologia

1. O problema: duas perspectivas sobre o modelo de reacção ao crime nos antípodas uma da outra

Entre os autores que cultivam o paradigma restaurativo, é usual a referência ao papel central desempenhado no seu pensamento pela célebre afirmação do "roubo do conflito", feita por Nils Christie no seu tão famoso artigo Conflicts as property.[1] A ideia fundamental parece ser a de que o crime é um conflito inter-

1. Cfr. CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, jan. 1977.

pessoal e que a solução para tal conflito deve ser encontrada por aqueles que nele têm uma intervenção directa. O Estado punitivo, que administra a justiça penal, surge assim como um usurpador autoritário que impõe uma solução para um conflito que não é seu, um conflito que é antes pertença do agente e da vítima do crime. Pior do que isso: além de intervir num conflito que não é seu, impõe uma solução que é *má* para o agente do crime e que *não é reparadora* dos danos sofridos pela sua vítima.

Esta ideia, estrutural no pensamento restaurativo e que tende, aí, a ser encarada como uma evidência, tem pouco de evidente, pelo contrário, para a maioria dos penalistas. Ou, porventura com mais correcção: apesar de muitos penalistas reconhecerem que a resposta que a justiça penal dá ao crime pode ser vista como um mal pelo seu agente e como uma decepção pela sua vítima, já o princípio da oficialidade – o princípio segundo o qual o exercício da acção penal deve caber a uma entidade estadual, não ficando na dependência da vontade principal do ofendido – tende a ser encarado como uma conquista civilizacional.

Assim, o que para alguns constitui um *retrocesso* civilizacional vertido no roubo do conflito pelo Estado – sendo que, para além disso, esse roubo desencadeia uma resposta para o conflito que é desadequada face às necessidades concretas das pessoas – constitui, para outros, um *avanço* inquestionável no modelo de resposta ao crime, doravante encabeçada por uma entidade estadual que aplica uma lei geral e abstracta e que é uma garantia de igualdade e de paz social.[2]

2. No paradigma restaurativo, a tentativa de devolver o conflito às partes manifesta-se na defesa de um conjunto de procedimentos (de que a mediação penal é porventura o mais destacado exemplo) em que o agente e a vítima do crime – eventualmente com o auxílio de terceiros – encetam um processo de comunicação orientado para a busca de uma solução que corresponda às suas vontades e que seja reparadora. Neste sentido, são eles os titulares e os sujeitos do processo. Pelo contrário, na justiça penal, defende-se que "a promoção processual das infracções [é] *tarefa estadual*, a realizar *oficiosamente* e portanto em completa *independência da vontade e da actuação de quaisquer particulares*". A afirmação pertence a Jorge de Figueiredo Dias (*Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 116) que, em reflexão posterior sobre o papel dos ofendidos no processo penal português, refere que o legislador de 1945, "dando-se perfeita conta dos perigos que andam ligados à intervenção dos particulares no processo penal, *quis restringir*

A reflexão que se pretende levar a cabo neste artigo parte da verificação desse paradoxo: aspectos do modelo de reacção ao crime que para os penalistas são inquestionáveis – mesmo para muitos dos penalistas menos conservadores de hoje –, constituem pontos centrais da crítica à justiça penal encetada pelo pensamento restaurativo. O factor que desencadeia este estudo é, pois, nessa exacta medida, a surpresa que se manifesta através de uma interrogação: constituindo o objecto da análise de todos, em última instância, o crime e a reacção que ele deve merecer, como se explica que uns vejam como *bom* aquilo que para outros é tão definitivamente *mau*?

A resposta talvez seja simples: *os cultores do pensamento penal e os cultores do pensamento restaurativo chegam a conclusões radicalmente diversas porque na verdade não reflectem sobre o mesmo objecto. E não reflectem sobre o mesmo objecto porque não olham para o crime sob a mesma perspectiva.* Na origem de todas as divergências estará, segundo julgo, o facto de os penalistas tenderem a só ver no crime o conflito de um agente com valores essenciais para a comunidade (um conflito com uma dimensão essencialmente colectiva e abstracta), enquanto os defensores da justiça restaurativa vêem no crime um conflito entre um agente e a sua vítima (um conflito com uma dimensão essencialmente individual e concreta).[3]

Não se antecipe, porém, a apresentação da conclusão à discussão do problema. Quando afirmo que o problema de que parto é que os penalistas julgam *bons* aspectos essenciais do modelo de reacção ao crime que os defensores do paradigma restaurativo afirmam *maus*, não é à *praxis* das instâncias formais de controlo que me refiro.

e não alargar aquela intervenção" (ob. cit., p. 511). O fundamento último para estas afirmações pode encontrar-se na ideia de que o direito penal é o *direito de protecção* dos bens fundamentais da comunidade e o processo penal é, também por isso, um *assunto da comunidade jurídica* (ob. cit., p. 116).

3. Porventura com maior correcção, dever-se-á antes afirmar que os penalistas enfatizam no crime a sua dimensão de conflito com valores essenciais da comunidade, enquanto os restaurativos sobrevalorizam a dimensão pessoal do conflito, ainda que muitos, em ambos os campos, reconheçam a *complexidade* do crime. Assim, Howard Zehr, pioneiro no estudo do paradigma restaurativo, considera já que o crime tem uma *societal dimension* e uma *more local and personal dimension* (in *The little book of restorative justice.* Good Books, 2002, p. 12).

Há, relativamente a essa má prática, alguma unanimidade. Os penalistas reconhecem – muito por força do contributo notável da criminologia crítica de sessenta – os desvalores associados ao funcionamento do aparelho punitivo estadual (o seu sempre mencionado carácter criminógeno, dessocializador e estigmatizante). Reconhecem, para além disso, que a criminalização (a qualificação de uma conduta como crime), o processo penal e a execução da pena constituem, todos eles ainda que em diferentes graus, limitações violentas à liberdade de cada homem. Na teoria penal – pelo menos, na teoria penal contemporânea da maioria dos países do nosso contexto cultural – é, por isso, recorrente a proclamação de que o direito penal deve ser mínimo e limitado à protecção subsidiária de valores essenciais para a subsistência da comunidade sem que, para atingir essa finalidade, se desrespeitem em medida insuportável direitos fundamentais do indivíduo.

Quando afirmo que não é relativamente à má prática da justiça penal que mais se acentua a distância entre os penalistas e os *restaurativos*, o que pretendo significar é que tanto uns como outros compreendem, por exemplo, que há um fosso entre a *teoria* da execução das penas que defende a sua função ressocializadora[4] e a *prática*, a concreta forma de execução da pena de prisão, que em regra dificilmente ressocializa alguém. Todos compreendem que aquele direito penal mínimo que muitos defendem contrasta com ordenamentos jurídico-penais *máximos* e que não cessam de se expandir um pouco por toda a parte. Todavia, se todos – penalistas e *restaurativos* – se limitassem a achar que o problema da justiça penal é apenas a sua má prática, deveria haver certa unanimidade na afirmação de que se a teoria é boa e a prática é má, o que se deve alterar é apenas a má prática, preservando-se a boa teoria.

Ora, se esta unanimidade está longe de existir é porque o paradigma restaurativo não se fica pelo repúdio da prática das instituições penais, antes procede a uma

4. Para uma análise – que aqui se pressupõe – da pena privativa da liberdade e da sua execução, veja-se Anabela Rodrigues, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

desconstrução crítica dos seus mais estruturantes pilares teóricos. Recuperando o exemplo da pena privativa da liberdade, pode dizer-se que a questão não está na forma como a sua concreta execução – a sua prática – impede a concretização da sua função teórica; a questão está antes na existência da própria pena de prisão e na sua rejeição enquanto consequência do crime. Refiro-me, pois, a uma crítica que não se fica pela *praxis*, antes se estende aos mais fundos fundamentos teóricos da justiça penal. E uma crítica que foi inicialmente tão violenta que *a própria justiça restaurativa começou por ser definida pela negativa, por aquilo que a justiça penal é e ela não é e não pretende ser.*

O coração daquilo que a justiça penal tem sido ao longo dos últimos séculos pode ser decomposto, segundo julgo, em três elementos essenciais: (I) a justiça penal aceita a condenação do agente do crime a uma pena, que é um mal por este em princípio não desejado; (II) essa pena é aplicada de forma coactiva pelo Estado, que detém o monopólio do poder-dever de punir; (III) a punição é essencialmente um instrumento de defesa da comunidade e dos seus valores essenciais.

Todos estes três elementos, à primeira vista inquestionáveis, têm sido insistentemente questionados pelo pensamento restaurativo. Parece um exercício interessante resumir essa divergência entre o pensamento penal e o restaurativo.

2. A sanção: entre o mal da prisão e o bem da reparação

No paradigma restaurativo, critica-se na pena o facto de ela ser um mal, alegando-se que a reacção ao mal do crime com o mal da pena não servirá para mais do que para perpetuar o mal.[5] O raciocínio é matemático e de compreensão fácil: a adição de um mal a outro mal terá como resultado um aumento ou um crescimento do mal. A única forma razoável de reagir ao mal do crime é eliminá-lo

5. Para uma reflexão profunda sobre o mal da pena, vd. José de Faria Costa, Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal) e Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena, ambos em *Linhas de direito penal e de filosofia* – alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

através da reparação dos danos que esse crime causou (a reparação surge, assim, como uma forma de eliminação do mal e de repristinação do bem).

No pensamento penal, mesmo os muitos autores que julgam que o mal da pena não serve para expiar e retribuir a culpa manifestada no mal do crime – e que não aceitam, por isso, a equiparação de justiça penal a justiça retributiva que é comum na doutrina restaurativa – compreendem, todavia, que tem de haver na pena um *quid* de mal para ela poder cumprir as suas finalidades preventivas. Procurando eliminar quaisquer pré-compreensões sobre a questão, enfrentemo-la sob a forma de uma interrogação: quem pratica uma conduta que é gravemente desvaliosa para a segurança de outro ou outros e que abala a paz comunitária pode ser sujeito a uma reacção que não encerre em si mesma uma qualquer desvantagem ou mal? A reacção a essa conduta desvaliosa pode ser só um bem? Uma compreensão, ainda que mínima, daquela que é a realidade criminológica parece impor uma resposta negativa. Parta-se do princípio de que a reacção criminal que a pena é só pode ser aplicada se for inequivocamente necessária. Ora, se uma pena é necessária é porque um agente que cometeu um crime é perigoso – porque é provável que volte a cometer outros crimes – e/ou porque fez algo de tão grave que o respeito colectivo pela norma que proíbe aquela conduta ficaria abalado caso não houvesse qualquer sanção. Essa pena – que só deve ser aplicada, repita-se, se for estritamente *necessária*, não bastando que seja *merecida* (mas não podendo ser, também, imerecida) – não parece poder ser configurada apenas como um bem para o agente, sob pena de não cumprir as suas próprias finalidades.

A pena não pode ser, portanto, nem só um mal, nem só um bem – e, curiosamente, em ambas as hipóteses pela mesma razão. Essa razão é a sua inadequação, em ambos os casos, para cumprir as suas finalidades de evitar a reincidência daquele agente (em sentido amplo) e/ou garantir a manutenção da confiança colectiva na validade da norma que proíbe o comportamento desvalioso.

Parece claro que a pena não possa ser apenas um bem. O agente e a comunidade não podem sentir que à violação da norma corresponde um prémio.

Por isso, tem de haver na resposta ao crime algo que o seu agente e a comunidade entendam como um ónus, uma desvantagem que é a consequência de uma conduta passada indevida.

Mas também parece claro que a pena não deve ser apenas um mal que sirva para expiar o mal do crime, nem deve ser unicamente um mal que sirva para intimidar o criminoso e todos os outros potenciais criminosos. Porque, a ser assim, não se vê como possa escapar-se à mera adição de males e, consequentemente, ao crescimento do mal.

Da consideração conjunta dos dois segmentos argumentativos anteriores resulta que a pena tem de comportar algum mal e algum bem. Na pena tem de conviver um mínimo de mal (o mínimo necessário à preservação do respeito pelas normas que protegem valores essenciais) com um máximo de bem. O que equivale a afirmar que o que de inevitavelmente mau há na pena (a imposição coactiva de um ónus a alguém) tem de se configurar como um mal útil na medida em que possa vir a oferecer um bem. Esse mal presente terá de ser em concreto delineado em função de uma possibilidade de bem futuro. E esse bem não poderá deixar de se manifestar em dois planos: em primeiro lugar, a oportunidade oferecida – nunca imposta – pelo Estado ao agente de adoptar, no futuro, um comportamento mais correcto com os outros, permitindo em simultâneo ao próprio a escolha de um projecto de vida mais compensador para si mesmo; em segundo lugar, o reforço dos valores que são essenciais para o grupo.

Quando os *restaurativos*, que vêem no crime apenas o conflito interpessoal, olham para a pena criminal, não encontram nela qualquer bem. A pena de prisão e a pena de multa não reparam, de facto, qualquer dano sofrido pela vítima do crime. As sanções penais estaduais são, de facto, estranhas àquele conflito interpessoal e à reparação dos danos que ele causou. Todavia, para os penalistas, que vêem no crime o conflito do agente com valores essenciais para a comunidade corporizados em normas, aquelas penas são reparadoras, na medida em que contribuem para a recuperação da confiança colectiva na validade das mesmas. Nessa medida, *as*

penas criminais são reparadoras, não dos danos concretos sofridos pelas vítimas dos crimes, *mas da validade das normas violadas*.

Compreendida esta dicotomia, o que se pergunta é se não é possível criar uma sanção – uma consequência jurídica do crime – que seja simultaneamente eficaz sob o ponto de vista da defesa da comunidade e dos seus valores e sob o ponto de vista da defesa da vítima, caso em que se curariam os dois conflitos apenas com um bem. É este, segundo creio e de forma simplificada, o sentido da reflexão sobre a reparação enquanto consequência jurídica autónoma do crime que tanto ficou a dever ao *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* de 1992. É certo, aliás, que várias legislações penais em vários países têm vindo a criar mecanismos que fomentam a reparação e é certo que, em vários casos, a existência dessa reparação pode vir a tornar desnecessária a pena criminal. Não parece simples, porém, generalizar a reparação como consequência jurídica autónoma do crime, erradicando a pena, de forma abstracta, para um conjunto significativo de condutas delituosas. E é assim – *hélas* – porque existirão hipóteses (à luz de uma avaliação que não poderá deixar de ser casuística) em que a solução do conflito individual obtida com a reparação dos danos causados à vítima não é suficiente para eliminar o conflito de natureza colectiva originado pelo cometimento de um crime grave por um agente que é perigoso. Dito de outro forma: não pode afirmar-se, com carácter geral e por si só, a adequação da reparação ao cumprimento das finalidades preventivo-especiais e preventivo-gerais da justiça penal. Dito agora da forma que se julga mais simples: é precisamente por a justiça penal ter de se preocupar também com as vítimas futuras que não pode ocupar-se exclusivamente das necessidades da vítima concreta. E é por isso que não pode considerar-se satisfeita com uma resposta a uma tentativa de homicídio praticada por um agente consabidamente perigoso que se limite à reparação dos danos causados àquela vítima, por mais que seja apenas isso que essa vítima exactamente pretende. A justiça penal tem de *olhar para o futuro* e preocupar-se também com a defesa da comunidade, quer face ao perigo que aquele agente para ela pode representar, quer face ao perigo de enfraquecimento da norma que proíbe matar.

3. O processo: entre o autoritarismo estadual e a participação voluntária

Todos aqueles que se interessam pelo paradigma restaurativo compreendem a importância que nele assumem os procedimentos participados e a ausência de uma solução para o conflito ditada de forma autoritária por um terceiro. É, de resto, ao nível de uma avaliação desses procedimentos que melhor se concretiza a ideia de devolução do conflito aos seus *proprietários*, por oposição ao "roubo do conflito" pelo Estado que caracterizaria a justiça penal.

Nas práticas restaurativas, é central a busca de processos de comunicação que permitam à vítima do crime exteriorizar os males que sofreu e reclamar o que julga indispensável para os reparar e que permitam ao agente do crime assumir as suas responsabilidades. Os procedimentos restaurativos supõem assim, necessariamente, um *espaço de encontro* voltado para a reparação e para a cura que repouse na autonomia das vontades individuais.

Quando se olha para o crime como um conflito entre um agente e uma vítima, do qual resultam padecimentos e danos para esta, compreende-se bem que a forma de resolver esse conflito radique na manifestação de uma vontade da vítima quanto àquilo de que precisa para se sentir reparada. E compreende-se bem que se o agente se dispuser a assumir as suas responsabilidades, encontrando-se a sua vontade com a vontade da vítima, aquele conflito se considere ultrapassado. E ultrapassado da melhor maneira.

Todavia, no pensamento penal, o crime é – repito-o – um conflito do agente com valores essenciais *para a comunidade*. Ora, esta compreensão exclui a vítima da titularidade do conflito e, consequentemente, do domínio do processo. Se o crime significa essa lesão insuportável de um valor fundamental para a comunidade, o processo penal tem de ser um assunto da comunidade. E, em Estados democráticos e de direito, é precisamente o Estado que deve representar a comunidade. Nesta medida, pode dizer-se que, no exercício da acção penal, a comunidade intervém através do Estado num *conflito que é seu*. Logo, num *conflito que não roubou*.

A ideia que se pretende transmitir – e que é uma ideia simples – tornar-se-é porventura mais clara através de um exemplo. Imagine-se que André, para roubar a sua vizinha Ana, a esfaqueia, deixando-a durante algumas semanas em perigo de vida. Este crime de roubo manifesta-se através de um *conflito concreto* – o conflito de André com Ana. André causou a Ana vários danos graves e é importante – para Ana e também para André – que haja uma possibilidade de reparação desses danos e de superação desse conflito. Na busca da solução para este conflito concreto, os papéis principais têm de pertencer a Ana e a André. Eles são os donos deste conflito. Todavia, através daquele mesmo acontecimento histórico, despoletou-se um outro conflito: o conflito da conduta criminosa de André com as normas que consagram dois valores que a comunidade vê como essenciais – a integridade física e a propriedade. A vítima Ana já não é dona deste conflito, é-o antes a comunidade, juntamente com André. Ora, sabendo-se que a solução para este conflito pode impor limitações severas a direitos fundamentais de André, não se vê que haja de momento alternativa melhor do que resposta dada pela justiça penal do Estado, administrada através de um processo que supõe anos de aperfeiçoamento do garantismo. Com isto não pretendo dizer que a única solução para este conflito de dimensão colectiva é a condenação de André à prisão. No processo de administração da justiça penal, depois de demonstrada a culpabilidade de André, deve sempre perguntar-se se essa solução tão desvaliosa é mesmo indispensável, ou se existem no caso outras formas – de que a reparação é apenas exemplo – que tornem desnecessária aquela punição e evitem todas as desvantagens que lhe estão associadas.

Em síntese, o que parece poder afirmar-se é que a diversa natureza dos processos da justiça penal e dos processos da justiça restaurativa se compreende facilmente se compreendermos a diversa natureza destes conflitos, os seus diversos protagonistas, as diversas finalidades que presidem àqueles processos e, *last but not least*, as diversas consequências que deles podem decorrer. O que nos remete para a questão seguinte.

4. As finalidades: entre a defesa da comunidade e a reparação dos danos concretos da vítima

Os defensores da justiça restaurativa apontam à justiça penal a desconsideração das necessidades concretas da vítima. Têm, em certa medida, razão. Não constitui finalidade do direito penal a reparação dos danos que o crime causou à vítima, nem o direito processual penal, consequentemente, pode assumir esse objectivo a título principal.

Se olharmos para o funcionamento das instâncias formais de controlo a partir da perspectiva da vítima,[6] concluímos que a justiça penal pede-lhe muito e oferece-lhe pouco. Pede-lhe que colabore com o Estado no exercício da sua pretensão punitiva, auxiliando-o na obtenção de provas. E oferece-lhe pouco numa dupla perspectiva. A consequência jurídica do crime que é a pena principal (e que nos crimes de que são agentes pessoas singulares é a prisão ou a multa) é inadequada à reparação dos danos que o crime pode ter-lhe causado. Apesar disso, aquela vítima que, sob diversas vestes processuais, é chamada ao processo para auxiliar o Estado na descoberta da verdade material, participa nesse processo sem que o Estado punitivo lhe possa garantir uma protecção absoluta contra a vitimização secundária porque tal protecção tem de ser conciliada com o respeito pelo direito de defesa do arguido (sobretudo, o seu direito ao contraditório). Temos, assim, uma vítima cuja participação no processo penal é útil ao exercício do poder punitivo do Estado, uma vítima cuja participação no processo penal o Estado encoraja, mas uma vítima a quem o Estado pede muito e tem pouco para oferecer.

Admitindo-se que assim é, o que se pergunta é se deviam reordenar-se as finalidades do direito penal e do direito processual penal, passando a reparação dos danos da vítima a assumir natureza de finalidade autónoma e principal.

6. Entre nós, obra essencial para a compreensão desta problemática continua a ser *A vítima e o problema criminal*, de Manuel da Costa Andrade (Coimbra: Coimbra Editora, 1980).

Não é isso que defendo. A justiça penal não tem de ser a única forma de reacção ao crime, mas sim uma entre várias formas possíveis – e desejáveis – de reacção ao crime orientada por finalidades determinadas (e apenas por algumas finalidades). E o problema é que há finalidades que são de persecução incompatível pelo mesmo sistema, seja *em si mesmas*, seja ao nível *dos procedimentos* que visam concretizá-las. Procurando enunciá-lo com a maior clareza: nem sempre a defesa da comunidade – e a defesa dos direitos fundamentais do arguido num processo que se pretende *fair* porque as consequências que dele decorrem podem ser de extrema gravidade – são conciliáveis com uma protecção absolutamente satisfatória dos interesses concretos da vítima concreta.[7]

Com isto, não se pretende afirmar nem a irrelevância da *reparação* para a justiça penal nem a irrelevância das necessidades da vítima do crime enquanto problema individual e colectivo. Pelo contrário. Pretende-se, tão somente, afirmar a ideia de que a reparação pode ser acolhida de forma autónoma na justiça penal *até determinado ponto*, sempre que contribuir para a concretização das finalidades especificamente penais, sempre que não fizer perigar e antes ajudar a realizar a defesa da comunidade que incumbe ao Estado punitivo. E pretende-se também afirmar que, *para além desse ponto*, devem convocar-se outras formas de assistência global à vítima, a cargo de outros sub-sistemas sociais.

E eis a razão principal pela qual se começou por considerar que os defensores do paradigma restaurativo têm, *só em certa medida*, razão quando criticam na justiça penal a desconsideração das necessidades concretas da vítima. É, de facto, em grande parte assim, por a justiça penal não assumir a tutela daquelas necessidades enquanto *sua* finalidade principal. Mas é, segundo se julga, assim que deve ser. O que abre espaço para que os mecanismos restaurativos – num

7. Como nota HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. *De los delitos y de las víctimas.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 58, "se se reduz a função do direito penal à solução do conflito surgido entre o autor e a vítima, negam-se os interesses da sociedade expressos na pretensão penal estadual, ou seja, a conservação do ordenamento jurídico e a protecção das próximas vítimas".

contexto que não tem de ser o da justiça penal – assumam e procurem concretizar essa finalidade reparadora – agora sim – enquanto finalidade principal da justiça restaurativa. Enquanto finalidade *sua*.

5. Conclusão: justiça penal e justiça restaurativa, duas respostas diversas para dois conflitos distintos

Procurou demonstrar-se que, num só crime, enquanto acontecimento histórico uno, *podem* conviver dois conflitos. Tendo em conta esta arrumação tão convenientemente geométrica, compreender-se-ia a tentação de afirmar que os âmbitos da justiça penal e da justiça restaurativa deveriam ter-se por absolutamente delimitados. A justiça penal ocupar-se-ia do crime enquanto conflito do agente com valores essenciais para a comunidade (e a dimensão colectiva desse conflito explicaria as finalidades do direito penal, o processo e a pena). A justiça restaurativa – ou, talvez com mais correcção, as práticas restaurativas – ocupar-se-ia do conflito de dimensão individual, procurando a reparação dos danos concretos sofridos pelos intervenientes concretos, através do estabelecimento de formas de encontro e de comunicação, desde que desejadas pelos próprios.[8]

8. Compreende-se o incómodo que esta afirmação pode representar para os defensores da ideia da intervenção comunitária na solução do conflito enquanto valor central da justiça restaurativa. A conclusão a que se chega é a oposta. Não se vê como pode um modelo de reacção ao crime que critica na justiça penal a solução do conflito no interesse da comunidade – com desconsideração da vítima – pretender depois a intervenção da comunidade – com um papel principal – nas práticas restaurativas. Assim, talvez deva antes afirmar-se que da defesa dos interesses da comunidade já trata o Estado através da administração da justiça penal. Se com a justiça restaurativa se pretende *devolver* o conflito àqueles que nele intervieram, não se vê como podem, nas práticas restaurativas, pôr-se em pé de igualdade as necessidades concretas do agente e da vítima e as necessidades da comunidade. Segundo Ana Messuti, "a vítima, em particular, sofreu um despojamento por parte do sistema penal. Este tirou à verdadeira vítima tal qualidade, para investir a comunidade nesta qualidade. O sistema penal substituiu a vítima real e concreta por uma vítima simbólica e abstracta: a comunidade" (*O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72). Ora, se assim é, se o palco da comunidade é, como julga Messuti, a justiça penal, parece-me que as práticas restaurativas devem ser o palco da vítima, só se compreendendo que assim não seja e que a comunidade se torne sujeito destas últimas em contextos muito específicos, por exemplo de comunidades *afastadas* do Estado, que não consegue regular os conflitos ou renuncia a fazê-lo.

Como a vida é, porém, muito mais rica e muito mais complexa do que esta geometria simplista, aquela sistematização torna-se por vezes apertada e incómoda. A realidade nem sempre lhe corresponde. Na realidade, nem sempre ao cometimento de um crime corresponde a necessidade de uma solução punitiva a cargo da justiça penal e de uma solução reparadora a cargo da justiça restaurativa, cada uma funcionando enquanto sistema autónomo vocacionado apenas para uma dimensão do conflito.

Existem vários factores que baralham aquela arrumação. Por um lado, a expansão, na justiça penal, de mecanismo de consenso e de institutos orientados para a reparação. Por outro lado, uma certa tendência – crescente no pensamento restaurativo – de ampliação das finalidades e dos procedimentos restaurativos, abrindo-se espaços de coerção e admitindo-se as finalidades preventivas enquanto fins não só da justiça penal, mas também da justiça restaurativa. Ora, se a primeira tendência – a do alargamento de espaços de reparação e consenso na justiça penal – merece um claro aplauso, já a segunda (uma visão maximalista da justiça restaurativa que admite a coerção e *importa* as finalidades do direito penal) me suscita inúmeras dúvidas, merecedoras de consideração em outro espaço e outro tempo.

Por outro lado, complica aquela sistematização inicial o facto de nem em todos os crimes se poderem distinguir e autonomizar dois conflitos com igual peso. Assim, em alguns crimes – pensemos nos ditos crimes sem vítimas ou nos crimes de vítima abstracta – o conflito preponderante é o de natureza colectiva. Em outros crimes, sobretudo os que contendem com a privacidade ou intimidade dos envolvidos e os que apresentam menos gravidade sob o ponto de vista colectivo, prevalece a dimensão individual do conflito, como tende a reconhecer, de resto, a própria justiça penal que, nesses casos, admite limitações à acção pública.

Quando se considera que em *um* crime podem existir *dois* conflitos, não é de esquartejar o crime enquanto acontecimento global que se trata. O que se diz é, antes, que o crime, enquanto acontecimento histórico uno, pode ter várias di-

mensões e suscitar problemas diversos, a que distintos sistemas devem dar resposta – e a referência a apenas duas daquelas dimensões não significa a inexistência de outras, nomeadamente a dimensão de *problema económico-social* que se vislumbra, ainda, em muita da criminalidade dita de massas.

Do que até aqui se afirmou resulta – isso sim, segundo se julga – uma conclusão: o *conflito jurídico-penal* de que o Estado trata através da justiça penal *não foi roubado.* Esse – que é o conflito insuportável entre a conduta delituosa do agente e normas que consagram valores essenciais para a defesa da comunidade – deve continuar a ser objecto da justiça penal estadual, vocacionada para a defesa daquelas normas e da comunidade. É verdade que a administração desta justiça penal estadual admite limitações duríssimas às liberdades individuais. Mas é também verdade que, quando essas limitações forem indispensáveis, não se vê que haja alternativa melhor do que a que resulta do garantismo penal.

Através do exercício do *ius puniendi*, o Estado não é, pois, culpado pelo roubo daquele conflito. A sua culpa é outra. O Estado é culpado, isso sim, por ter perpetuado uma compreensão do crime limitada àquela dimensão colectiva e abstracta, desconsiderando o conflito individual e concreto que nele também pode existir. E será culpado por, ao desconsiderar este conflito, não ter fornecido aos cidadãos outros mecanismos – que não a justiça penal – que lhes permitam ultrapassar, de forma reparadora, esse conflito e os danos que causou.

Creio que é a compreensão desta outra dimensão do crime – ou deste outro conflito que vive no crime – que justifica e dá sentido à justiça restaurativa. Que, nessa medida, não significa menos Estado e muito menos privatização da justiça penal. Significa antes mais Estado social e solidário no reconhecimento de um novo direito dos cidadãos atingidos pelo crime: o direito a um espaço de encontro que lhes permita uma reparação e uma responsabilização face aos males concretos que o crime significou.

Uma palavra última, quase de legítima defesa. A afirmação da existência no crime de um conflito de dimensão colectiva que deve ser assunto

do Estado não significa uma defesa acrítica da punição estadual para todos os comportamentos que a lei penal positiva qualifica como crimes. Pelo contrário. Conhecem-se bem os desvalores inerentes ao funcionamento da justiça penal, que por isso se deve limitar ao mínimo. As práticas restaurativas – umas no próprio contexto penal, outras em total autonomia relativamente a ele – poderão, em alguns casos, tornar menos necessária a punição em nome da defesa da comunidade, contribuindo assim para um recuo da punição penal, para uma sua maior subsidiariedade. Não se pense, porém, que é apenas esse ou sobretudo esse o fundamento que preside àquelas práticas restaurativas. O seu étimo não é essencialmente instrumental, mas antes ético: com recurso necessário à justiça penal ou sem recurso necessário à justiça penal, deve reconhecer-se aos intervenientes no conflito individual que o crime também é a possibilidade de se encontrarem e curarem os seus males.

Compreende-se a afirmação de Zaffaroni[9] que, confrontado com as misérias da justiça penal, escreve que "não se trata de deixar o direito penal, mas o mundo do direito penal. A chave está em tratar de reconstruir o direito penal a partir do lado de fora desse mundo". Não é, porém, *exactamente isso* o que aqui se quer afirmar. Há, não só no direito penal, mas também no mundo do direito penal, muito que se não deve deixar e algumas coisas que se não podem ainda deixar. Sem prejuízo do que se deve ir construindo do lado de fora desse mundo.[10]

9. Cfr. Raul Zaffaroni, prefácio da edição argentina de *O tempo como pena*, de Ana Messuti, cit., p. 14.

10. A ideia que aqui se pretende transmitir aproximar-se-á mais, segundo se crê, do defendido por Francesco Carnelutti a propósito da necessidade de se ir "más allá del derecho": "não se quis ignorar que do direito, do processo, do tribunal, da penitenciária, não podemos prescindir; sem eles, desgraçadamente, os homens seriam ainda piores do que o que são. O preconceito, para não dizer a superstição, contra a qual se combateu, não é que o direito seja necessário, mas sim que o direito seja suficiente (...). Convertemo-nos em adoradores do direito. Todavia, não existe uma experiência mais adequada do que a penal para nos afastarmos dessa idolatria. As misérias do processo penal são um aspecto da miséria fundamental do direito" (*Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Temis, 2005, p. 103-104).

6. Uma nota de fim de texto

Este artigo *não* corresponde, pelo menos na sua estrutura ou forma, à conferência proferida em São Paulo, no 13.º Seminário Internacional do IBCCrim, a 08.10.2007 e subordinada ao tema "Justiça penal mínima e justiça restaurativa", apesar da coincidência no essencial das ideias. É comum escrever-se um texto com o intuito de que ele sirva de base a uma conferência, publicando-se, depois, esse mesmo estudo. Neste caso, o procedimento revelou-se, de resto não sem motivo, de algum modo o inverso: foi o amadurecimento do pensamento exposto naquela conferência, por certo facilitado pela troca de opiniões com muitos dos que encontrei no evento, que acabou por dar origem a este artigo.

O objectivo principal desta nota de fim de texto não poderia radicar, porém, apenas neste esclarecimento. Só um motivo maior justificaria tão grande desvio à *normalidade das coisas*. Esse motivo relaciona-se com a vontade de recordar essa manhã feliz de 8 de outubro em São Paulo em que, entre tantos amigos, me foi dada a oportunidade de endereçar algumas palavras a Jorge de Figueiredo Dias – com cuja obra descobri, enquanto aluna da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e numa altura em que vacilava na minha vontade de ser jurista, que afinal queria ser penalista –, e a Alberto Silva Franco – com quem descobri, por entre livros, música, sucos de fruta e torta de noz pecã, um lado menos óbvio e, simultaneamente, um lado mais humano e mais encantador do Brasil. O que sobretudo pretendo é reiterar a ambos, agora em letra impressa, a admiração e a gratidão por nos continuarem a desvendar o que de extraordinário vive na reflexão penal, à medida que nos vão chamando a atenção para o que existe de hediondo mas também para o que há de belo no mundo do direito penal.

7. Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal.* Bogotá: Temis, 2005.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, jan. 1977.

FARIA COSTA, José de. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). *Linhas de direito penal e de filosofia* – alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia* – alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del dano en el marco del derecho penal material. *De los delitos y de las víctimas.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice.* Good Books, 2002.

Não à redução da idade penal

João Batista Costa Saraiva
Magistrado.

"Impugnar a existência de um Direito Penal Juvenil é tão absurdo como impugnar a Lei da Gravidade". Emílio Garcia Mendez[1]

Resumo: A discussão da questão infracional na adolescência está mal focada. Ignora-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um Direito Penal Juvenil, estabelecendo um sistema de sancionamento, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo.

Palavras-chave: Adolescente infrator – Direito penal juvenil – Idade penal – Imputabilidade – Responsabilidade penal juvenil.

Abstract: The discussion about adolescent offenses is misdirected. The Child and Teenage Statute established Juvenile Penal Law in the country but this has been ignored; the Statute created a sanction system, based on the Theory of Penal Assertion and all the principles guiding the Penal System as an instrument of citizenship, which is based on the principles of Minimal Penal Law.

Keywords: Adolescent offenders – Juvenile penal law – Age of criminal responsibility – Accountability – Juvenile criminal responsibility.

1. MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal:* um debate latino-americano. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000, p. 16.

SUMÁRIO: 1. Com menor não dá nada – 2. O adolescente enquanto sujeito de direitos e deveres – 3. Os Estados Unidos – 4. O voto aos dezesseis, a carteira de motorista, o pobre honesto e o rico ladrão – 5. O direito penal juvenil e a desconstrução do mito da impunidade – 6. À guisa de conclusão – 7. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional; Direitos humanos; Criança e do adolescente

1. Com menor não dá nada

Por ocasião do 13.º Seminário Internacional promovido pelo IBCCrim tive a honra de compartilhar com o estimado professor Marrey de um painel em torno da *Maioridade Penal*.

O tema da redução da idade penal se faz recorrente e costuma ser invocado, por alguns, poucos, bem intencionados e por muitos defensores do Direito Penal Máximo, como uma ferramenta capaz de enfrentar a delinqüência juvenil.

As pesquisas de opinião pública seriam favoráveis, segundo destaca com fervor parcela não desprezível da mídia.

A propósito dessas pesquisas a impressão que deixam é de que consultam a opinião pública, de regra após algum caso rumoroso, indagando se são a favor da redução da idade penal ou se são favoráveis à impunidade, onde a resposta, formulada à questão dessa forma (mesmo que sub-repticiamente) resulta óbvia. Alguma coisa assim como uma pesquisa sobre a violência doméstica onde se indague dos homens se estes continuam batendo nas mulheres, onde qualquer que seja a resposta indica que há ou houve violência.

Sobre o mito da impunidade dos adolescentes já se ocupou Mário Volpi.[2] Em seu trabalho destaca que o discurso da redução da idade penal vem embalado por um tríplice mito: da hiperdimensão do problema, da periculosidade e da impunidade. Aquele resulta desmentido pelos números, haja vista que os adolescentes respondem

2. VOLPI, Mário (Org.). *O adolescente e o ato infracional*. Cortez: São Paulo, 1997.

por menos de 10% das ocorrências policiais. Esse, da periculosidade, vem desmentido pelas estatísticas, pois o delito próprio da adolescência é o furto, e os casos com violência, embora ocorram, dizem respeito a uma faixa bem estreita destes agentes. O mito da impunidade, que "*com menor não dá nada*", reclama algumas considerações necessárias.

2. O adolescente enquanto sujeito de direitos e deveres

O Estatuto da Criança e do Adolescente, versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança (na verdade um *mix* de documentos editados pelas Nações Unidas que fundamentam a chamada Doutrina da Proteção Integral dos Diretos da Criança)[3] ao romper com o paradigma da incapacidade, expresso em nosso ordenamento jurídico com clareza na obra de Tobias Barreto desde a segunda metade do século XIX,[4] introduziu um novo paradigma: *pessoa em peculiar condição de desenvolvimento.*

A Doutrina da Proteção Integral vem sintetizada nos arts. 226 e 227 da CF/88, que o Estatuto regulamenta. As crianças passam a ser conceituadas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos. Já não se tratam "menores", incapazes, meia-pessoa ou incompleta, mas sim pessoas cuja única particularidade é estarem crescendo. Por isso se lhes reconhecem todos os direitos que têm os adultos, mais direitos específicos precisamente por se reconhecer essa circunstância evolutiva.[5]

3. Por Doutrina das Nações Unidas de Direitos da Criança se compreende não apenas o próprio texto da Convenção, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989, e promulgada no Brasil através do Dec. 99.710 de 21.11.1990; como também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, conhecidas como Regras de Beijing (de maio de 1984); as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad (de dezembro de 1990), e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Resolução 45/113, de abril de 1991), estes dois últimos documentos, embora não estivessem publicados ao tempo da edição do Estatuto, já se encontravam em processo de construção e servem de norte na interpretação da Lei.

4. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal.* Prefácio de Luiz Carlos Fontes de Alencar – ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

5. BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano.* Buenos Aires: DelPuerto, 2004, p. 35.

A criança e o adolescente, por suposto, não são adultos, mas por certo, ao adquirirem *status* de sujeito de direitos não são os incapazes a que se referia Barreto, que em sua época construiu sua tese para exigir um tratamento diferenciado aos menores em face das iniqüidades que o Código Penal do Império estabelecia, fixando a idade penal em 14 anos, mas permitindo a punição como adultos de crianças desde os sete, a partir de um improvável juízo de discernimento.

A propósito do século XIX, convém relembrar que aos 14 anos, em 1840, por ser tido como adulto, Pedro II passou a governar o Brasil, com poderes de Imperador, coisa que não se imagina no século XXI para o exercício democrático da Presidência da República.

A mulher brasileira casada (porque de outra não se cogitava), somente nos primeiros anos da década de 60 do século passado deixou a condição de relativamente capaz, ao lado dos pródigos, silvícolas e púberes, e alcançou uma condição plena de sujeito de Direitos, consolidada em 1988. Pois a mulher, até bem pouco tempo atrás, do ponto de vista histórico, ao atingir a menopausa se dizia velha, bastando revisitar Balzac.

Assim, não surpreende, que no século XIX se fosse adulto aos quatorze, até porque era um tempo de dogmas e certezas, ao contrário de hoje, que no inverso do que afirmam, a abundância de informações e incertezas, retarda a maturidade.

Assim como a mulher do século XXI, liberta desde o Estatuto da Mulher Casada, é uma jovem aos cinqüenta, sexualmente ativa e profissionalmente em emergência, convenço-me que nesse século se verá que a adolescência, hoje finda legalmente aos dezoito, se estenderá aos trinta.

Em uma sociedade sem empregos e oportunidades, não resta outra alternativa para a maioria dos jovens do que se protegerem no manto da adolescência para não serem pichados de adultos desempregados e inúteis. São estes que andam de skate pelas avenidas, parecendo 14, aos 24...

A Constituição da República na última reforma da previdência (última, porque se anunciam periódicas) afirma que os homens se aposentam aos 65 anos de idade, com 35 anos de contribuição, não sendo necessário ser um Newton para

concluir que a Lei Magna aponta a idade de trinta anos como ideal para ingresso no mercado de trabalho, e quem não se sustenta com o próprio trabalho e depende dos pais ainda é... adolescente, mesmo que procrie, e os avós criem o neto.

Se diz adolescente no Brasil toda pessoa a zero hora do dia em que completa doze anos; Em um paralelo com as legislações européias a Lei brasileira impõe responsabilidades desde muito cedo a seus concidadãos, pois a maioria dos Estados europeus e muitos latino-americanos, este *status* é conquistado somente aos quatorze anos de idade.[6]

Assim, desde os doze, o brasileiro pode livremente deslocar-se, desacompanhado, no território nacional, somente pode ser adotado com sua concordância; e mesmo sem alcançar esta idade, desde que possa se expressar, será ouvido e sua palavra devidamente considerada sempre que se pretender decidir sobre sua guarda, tutela ou adoção.[7]

Também, a partir dos doze anos, pode se ver privado de liberdade pela prática de uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção, como adiante se abordará, se fazendo sujeito de seus atos. Não é, pois, um incapaz.

Nesse particular, cumpre fazer uma discreta crítica ao novo Código Civil, que permanece com a linguagem anterior à Convenção. De certa forma, trocamos um Código Civil esclerosado, quase imprestável em algumas áreas, por outro, mais moderno, mas com nítidos sintomas de esquizofrenia. Mas isso é outro tema.

3. Os Estados Unidos

Cumpre fazer aqui uma brevíssima reflexão sobre o tema do Direito comparado, que já foi aludido, eis que freqüentemente invocados os Estados Unidos como referência.

6. Nesse particular remeto a oportuno quadro comparativo de legislações européias, ao final deste trabalho, extraído da referida dissertação se Sergio Salomão Schecaira.

7. O art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança assegura às crianças o direito de serem ouvidas em todos os assuntos que lhe afetem, em procedimentos judiciais ou administrativos, não sendo cabível, nas separações, por exemplo, que sejam partilhadas entre os pais como os móveis da casa, pois estão na condição de sujeito de direito e não objeto. Essa é uma mudança paradigmática extraordinária.

Paradoxalmente dois países apenas não se fizeram signatários da Convenção dos Direitos da Criança. Um foi a Somália, como diz Mary Belloff por uma quase ausência de Estado.[8] Outros ausentes foram os Estados Unidos da América do Norte, aí por excesso de Estados. Como em muitos Estados americanos há prisão perpétua para adolescentes e em alguns havia pena de morte (abolida há poucos tempo pela Suprema Corte no caso *Roper versus Simon*),[9] entre outros embaraços, os americanos não firmaram a Convenção.

Assim, invocar a legislação norte-americana para criticar o sistema brasileiro, a par de muitos outros argumentos, soa mais ou menos como pretender utilizar o modelo daquele país para o tema do lançamento de efluentes na atmosfera na medida em que não são signatários do Protocolo de Kioto.

No tema da criança, os Estados Unidos não têm os mesmos compromissos internacionais que o Brasil. Em matéria de Direito Comparado olhemos, por exemplo, para a Alemanha, ou para a Espanha,[10] se desejarmos um paradigma europeu; ou para a Colômbia e mesmo o Chile, se um olhar sul-americano, ou quem sabe Costa Rica e Panamá, ampliando o leque entre os latino-americanos.

4. O voto aos dezesseis, a carteira de motorista, o pobre honesto e o rico ladrão

A Constituição, em 1988, além de incorporar a Doutrina da Proteção Integral, acabou por reconhecer ao adolescente de dezesseis anos o direito ao

8. Beloff Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano.* Buenos Aires: Del-Puerto, 2004.

9. A integrada decisão da Suprema Corte, em cujo teor reconhece o descompasso da legislação norte-americana com a ordem jurídica internacional em termos de Direitos da Criança, encontra-se na *Revista do Juizado da Infância e Juventude*, do TJRS, n. 10, p. 69, em versão em português e no original em inglês, acessível em www.tj.rs.gov.br no link Juizado da Infância e Juventude.

10. Na Espanha, o anterior sistema penal, da Era Franquista, fixava a imputabilidade penal em 16 anos. Após a reforma penal de 1995, pelo art. 19 do novo Estatuto penal em vigor, a responsabilidade penal foi fixada em 18 anos, acompanhando a tendência do modelo penal da Europa Continental. Cumpre ainda destacar o avanço introduzido na legislação espanhola relativamente ao jovem imputável ou pré-adulto na linguagem alemã (entre 18 e 21 anos), cujo, como sabemos, no Brasil tem apenas a seu favor a genérica atenuante da minoridade, nos termos do art. 65, I, do CP brasileiro.

voto. Facultativo (!). Isso tem sido freqüentemente invocado para argumentar em favor da redução da idade penal por parcela significativa da opinião pública. Até a jornalista Fátima Bernardes, sempre comedida em suas manifestações, mas ainda traumatizada pela invasão de sua residência por um ladrão, utilizou este argumento em entrevista à Marília Gabriela.

O voto aos dezesseis é facultativo e o adolescente, como os juízes, condenados e analfabetos, é inelegível. Aliás, para Vereador exige-se 18 anos, Prefeitos e Deputados, 21; Governador, 30; Presidente e Senador, 35. Jesus Cristo seria inelegível à Presidência, morto aos 33. Para aquisição de uma arma de fogo, exige-se 25 anos de idade.

O Rio Grande do Sul desfruta de um excelente IDH para os padrões brasileiros; bom nível de escolarização de sua infância e juventude, e jacta-se de sua politização. Tomando por amostragem o Centro de Atendimento Sócio-educativo de Santo Ângelo, unidade de internação de adolescentes em conflito com a Lei, que serve a uma população regional de cerca de um milhão e meio de habitantes no noroeste do rio Grande do Sul, cujos dados disponho – em um País de escassas estatísticas – se constata que o adolescente infrator internado não é eleitor. Desde a inauguração daquele Centro, em março de 1998, e por onde já passaram centenas de adolescentes, jamais foi internado um desses eleitores facultativos, mesmo os que não são pobres.

Essa associação entre voto e rebaixamento da idade penal se assemelha aquela entre os que desejam a carteira de motorista aos dezesseis anos, para dar o carro aos filhos da burguesia e a cadeia para o filho dos pobres. Sim, porque são os pobres que formam a massa carcerária e disso há estatísticas.

A propósito, *en pasant*, pelo tema da Carteira de Motorista, há diversos argumentos para vetá-la aos de menores de dezoito anos, máxime em um País que somente se pode adquirir uma arma aos vinte e cinco. Por certo, porém, em matéria de responsabilidade penal o discurso da necessária redução da idade é um triste engodo. As medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente são tão ou mais gravosas que as penas que o sistema penal adulto reserva para os autores de delitos de trânsito.

Sobre a pobreza, invocada como *álibi* estrutural da violência,[11] gerando a desagradável sensação de impotência, haja vista que não há uma expectativa próxima de sua erradicação, cumpre que se faça uma breve reflexão.

Atribuir exclusivamente à pobreza a responsabilidade pela violência, acaba por se transformar em um discurso extremamente injusto com o pobre honesto, maioria absoluta de nossa população, e ainda mais injusto, como o refere Emílio, com o rico ladrão – que não é pouca gente.

A condição de pobreza, de *per se*, não pode atribuir um salvo conduto a seu agente. Por certo se faz credor de políticas públicas, de saúde, habitação, educação, dignidade. Esse crédito, todavia, não se compensa com o débito assumido na prática de um delito. Há que ser considerado, mas não se faz compensável, pois de natureza diversa o crédito que tem com o Estado, do débito que contraiu ao cometer o delito. A solvência de seu crédito lhe deve ser assegurada no programa de execução da medida sócio-educativa que lhe for imposta, cuja deve assegurar o adimplemento do débito contraído, em um critério de proporcionalidade, com indiscutível carga retributiva, constitucionalmente assegurado, desenhado em linhas gerais no § 1.º do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. O direito penal juvenil e a desconstrução do mito da impunidade

O ato infracional tem rigorosa equivalência aos conceitos de crime ou contravenção penal. Tal equivalência não se expressa apenas na incidência do princípio da legalidade, no que diz respeito ao tipo, mas também no que respeita às excludentes da antijuridicidade, assim como dos elementos normativos da culpabilidade.[12] Diferencia-se no que diz respeito à resposta estatal direcionada

11. A expressão é de Emílio Garcia Mendez, op. cit.

12. O tema da culpabilidade assombra quando enfrentado nessa dimensão. Trato disso em trabalho anterior (*Compêndio de direito penal juvenil*. 3. ed. Livraria do Advogado, 2006),

ao adolescente autor de conduta definida nas legislações repressoras, uma vez que a ele não se aplica a pena *stictu sensu*, mas medidas sócio-educativas.

Dentre tantos, assim o diz Joubert Farley Eger:[13]

"Neste passo, observa-se que os atos infracionais expressos no art. 103 da Lei 8.069/90, subsumem-se totalmente nas condutas tipificadas como crimes e contravenções, desviando-se do preceito normativo somente no que corresponde ao preceito sancionador, sendo este atendido às medidas dos artigos 101 e 112 do Estatuto."

Cabe aqui destacar, sobre o tema, os ensinamentos de Antônio Fernando Amaral e Silva.[14] Antes, porém, cumpre registrar haver sido figura de proa na construção do Estatuto da Criança e do Adolescente, em um tempo em que a parcela significativa da magistratura brasileira, encastelada nos Juizados de Menores de então, trabalhava diuturnamente de forma contrária à edição da nova lei, cuja *acusavam*, entre outras supostas mazelas, de pretender instaurar no país um Direito Penal Juvenil, antevendo que o Estatuto se faria um marco e buscaria eliminar de vez a absoluta discricionariedade que presidia os *julgamentos de menores submetidos aqueles juízos*.[15]

sendo enfrentado com brilhantismo por Martha Toledo Machado em *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003, como também por Karyna Sposato em *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, e mais recentemente em magnífica dissertação de Sergio Salomão Schecaira. *Estudo crítico do direito penal juvenil*, apresentado na Faculdade de Direito da USP, em 2007.

13. EGER, Joubert Farley. *Nova classificação da infração penal no atual sistema criminal brasileiro e o aplacamento da controvérsia de aplicação do instituto prescricional*. Disponível em http://www.abmp.org.br.

14. AMARAL e SILVA, Antônio Fernando. O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do adolescente. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis: AMC, 1998, p. 263.

15. Expressa com clareza este posicionamento texto de Alyrio Cavallieri, intransigente defensor da Doutrina da Situação Irregular e opositor ferrenho do modelo de responsabilização juvenil adotado pelo Estatuto, conforme destacado por Afonso Konzen em sua obra *Pertinência sócio-educativa* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 57-58): "*a pretexto de proporcionar ao adolescente os mesmos direitos e garantias do adulto, impôs-lhe o sistema penal*, notadamente pela adoção do critério da proporcionalidade, *um dos pecados mortais do Estatuto*, e pela adoção da

"Diante da delinqüência juvenil, seja nos antigos Códigos da Doutrina da Situação Irregular, seja nas modernas legislações, não se encontrou outra alternativa que referir a condutas tipificadas na lei penal."

"A resposta, tenha o nome que tiver, seja medida protetiva, sócio-educativa, corresponderá sempre à responsabilização pelo ato delituoso."

"Tais medidas, por serem restritivas de direitos, inclusive da liberdade, conseqüência da responsabilização, terão sempre inescondível caráter penal. Essa característica (penal especial) é indesmentível...".

Ao contrário do que sofismática e erroneamente se propala, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente contempla um modelo de responsabilidade juvenil, fazendo estes jovens, entre 12 e 18 anos, sujeitos de direitos e de responsabilidades e, em caso de infração, sancionando medidas sócio-educativas, inclusive com privação de liberdade, com natureza sancionatória e prevalente conteúdo pedagógico.

A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Penal não o faz irresponsável.

Armando Afonso Konzen traz importante contribuição ao debate do tema, e de sua análise minuciosa destaco:

"Se a medida sócio-educativa é uma das espécies das sanções penais, sanção penal especial ou sanção penal juvenil, porque destinada ao adolescente, e se as conseqüências de sua aplicação pode produzir o sentido de aflição para o destinatário, então importa, como corolário lógico, a incidência de todo o conjunto de instrumentos individuais garantistas hodiernamente construídas e expressamente previstas pelo Direito. O Estatuto da Criança e do Adolescente arrola, um a um, minuciosamente, os direitos individuais do adolescente autor de ato infracional, as garantias processuais deste mesmo infrator e o rito procedimental da apuração. Seja esse conjunto de normas,

ritualística processual penal, submetendo os principais operadores do sistema, Advogado-Promotor-Juiz, a uma *relação rígida*, ao contrário *do sistema destruído pelo Estatuto, onde o Curador de Menores e o Juiz eram autoridades protetoras, tutelares, numa justiça tuitiva".*

pertencente a uma normatividade específica, denominado de Direito Penal Especial, Direito Penal Juvenil, Direito Sócio-Educativo, Direito Infracional, ou com qualquer outro termo, o que importa é a reunião de princípios e regras normatizadoras de prerrogativas e possibilidades de contraposição aos mandamentos do Estado-Juiz iguais aos imputáveis penais maiores de idade. Nesse particular, não há nenhuma distinção entre as conseqüências do comportamento infracional do adulto e o comportamento infracional do adolescente, ambos têm as mesmas garantias materiais e instrumentais, porque garantias com assento na ordem constitucional".[16]

Muitas das críticas feitas à atual legislação da criança e do adolescente; ou os "arreganhos" dos adversários do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim definidos pelo Ministro Sepúlveda Pertence,[17] podem ser dimensionadas nas palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa:[18] "vomitam aquilo de que não se alimentaram".

Diferentemente do que é bradada, a máxima "com menor não dá nada", está em desacordo com o que preceitua nosso sistema.

O Estatuto prevê e sanciona medidas sócio-educativas,[19] que são penalidades – a par da finalidade pedagógica que perseguem –, reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade ao infrator, não sentenciado – em parâmetros semelhantes ao que o Código de Processo Penal destina aos imputáveis na prisão preventiva[20] – e oferece uma gama larga de alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas.

16. KONZEN, Armando A. *Pertinência sócio-educativa*: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, esp. pp. 91-93.

17. Discurso proferido por ocasião do lançamento do CD-Rom *Direitos da Criança e do Adolescente*, em Brasília, em iniciativa conjunta da UNICEF, Fundação Banco do Brasil e AJURIS.

18. Pedagogo, Consultor da UNICEF, ex-presidente da CBIA.

19. Ver Adolescentes em confronto com a lei: O Estatuto da Criança e do Adolescente como instrumento de responsabilização ou a eficácia das medidas sócio-educativas – *AJURIS* 67/60.

20. Cumpre destacar que, por conta de uma não percepção da natureza penal juvenil dessas sanções, que reclamaria um *plus* de garantias, portanto com mais restrições a utilização dessa alternativa, o que se percebe é que de uma maneira geral é mais freqüente a internação provisória do adolescente do que a prisão preventiva do maior. Isso resulta do ignorar o sistema penal juvenil estabelecido na Lei e os princípios que o norteiam.

A propósito dessa medida privativa de liberdade – internação na linguagem da lei –, o que a distingue fundamentalmente da pena imposta ao maior de 18 anos é que, enquanto aquela é cumprida no sistema penitenciário – que todos sabem o que é, nada mais fazendo além do encarcerar – onde se misturam criminosos de toda espécie e graus de comprometimento – aquela há que ser cumprida em um estabelecimento próprio para adolescentes infratores, que se propõe a oferecer educação escolar, profissionalização, dentro de uma proposta de atendimento pedagógico e psicoterápico, adequados a sua condição de pessoa em peculiar estágio de desenvolvimento.

Se o sistema de privação de liberdade de adolescentes no Brasil é deficitário, o certo é que, apesar disso, não há cotejo com o atual sistema carcerário que o País ostenta.

A crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos. Essa crise, do sistema dos adolescentes, se agudiza quando os arautos do catastrofismo, sob argumentos os mais variados, até mesmo de defesa dos direitos humanos, deixam de demonstrar uma série de experiências notáveis que se desenvolvem nesta área no País, passando uma falsa idéia de inviabilidade do sistema, que tem, quer se goste, quer não se goste, um efetivo perfil prisional em certo aspecto, pois é inegável que do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade do internamento faz-se tão ou mais aflitivo; em face ao usuário a que se destina, que a pena de prisão do sistema penal adulto.

A medida sócio-educativa tem natureza sancionatória. O programa de execução da medida sócio-educativa é que deverá perseguir a finalidade pedagógica a que se propõe, seja a medida sócio-educativa cumprida em meio aberto (Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade, notadamente), seja privativa de liberdade (internação e semi-liberdade).

Dito tudo isso, há que se afirmar que a discussão da questão infracional na adolescência está mal focada, com, muitas vezes, desconhecimento de causa. Ignora-se, por exemplo, que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um Direito Penal Juvenil, estabelecendo um sistema de sancionamento, de

caráter pedagógico na finalidade buscada, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal[21] e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo.

Quando se afirma tal questão, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Assim como o Brasil não foi descoberto pelos portugueses, sempre houve. Estava aqui. Na realidade foi desvelado. O Direito Penal Juvenil está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente.[22]

A conduta dos que negam a existência de um Direito Penal Juvenil, a par de contribuir na construção do mito da impunidade, implica necessariamente no abandono dos conceitos introduzidos pelas normas do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente no que respeita à responsabilidade com sancionamento de medida sócio-educativa e de condição de sujeito de direitos ostentada pelo adolescente). Não consideram o conjunto da Normativa Internacional e, especialmente, a Ordem Constitucional estabelecida, que contamina o sistema como única forma de lhe emprestar legitimação e que afirma a condição cidadã do adolescente, não se construindo cidadania sem responsabilidade.

A não admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória, significa o apego aos antigos dogmas do menorismo (assim identificada a corrente dos defensores da doutrina tutelar, da situação irregular, que norteava o antigo Código de Menores) que não reconhecia no "menor" a condição de sujeito. Ou significa um discurso de abolicionismo penal.

Na questão do menorismo o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com a lógica da Doutrina

21. Vide prefácio de Luigi Ferraioli à obra de Emílio Garcia Mendez e Mary Beloff. Infância, Lei e Democracia na América Latina, reproduzido na *Revista do Juizado da Infância e Juventude do TJRS*, n. 6 e 7, p. 9, acessível no site www.tj.rs.gov.br.

22. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem evoluído no sentido de reconhecer essa circunstância, embora não utilize essa expressão. Para tanto basta verificar a fundamentação de seus acórdãos que levaram a produção dos enunciados de Súmulas 265, 338 e 342.

da Situação Irregular.[23] Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil.

A propósito, afirmando o Direito Penal Juvenil, introduzido no sistema legal brasileiro desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, sentencia Emílio Garcia Mendez:

"A construção jurídica da responsabilidade penal dos adolescentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (de modo que foram eventualmente sancionados somente os atos típicos, antijurídicos e culpáveis e não os atos "anti-sociais" definidos casuisticamente pelo Juiz de Menores), inspirada nos princípios do Direito Penal Mínimo constitui uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sustentar a existência de uma suposta responsabilidade social em contraposição à responsabilidade penal não só contradiz a letra do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 103) como também constitui – pelo menos objetivamente – uma posição funcional a políticas repressivas, demagógicas e irracionais. No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, impugnar a existência de um Direito Penal Juvenil é tão absurdo

23. Neste caso faz-se antológica decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, em *habeas corpus* originário do Estado do Paraná, onde Promotor e Defensor acordam que a melhor solução do caso, como um "bem" seria a internação do adolescente: "1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente. 2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal – como corretamente disposto no ECA (art. 106-111) – não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade. 3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida sócio-educativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender – além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil – é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti – a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso – da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade. (STF, RE 285.571/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence)

como impugnar a Lei da Gravidade. Se em uma definição realista o Direito Penal se caracteriza pela capacidade efetiva – legal e legítima – de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismo que era o Direito de Menores".[24]

O que importa afirmar é que o Estatuto da Criança e do Adolescente construiu um novo modelo de responsabilização do adolescente em conflito com a Lei, superado o paradigma da incapacidade.

A adoção da Doutrina da Proteção Integral, promovendo o então "menor", mero objeto do processo, para uma nova categoria jurídica, passando-o à condição de sujeito do processo, conceituando criança e adolescente em seu art. 2.º, estabeleceu uma relação de direito e dever, observada a condição especial de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente.

O conceito que se pretenda emprestar ao sistema jurídico adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no tratamento da questão do adolescente em conflito com a Lei, como o disse alhures[25] o *nomem juris* deste sistema, tem provocado algumas reações. Se desejarem chamar de sistema de "responsabilização especial", se de "responsabilização estatutária", se de "responsabilização infracional", ao invés de "direito penal juvenil", desimporta, desde que se tenha presente tratar-se de um sistema de responsabilidade fundado nos princípios garantistas incorporados pelo Direito Penal.

6. À guisa de conclusão

Imersa em uma crise moral e ética de dimensões ciclópicas, aterrorizada pela violência insana que a assombra, o risco da radicalidade ronda a sociedade brasileira.

24. Op. cit., p. 16.

25. SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil*: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

É sabido que uma sociedade que somente reconhece direitos, acaba por produzir a anarquia. Outra, que com apenas deveres, faz-se tirania. Em um contexto assim, onde a segurança, enquanto direito fundamental, se vê ameaçada, a democracia se vê acuada. Democracia que se constrói sobre os pilares equilibrados dos direitos e dos deveres.

No tema do adolescente autor de ato infracional, que compõe este cenário de crises, grassa o preconceito e a desinformação, a ponto de confundirem a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, com impunidade. Chegou circular pela internet um quadro de idades penais de países diversos, induzindo em erro muita gente boa. Tomemos a Alemanha, como exemplo, onde o mapa da internet apontava como 14 anos a idade penal. Na verdade aos 14 anos o adolescente alemão faz-se sujeito das medidas sócio-educativas de lá, em seu sistema juvenil. Por este parâmetro, desde 1990 a idade penal no Brasil se dá aos 12 anos.[26]

O Estatuto construiu um sistema penal juvenil. A questão é que muitos menoristas continuam com o discurso do coitadismo (e não da proteção integral de direitos) e fazem crer que com "menor não dá nada". A turma do "prende e arrebenta", por seu turno, quer pena de morte.

Na verdade o sistema juvenil brasileiro, em sua literalidade, trata o adolescente de forma mais gravosa do que o maior de 18 anos nos delitos de menor potencial ofensivo, desde o advento dos Juizados Especiais. Isso é uma inconstitucionalidade por violar compromissos do Brasil em face da Normativa Internacional.[27]

Por outro lado, possível admitir, que esteja se revelando não suficiente a resposta do Estado frente a certos (e poucos) tipos penais mais graves, onde os três anos de internação se parecem insuficientes para determinadas situações (a propósito, na Alemanha o prazo máximo é de dez anos).

26. Ao final deste trabalho se publica tabela atualizada do quadro legislativo europeu, com menção à idade penal e a idade de responsabilidade penal juvenil, mencionado por Sergio Salomão Schecaira, op. cit.

27. Art. 54 das Diretrizes de Riad.

Não se pode perder de vista, todavia, que o tempo na adolescência tem uma dimensão diversa do adulto. Aí a oportuna reflexão de Antonio Carlos Gomes da Costa[28] a propósito da reflexão de um adulto, ao final de um ano dizendo que nem sentiu o ano passar. Natural, aos cinqüenta anos, um ano significa 2% de nossa vida, e no cotejo com o tempo vivido, nem percebemos como passou voando. Para uma criança de cinco anos, um ano é uma existência, pois significa 20% de toda a vida vivida. Para um adolescente de dezesseis, três anos, são quase estes mesmos vinte por cento.

O art. 122 do Estatuto, por sua demasiada amplitude de discricionariedade reclama revisão e o estabelecimento de critérios determinados de proporcionalidade.[29]

O tema do adolescente deve ser analisado em seu foco, sem ressuscitar a discussão de discernimento, abandonada em 1922 por servir apenas para prender os pobres e soltar os ricos, bastando ver a recente experiência dos vizinhos chilenos que abandonaram este critério por flagrantemente discricionário.

No século XXI, se verá, que adolescência se estenderá até os trinta anos. O que necessitamos é dar eficácia, com algumas correções, no sistema penal juvenil que temos, criando um sistema para jovens adultos, entre 18 e 24 anos, diferenciado, pois hoje temos jovens de 20 anos no sistema sócio-educativo em cumprimento de internação por homicídio e garotos de 18 anos em uma penitenciária por furto. É preciso estender o sistema sócio-educativo, em espaços para jovens adultos, para certos e determinados tipos penais, como na Alemanha.

Falar em redução de idade penal se faz um desserviço à sociedade e ao reclamo de segurança que brada. Comparar-nos com os EUA, que é muito útil em vários aspectos, exige que tenhamos consciência de nossas diferenças culturais, por tudo que aqui foi dito, até porque lá, afinal, futebol é um esporte que se joga com as mãos.

28. GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. A velha senhora, na *Revista do Juizado da Infância e Juventude do TJRS*, n. 11, acessível no site www.tj.rs.gov.br.

29. FRASSETO, Flávio. Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade, na *Revista do Juizado da Infância e Juventude do TJRS*, n. 11, acessível no site www.tj.rs.gov.br,no link Juizado da Infância e Juventude.

Tabela de imputabilidade[30]

País	Idade de responsabilização juvenil	Idade de maioridade penal	Limite de idade de aplicação do direito penal juvenil a jovens adultos	Idade de Maioridade Civil
Alemanha	14	18	21	18
Áustria	14	19	21	19
Bélgica	18	18		18
Bulgária	14	18		
Croácia	14	18		
Dinamarca	15	18		18
Escócia	8	16	21	18
Eslováquia	15	18		
Eslovênia	14	18		
Espanha	14	18	21	18
Estônia	13	17	20	
Finlândia	15	18		18
França	13	18	21	18
Geórgia	14	18		
Grécia	13	18	21	18
Holanda	12	18		18
Hungria	14	18		
Inglaterra/Gales	10	18	21	18
Irlanda	12	18		18
Itália	14	18		18
Lituânia	14	18		
Noruega	15	18		18
Portugal	16	21		18
R. Checa	15	18		
Romênia	14	18		
Suécia	15	18		18
Suíça	7	18	25	20
Turquia	11	18	20	18

30. Fonte: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 420.

7. Bibliografia

AMARAL e SILVA, Antônio Fernando. O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis: AMC, 1998.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Prefácio de Luiz Carlos Fontes de Alencar ed. fac.-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: DelPuerto, 2004.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAIOLI, Luigi. Prefácio a infância, ley y democracia em América Latina. MÈNDEZ, Emílio Garcia, e BELOFF, Mary. Buenos Aires: Temis, 1999.

FRASSETO, Flávio. Internação por tempo máximo inferior a três anos: uma possibilidade e uma necessidade, *Revista do Juizado da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do RS*, n. 11, acessível no site www.tj.rs.gov.br.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. A velha senhora. *Revista do Juizado da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do RS*, n. 11, acessível no site www.tj.rs.gov.br.

KONZEN, Afonso. *Pertinência sócio-educativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional:* medida sócio-educativa é pena?. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

MACHADO, Martha Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MENDEZ, Emílio Garcia. Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latinoamericano. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.

_____. Infância, ley y democracia em América Latina. Bogotá: Editorial Temis. 2. ed. v. 1 e 2, 2004.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito penal juvenil: quem garante os jovens desta "bondade punitiva"? *Revista da ESMESC*, ano 9, 2003, v. 15. Florianópolis: ESMESC, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa; KOERNER JÚNIOR, Rolf; VOLPI, Mário (Org.). A normativa nacional e internacional & reflexões sobre a responsabilidade penal dos adolescentes/FONACRIAD. São Paulo: Cortez, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Adolescentes em confronto com a lei: o Estatuto da Criança e do Adolescente como instrumento de responsabilidade ou a eficácia das medidas sócio-educativas. *Ajuris* 67/60. Porto Alegre: Ajuris, 1996.

_____. *Adolescente em conflito com a lei*: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHECAIRA, Sergio Salomão. *Estudo crítico do direito penal juvenil*, mimeo. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, em 2007.

SPOSATO, Karyna. *O direito penal juvenil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho penal juvenil europeo.* Madrid: Dykinson, 2005.

VITAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 18, abr.-jun. 1997. São Paulo: IBCCrim/RT.

VOLPI, Mário (Org.). *O adolescente e o ato infracional.* Cortez: São Paulo, 1997.

De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado

José Luis Díez Ripollés
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Málaga.

Resumo: O estudo analisa a manipulação do discurso sobre a necessária expansão do direito penal desde novas formas de criminalidade relacionadas com a nova sociedade de risco, por parte do discurso da segurança cidadã. Ambos os discursos respondem a substratos ideológicos muito distintos, inclusive contrapostos, mas o modelo securitário tem conseguido aproveitar argumentos político-criminais do primeiro discurso para os fins de seu discurso autoritário.

Palavras-chave: Sociedade de risco – Segurança cidadã – Expansão do direito penal.

Abstract: The study analyzes how the public safety theoretical discussion has been able to take advantage of another criminal justice policy discourse, the one on the needed expansion of criminal law towards new types of crime related with the technological risk society. Although each discourse responds to a different ideological foundation, even opposing ideological roots and very different criminal justice policy goals, the public safety discourse is leveraging on political-criminal arguments derived from the risk society discourse to support its authoritarian trend.

Keywords: Risk society – Public safety – Expansion of criminal law.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El debate políticocriminal sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo – 3. La irrupción de la seguridad ciudadana, y el desbordamiento del marco analítico: 3.1 Integración del fenómeno de la inseguridad ciudadana en el fenómeno pretendidamente más amplio de la sociedad del riesgo; 3.2 Transformación de la expansión modernizadora del derecho penal en una expansión securitaria; 3.3 La relación entre individuo y sociedad en la génesis y abordaje de la delincuencia; 3.4 La contraposición entre individuo y ciudadano en el diseño de la política criminal – 4. Las propuestas doctrinales del derecho penal de la seguridad ciudadana: 4.1 El derecho penal del enemigo; 4.2 El derecho penal de la tercera velocidad; 4.3 La reconstrucción del derecho de la peligrosidad; 4.4 Crítica a las propuestas precedentes – 5. La prosecución acrítica de la modernización – 6. Bibliografía citada.

ÁREA DO DIREITO: Penal

1. Introducción

En un reciente trabajo[1] he tenido ocasión de sostener la tesis de que la actual política criminal española sólo es susceptible de una cabal comprensión si se asume la tesis de que hemos entrado en una dinámica que tiende a superar el hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro al que he denominado el modelo penal de la seguridad ciudadana. En ese movimiento otros modelos penales disponibles, como el resocializador o el de la justicia reparadora, han dejado de ser consideradas alternativas dignas de consideración.

En ese mismo estudio, tras mostrar cómo ese cambio de modelo tiene su sustento en las profundas transformaciones espontáneas o inducidas de las actitudes sociales hacia la delincuencia y en su acrítica acogida por relevantes agentes sociales con capacidad para transformar la política criminal, planteaba una serie de propuestas estatégicas. Con ellas se pretendía contrarrestar una deriva políticocriminal que, más allá de su nada convincente trasfondo ideológico, permite

1. Véase Díez Ripollés (2004), passim.

augurar todo tipo de efectos negativos a medio y largo plazo en el abordaje de la prevención de la delincuencia.

Referente central de la estrategia esbozada era el desarrollo de un modelo penal alternativo al de la seguridad ciudadana, que fuera capaz de superar holgadamente en términos pragmáticos y no sólo éticopolíticos al emergente modelo de la seguridad ciudadana. El modelo penal bienestarista apuntado debería estar en condiciones de demostrar la mayor eficacia y efectividad de una aproximación a la delincuencia desde sus causas personales y sociales y no desde sus síntomas o manifestaciones inmediatas, y de insertar consecuentemente los mecanismos sociales de prevención de la criminalidad en el marco de las intervenciones propias del estado social del bienestar. Sobre esa sólida base no debería haber problemas para defender la persistencia de un conjunto de garantías bien asentadas en las creencias sociales, el cual, con independencia en buena medida del modelo de intervención penal escogido, estaría dirigido a preservar a los ciudadanos de los posibles abusos de los poderes públicos.

Pero un avance por esos derroteros exige simultáneamente desembarazar al discurso de una serie de frenos que entorpecen su progresión. Así, resulta inaplazable llevar a cabo una cuidadosa caracterización de los agentes sociales que están impulsando la vigente orientación securitaria, y de cuales son sus intereses y motivaciones determinantes. También conviene ser conscientes de las escasas aportaciones que el pensamiento garantista convencional, atrapado en actitudes principialistas, viene realizando a la acomodación de la intervención penal a los nuevos problemas y necesidades sociales. Finalmente, ya no pueden ignorarse las crecientes corrientes doctrinales que han optado por una contemporización con las nuevas propuestas ligadas al modelo de la seguridad ciudadana, a las que están comenzando a dotar de la cobertura ideológica necesaria para su acreditación científicosocial.

Pues bien, el objeto del presente estudio aborda la última de estas cuestiones. Más en concreto, quisiera cuestionar los presupuestos analíticos y las estrategias

de intervención del discurso doctrinal que está consolidando el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana.

Ahora bien, una correcta exposición y crítica de esas posturas doctrinales exige desarrollar una línea argumental que preste la debida atención a un plus de legitimidad dialéctica del que se han beneficiado, al menos en principio, las propuestas securitarias. Este plus lo han obtenido por el hecho de haber tenido éxito en presentar sus iniciativas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del derecho penal vinculada a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo.

En efecto, el derecho penal de la seguridad ciudadana ha mostrado una especial habilidad para integrar sus análisis y propuestas de intervención en el previamente existente debate politicocriminal sobre la conveniencia de extender las intervenciones penales a ámbitos sociales hasta entonces fuera de su radio de acción. De este modo ha logrado encubrir en buena medida que sus contenidos, tanto en lo referente a las áreas de intervención como en lo concerniente a la naturaleza de ésta, inciden sobre la delincuencia clásica y se limitan a exacerbar medidas penales hace tiempo conocidas.

Así, resulta fácil apreciar la frecuencia con que las posturas doctrinales favorables o contrarias a esa modernización del derecho penal a través de su expansión a fenómenos propios de la llamada sociedad del riesgo, se reproducen a la hora de abordar las propuestas securitarias. A mi juicio, por el contrario, estamos ante dos corrientes de signo opuesto, que abordan realidades sociales diferentes desde perspectivas ideológicas también distintas, y que merecen, en consecuencia, un juicio diferenciado.[2]

Confío que este trabajo, más allá del acierto que obtenga en su crítica del modelo penal de la seguridad ciudadana, contribuya a la definitiva clarificación de este extremo.

2. Véase una anterior formulación de este punto de vista, en Díez Ripollés (2004). 03:7, nota 7 y 03:24 nota 42.

2. El debate políticocriminal sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo

No es objeto de este estudio un análisis de la rica polémica que está teniendo lugar sobre la procedencia de extender el derecho penal a nuevos ámbitos generadores de importante lesividad social, y que hasta ahora no habían estado sometidos a la incidencia de la intervención penal. Espero aportar mi punto de vista en otra ocasión.[3] Pero resulta ineludible, debido a la opción metodológica que he anunciado en las líneas precedentes, hacer una somera descripción de los términos en los que está teniendo lugar esa discusión, dada la destreza con la que el discurso doctrinal de la seguridad ciudadana se ha engarzado en ella.

El debate original sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo parte de la constatación de un conjunto de *realidades sociales* que se podrían, quizás, sintetizar en tres grandes bloques: Por un lado, la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas, en concreto, serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas. Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas: A la ya citada problemática previsión de su aparición, se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad. Finalmente, en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad,

3. Véase de todos modos un pronunciamiento inequívoco a favor de la progresión en la llamada modernización del derecho penal, en Díez Ripollés (1997). 18-19; (2004). 03:32.

que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva. En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal.[4]

A su vez, la *política criminal* que pretendería dar respuesta a esa *sociedad del riesgo* podría evocarse a partir de cuatro grandes rasgos: En primer lugar, una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas, o sobre realidades sociales preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado; entre los sectores de intervención preferente habría que citar la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético..., el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráficos ilícitos de drogas. En segundo lugar, una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentraría sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos, únicos sectores sociales capaces de desarrollar tales conductas delictivas y que hasta entonces difícilmente entraban en contacto con la justicia penal; a tales efectos se contaría con el aval derivado de las demandas de intervención penal procedentes de las organizaciones sociales surgidas en los últimos tiempos en defensa de los nuevos intereses sociales –asociaciones de consumidores, ecologistas...–, con la decidida inserción en los programas de la izquierda política de propuestas de criminalización de esas actividades lesivas de los poderosos y, sobre

4. Véanse, por todos, Mendoza Buergo (2001). 24-34; (2003). 71-74, 78-79; Silva Sánchez (2001). 26-30, 32-50; Silva Sánchez; Felip Saborit; Robles Planas; Pastor Muñoz (2003). 67-71; Gracia Martín (2003). 62-65.

todo, con el apoyo de unas mayorías sociales que se identificaban con las víctimas de los abusos de los socialmente privilegiados. En tercer lugar, la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social: La contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social, o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el derecho civil o el derecho administrativo; el principio de subsidiariedad penal queda seriamente cuestionado. Por último, la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad: A las nuevas técnicas delictivas, a los obstáculos para determinar los riesgos no permitidos, y a la trabajosa individualización de responsabilidades se ha de contraponer una actualización de los instrumentos punitivos; ello implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad político-criminal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales.[5]

El *derecho penal resultante* de esa política criminal renovadora podría corresponderse con las siguientes notas esenciales: 1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; los componentes materiales de esos bienes jurídicos marcarían diferencias respecto a buena parte de los bienes jurídicos tradicionales, producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales. 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo: Dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a

5. Véanse, por todos, Hassemer (1999). 52-63; Mendoza Buergo (2001). 38-61, 92-95; Silva Sánchez (2001). 25-26, 28, 52-69, 74-76, 81-90.

los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador; se abre camino la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento. 3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal: Se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación. 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales: Se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado... etc.[6]

Una vez que se comenzaron a producir avances significativos en la política criminal y en las transformaciones del derecho penal descritas, se fueron perfilando cuatro posturas doctrinales ante esa evolución, que se podrían describir del modo siguiente:

6. Véanse, por todos, Hassemer (1999). 52-63; Cancio Meliá (2000). 121-123, 127; Mendoza Buergo (2001). 68-85, 95-110; (2003). 74-77, 83-85; Silva Sánchez (2001). 20-21, 30, 51, 99-101, 121-141; MARTÍNEZ; BUJÁN PÉREZ (2002). 396-402; Gracia Martín (2003). 130-150; Terradillos Basoco (2004). 220.

La primera de ellas tiene su origen en la escuela penalista de Frankfurt, siendo uno de sus principales expositores Hassemer. Sus postulados han sido ampliamente recogidos en la doctrina española, si bien no han cosechado adhesiones inequívocas, aunque sí han servido para desencadenar alguna otra postura cercana de claro origen doctrinal español.[7] Se puede caracterizar globalmente como una estrategia que, sin dejar de reconocer las nuevas necesidades sociales de intervención, se afana por mantener incólume el laboriosamente construido edificio conceptual del derecho penal que se inició en la Ilustración. En ese sentido, expone que resultan inaceptables las transformaciones que el abordaje de la problemática de la sociedad del riesgo parecen exigir al derecho penal clásico, el cual se vería privado de sus señas de identidad. Entre éstas cabe destacar dos: La concentración de los esfuerzos punitivos en torno a la tutela de un consolidado catálogo de bienes jurídicos de titularidad individual, a los que habría que añadir un reducido número de intereses sociales y estatales sólo amparados frente a riesgos graves y evidentes. Asimismo, la vigencia de un elaborado sistema de imputación de responsabilidad, asentado sobre un rico elenco de garantías individuales a disfrutar por el presunto culpable de un delito y con repercusiones tanto en el plano material como procesal del derecho penal. Para evitar la desnaturalización de ese derecho penal clásico y atender al mismo tiempo las demandas de control social ligadas a los problemas sociales originados en la sociedad del riesgo, propone crear un nuevo *derecho de intervención*,[8] que se encontraría a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, entre el derecho civil y el derecho público. Este derecho de intervención sería el encargado de ocuparse de esa nueva criminalidad, la cual sería admisible que abordara con unas reglas de imputación y unas garantías penales

7. Véase inmediatamente infra.

8. Una vez que parece considerar una alternativa menos viable o más limitada la inclusión de los nuevos bienes jurídicos colectivos dentro del derecho penal clásico mediante su transformación, de modo que tuvieran en todo momento una directa vinculación a referentes individuales. Esta propuesta ha tenido una limitada acogida en la doctrina jurídicopenal española.

y procesales menos estrictas, lo cual debería acompasarse con la previsión de unas sanciones de menor gravedad que las penales.[9]

La segunda de las estrategias doctrinalmente planteadas constituye, como la precedente, una aceptación resignada de las nuevas demandas sociales que se le plantean a la política criminal y un intento de reducir su impacto sobre el derecho penal hasta ahora vigente; se distingue de la anterior en que se muestra dispuesta a que tales exigencias sociales tengan una directa aunque limitada repercusión en la configuración del derecho penal. Formulada por Silva destaca, ante todo, que lo deseable sería reconducir al derecho administrativo sancionador la mayoría de los nuevos objetivos de control social que dimanan de la sociedad del riesgo. Como eso parece hoy por hoy una alternativa irrealizable, propone estructurar dos clases de derecho penal. El primero sería el derecho penal clásico, que permanecería anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos tradicionales y en donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías del presunto delincuente. Junto a él surgiría un nuevo derecho penal, un *derecho penal de segunda velocidad*, que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad del riesgo. Este nuevo sector del derecho penal abordaría esa criminalidad moderna con especial atención a las condiciones necesarias para su efectiva persecución: Se asumiría el carácter colectivo de la mayor parte de los bienes jurídicos tutelados, se adoptarían estructuras típicas suficientemente laxas y, en general, se aligerarían los criterios de imputación y se flexibilizarían las garantías individuales; la contrapartida a todas esas cesiones sería, sin embargo, la renuncia a la previsión de la pena de prisión para estos comportamientos, que deberían ser castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos.[10]

9. Una clara y breve exposición de la postura de Hassemer se encuentra en Hassemer (1999). 67-72. Véanse otras descripciones de la postura del autor alemán, entre otros, en MARTÍNEZ; BUJÁN PÉREZ (2002). 396-399; Gracia Martín (2003). 151-153.

10. Véase Silva Sánchez (2001). 149-162. Una asunción limitada de la tesis de Silva realiza Martínez; Buján Pérez (2002). 407-409, 429-430, quien, sin embargo, se sustrae a la dinámica argumental que contrapone criminalidad clásica y criminalidad moderna, y acepta la segunda

La tercera postura doctrinal es producto de la reacción de un amplio sector de la doctrina, enfrascada hasta ese momento en la construcción e interpretación de los nuevos conceptos jurídicos y figuras delictivas del moderno derecho penal, ante el cuestionamiento de su labor. Su línea argumental pretende justificar la orientación seguida y, muy sumariamente, puede sintetizarse en los siguientes términos: 1. La *modernización del derecho penal* que está teniendo lugar es consecuencia de la acomodación de las nuevas sociedades postindustriales al modelo del estado social de derecho, frente al periclitado estado de derecho liberal; todos los esfuerzos en esa dirección, también la reforzada tutela penal de intereses colectivos, van en último término encaminados a crear las condiciones que posibiliten el libre desarrollo personal de los ciudadanos. 2. Los incrementos de la intervención penal derivan del surgimiento de nuevas realidades y conflictos sociales que ponen de manifiesto la existencia de relevantes intereses colectivos cuya protección penal resulta plenamente justificada; no estamos, pues, ante meros sentimientos de inseguridad socialmente difundidos, sino ante un conocimiento cada vez más preciso de los riesgos existentes y de las técnicas para controlarlos, lo que explica la aparición de potentes movimientos sociales que demandan actuaciones enérgicas para prevenirlos y que cuentan con un sólido apoyo de la ciudadanía a sus demandas; esos intereses colectivos resultan especialmente afectados por determinadas actividades socioeconómicas y empresariales así como por estructuras organizadas ligadas casi siempre a la obtención de altos beneficios económicos al margen de la ley. 3. Ciertamente las nuevas medidas de intervención penal inciden

velocidad para infracciones, de procedencia clásica o moderna, singularmente económicas, que sean de menor gravedad, mientras que la delincuencia grave, cualquiera sea su origen, debe permanecer en la primera velocidad. A su vez, Tamarit Sumalla (2001). 50-52 es sensible a la idea de las dos velocidades desde su percepción de que se precisa actualmente un derecho penal más extenso pero más suave; de todos modos su distinción entre un derecho penal con pena de prisión o sin ella no se construye en torno a la dicotomía entre criminalidad clásica y criminalidad moderna, sino en función del rango constitucional del bien tutelado en comparación con el que posee la libertad personal afectada por la pena de prisión –véase una crítica a estas posturas constitucionalistas en Díez Ripollés (2003). 177-183.

sobre ámbitos sociales donde operan de forma predominante los sectores sociales privilegiados de la sociedad, pero tal hecho viene marcado por quiénes son los causantes de los nuevos y graves daños sociales que se quieren prevenir, supone un saludable avance en el empleo no sesgado de los instrumentos de control social y, desgraciadamente, es una realidad que está claramente sobreestimada; en efecto, es fácil apreciar la rareza con que se dan efectivas intervenciones penales en el sector de los llamados nuevos riesgos, lo que nos reconduce con excesiva frecuencia al mundo del derecho penal simbólico. 4. Finalmente, el pretendido abandono por el moderno derecho penal de los principios básicos del derecho penal garantista no corresponde con la realidad:

a) Un detenido repaso a los diferentes contenidos introducidos permite confirmar que el garantismo posee los instrumentos necesarios para integrarlos en su seno; todo lo más son necesarias acomodaciones de algunos conceptos a las nuevas realidades delincuenciales, lo que ha de verse como profundizaciones o avances en la determinación del sistema de imputación; en realidad las críticas en este campo no suponen más que un estímulo para la mejora de las técnicas legislativas empleadas, pero no conllevan una descalificación global de la propuesta modernizadora.

b) Los principios limitadores del ius puniendi son debidamente respetados: Por lo que se refiere al principio de subsidiariedad, el derecho penal ha mostrado sobradamente ser más eficaz que el derecho administrativo sancionador en la prevención de conductas especialmente peligrosas, y en los ámbitos en los que esa mayor eficacia se discute se adolece con frecuencia de medios para la implementación penal o del tiempo necesario para que la magistratura se familiarice con las nuevas posibilidades de persecución; sin perjuicio de ulteriores profundizaciones conceptuales, los bienes jurídicos colectivos han acreditado su autonomía conceptual, sin que ello haya supuesto una desmaterialización del objeto de tutela con pérdida de la referencia a intereses sociales tangibles; por último, las estructuras de peligro resultan imprescindibles para la protección de ciertos bienes jurídicos

colectivos cuando no se puede o no conviene esperar a su efectiva lesión, sin que sean procedentes objeciones garantistas en la medida en que se pone especial cuidado en la prueba del peligro concurrente, sin olvidar lo inadecuado que es caracterizar al derecho penal moderno como uno trufado de estructuras de peligro, algo que no se corresponde con las numerosas figuras de lesión y resultado material introducidas.[11]

La cuarta postura doctrinal puede calificarse como una actitud de *resistencia garantista* ante las modificaciones que propone la política criminal modernizadora. Se diferencia de las dos primeras posturas en que no ve la necesidad de realizar cesiones aceptando niveles intermedios de intervención penales o parapenales. Considera, por otro lado, que las propuestas llamadas modernizadoras están determinadas por un ilusorio afán de intercambiar garantías por eficacia: Los modernizadores sostienen tenazmente la mayor eficacia del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador u otro tipo de intervenciones jurídicas o no, pese a que un adecuado manejo del principio de subsidiariedad permite fácilmente llegar a conclusiones contrarias; en la práctica las intervenciones penales en los ámbitos sociales modernos se concentran en casos de bagatela, con lo que finalmente resultan también lesionados los principios de fragmentariedad y proporcionalidad. Esta escasa idoneidad del derecho penal para afrontar las nuevas necesidades de la sociedad del riesgo priva de justificación al socavamiento o en el mejor de los casos a la acomodación que la política criminal modernizadora hace del derecho penal garantista, y que pueden llevar a su desnaturalización. En último término, la

11. Una muy significativa parte de la doctrina se encuentra, en mayor o menor medida, detrás de las precedentes afirmaciones. Véanse por todos, Paredes Castañón (1997). 217 y ss.; Gimbernat Ordeig (2002). 52 y ss, 71; Martínez; Buján Pérez (2002). 403-405, 409-431; Gracia Martín (2003). 33-39, 57-125, 155-168, 171-212, 217-218; Pozuelo Pérez (2003). 109, 111, 115-133; Laurenzo Copello (2003). 446-450, 452-454; Soto Navarro (2003). 74-78; Prieto del Pino (2004). 215-217; Terradillos Basoco (2004). 222-240; Górriz Núñez (2004). 340, 343-346; Corcoy Bidasolo (2004). 27-32, 36, 38-40; Gómez Martín (2004). 60-62, 70-71, 77-80, 87-90; García; Pablos Molina (2004). 406-408. Una descripción más amplia de esta postura en Mendoza Buergo (2001). 118-120, 122-153, 176-179.

política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente los comportamientos que le preocupan, termina asignando al derecho penal una función meramente educadora, que le hace caer en las redes del derecho penal simbólico.[12]

3. La irrupción de la seguridad ciudadana, y el desbordamiento del marco analítico

Esas eran las coordenadas del debate políticocriminal del último lustro y medio cuando, a fines del mismo y de forma bastante rápida, se aportan a la polémica nuevas preocupaciones y nuevos argumentos que van a terminar modificando sustancialmente su naturaleza.

Insinuaciones de lo que podía suceder ya se habían podido apreciar en plena discusión sobre las demandas de la sociedad del riesgo. Así, no faltaron autores que incluyeran o advirtieran de la inclusión entre los ámbitos sometidos a debate de algunos que poco tenían que ver con riesgos tecnológicos, como es el caso de la violencia doméstica, el acoso sexual y los delitos contra la libertad sexual en general, y la delincuencia patrimonial convencional, o de otros sectores delincuenciales ya tradicionales para los que las facilidades organizativas que les suministraba la sociedad tecnológica no era desde luego el aspecto más relevante, como son los casos del narcotráfico o el terrorismo.[13] Más ilustrativas aún resultaban ciertas afirmaciones que pretendían cobijar bajo el concepto de moda al *riesgo* que creaban con su misma existencia los *otros*, las personas excluídas del modelo de bienestar, como desempleados, inmigrantes...;[14] que reconocían que el debate sobre la criminalidad de los poderosos no podía ocultar

12. Véanse en esa línea, entre otros, Mendoza Buergo (2001). 118-159, 163-179, 181-192; (2002). 288-292, 304, 310-320; Muñoz Lorente (2001). 124-131; probablemente, Cerezo Mir (2002). 54 y ss.; Bueno Arús (2003). 19-21, 107-109; Velásquez V. (2004). 200-205. Confróntese también Hassemer (1999). 42-51, 57-65, 70.

13. Véanse, por ejemplo, las enumeraciones de Silva Sánchez (1999). 30, 40, 85-86, 113 y Tamarit Sumalla (2001). 50-51, o las advertencias de Mendoza Buergo (2001). 113, 159-161, 179.

14. Véase Silva Sánchez (1999). 23-24.

que la intervención penal sigue y presumiblemente seguirá centrada en los marginados, quienes corren el serio peligro de ser los finalmente destinatarios de las propugnadas mayores facilidades de persecución de delitos;[15] o que comenzaban a percibir que la sociedad, los medios y las instituciones se estaban orientando cada vez más, quizás de un modo pasajero, hacia el incremento de las sanciones y el rigor en su ejecución.[16]

Poco a poco comienzan a menudear afirmaciones doctrinales en las que se reconoce que se está produciendo un cambio de modelo de intervención penal, si bien todavía los autores no se acaban de despegar del discurso precedente o, cuando lo hacen, sólo formulan líneas muy generales de esos nuevos desarrollos.[17]

A mi juicio sin embargo, hemos llegado ya a una situación de cristalización de un nuevo modelo penal, que se ha servido para su consolidación de una serie de transformaciones decisivas del análisis político-criminal, de las que paso a exponer las más significativas.

3.1 Integración del fenómeno de la inseguridad ciudadana en el fenómeno pretendidamente más amplio de la sociedad del riesgo

Las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana al discurso de la sociedad del riesgo vienen constituidas en su mayor parte por una serie de equiparaciones conceptuales que, basándose en la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos. En resumidas cuentas, se da lugar a que el discurso de ley y orden parasite conceptos elaborados en otro contexto.

15. Véase Silva Sánchez (1999). 41-43.

16. Véase Silva Sánchez (1999). 97 nota 172.

17. Véanse Cancio Meliá (2000). 121-138; (2003). 59-78; Mendoza Buergo (2002). 307-308, 310-311, 314; Maqueda Abreu (2003). 6-11; González Cussac (2003). 24.; Zugaldía Espinar (2004). 1.132-1.133.

Así, se afirma que la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la *dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo*, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originan los marginados sociales. En esa misma línea, no hay obstáculo en interpretar la concentración de esfuerzos en la persecución de la criminalidad de los inmigrantes como un exponente más de la expansión penal que exige la nueva sociedad del riesgo.[18] Asimismo, se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el *sentimiento de inseguridad callejera* ligado al miedo a sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas.[19] El auge de los mecanismos de inocuización selectiva, directamente encaminados a sacar de la vida social y recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la *gestión administrativa de riesgos*, inevitable en la complejas sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo, y que se sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes.[20]

De forma semejante, el protagonismo adquirido por los intereses y demandas de las víctimas en el diseño de la reciente política criminal intervencionista se presenta como una *reacción emancipadora* de las clases sociales más desfavorecidas frente a la criminalidad de los poderosos, sujetos que se encontrarían detrás del conjunto de comportamientos que trata de atajar la actual política criminal expansiva. Una interpretación semejante se hace del papel impulsor de la criminalización que desempeñan muy diferentes movimientos sociales, todos ellos afanados en

18. Véase al respecto Silva Sánchez (2001). 28-31, 104-109.
19. Véase Silva Sánchez (2001). 32-42.
20. Véase Silva Sánchez (2001). 141-147.

incidir sobre esa rampante criminalidad de los poderosos. También habría que ver en clave de protección de las clases económicamente débiles de la sociedad la conversión de la izquierda al credo de la seguridad ciudadana, conversión que estaría inspirada en una mejor protección de los sectores sociales desfavorecidos a costa de incidir primordialmente sobre la delincuencia de los socialmente privilegiados. Finalmente, las decisiones internacionales y comunitarias dirigidas a combatir la criminalidad se insertarían en el marco de la delincuencia de la globalización y, por consiguiente, de nuevo de la criminalidad de los poderosos.[21]

Interpretaciones como las acabadas de recoger, inspiradas sin duda en el loable deseo de dar la mayor coherencia posible al análisis de los aconteceres sociales que están detrás de las últimas decisiones políticocriminales, pecan de un voluntarismo que les conduce a tratar dos fenómenos reales, pero que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a unas mismas causas y a unas mismas exigencias ideológicas. Lo malo del asunto es que ese afán por la coherencia termina dando al modelo penal de la seguridad ciudadana una cobertura fáctica que no se merece, por no corresponder con la realidad.

Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos.[22] Los peligros que conlleva esa

21. Véase Silva Sánchez (2001). 52-58, 66-69, 69-73, 81-87. En términos más generales, inserta el fenómeno de la inseguridad ciudadana en el contexto de la sociedad del riesgo, Mendoza Buergo (2003). 80-82, 85.

22. Destaca igualmente la diferencia entre los conceptos de *seguridad técnica*, ligada a los riesgos tecnológicos, y la *seguridad pública* o, en terminología alemana, *seguridad interior*, Mendoza Buergo (2003). 72. Por su parte, Paredes Castañón (2003). 91-94, 111 ha recordado

disposición a trasladar conceptos de un contexto a otro explica igualmente la ausencia de deslinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros y la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad social y económica.[23]

Tampoco parece algo analíticamente fructífero identificar la inquietud que se suscita en el ciudadano sobre las reales capacidades de las instancias sociales para controlar una serie de actividades en principio beneficiosas pero que pueden desencadenar graves y generalizados riesgos, con la percepción atemorizada de que se han incrementado significativamente las posibilidades de ser directo destinatario de una conducta delictiva durante el desempeño de tus actividades habituales. Ni parece razonable encuadrar el poderoso movimiento hacia la potenciación de los fines inocuizadores de la pena, en detrimento de los resocializadores, dentro de puras consideraciones eficientistas de espectro más amplio. Como tendremos ocasión de ver más adelante,[24] el auge de la inocuización tiene un trasfondo ideológico que deja en un segundo plano las reflexiones sobre coste y beneficio a la hora de abordar ciertos riesgos, a diferencia de lo que podría decirse de ciertos desarrollos del derecho penal del riesgo.

Las pretensiones de interpretar el conjunto de la nueva política criminal expansiva como una corriente emancipadora, que aspiraría a controlar de una vez por todas la criminalidad de los poderosos, son especialmente desafortunadas. Sin perjuicio de reconocer que la modernización del derecho penal tiene un marcado componente de esa naturaleza, el cual se ha de mantener, lo que está sucediendo con el incremento actual de la intervención penal tiene en la gran mayoría de las ocasiones poco que ver con eso: Lo que la población demanda son actuaciones enérgicas contra la delincuencia clásica, la que nace en los aledaños de la desocialización

la diferencia entre el concepto de riesgo tecnológico y no tecnológico, previamente a formular su propuesta de utilización de un *concepto generalizado de riesgo* a efectos de determinar la relevancia social de los comportamientos afectantes a los bienes jurídicopenales.

23. Véase también Laurenzo Copello (2003). 444-445.

24. Véase infra apartado 3.3.

y la marginación, sectores sociales respecto a los que, además, se ha producido un notable desapego y desinterés por parte de las clases sociales medias mayoritarias; las exigencias de actuación sobre la delincuencia de los poderosos, sin desaparecer, ocupan un lugar secundario y, desde luego, no se percibe entre esas clases medias una pérdida del encanto que le producen los sectores sociales privilegiados y su pautas de comportamiento. En esas circunstancias, las identificaciones sociales de las mayorías ciudadanas con las víctimas de la delincuencia no parecen conducir a una reacción frente a los poderosos y su criminalidad.[25]

En cuanto a los movimientos sociales que impulsarían estas nuevas políticas expansivas, no todos persiguen lo mismo y resulta imprescindible diferenciar entre aquellos que se afanan realmente por promover actuaciones frente a las modernas formas de criminalidad –asociaciones ecologistas, de consumidores....– y aquellas que luchan meramente por el mantenimiento de la ley y el orden –asociaciones vecinales, de comerciantes...[26] Que la actual política criminal de la izquierda europea vaya encaminada a menoscabar la criminalidad de los poderosos es un aserto de difícil justificación; como ha señalado algún autor,[27] más bien nos encontramos ante la generalización de un desarme ideológico en su discurso políticocriminal, que se deja guiar por demandas coyunturales mediáticas y populistas, demandas que no suelen fijar predominantemente su atención en la criminalidad derivada de los nuevos riesgos.[28] Por último convendría no engañarnos respecto a los objetivos de una buena parte de los acuerdos internacionales y decisiones comunitarias penales; sin desconocer la importante presencia de regulaciones afectantes a comportamien-

25. Véanse valoraciones similares en Martínez-Buján Pérez (2002). 410; Terradillos Basoco (2004). 226. 227.

26. Véase también Terradillos Basoco (2004). 227.

27. Véase Terradillos Basoco (2004). 228.

28. Un análisis detenido sobre la reacción de las fuerzas políticas a la reciente evolución de las demandas sociales sobre el control de la delincuencia puede verse en Díez Ripollés (2004). 03:6 y ss. Véanse también, entre otros, Cancio Meliá (2000). 135-136; (2003). 71-73; Landrove Díaz (2003). 1.925; Maqueda Abreu (2003). 8; González Cussac (2003). 22, 24; Nieto Martín (2004). 220.

tos delictivos *modernos*, no pueden pasarse por alto los numerosos instrumentos legales, quizás los de mayor trascendencia práctica, que se refieren a aspectos de la delincuencia clásica y de aquella en que la tecnología tiene un papel secundario, desde los tráficos ilícitos a la delincuencia sexual, pasando por el terrorismo o la violencia doméstica; por lo demás, algún documento europeo reciente apunta hacia una intensificación de las actuaciones comunitarias sobre la que denomina *delincuencia común*, frente al énfasis precedente en la delincuencia organizada.[29]

3.2 Transformación de la expansión modernizadora del derecho penal en una expansión securitaria

Junto al concepto de *riesgo*, el concepto de *expansión* ha venido siendo otra de las ideas motrices del debate sobre la modernización del derecho penal: Con ella se quería expresar que la atención a las nuevas realidades delictivas aconsejaba proceder a una ampliación de los contenidos del derecho penal. Pues bien, análisis como los criticados en el apartado precedente[30] han sentado las bases para un nuevo progreso en la conformación del marco analítico en el que podrá arraigar el modelo penal de la seguridad ciudadana. En efecto, el concepto de *expansión* deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan ocupar, dentro del *nuevo concepto de expansión,* un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente.[31]

Para dar este paso, sin embargo, es necesario además que se den por buenos, o al menos no se cuestionen a fondo, una serie de mediadores conceptuales,

29. Véase Comisión de las Comunidades europeas (2004). 3-5. Cuestiona, con acierto, la asunción acrítica de las propuestas punitivas internacionales, Nieto Martín (2004). 220.

30. Véase una síntesis de buena parte de esas críticas ya en Díez Ripollés (2004). 03:7 nota 7.

31. Véase también Nieto Martín (2004). 220. Terradillos Basoco (2004). 224-225 recuerda asimismo que la globalización económica sólo exige expansión punitiva contra las personas socialmente disfuncionales por estar situadas en la marginación, a saber, desempleados e inmigrantes.

a veces meros lugares comunes incrustados en el debate político-criminal, que van a coadyuvar en el logro de este cambio de perspectiva.

El primero de ellos garantiza el tránsito de una a otra forma de expansión, y viene expresado en la idea de que la *expansión* del derecho penal ha dejado de ser extensiva para ser *intensiva*: Con ello se abre el camino a la justificación *moderna* de las cada vez más frecuentes decisiones político-criminales que concentran sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, delincuencia hace ya mucho tiempo incorporada a los códigos penales.[32]

El segundo de ellos consiste en aceptar como punto de partida de las nuevas medidas de intervención una serie de presupuestos que, aunque no se compartan plenamente, se les encuentra en alguna medida fundados o, cuando menos, dignos de comprensión. Es el caso de considerar un hecho indiscutible la estabilidad en nuestra sociedad de altas tasas de miedo al delito, sin reflexionar sobre los numerosos indicios que apuntan a que la evolución reciente ha podido ser un fenómeno inducido mediáticamente a partir de ciertos intereses políticos.[33] O la asunción de que la opinión pública es inaccesible a esfuerzos de sensibilización sobre aproximaciones racionales a la delincuencia, de modo que hay que aceptar que lo que procede es la adopción de medidas sustancialmente dirigidas a calmar sus temores, apaciguar su agresividad o satisfacer en general sus pulsiones psicosociales.[34] También pertenecen a ese mismo orden de presupuestos justificadores apresuradas afirmaciones sobre la incapacidad de las estructuras convencionales del derecho

32. Véanse Silva Sánchez; Felip Saborit; Robles Planas; Pastor Muñoz (2003). 114.

33. Entre abril y julio de 2004, fechas inmediatamente posteriores a las elecciones generales de marzo de 2004, la inseguridad ciudadana ha dejado de ser –con la excepción, por estrecho margen, de julio– uno de los tres problemas principales de España, manteniéndose en cuarto lugar, con porcentajes inferiores al 20% de españoles que la incluyen entre los tres primeros problemas. En cuanto al miedo a sufrir un delito, ha dejado de ser uno de los tres problemas personales más importantes, pasando al cuarto o quinto lugar, al ser citado entre los tres problemas que más les afectan sólo por el 14 o 15% de los españoles. Véase CIS (2004). Sobre la diversa situación a fines de 2003, véase Díez Ripollés (2004). 03:8.

34. Véanse Silva SánchezFelip SaboritRobles PlanasPastor Muñoz (2003). 114, 115, 121-123, 127; Comisión de las Comunidades europeas (2004). 6.

penal para abarcar la delincuencia patrimonial reiterada de los marginados, con la consiguiente insinuación, tras las consabidas referencias genéricas a que hay que trabajar sobre las causas, de que es imprescindible abrir nuevas vías punitivas; no es extraño que a continuación se den por buenas valoraciones superficiales sobre el excesivo coste de ciertas medidas de intervención preventivo-policiales o resocializadoras. Del mismo modo se da como conclusión bien asentada la de que para la delincuencia grave violenta los efectos intimidatorios son ineficaces y los resocializadores vanos, de forma que sólo la inocuización ofrece garantías de éxito.[35]

También son fáciles de apreciar actitudes resignadas ante la transformación que está experimentando la conceptuación y la práctica persecutoria de la delincuencia organizada, arquetipo de la cual han dejado de ser las grandes y complejas organizaciones criminales, con capacidad para afectar al entramado socioeconómico e institucional de nuestras sociedades, para pasar a ser objeto de atención preferente las manifestaciones asociativas ligadas a la delincuencia tradicional, como bandas de atracadores o secuestradores, estructuras de tráficos ilícitos de mediano nivel, redes de pornografía infantil, grupúsculos ideológicos o pandilleros violentos, a todo lo cual se añade la persecución de las bandas terroristas.[36] En la misma línea va la cada vez más generalizada aceptación de que las conductas asociales no delictivas, que se desenvuelven en el campo de la marginación, son ineluctablemente la antesala de la delincuencia, por lo que hay que hacer al menos la vista gorda frente a políticas de intervención penal o parapenal sobre ellas, políticas que se consideran condición para el abordaje exitoso de la delincuencia común.[37]

35. Véanse Silva SánchezFelip SaboritRobles PlanasPastor Muñoz (2003). 114-115, 121-124.

Véase, por el contrario, sobre los resultados positivos obtenidos por los tratamientos resocializadores, Redondo (1998). 197-204.

36. Véanse Silva SánchezFelip SaboritRobles PlanasPastor Muñoz (2003). 128, 130-131.

37. Véase Comisión de las Comunidades europeas (2004). 5-6. Referencias más amplias y críticas sobre esta tendencia en Wacquant (2001). 20-23.

Pues bien, en el contexto precedente, ¿en qué se materializa hoy en día esa expansión del derecho penal que iba a permitir en sus orígenes acomodar el instrumento penal a las nuevas realidades de las modernas sociedades del riesgo?[38]

Se identifica en primer lugar un bloque de comportamientos que podrían agruparse bajo el concepto de *delincuencia organizada*. Este concepto, de naturaleza criminológica, dice, sin embargo, poco sobre cuáles sean los ámbitos sociales en los que realmente incide.[39] Un somero análisis de la práctica de la persecución penal en este sector muestra actuaciones que sin duda abordan conductas que se aprovechan de las ventajas que la actual sociedad tecnológica ofrece a los delincuentes, que tienen una indudable repercusión socioeconómica y en los que se implican sectores poderosos de la sociedad, como es el caso del blanqueo de capitales, los fraudes financieros o los atentados contra la propiedad intelectual e industrial... entre otros casos.[40] Sin embargo, cabe ponerse fácilmente de acuerdo en que el núcleo de las intervenciones policiales se concentra en dos fenómenos delictivos ya tradicionales, el terrorismo y el narcotráfico, al que se han unido recientemente otros tráficos ilícitos, entre los que merece especial mención el tráfico de seres humanos en sus diferentes variantes. Pues bien, ninguno de ellos parece que sean directa consecuencia de las oportunidades y los beneficios que puede suministrar

38. Es mérito de Silva SánchezFelip SaboriRobles PlanasPastor Muñoz (2003). 113 y ss. el haber establecido con nitidez los tres grandes grupos de criminalidad que se han unido a los originales contenidos de la expansión del derecho penal. Me he servido de su tricotomía, por más que, como es fácil apreciar, no comparto muchas de sus valoraciones.

39. Baste señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 tampoco los alude, y se limita a precisar qué ha de entenderse por *grupo delictivo organizado* o por *grupo estructurado*, entre otros conceptos. Véase art. 2 de la Convención acabada de citar, en Naciones Unidas. Asamblea general. A/RES/55/25. Ponemos de relieve este hecho en Díez Ripollés;Gómez CéspedesPrieto del PinoStangelandVera Jurado (2004). 30-32.

40. Las conductas de corrupción administrativa o empresarial pueden también responder a esas características, aunque sus posibilidades de comisión son muy variadas y no siempre precisan de una seria estructura organizativa detrás. Los comportamientos de producción y difusión de pornografía infantil muestran una limitada estructura organizativa, pero no parece que tengan una relevante repercusión socioeconómica ni que, precisamente por ello, hayan atraído en la mayor parte de los casos la atención de sectores sociales poderosos.

la nueva sociedad tecnológica, ni que sean llevados a cabo de forma mayoritaria por los sectores sociales privilegiados de la sociedad.[41] El cuadro de lo que significa hoy en día la delincuencia organizada se completa con la obligada referencia a la devaluación que el concepto está sufriendo y que puede conducir, como ya hemos señalado,[42] a que pase a ser una categoría delictiva cada vez más enfocada y aplicada sobre asociaciones delictivas propias de la delincuencia común.[43]

Un segundo bloque de conductas viene constituido por *delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual.* Aquí nos movemos en el campo de la delincuencia más tradicional, la que afecta a bienes jurídicos individuales básicos, como la vida e integridad personal, la libertad o la libertad sexual, incluso los apoderamientos violentos de patrimonio. Parece claro que en este grupo de conductas ya se han perdido con nitidez las referencias al original concepto de expansión, a aquel que pretendía atender a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad tecnológica y mundializada. Se trata, ni más ni menos, que de intensificar intervenciones penales en el núcleo de la delincuencia clásica. Y hacerlo en el

41. En cuanto al narcotráfico, conviene recordar que su actual capacidad organizativa y trascendencia socioeconómica derivan en buena medida de los efectos de la prohibición –algo reconocido por las propias Naciones Unidas en el Preámbulo de la Convención de 1988– véase Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en *Legislación sobre drogas*. Tecnos. 2. ed. 1990. Ello no ha impedido, por lo demás, que la eficacia de las intervenciones penales siga limitada a los niveles bajo y medio del tráfico. Sobre la improcedencia de incluir los delitos relacionados con drogas entre la delincuencia de los poderosos, véase Díez Ripollés (2004). 03:6.

42. Véase lo dicho un poco más arriba.

43. El art. III-172 del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa enumera, entre los ámbitos delictivos que podrán ser objeto de leyes marco europeas que fijen normas mínimas, a la delincuencia organizada, ámbito que, sin embargo, diferencia del terrorismo, tráficos ilícitos de personas, drogas o armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago y delincuencia informática. *La Constitución europea.* Texto integral de la Convención europea. Tirant, 2004. Véase asimismo el amplio elenco de delitos que el art. 282 bis de la LECrim. incluye entre los que pueden dar lugar a delincuencia organizada a efectos de autorizar agentes encubiertos.

Aluden, en contextos cercanos, a la inactividad o inoperancia legislativa y judicial en el ámbito de la delincuencia de cuello blanco, especialmente la socioeconómica, que se aprecia en los últimos tiempos, entre otros, González Cussac (2003). 17-18; Terradillos Basoco (2004). 234-236.

sector de la criminalidad en el que, con toda probabilidad, más se ha producido el extrañamiento entre víctima y delincuente, en el que a éste se le atribuyen más connotaciones de ajenidad, de alineación, frente al resto de los ciudadanos que no lo reconocen como uno de los suyos. Y eso ha arrumbado buena parte de las certezas precedentes: Las reacciones penales ya no le intimidan suficientemente, la resocialización no funciona con tales individuos, sólo la inocuización, el aislamiento, de tales personas ofrece perspectivas de éxito.[44]

El tercer bloque de comportamientos contenido en la nueva expansión securitaria supone ya el descenso a la *criminalidad de la marginación y la exclusión social*. Se trata de la delincuencia habitual de poca monta, que centra sus afanes en los delitos y faltas patrimoniales, con cuyos beneficios esperan obtener las oportunidades vitales que en general la sociedad no les ofrece o que, en el mejor de los casos, han desaprovechado. La ampliación punitiva en este ámbito vuelve a estar muy alejada del original concepto de expansión, a pesar de que en este caso no se trata simplemente de intensificar reacciones penales ya existentes sobre conductas delictivas bien conocidas, sino que adicionalmente se aprecian fuertes tendencias a extender las actuaciones policiales y judiciales, en especial a través de la idea de peligrosidad, a nuevos comportamientos hasta ahora no penados, a conductas asociales que se estiman el caldo de cultivo de la delincuencia. Este bloque de la nueva expansión ejemplifica como ningún otro la deriva autoritaria de la política criminal: La sociedad no está dispuesta a asumir cualesquiera responsabilidades por el surgimiento de este tipo de delincuencia, el énfasis, como veremos enseguida, se coloca en los síntomas y no en las causas de la criminalidad, y el control penal adquiere primacía sobre cualquier otro tipo de política social o jurídica. No queda ahí la cosa, pues en el marco de la intervención penal es la policía, no la jurisdicción, y dentro de ésta última los fiscales y no los jueces, los que han de llevar la iniciativa: Es el momento de los juicios rápidos y de las conformidades.[45]

44. Véanse Silva Sánchez;Felip SaboritRobles PlanasPastor Muñoz (2003). 121-124.

45. Véanse Silva SánchezFelip Saborit Robles Planas Pastor Muñoz (2003).114-115, 118-120; Comisión de las Comunidades europeas (2004). 4-6. También, con actitud cla-

3.3 La relación entre individuo y sociedad en la génesis y abordaje de la delincuencia

Un componente significativo de la modificación del marco analítico que venimos considerando tiene que ver con una nueva relación que se establece entre individuo y sociedad a la hora de explicar la delincuencia y, sobre todo, a la hora de afrontar su prevención. El vehículo transmisor de esa nueva aproximación analítica podríamos calificarlo como la *ideología de la distribución o reparto de riesgos* entre individuo y sociedad.

Resulta casi ocioso recordar que los riesgos de los que estamos hablando ya no son los riesgos tecnológicos. Nos encontramos ya dentro de una política criminal que, como vimos en los apartados precedentes, ha modificado sustancialmente los objetos preferentes de atención de la intervención penal, aunque podamos seguir hablando de una sociedad con una elevada sensibilidad al riesgo, pero al riesgo de la delincuencia común o clásica en los términos ya vistos.

La ideología a la que me refiero parte del presupuesto de que individuo y sociedad deben compartir de forma razonable los riesgos del delito, sin que haya de ser la comunidad la que termine haciendo todo el esfuerzo en la prevención de la delincuencia. Por individuo se entiende en este contexto a la persona que ha cometido o está en trance de cometer un delito.

La consecuencia de ese postulado es que la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de reincidencia delictiva, tanto de los procedentes de los delincuentes habituales como de los que con menor intensidad crean asimismo los delincuentes ocasionales. El coste de ese riesgo ha de pasar íntegramente al propio delincuente.

ramente crítica, Nieto Martín (2004). 220, 222; Sáez Valcarcel (2004). 3-4; Muñoz Conde (2004). 177-180.

Especialmente convincente, y crítico, sobre la sustitución de la agenda judicial por la policial y sobre la desjudicialización a favor de policías y fiscales, añadiendo al listado de fenómenos en esa línea a las órdenes de protección, Sáez Valcarcel (2004). 3-4, 6, 7-8.

Un planteamiento tal lleva, en primer lugar, a que la sociedad se vea descargada de la obligación de promover la resocialización de los delincuentes, en cuanto encaminada primordialmente a evitar la recaída en el delito. Y ello sin necesidad de acudir a argumentos conectados a su pretendida ineficacia. Se trata pura y simplemente de que son unos costes que no le corresponden.[46]

En segundo lugar, la inocuización selectiva, esto es, aquella utilización de la pena que defiende que un notable incremento de los periodos de encarcelamiento y control ejercidos sobre los delincuentes habituales y reincidentes repercute de forma inmediata, y debido a un mero efecto estadístico, en las tasas de criminalidad, parece la opción más sensata. Tal forma de abordar la delincuencia resulta avalada, por lo demás, por las exitosas experiencias que las técnicas actuariales de gestión de riesgos han obtenido en otros ámbitos sociales.

En tercer lugar, un adecuado cálculo de los riesgos de la reincidencia aconseja superar el principio jurídicopenal de la culpabilidad por el hecho, de modo que habrá que extender las intervenciones sobre el reincidente más allá del momento en que ha cumplido la condena, así como anticiparlas a periodos previos a ella.[47]

La ideología de la distribución de riesgos entre individuo y sociedad es, a mi juicio, un discurso que se sirve de una terminología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que le inspira. El punto de referencia revelador de su naturaleza se encuentra en que la sociedad no admite, o restringe notablemente, sus responsabilidades en la génesis y abordaje de la delincuencia. Se trata de una muestra más de la consolidación de los enfoques volitivos sobre los estructurales en el análisis de la delincuencia, esto es, de la convicción de que la criminalidad

46. La actual polémica sobre la procedencia de implementar tratamientos para los autores de conductas de violencia doméstica se mueve en gran medida bajo estas coordenadas.

47. Una de las mejores descripciones de este discurso, desde una actitud sin duda comprensiva aunque también preocupada ante sus posibles excesos, se encuentra en Silva Sánchez (2002). 143-146, 155-159. Llaman la atención sobre el protagonismo que está adquiriendo la inocuización, entre otros, Maqueda Abreu (2003). 8, 9-10; González Cussac (2003). 24; Nieto Martín (2004). 221.

tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente y no en carencias sociales que puedan condicionar su comportamiento.[48]

A partir de esos presupuestos el concepto de distribución de riesgos suministra un nuevo y relevante soporte argumental a la cada vez más intensa incomprensión social que suscitan los programas de resocialización de los delincuentes. En sentido contrario, la potenciación de la inocuización, e incluso del peligrosismo, se cohonestan muy bien con la visión social predominante del delincuente, a quien se percibe como un individuo racional que ha decidido libremente actuar de forma ventajista en la convivencia social.

La adopción de la actividad de seguros o actuarial como modelo de la distribución de riesgos permite que individuo y sociedad se vean como meras contrapartes de un contrato en el que ninguna de ellas tiene aparentemente que responder por circunstancias previas favorecedoras del riesgo. En la práctica, sin embargo, a la sociedad se le exime de ocuparse de las privaciones sociales que con su funcionamiento ha hecho aparecer en ciertos individuos o sectores sociales, y al individuo se le deja sólo con su personalidad y forma de vida, que aparecen descontextualizadas y pasan a ser únicas recipiendarias de los reproches sociales.

Junto al trasfondo ideológico y político acabado de señalar, el concepto de distribución de riesgos muestra algunas incoherencias que conviene destacar.

Ante todo, llama la atención que sean precisamente los delincuentes habituales los que deban asumir los costes de su delincuencia, mostrándose la sociedad menos renuente a tomar a su cargo los propios de la delincuencia ocasional; un modo de razonar verdaderamente atento a la eficiencia social debería proponer que los esfuerzos y presupuestos de los órganos de control social se concentraran en los delincuentes habituales, aquellos cuyo actuar está más condicionado por factores sociales que ellos por sí solos son incapaces de superar, mientras que fueran los delincuentes ocasionales, dadas sus condiciones sociales previas favorables, los que tuvieran que correr con los costes de su delinquir.

48. Véanse ciertos factores que priman en la actual política criminal los enfoques volitivos sobre los estructurales, en Díez Ripollés (2004). 03:29-03:31.

Por otro lado, no puede dejar de sorprender que en una aproximación político-criminal tan pendiente de una eficiente asignación de recursos queden en un segundo plano los costes de la inocuización y de la revitalización del peligrosismo. Para nadie es un secreto los elevados dispendios que conlleva una política criminal de aislamiento y segregación sociales de buena parte de los delincuentes, no sólo en términos de recursos materiales y humanos para su mantenimiento sino también en otros rubros sociales como el empleo, la capacitación profesional y la sanidad, sin que falten ejemplos muy significativos para demostrarlo.[49]

3.4 La contraposición entre individuo y ciudadano en el diseño de la política criminal

Un nuevo avance en la configuración de las bases analíticas del modelo penal de la seguridad ciudadana se logra mediante la introducción de la distinción entre quienes merecen o no ser considerados ciudadanos de una determinada comunidad. Una vez que se ha tenido éxito en situar la discusión sobre los contenidos de intervención del moderno derecho penal en el marco de la expansión securitaria, y se ha abogado por un relevante desplazamiento de las cometidos de prevención de la delincuencia desde la sociedad al propio delincuente, ha llegado el tiempo de degradar al delincuente para poder así justificar el rigor de las intervenciones penales que se planean. En todo caso, debe tratarse de una degradación que no despoje al delincuente de su capacidad para actuar libre y racionalmente, cualidades ambas, como ya sabemos, que constituyen presupuestos de las secuencias analíticas precedentes.

Sin duda ha sido Jakobs quien, tras una evolución significativa de su pensamiento,[50] ha formulado en la política criminal moderna la más acabada

49. Véase la información suministrada por Wacquant (2001), passim, con especial referencia a Estados Unidos.

50. Los tres hitos más relevantes en el tema que nos ocupa pueden considerarse sus obras Jakobs (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, publicada originalmente en 1985; (2000). Das Selbstverständnis der Strafrechswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, expuesta por primera vez en 1999; (2003). Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, que es su última postura y que será la que se seguirá más

contraposición entre ciudadano e individuo, con dos corolarios trascendentales para nuestro propósito, el de que al individuo que además se muestra peligroso hay que tratarlo como enemigo social, y el de que ciertos delincuentes pertenecen a esa categoría de enemigos de la sociedad.

Sin poder pasar por alto las indudables raíces funcionalistas de su construcción, que se resumirían en la constatación de que el concepto de persona no es uno originario, sino uno que resulta atribuido al individuo como producto de la comunicación dentro del sistema social, atribución que dependerá del grado de satisfacción de las expectativas normativas que esté en condiciones de prestar el individuo,[51] me parece significativo resaltar que en sus últimas exposiciones ha procurado complementar esa aproximación metodológica con otra de origen más políticojurídico. Para ello se ha servido de algunas de las formulaciones iusfilosóficas más conocidas del contrato social, las cuales le permiten, a su juicio, fundamentar la distinción entre persona/ciudadano por un lado, e individuo/enemigo por otro: Así, sin necesidad de llegar a la contundencia de Rousseau o Fichte, para quienes todo delincuente es un enemigo que pierde los derechos obtenidos en virtud del contrato social, considera razonable la postura de Hobbes y Kant, quienes consideran que se ha de privar del estatus de ciudadano a todo aquel que muestre una tendencia a persistir en el delito.[52]

Sea como fuere, lo cierto es que Jakobs sostiene que el derecho penal que conocemos va dirigido a ciudadanos, esto es, a aquellos individuos respecto a los cuales existe una expectativa de comportamiento personal, determinado por los derechos y deberes vigentes en la sociedad y con una actitud de fidelidad al ordenamiento jurídico. La pena, en el caso de que estos ciudadanos defrauden la expectativa normativa,

de cerca en la exposición del texto Véanse referencias a su evolución en Cancio Meliá (2003). 60-61, 79-80, 85-86; Portilla Contreras (2004). 43-44; Gómez Martín (2004). 82-84.

51. Quizás la formulación más acabada de la perspectiva funcional en la distinción entre individuo y persona a efectos jurídicopenales se encuentre en Jakobs (1996). 19-25, 35-38, 47-62.

52. Véase esta fundamentación en Jakobs (2003). 25-33, y confróntese con la que había hecho en (2000). 50-54.

tiene la función de reafirmar la vigencia de la norma infringida, confirmando así la identidad social; los efectos preventivos o motivadores de futuros comportamientos le son ajenos o, al menos, secundarios. Sin embargo, para que alguien sea tratado como ciudadano es preciso que corrobore a través de su comportamiento habitual que se atiene a las expectativas normativas antedichas, es decir, que ofrezca garantías de que procede normalmente así. Si ése es el caso, la realización ocasional de un delito por su parte no le priva de su condición de ciudadano, y la pena que se le impondrá desempeñará la función arriba mencionada.

Por el contrario, existen individuos que, debido a su actitud personal, a sus medios de vida, a su incorporación a organizaciones delictivas o a otros factores, muestran de manera reiterada y duradera su disposición a delinquir, defraudando así persistentemente las expectativas normativas formuladas por el derecho, por lo que no satisfacen las garantías mínimas de comportamiento de acuerdo a las exigencias del contrato social. A tales individuos no se les puede considerar personas ni ciudadanos, son enemigos de la sociedad que deben ser excluidos de ella. El derecho penal que ha de regir para ellos debe ser sustancialmente distinto del vigente para los ciudadanos, ha de ser uno militante, encaminado a neutralizar su peligrosidad, y en el que las garantías son reducidas y la pena ya no busca reafirmar la vigencia de la norma sino asegurar el mantenimiento extramuros de la sociedad de estos individuos.

Nichos sociales de surgimiento de enemigos dentro de la sociedad del riesgo estima Jakobs que se encuentran de forma predominante en la criminalidad económica, en el terrorismo, en el narcotráfico y la delincuencia organizada en general, en la delincuencia sexual u otras conductas peligrosas cercanas, en la delincuencia habitual y, en general, en toda la delincuencia grave. Tales ámbitos delincuenciales deberían, pues, tratarse de acuerdo a las pautas de ese derecho penal de enemigos y no de ciudadanos.[53]

53. Véase Jakobs (2000). 49-53; (2003). 13-15, 23-25, 33-43, 47, 51, 55-56.

La elaboración conceptual desarrollada por Jakobs[54] constituye un nuevo y significativo progreso en la consolidación de actitudes sociales de incomprensión hacia la delincuencia, de extrañamiento social del delincuente, el cual ahora, en determinadas circunstancias, se ve privado de su carácter de ciudadano y aun de persona, para convertirse en enemigo de la sociedad. De esta manera, no sólo han quedado definitivamente arrinconados los enfoques estructurales sobre la criminalidad, sino que incluso aproximaciones securitarias como la de distribución de riesgos entre sociedad y ciudadano sufren mermas legitimatorias, dado que resulta cada vez más difícil justificar que la sociedad deba compartir algo, deba acordar cualquier reparto de riesgos, con quien es su enemigo. La meta es asegurar la exclusión de la sociedad de ciertos delincuentes.

Cuando uno se pregunta quiénes son esos individuos a los que se les quiere mantener al margen de la sociedad, se percibe todavía, aunque ya ocasionalmente, la retórica de la sociedad del riesgo,[55] pero resulta evidente que estamos ya en un contexto distinto. Es fácil apreciar cómo las áreas de intervención se corresponden casi totalmente con las que ya hemos visto que son objeto de atención preferente dentro de la expansión securitaria. Sin embargo, la aportación fundamental que la distinción entre ciudadano y enemigo hace a esa expansión no reside en la coincidencia de los sectores preferentes de intervención penal, sino en algo más trascendente y que ya había sido apuntado por la ideología de la distribución de riesgos:

Se trata de la estructuración del derecho penal desde la persona del delincuente y no desde el hecho dañoso cometido, de una nueva y reforzada legitimación, en definitiva, del derecho penal de autor.[56] En efecto, el punto de referencia

54. No pretendo en lo que sigue realizar una crítica de los presupuestos teóricos que fundamentan la construcción de Jakobs. Mi objetivo se limita a analizar críticamente las inmediatas implicaciones que su propuesta tiene en la consolidación del modelo penal de la seguridad ciudadana. Véase recientemente en la doctrina española un abordaje más básico, con referencias bibliográficas adicionales, en Cancio Meliá (2003). 78 y ss; Portilla Contreras (2004). 43 y ss., en especial 45-49; Muñoz Conde (2004). 170-175; Gómez Martín (2004). 84-87.

55. Véanse referencias en ese sentido de Jakobs en directa relación con la construcción del derecho penal del enemigo, en (2000). 50, 53.

56. Lo ha puesto nítidamente de manifiesto, Cancio Meliá (2003). 88-89, 100-102.

fundamental a la hora de distinguir entre las dos formas de intervención penal propuestas pasa a ser una actitud persistente de desapego, de distanciamiento, hacia el orden sociojurídico dentro del que el individuo se desenvuelve. El efecto ampliatorio frente a los análisis anteriores reside en que ya no es imprescindible la contumacia en el delito, la habitualidad o reincidencia delictivas. Sin perjuicio de que esa sea una condición de frecuente concurrencia,[57] lo peculiar ahora es que basta con una actitud permanente de desprecio hacia el orden jurídico y la disponibilidad a infringirlo. En consecuencia, el incipiente derecho penal de autor que había supuesto, sin duda, el asentamiento del criterio de distribución de riesgos sobre la cualidad de delincuente reincidente o habitual, resulta ahora decisivamente potenciado mediante esta trascendente ampliación de los sujetos sometidos al nuevo derecho penal.

Las dos contribuciones esenciales del derecho penal del enemigo al nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, esto es, la degradación del delincuente a enemigo y la expansión de la intervención penal en clave personal y no fáctica, no conllevan, por lo demás, la más leve modificación en los usos de la pena que se han ido mostrando consustanciales al modelo securitario: La reafirmación de la vigencia de la norma queda por definición excluida para los enemigos,[58] la prevención general resulta devastada en la medida en que se reconocer a cualquier ciudadano el derecho a salirse del ordenamiento jurídico, adquiriendo un nuevo

57. Creo que se puede afirmar que una lectura cuidadosa de Jakobs (2000) y (2003). passim muestra que su construcción del derecho penal del enemigo no se edifica sobre el delincuente reincidente o habitual, sino sobre el individuo que rechaza de forma persistente el ordenamiento jurídico y muestra así su disponiblidad a delinquir, quizás plasmada ya en algún comportamiento delictivo. Ello no obsta a que en algunos pocos pasajes tienda a referirse a la habitualidad delictiva.

58. Lo cual no deja de ser una incongruencia respecto a algunos de los sectores de criminalidad incluidos en el derecho penal del enemigo, como es el caso de la delincuencia terrorista o de los tráficos ilícitos desde el mundo subdesarrollado al desarrollado. Asumiendo una idea que ha puesto de manifiesto Cancio Meliá (2003). 94-100, se puede decir que en supuestos como éstos se percibe que estamos ante configuraciones sociales de importancia relevante pero con una legitimación problemática o cuestionada, esto es, ante ámbitos de identidad social sensibles, y lo que procedería en tales casos es justamente utilizar la pena en su función de reafirmación de la vigencia de la norma, que es lo que precisamente se descarta en las actuaciones propias del derecho penal del enemigo.

estatus que, sólo en caso de descubrimiento de sus actividades, puede resultarle desfavorable,[59] y parece claro que no procede destinar medios personales o materiales a la resocialización de los enemigos. De nuevo, pues, se apuestan todas las bazas en la inocuización o intimidación individuales.[60]

4. Las propuestas doctrinales del derecho penal de la seguridad ciudadana

Una vez concluido el estudio crítico del marco analítico doctrinal que pretende dotar de fundamento al modelo penal de la seguridad ciudadana, ha llegado

59. Véase ya en Díez Ripollés (2004). 03:24. Han llamado la atención sobre la improcedencia de otorgar la competencia normativa a cada ciudadano, Cancio Meliá (2003). 98-100; Laurenzo Copello (2003). 455-456. Resulta patente en cualquier caso que en la práctica la distinción entre ciudadano y enemigo no va a ser una de lo que podrá disponer el ciudadano, sino que serán las instancias de control social las que determinen, al margen de actitudes personales, quiénes merecen el calificativo de enemigos, y que habrá que contar con previsibles abusos en esa delimitación. Véanse al respecto Muñoz Conde (2003); (2004). 172-174; Portilla Contreras (2004). 45.

60. He formulado críticas adicionales a la tesis de Jakobs, en Díez Ripollés (2004). 03:24. En la doctrina española Zugaldía Espinar (2004). 1.130-1.133, ha considerado que la distinción entre persona e individuo introducida por Jakobs no tiene repercusiones prácticas, y más si se tiene en cuenta que ese mismo autor deslegitima al derecho penal del enemigo, en cuanto estima que frente al enemigo no todo está permitido.

Una propuesta de configuración de dos clases de derecho penal, basada en la diversa naturaleza de los delincuentes, la ha formulado recientemente en España Bueno Arús (2003).75, 82-84, 109-110: Según este autor deben recibir un tratamiento diferenciado la delincuencia por necesidad, por frustración o por falta de oportunidades sociales, y aquella otra que es delincuencia por abuso, por prepotencia o gratuita. Si en el primer grupo se encontrarían "la inmensa mayoría de los delincuentes, de los jóvenes, de los reos de delitos pequeños, en especial contra la propiedad", en el segundo entrarían terrorismo, crímenes internacionales, asesinatos y violaciones innecesarios o no provocados, delincuencia de cuello blanco, tráfico de drogas y personas, robos muy violentos... Pues bien, para la delincuencia del primer grupo procedería un derecho penal centrado en la resocialización, mientras que el otro bloque delincuencial debería ser abordado mediante su inocuización. Las concomitancias con la propuesta de Jakobs acabada de estudiar saltan a la vista. Sin embargo, y sin perjuicio del global juicio negativo que merece, entre otras razones, por la demonización que hace de cierto tipo de delincuencia, la asunción de perspectivas propias del derecho penal de autor, y la apertura a intervenciones penales desmesuradas en ese sector delincuencial –véase infra–, conviene resaltar el mantenimiento por este penalista de un enfoque estructural respecto a un siginificativo sector de la criminalidad, sin duda el más numeroso cuantitativamente, y su consecuente demanda de esfuerzos resocializadores en ese ámbito. Si se me permite una expresión algo cómplice, digamos que supone un inaceptable derecho penal del enemigo con una mejorada identificación de quién es el enemigo.

la hora de ocuparnos de las específicas propuestas de la doctrina que concretan los rasgos que debiera poseer ese derecho penal cuyo objetivo primordial habría de residir en satisfacer las demandas sociales de seguridad ciudadana.

Voy a enumerar tres propuestas que se superponen en buena medida, pero cuyas peculiaridades merecen ser salvaguardadas para obtener así una visión más completa y matizada del fenómeno.

4.1 El derecho penal del enemigo

La autonomía conceptual que la distinción entre ciudadano e individuo ha otorgado a ciertos delincuentes, considerados enemigos sociales, y a las actividades ilícitas que llevan a cabo, se traslada de forma inmediata a una determinada estructura jurídicopenal. La idea motriz de todas las modificaciones que se proponen o se avalan para ese derecho penal de enemigos gira en torno a la idea de la peligrosidad de tales delincuentes, y a su consiguiente corolario de que no hace falta esperar para intervenir penalmente a la producción de un daño o al surgimiento de un peligro identificable.[61]

En el plano material ello supone, ante todo, dar el aval de la ciencia jurídico-penal, bajo el calificativo de legislación de guerra o de emergencia, a las numerosas iniciativas legislativas que en ámbitos muy diversos, mediante modificaciones del código penal o la aprobación de leyes penales especiales, han corporeizado la llamada expansión securitaria.[62] En sentido más específico, se considera oportuno proseguir con la anticipación de la punición a fases alejadas de la comisión del delito, como la conspiración o la mera pertenencia a organizaciones criminales, cuyas penas deberán ser equiparables a las de intervenciones posteriores más próximas a la conducta lesiva o peligrosa.[63] Se propugna igualmente un decidido aprovechamiento de los efectos

61. Véase Jakobs (2003). 14, 23-24, 32-33, 40, 42-43.
62. Véanse Jakobs (2000). 51-52, (2003). 38-40; Bueno Arús (2003). 83, 109.
63. Véase Jakobs (2000). 51; (2003). 40, 43.

inocuizadores de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; su cumplimiento debe tener restringida al máximo la obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento.[64]

Simultáneamente se han de potenciar medidas sancionadoras específicamente destinadas a combatir la peligrosidad más allá de lo que pueda hacerlo la pena misma. Se propugna la revitalización de un derecho de medidas asegurativo para este tipo de delincuentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida y la potenciación de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena.[65]

Pero es, sin duda, el ámbito del proceso penal aquel en el que el derecho penal del enemigo concentra sus esfuerzos: Y no sólo a través de la preconizada mayor facilidad de imposición de la prisión preventiva, estrechamente relacionada con la potenciación del derecho de medidas acabado de señalar, sino también mediante una panoplia de propuestas que desmontan sin contemplaciones el derecho penal garantista: Facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los periodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida... etc.[66]

Finalmente, hay dos motivos que podríamos llamar coyunturales o de oportunidad que refuerzan todo el esfuerzo precedente: El primero constata la

64. Véanse Jakobs (2003). 23-24; Bueno Arús (2003). 83-84.

65. Véanse Jakobs (2003). 14, 23-24, 32-33, 38; Bueno Arús (2003). 75. Destaca cómo el derecho penal del enemigo desarrolla una fuerte tendencia hacia su conversión en un derecho de medidas y no de penas, Silva Sánchez (2001). 164-165; veáse además infra apartado 4.3.

66. Véase Jakobs (2000). 52; (2003). 43-46. Véase asimismo la detenida exposición que Portilla Contreras (2004). 43, 45-49 realiza de las consecuencias que discípulos o seguidores de Jakobs sacan en el campo procesal penal a partir de las tesis del derecho penal del enemigo.

presión de la sociedad y de diversos subsistemas del sistema social, singularmente el económico y el político, para que el sistema penal resulte eficaz y efectivo, además de eficiente, en la lucha contra esa delincuencia, así como sus indisimuladas advertencias de que si la ciencia jurídicopenal no lo adapta a tales exigencias con la configuración de un derecho penal de guerra, el derecho penal que conocemos y las estructuras conceptuales que le conforman están condenados a la irrelevancia.[67] El segundo llama la atención sobre el hecho de que únicamente si se atienden tales demandas se logrará impedir la contaminación del derecho penal de los ciudadanos con los contenidos del derecho penal del enemigo, algo que ya se ha producido en ciertos ámbitos, como es el caso de la cada vez más extendida punición de numerosos actos preparatorios. Por lo demás, si la ciencia penal toma a su cargo esa tarea tendrá ocasión de establecer ciertos límites a ese nuevo derecho penal, límites que debieran prevenir frente a una renuncia generalizada por su parte a los principios del derecho penal garantista.[68]

4.2 El derecho penal de la tercera velocidad

Lo que Silva Sánchez ha denominado el derecho penal de la tercera velocidad constituye una propuesta políticocriminal fácilmente vinculable al concepto de derecho penal del enemigo analizado en el subapartado anterior, algo de lo que es consciente su propio creador.[69] Sin embargo, sería equivocado pasar por alto algunos matices relevantes:

67. Véase Jakobs (2000). 49, 53-54.

68. Véase Jakobs (2003). 22, 33, 46, 48-50, 56. También Bueno Arús (2003). 84, 109-110.

Véanse otras descripciones en la doctrina del derecho penal del enemigo de Jakobs, en Mendoza Buergo (2002). 311-312; Cancio Meliá (2003). 79-81; Portilla Contreras (2004). 43-45; Gómez Martín (2004). 82-84, entre otros.

69. Véase Silva Sánchez (2001). 163-165. Llaman claramente la atención sobre la semejanza, Cancio Meliá (2003). 79-83. Por el contrario, Gómez Martín (2004). 83 considera que la tercera velocidad de Silva se aproxima sólo a la primera, y limitada, postura de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo formulada en 1985.

El primero de ellos reside en que esa tercera velocidad exasperadora de la intervención penal en ciertos ámbitos sociales se produce dentro de un discurso sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo que acaba de proponer para las nuevas formas de delincuencia ligadas a la sociedad tecnológica y a la criminalidad de los poderosos una retirada significativa de la intervención penal. Esa retirada, concretada en el derecho penal de la segunda velocidad, habrá de posibilitar que, a cambio de una flexibilización de las garantías –por cierto, escasamente precisada–, se saque del catálogo de penas previstas para tales comportamientos a la pena de prisión.[70]

Que el derecho penal de la tercera velocidad está pensado para una criminalidad muy distinta se confirma fácilmente en cuanto se atiende a las áreas preferentes de intervención de ese derecho penal más riguroso: Ante todo, su defensor pone especial cuidado en excluir expresamente a la delincuencia socioeconómica de la influencia de esa tercera velocidad punitiva, ya que aquella sería un sector de la criminalidad que pertenecería a la dulcificada segunda velocidad o, todo lo más, a la primera.[71] En este nuevo derecho penal se integrarían, por el contrario, la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta o reiterada, la criminalidad organizada,[72] el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo.[73]

El segundo matiz relevante tiene que ver con el relativo distanciamiento de la idea motriz de la lucha contra la peligrosidad del individuo, que caracteriza al

70. Y ello una vez que se hayan agotado las posibilidades del derecho administrativo sancionador. Véase supra apartado 2.

71. Véase Silva Sánchez (2001). 163.

72. Si bien el autor, junto con otros autores, además de tener la impresión de que la delincuencia organizada se ha convertido en un circunstancial compañero de viaje del terrorismo a la hora de ser objeto de determinadas decisiones políticocriminales rigurosas, tiene serias dudas de que ese derecho penal reforzado llegue a la auténtica delincuencia organizada, temiendo que incida exclusivamente sobre la criminalidad patrimonial común que se sirve de cierta organización. Véanse Silva SánchezFelip SaboritRobles Planas Pastor Muñoz (2003). 127, 128, 130-131.

73. Véanse Silva Sánchez (2001). 163, 165; Silva SánchezFelip Saborit Robles Planas-Pastor Muñoz (2003). 133-134.

derecho penal del enemigo.[74] Sin, desde luego, renunciar a ella,[75] el derecho penal de la tercera velocidad introduce como motivos determinantes de su existencia, por un lado, la conveniencia de reaccionar enérgicamente frente a conductas especialmente graves por suponer una negación frontal de los principios políticos o socioeconómicos básicos de nuestro modelo de convivencia, y por otro y en estrecha relación, la necesidad de asegurar la efectividad de la reacción penal a esas conductas superando las dificultades adicionales de persecución y prueba que presentan. Es, por tanto, la sobresaliente lesividad de estos comportamientos la que explica que la sociedad en estos casos esté dispuesta a renunciar a ciertas cotas de libertad a cambio de reforzar la seguridad.[76]

Con esas salvedades, las propuestas de estructuración del derecho penal de la tercera velocidad apenas difieren de las del derecho penal del enemigo: Se da también por inevitable y asumible la conformación de un nuevo derecho penal de esas características,[77] y se concentra la atención en hacer menos estrictas las reglas de imputación de responsabilidad, en anticipar la intervención penal a fases previas a la ejecución e incluso a la preparación del delito, en el incremento de las penas de prisión, y en la eliminación o reducción de las garantías penales y procesales en general.[78]

Sí cabe destacar en Silva Sánchez una reiterada preocupación por los abusos a que pudiera dar lugar el uso normalizado del derecho penal de la tercera velocidad: Tal inquietud le lleva en primer lugar a insistir en su carácter excepcional, tanto por lo que respecta a los sectores sociales abarcados, como en lo concerniente a su periodo de vigencia. En segundo lugar, estima necesario imponer límites a sus

74. Véase supra subapartado precedente.

75. Probablemente porque le concede autonomía suficiente como para desarrollar un nuevo enfoque políticocriminal dirigido en buena parte a otro tipo de delincuencia. Véase Silva Sánchez (2001). 164-165 e infra, subapartado siguiente.

76. Véase Silva Sánchez (2001). 165-166. En estrecha relación con la violencia política, véase una postura similar en Benlloch Petit (2003). 221-223.

77. Véase Silva Sánchez (2001). 166.

78. Véase Silva Sánchez (2001). 163-166.

contenidos, que habrían de inspirarse singularmente en el principio de proporcionalidad, sin olvidar la comprobación de su necesidad, eficacia y respeto del principio de subsidiariedad. Por último, debería prevenirse la contaminación del derecho penal normal, el de la primera velocidad, por este guerrero derecho penal.[79]

4.3 La reconstrucción del derecho de la peligrosidad

La primacía otorgada en el discurso de la seguridad ciudadana a la peligrosidad del delincuente, así como la relevancia obtenida por ideas como la gestión administrativa de los riesgos o la distribución de riesgos entre sociedad e individuo,[80] hacían fácilmente previsible la reactivación de las propuestas doctrinales partidarias del derecho de medidas de seguridad. Éste había ido perdiendo paulatinamente peso en los ordenamientos jurídicos modernos, de lo que es uno de los ejemplos más significativos el nuevo código penal español de 1995, y las preocupaciones securitarias van a suponer su reacreditación. Sin embargo, este nuevo derecho de la peligrosidad presenta unos perfiles que le diferencian en aspectos importantes del que había quedado arrinconado no hace mucho.

Ante todo, la característica relevante de los individuos objeto de su atención no es la presencia en ellos de ciertas carencias personales o sociales, sino simplemente su cualidad de generadores de inseguridad ciudadana. Ello le hace centrarse en dos grandes grupos de delincuentes, por un lado, aquellos que llevan a cabo una delincuencia que se siente como especialmente grave, singularmente la delincuencia violenta y la sexual, por otro lado, los delincuentes reincidentes y habituales, entre los que ocupan un lugar preferente los autores de la criminalidad leve patrimonial.[81]

79. Véanse Silva Sánchez (2001). 163-164, 166-167; Silva Sánchez;Felip Saborit Robles Planas Pastor Muñoz (2003). 130-133, en esta última obra con un enfoque apreciablemente más restrictivo.

80. Véase supra.

81. Véanse Silva Sánchez (2002). 156, 159; Silva Sánchez Felip SaboritRobles Planas Pastor Muñoz (2003). 118, 122-124.

En segundo lugar, este derecho de peligrosidad renuncia gustosamente a la obtención de un estatus autónomo, a cambio de permear con sus contenidos a otros sectores jurídicos bien consolidados. Desde luego, ese es el caso del derecho penal y del derecho penitenciario, pero también del derecho procesal penal –prisión preventiva–, de determinados ámbitos del derecho administrativo –deber de publicar listas de delincuentes sexuales por órganos de las comunidades autónomas– y del derecho civil –medidas cautelares de naturaleza civil en el ámbito doméstico. De este modo amplía notablemente su alcance sin necesidad de enredarse en embarazosas cuestiones sobre la legitimidad de su autonomía.[82]

En tercer lugar, entre sus metas ha desaparecido casi totalmente la de corregir o resocializar al delincuente, siendo la inocuización, dentro o fuera de la prisión, el objetivo que marca en todo momento su proceder. Se incorpora de este modo con fluidez a las corrientes aludidas en los dos subapartados precedentes, a las cuales aporta una valiosa reconversión de un sector de intervención prometedor.[83]

De sus propuestas más significativas cabe mencionar las siguientes:

Reintroducción de las medidas de seguridad predelictivas, a las que reivindica teóricamente y cuyo existencia material, aunque no formal, recuerda: esa sería la auténtica naturaleza, por ejemplo, de los supuestos de prisión preventiva para delincuentes habituales o maltratadores, o de las medidas cautelares civiles y penales para estos últimos.[84]

Acomodación de los sustitutivos penales y régimen penitenciario a los pronósticos de peligrosidad: lo que ha de repercutir, si no lo ha hecho ya, en el endurecimiento

82. Véase Silva Sánchez (2002). 157; Silva Sánchez Felip SaboritRobles Planas Pastor Muñoz (2003). 123.

83. Véanse Silva Sánchez (2001). 146-147; Silva Sánchez Felip Saborit Robles Planas Pastor Muñoz (2003). 122-124.

84. Véanse Silva Sánchez (2001). 147; (2002). 156; Silva SánchezFelip SaboritRobles PlanasPastor Muñoz (2003). 118-119, 120. Sobre los ejemplos mencionados, véanse arts. 503 y 544 ter de la LECrim. Aluden a estos supuestos de expansión de la peligrosidad, Silva SánchezFelip SaboritRobles Planas Pastor Muñoz (2003). 120, 124; Nieto Martín (2004). 223; Sáez Valcárcel (2004). 4-5.

del sistema de prueba de la condena y libertad condicionales, en la progresión en grado durante la ejecución penal y en los beneficios penitenciarios.[85]

Reinstauración del sistema de acumulación de pena y medida, frente al ya consolidado sistema vicarial, lo que abre el paso, además, a la *imposición de medidas permanentes o de larga duración* tras el cumplimiento y cancelación de la pena y eventualmente de la medida de seguridad: Estas medidas, o como se las quiera llamar, abarcan desde libertad vigilada con periódicos controles policiales, sociales o sanitarios hasta la publicación o puesta a disposición de cualquiera de información sobre su previo comportamiento delictivo, durante plazos que pueden extenderse incluso durante toda la vida del condenado.[86]

Esta revitalización del derecho de la peligrosidad exige indudablemente cuestionar su actual configuración en nuestro ordenamiento: La primera decisión legislativa a impugnar es, sin duda, la que ha restringido en nuestro código penal la imposición de medidas de seguridad a inimputables y semiimputables, con alguna extensión a los extranjeros; como ya se ha señalado, han de ser los delincuentes graves, reincidentes o habituales los blancos prioritarios del derecho de medidas. Otra decisión legislativa de gran trascendencia que ha de ser revocada es la que fija el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de las medidas de seguridad: Siendo inaceptable determinar el contenido y duración de la medida en función de los de la pena a imponer por el hecho cometido, como ahora prescribe nuestro código penal, tampoco procedería, como defiende un sector de la doctrina, atenerse sustancialmente en su conformación y duración a lo que derive

85. Véanse Silva Sánchez (2002) 158; Silva Sánchez Felip Saborit Robles Planas Pastor Muñoz (2003). 122-127, quienes muestran cómo las últimas reformas españolas de 2003 han atendido a casi todos esos aspectos.

86. Véanse Silva Sánchez (2001). 146-147; (2002). 156-159; Silva Sánchez Felip Saborit Robles Planas Pastor Muñoz (2003). 125. Muestras en nuestro país de esta evolución lo es, como los últimos autores citados recuerdan, el reformado art. 57 del código penal español, el cual ofrece, con la denominación de pena, la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el art. 48, que tienen una clara finalidad inocuizadora, por un periodo de hasta 10 años más allá de la fecha de duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, así como las diversas iniciativas autonómicas para dar publicidad a los delincuentes sexuales y maltratadores.

del pronóstico de peligrosidad. El criterio de proporcionalidad correcto habrá de basarse en el concepto de distribución de riesgos entre individuo y sociedad, esto es, en cuándo o a partir de qué momento el riesgo de reiteración en el delito lo debe asumir la sociedad, instante en el que ya no procederá la medida.[87]

Por más que objetivamente parece indudable que esta potenciación del derecho de la peligrosidad constituye una aportación que permite, por el momento, cerrar el circulo ideológico fundamentador del discurso de la seguridad ciudadana, no puede dejarse de mencionar que no faltan autores que ven en este derecho de la peligrosidad una seria alternativa al continuo incremento de las penas propio de la expansión securitaria.[88]

4.4 Crítica a las propuestas precedentes

El desenvolvimiento de las propuestas del derecho penal de la seguridad ciudadana es deudor, como no podía ser de otro modo, de las aproximaciones analíticas descritas en el apartado 3. De ahí que no proceda reproducir críticas ya formuladas en ese lugar, aunque resultará inevitable incidir sobre temas comunes.

Siendo cierto que el derecho penal de la seguridad ciudadana permite caracterizarse ante todo como una opción que prima la racionalidad pragmática, esto es, la eficacia y efectividad de la intervención penal, sobre cualquier otra consideración, no debiera pasarse por alto que tal preferencia se apoya sobre unas cuantas decisiones de naturaleza ética y teleológica que son previas.[89] Todas ellas podrían quizás agruparse en la idea de que estamos ante un derecho penal asentado

87. Véanse Silva Sánchez (2002). 157, 158-159, quien recuerda el respeto sólo aparente del principio de proporcionalidad actualmente vigente en lo que respecta a los inimputables, pues nada impide tras la conclusión de la medida de internamiento activar la vía del internamiento civil; Silva Sánchez; Felip Saborit Robles Planas Pastor Muñoz (2003). 118-120.

88. Véanse Silva SánchezFelip Saborit Robles Planas Pastor Muñoz (2003). 121; Sanz Morán (2004) 18, 29.

89. Empleo las referencias a la racionalidad ética, teleológica o pragmática en el sentido propuesto en Díez Ripollés (2003). 91-98.

sobre un proyecto político de *consolidación de las desigualdades sociales* y de *fomento de la exclusión social* de ciertos colectivos ciudadanos.[90]

A tales efectos, y en primer lugar, no duda en servirse de una visión comunitarista de la sociedad. Quizás sea injusto, al menos por el momento, equipararla con enfoques totalitarios, pero supone indudablemente una desaparición de actitudes tolerantes hacia conductas desviadas o simplemente no convencionales, inherentes a toda sociedad abierta y pluralista. En ese sentido, abre una vía hacia la uniformidad social y el autoritarismo.[91] Su incapacidad para captar la complejidad de las actuales sociedades plurales y las tensiones sociales que conllevan, esa incomprensión de una conflictividad social hasta cierto punto natural, le hace concentrar sus afanes punitivos en aquellos sectores sociales que menos sensibles son a intervenciones represivas a la hora de garantizar que atiendan a las demandas de respeto de la ley.

En segundo lugar, es un derecho penal que asume un sesgo clasista. De un modo insostenible ideológicamente dentro de las sociedades sociodemocráticas actuales, establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a practicar sobre las conductas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos nocivos de las clases baja y marginal.[92] A tal fin, lleva a cabo un prejuicioso análisis de la lesividad de los comportamientos a considerar, en virtud del cual convierte a la criminalidad común en un factor desestabilizador del orden político y social de primer orden, haciéndola consecuentemente el objeto central de la intervención penal.

En tercer lugar, se dirige de forma casi absoluta a restringir las oportunidades vitales de los ciudadanos sujetos de forma directa a sus intervenciones,

90. Destacan el atentado al principio de igualdad que suponen estos modelos, entre otros, Muñoz Conde (2003); Corcoy Bidasolo (2004). 40.

91. Véanse diferentes apuntes sobre la cercanía de alguno de los modelos de seguridad ciudadana a concepciones autoritarias, y aun totalitarias, en Maqueda Abreu (2003). 11; Landrove Díaz (2003). 1926; Muñoz Conde (2003); (2004). 172-174, 176; Gómez Martín (2004). 84; MartínezBuján Pérez (2004).

92. Véanse, entre otros, Corcoy Bidasolo (2004). 29, 40, con referencias al surgimiento de *ciudadanos de tercera*; Muñoz Conde (2004). 182; GarcíaPablos Molina (2004) 408-409.

abandonando cualesquiera pretensiones de potenciar su integración social. Así, el pronóstico de que un sujeto va a realizar comportamientos delictivos en el futuro, sostén de la rampante idea de la peligrosidad, ha dejado de desencadenar una multifacética imbricación de la sociedad en la prevención de la materialización de ese pronóstico, para convertirse en el instrumento con el que se produce el desplazamiento desde la perspectiva de la inclusión social a la de la exclusión social: La cualidad de peligroso determina el momento en el que los costes de la prevención de la delincuencia recaen sustancialmente sobre el individuo y no sobre la sociedad.

Por lo demás, están aún *por demostrar la eficacia y efectividad* que estos modelos de seguridad ciudadana dicen aportar.[93] Ciertamente la sociedad occidental donde al parecer se ha desarrollado más a fondo este modelo, los Estados Unidos de América, no ofrece unos resultados en la lucha contra la criminalidad que lo avalen.[94] Crece cada vez más la impresión de que se pudiera estar reproduciendo el proceso que tuvo lugar con la política penal en materia de drogas: El acreditado fracaso del modelo estadounidense en su ámbito nacional original fue coetáneo a su exportación al resto del mundo. Algo semejante pudiera estar sucediendo con el tratamiento de la delincuencia organizada, la delincuencia callejera y el terrorismo.

En realidad estamos ante un derecho penal que sirve a una política criminal que busca la efectividad en el corto plazo, bien ejemplificada en la expresión "barrer la delincuencia de las calles". Pero, de hecho, abandona las consideraciones de eficacia, centradas en la estable consecución de los objetivos de tutela perseguidos, lo que, en último término, cuestiona igualmente su efectividad a medio y largo plazo.[95] La concentración de los esfuerzos políticocriminales en un expeditivo abordaje de las manifestaciones delictivas, descuidando las causas sociales y políticas que las generan, pone de forma poco realista las esperanzas en los efectos del

93. Véase un cuestionamiento de su eficacia en Maqueda Abreu (2003). 10; Cancio Meliá (2003). 89-90; Muñoz Conde (2004). 175-176, 180-182.

94. Véase Wacquant (2001). passim.

95. Sobre el uso que hago de estos conceptos, véase Díez Ripollés (2003). 95.

aislamiento social de colectivos cada vez más amplios,[96] así como en los efectos comunicativos de una política de ley y orden que tarde o temprano mostrará sus endebles capacidades para la erradicación de las raíces de la delincuencia.

Esa búsqueda de la efectividad a corto plazo no sólo deja sin satisfacer sus objetivos pragmáticos declarados, sino que produce unos *efectos devastadores en la estructura de racionalidad* del derecho penal.[97] Referencias claves de la racionalidad ética, fuertemente arraigadas en nuestro sistema de creencias, deben ser manipuladas para simular que el nuevo modelo de derecho penal las respeta, lo que se hace necesario sobre todo entre los principios de la responsabilidad y la sanción: Se desplaza el énfasis del principio de certeza o seguridad jurídica desde una precisa determinación legal de los hechos a una nítida precisión legal de las cualidades que debe poseer el autor de tales hechos; ello, por otra parte, conlleva una renovación de las tendencias, siempre latentes en torno a los conceptos de habitualidad o reincidencia, favorables a interpretaciones amplias del principio de responsabilidad por el hecho en su variante de impunidad del plan de vida; el principio de reprochabilidad o culpabilidad sufre tensiones cada vez más fuertes para adaptar sus contenidos a los de un concepto que nació, discutiblemente, como su complementario, el de peligrosidad; en el marco del megaprincipio de jurisdiccionalidad, atento a las bases de las garantías procesales, está claro que el modelo penal de la seguridad ciudadana tiene interés en socavar subprincipios tales como el monopolio estatal del ius puniendi, otorgando un protagonismo creciente a las demandas de las víctimas, o el del proceder contradictorio, mediante el acentuamiento de la desigualdad entre las partes procesales; ni qué decir tiene que los principios de humanidad o proporcionalidad de las penas, o el asegura-

96. Véanse las últimas cifras suministradas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre el elevado número de ciudadanos sometidos directamente a los órganos de ejecución penal en 2003 –casi siete millones de personas adultas entre reclusos y sometidos a condena o libertad condicionales–, en Diario *El País*. (28.07.2004).

97. Llaman la atención sobre el necesario equilibrio entre la racionalidad valorativa y la pragmática, Muñoz Conde (2004). 175; Gómez Martín (2004). 84-85.

miento de su componente resocializador, reciben unos embates que, por lo que se refiere al último de ellos, parece ya apoyarse en una vacilación de las creencias sociales en su pertinencia.

Por no alargar más este argumento, baste recordar que principios bien arraigados en la racionalidad teleológica del derecho penal, como el principio de subisidiariedad, el diverso contenido de injusto entre conductas lesivas y peligrosas, o el de preservación de la formalización del procedimiento, entre otros, son objeto de directo cuestionamiento.[98]

Por otro lado, las pretensiones de *confinar este modelo* penal *dentro de unos estrechos límites* de influencia resultan poco convincentes: Las apelaciones a la excepcionalidad temporal de su vigencia serán una mera coartada legitimatoria mientras no se aborden las causas que generan ese tipo de delincuencia, abordaje que debiera permitir mantener dentro de cotas razonables ese tipo de criminalidad. Las bienintencionadas demandas para que no se desborden ciertos ámbitos de intervención se ven contradichas palmariamente por la progresiva expansión de los comportamientos desviados sujetos al radio de acción de este modelo. Con ello se desvanece igualmente la ilusión de establecer diferentes graduaciones en la intervención penal, de crear compartimentos estancos, con lo que la alternativa transita de nuevo entre lo que debe estar dentro o fuera del derecho penal, lo que agudiza las contradicciones originadas por la tendencia a colocar las conductas dañosas de los poderosos en los márgenes de la intervención penal.[99]

Finalmente, tampoco parecen tener una firme base las esperanzas puestas en que el renacimiento del concepto de peligrosidad habría de ser capaz de frenar el insostenible incremento de las penas, desviando los afanes punitivos al ámbito

98. Destacan la significativa inobservancia de principios básicos del derecho penal moderno que ocasiona este modelo de derecho penal, entre otros, Laurenzo Copello (2003). 455-456; Maqueda Abreu (2003). 10-11; Muñoz Conde (2003); (2004). 175-177, 179-180; González Cussac (2003). 22, 25; Portilla Contreras (2004). 43; Martínez Buján Pérez (2004).

99. Recuerdan la imposibilidad de mantener al derecho penal de la seguridad ciudadana acantonado en ciertos ámbitos de intervención, Cancio Meliá (2003). 90; Maqueda Abreu (2003). 11; Portilla Contreras (2004). 43-44.

de las medidas de seguridad. La inteligente decisión de no insistir en la autonomía del derecho de medidas, prefiriéndose que sus postulados permeen el derecho de penas y otros ámbitos jurídicos no penales, el trascendente cambio del punto de referencia de la proporcionalidad de las medidas, ya no vinculada al pronóstico de peligrosidad y sus contenidos sino a los criterios de distribución de costes, y el profundo descrédito de la finalidad resocializadora, permiten augurar que la potenciación de la peligrosidad y de las medidas no es más que un vector más de la expansión del modelo penal de la seguridad ciudadana.

5. La prosecución acrítica de la modernización

Confío haber dejado claro en las páginas precedentes que el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal. Este hecho, por muy reprobable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada. De ahí que los justificados esfuerzos por introducir el derecho penal en nuevos y novedosos sectores sociales necesitados de su intervención han de desarrollarse teniendo en cuenta, y previniendo, esa instrumentación por parte del discurso securitario de una serie de valoraciones y decisiones políticocriminales propias del argumentario modernizador

Entre las reflexiones genéricas políticocriminales que presentan flancos débiles a su manipulación securitaria cabe mencionar las siguientes: La afirmación de que los sentimientos de inseguridad difundidos entre amplios sectores sociales se quedan cortos frente a la realidad, por más que ello se formule pensando en los nuevos riesgos tecnológicos o socioeconómicos.[100] Reconocimiento de los grupos de presión sociales como la vanguardia del derecho penal progresista, pasando por alto que estos colectivos responden a orientaciones

100. Véanse MartínezBuján (2002). 410; Corcoy Bidasolo (2004). 32; Gómez Martín 60-61, 70-71, 77.

políticocriminales muy distintas, en ocasiones contrapuestas.[101] Referencias a la importancia de los nuevos contenidos de tutela y a la relevancia de los intereses de las víctimas de esos delitos, formuladas en contraposición a la pretendida mayor atención prestada hasta ahora a los delincuentes.[102] Cierta banalización del temor a las prácticas arbitrarias de los poderes públicos, frente a la necesidad de que el derecho penal cumpla satisfactoriamente las nuevas funciones que se le demandan.[103] Valoraciones positivas en exceso generosas de las iniciativas políticocriminales de la izquierda, con el argumento, desmentido con frecuencia en la experiencia reciente, de que se diferencian sustancialmente de las emprendidas por la derecha.[104] Aceptaciones acríticas de propuestas de intervención penal que se reclaman consecuencia del fenómeno de la mundialización, o que tienen su origen en propuestas internacionales o comunitarias, sobreentendiendo que poseen un correcto fundamento políticocriminal, el cual está lejos de concurrir en muchos casos.[105]

Especialmente deberían matizarse afirmaciones que tienden a acreditar indiscriminadamente los incrementos de intervención penal como una consecuencia obligada del surgimiento de nuevos conflictos sociales a abordar, o que no se preocupan lo suficiente de delimitar con precisión aquellos ámbitos de intervención propios del derecho penal moderno,[106] con la indeseada consecuencia de otorgar legitimidad a nuevos ámbitos o niveles de intervención puramente securitarios. En ese sentido, la simplificadora visión de que el conjunto de la nueva política criminal camina hacia la prevención de la delincuencia de los poderosos, perspectiva cuyo aprovechamiento para la fundamentación del nuevo modelo

101. Véanse referencias aun no suficientemente matizadas en Martínez Buján (2002). 405; Terradillos Basoco (2004). 227-228.

102. Véanse Martínez Buján Pérez (2002). 431; Gómez Martín (2004). 87-90.

103. Véase Górriz Núñez (2004). 343.

104. Véanse referencias susceptibles de desfiguración en Martínez Buján Pérez (2002). 406; Terradillos Basoco (2004). 227-228.

105. Véase Gracia Martín (2003). 89-120.

106. Véanse Gracia Martín (2003). 57-60; Górriz Núñez (2004). 343-344; Gómez Martín (2004). 61-62, 87-89.

penal de la seguridad ciudadana ya hemos apreciado, no es raro verla asumida por defensores de la modernización.[107]

En un plano más técnico, debe advertirse frente a las tentaciones de reaccionar a las dificultades de configuración del nuevo derecho penal moderno enfatizando en exceso la prevención general positiva, o adoptando posturas demasiado comprensivas hacia los fenómenos simbólicos o la función promocional del derecho penal.[108] Por otro lado, siendo cierto que muchas de las críticas formuladas a las propuestas de modernización del derecho penal no afectan a sus fundamentos político-criminales sino a la defectuosa técnica legislativa empleada,[109] ello no ha de fomentar el conformismo sino que ha de impulsar avances en la depuración de los contenidos de tutela y de los niveles de intervención: Propuestas promotoras de una progresiva espiritualización de los bienes jurídicos, o resignadas ante la aparente inevitabilidad de las estructuras típicas de peligro,[110] hacen un flaco favor, no sólo a la consolidación del derecho penal moderno, sino también a la evitación de su infiltración por corrientes político-criminales espúreas.

Debiera, por lo demás, dedicarse mayor atención a la demostración de ciertas cualidades del derecho penal moderno, que tienden a formularse en ocasiones como meras creencias. Es el caso de la fe en la plena compatibilidad entre modernización y respeto incólume del vigente sistema de garantías penales y procesales,[111] lo que no concuerda bien con propuestas de reinterpretación de algunas de tales

107. Véase de modo especialmente intenso en Gracia Martín (2003). 163-164, 166-167, 181-185, 190-191, 195-196.

108. Véase, por ejemplo, Corcoy Bidasolo (2004). 39.

109. Véanse Martínez Buján Pérez (2002). 428; Pozuelo Pérez (2003). 119, 120, 132; Terradillos Basoco (2004). 229; Corcoy Bidasolo (2004). 40.

110. Véanse Martínez Buján Pérez (2002). 415-416; Gracia Martín (2003). 168; Pozuelo Pérez (2003). 118-119; Terradillos Basoco (2004). 229; Corcoy Bidasolo (2004). 38; Gómez Martín (2004). 77-78. Críticamente en términos generales ante esa actitud, Díez Ripollés (1997). 18-19; Paredes Castañón (1997). 220-221; Laurenzo Copello (2003). 452-453. Desarrolla una propuesta detenida, claramente dirigida a la configuración de tipos de lesión de bienes jurídicos colectivos, Soto Navarro (2003). 176-186, 193 y ss.

111. Véanse Gracia Martín (2003). 155-157, 190, 196, 208; Pozuelo Pérez (2003). 121-122; Górriz Núñez (2004). 340, 345-346; Terradillos Basoco (2004).

garantías o incluso del conjunto de ellas.[112] O de la firme convicción en la eficacia de las intervenciones penales modernizadoras, cualidad atribuida al derecho penal moderno sin mayores esfuerzos de prueba.[113] No resulta difícil imaginar los buenos servicios que tales juicios apodícticos prestan a un modelo securitario que busca introducirse de matute dentro de esa corriente modernizadora.

Es cierto que un sector cada vez más numeroso de los partidarios de la modernización ha devenido consciente de la manipulación de que era objeto su discurso, y ha marcado con acierto distancias frente a tal proceder,[114] pero queda aún pendiente una enérgica reacción que prevenga de una vez por todas el entrecruzamiento de dos corrientes político-criminales que realmente son contrapuestas. En especial deben corregirse posturas doctrinales que, en su afán por justificar la modernización, han acabado sirviéndose de novedades o argumentos político-criminales extraños a ella, entre los cuales se encuentran algunos de naturaleza securitaria.[115]

6. Bibliografía citada

BENLLOCH PETIT, Guillermo (2003). El derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines,

112. Véanse Gracia Martín (2003). 113 n. 191, 182-184, 199-213, y afirmaciones suyas recogidas infra; Pozuelo Pérez (2003). 115-118. Advierte también frente a esa tendencia de ciertos sectores modernizadoras, Laurenzo Copello (2003). 447.

113. Véase Corcoy Bidasolo (2004). 28, 39-40; Górriz Núñez (2004). 340, 345-346, entre otros.

114. Un buen ejemplo es Terradillos Basoco (2004). 222-224, 226, 239-240, quien resalta cómo las demandas de seguridad, la consecuente expansión del derecho penal y el socavamiento de las garantías penales o procesales no están teniendo lugar en el ámbito socioeconómico o de la delincuencia de cuello blanco, sino en los ámbitos delincuenciales propios del discurso securitario. Véase también Corcoy Bidasolo (2004). 30-31.

115. Véase la inclusión por Gracia Martín (2003). 60, 113-114 n. 191, 120-125, 181-185, 199-213, del derecho penal del enemigo entre los sectores de intervención pertenecientes al derecho penal moderno: o el énfasis puesto en el cuestionamiento de ciertas garantías, tratadas peyorativamente como formales, y finalmente de todo el derecho penal garantista actual, entendido como una estrategia encubridora de la función socialmente discriminante del derecho penal liberal, y que deberá ser sustituido por otro sistema de garantías, no explicitado por el autor, propio del estado de derecho social.

opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2001, t. LIV.

BUENO ARÚS, Francisco. La ciencia del derecho penal: Un modelo de inseguridad jurídica. Universidad pontificia Comillas de Madrid, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. Universidad nacional del Litoral/Rubinzal Culzoni editores, 2000.

_____. ¿Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS CANCIO. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Cívitas, 2003.

Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Barómetros de opinión. Abril a julio de 2004. <www.cis.es>.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de derecho penal y criminología*, 2002.

Comisión de las Comunidades europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prevención de la delincuencia en la Unión Europea. COM(2004). 165 final. Bruselas, 12.03.2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: MIR PUIG; CORCOY BIDASOLO (Drs.). *La política criminal en Europa*. Atelier, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. *Jueces para la democracia*, n. 30, 1997. (también en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Política criminal y derecho penal, Tirant, bajo el título *La contextualización del bien jurídico protegido*, 2003).

_____. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, 2003.

_____. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 06.03.2004. <http//criminet.ugr.es/recpc>. Véase también versión algo resumida en *Jueces para la democracia*, n. 49, 2004.

_____; GÓMEZ CÉSPEDES; PRIETO DEL PINO; STANGELAND; VERA JURADO (Eds.). *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística.* Un estudio de la Costa del Sol. Tirant, 2004.

GARCÍAPABLOS MOLINA, Antonio. Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana postwelzeliana. In: OCTAVIO DE TOLEDO GURDIELCORTÉS. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón.* Tirant, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2002).¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1999, t. LII.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Libertad, seguridad y sociedad del riesgo. In: MIR PUIG CORCOY BIDASOLO (Drs.). *La política criminal en Europa.* Atelier, 2004.

GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal. *Revista xuridica galega*, n. 38, 2003.

GÓRRIZ NÚÑEZ, Elena. Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades. In: TERRADILLOS BASOCO ACALE SÁNCHEZ (Coord.). *Temas de derecho penal económico.* Trotta, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Tirant, 2003.

HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In: _____. *Persona, mundo y responsabilidad.* Tirant, 1999.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional. Universidad externado de Colombia. *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 13, 1996.

_____. Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. In: _____. *Estudios de derecho penal.* UAM/Cívitas, 1997.

_____. Das Selbstverständnis der Strafrechswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. en: ESER; HASSEMER; BURKHARDT (Hrsg.). Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. C.H. Beck, 2000.

_____. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: _____; CANCIO. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Cívitas, 2003.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El derecho penal de la seguridad*. La Ley, 10.10.2003. Ref. D-224.

LAURENZO COPELLO, Patricia. Recensión a SILVA SÁNCHEZ. La expansión del derecho penal. 2. ed. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 12, 2003.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. Crítica a la reforma penal anunciada. *Jueces para la democracia*, n. 47, 2003.

MARTÍNEZBUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídicopenales (especial referencia al ámbito económico). In: DÍEZ RIPOLLÉS; ROMEO CASABONA; GRACIA MARTÍN; HIGUERA GUIMERÁ (Eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje a José Cerezo Mir. Tecnos, 2002.

_____; _____. El derecho penal del enemigo. Diario *La Voz de Galicia*, 26.03.2004.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas, 2001.

_____ (2002). Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1999, t. LII.

_____. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: AGRA – DOMÍNGUEZ – GARCÍA AMADO – HEBBERECHT – RECASENS (Eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Atelier, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Hacia un derecho penal del enemigo? Diario *El País*, 15.01.2003.

_____. El nuevo derecho penal autoritario. In: _____; LOSANO (Coord.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. V. Humboldt Stiftung/Tirant lo blanch, 2004.

MUÑOZ LORENTE, José. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico. *Revista de derecho y proceso penal*, 2001.

NIETO MARTÍN, Adán. España. Sistemas penales comparados. *Revista Penal*, n. 13, 2004.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente. *Actualidad penal*, 1997.

_____. Riesgo y política criminal: La selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico In: AGRA – DOMÍNGUEZ – GARCÍA AMADO – HEBBERECHT – RECASENS (Eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Atelier, 2003.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo. *Jueces para la democracia*, n. 49, 2004.

POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada *expansión* del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos. *El funcionalismo en derecho penal*. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad externado de Colombia, 2003.

PRIETO DEL PINO, Ana María. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson/Aranzadi, 2004.

REDONDO ILLESCAS, Santiago. Criminología aplicada: Intervención en delincuentes, reinserción y reincidencia. *Revista de derecho penal y criminología*, 1998.

SÁEZ VALCARCEL, Ramón. Juicios rápidos, condenas negociadas, órdenes de alejamiento y deterioro del proceso penal. *Jueces para la democracia*, n. 49, 2004.

SANZ MORÁN, Angel. Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal. *Revista de derecho penal*, n. 11, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *La expansión del derecho penal*. Cívitas, 1999.

_____. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Cívitas, 2001.

_____. El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en derecho comparado. In: S. REDONDO (Coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*. Ariel, 2002.

SILVA SANCHEZ – FELIP SABORIT – ROBLES PLANAS – PASTOR MUÑOZ La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura. In: AGRA – DOMÍNGUEZ – GARCÍA AMADO – HEBBERECHT – RECASENS (Eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Atelier, 2003.

SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Comares, 2003.

TAMARIT SUMALLA, José María. Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista. *Revista de derecho y proceso penal*, n. 5, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: _____; ACALE SÁNCHEZ (Coord.). *Temas de derecho penal económico*. Trotta, 2004.

VELÁSQUEZ V., Fernando. Globalización y derecho penal. In: LOSANO; MUÑOZ CONDE (Coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. V. Humboldt Stiftung/Tirant lo blanch, 2004.

WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Alianza editorial, 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho. A propósito del *Código Penal de la seguridad* y el pensamiento funcionalista. In: OCTAVIO DE TOLEDO – CORTÉS BECHIARELLI-GURDIEL SIERRA (Coord.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Tirant, 2004.

La trata de personas y el problema de su bien jurídico

José Luis Guzmán Dalbora
Catedrático de Derecho penal
y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral
en la Universidad de Valparaíso (Chile).

Resumo: Ao se perquirir a delimitação do bem jurídico tutelado no delito de tráfico de seres humanos desvela-se uma tendência moralizante e casuística em não raros diplomas penais, a qual implica verdadeira ameaça ao Estado de Direito e à necessária construção de uma política criminal de índole liberal. A tipificação marcada pela prescindibilidade do dissenso da vítima, mesmo quando adulta e capaz de transigir, o afrouxamento da distinção entre autoria e participação na configuração das condutas constitutivas do tipo e a flagrante perseguição dos atos imorais, expõem o rasgo autoritário do discurso penal que se afasta do verdadeiro objeto jurídico do delito, qual seja, a liberdade sexual do indivíduo. Não obstante, é possível o direito penal retomar o caminho perfilado por sua vocação liberal centrando-se na tutela de bens jurídicos que guardem referência na proteção da dignidade humana.

Palavras-chave: Tráfico de seres humanos – Consentimento da vítima – Bem jurídico – Dignidade humana – Exploração sexual – Prostituição.

Abstract: While thoroughly researching the limits of protected legal interests in the human trafficking crime a moralizing and case law tendency becomes evident in many criminal documents; this constitutes a real threat to the rule of law and the need to configure a criminal policy of liberal nature. The characterization

marked by the absence of the victim's dissent, even when it is an adult capable of compromise, the diminishing distinction between authoring and participation in the configuration of the behaviors constituting the crime and the heated persecution of immoral acts, place in evidence the authoritarian spirit of the criminal discourse which sets itself apart from the real legal object of the crime, which is, the sexual freedom of the individual. Nevertheless, it is possible that Criminal Law retakes its approach defined by its liberal vocation centered in the protection of legal interests that refer to the protection of human dignity.

Keywords: Human trafficking – Victim's consent – Legal interest – Human dignity – Sexual exploitation – Prostitution.

Sumario: 1. Objeto de la exposición – 2. Terminología, concepto y vínculo de la trata de personas con la prostitución – 3. La prohibición internacional y el objeto jurídico del delito – 4. El panorama comparado – 5. Interrogantes – 6. Conclusión – 7. Bibliografia.

Área do direito: Penal; Internacional

1. Objeto de la exposición

Un aspecto sumamente interesante de la situación del derecho punitivo en las sociedades occidentales, es ofrecido por los problemas de política criminal que acusa la actual configuración de la parte especial de esta disciplina. Puesto que el rendimiento de la dogmática penal se prueba precisamente aquí, en la *espina dorsal* de su objeto cognoscitivo, la cuestión medular reside en si la ciencia de los delitos y las penas ha conseguido articular las infracciones concretas como medios de protección de bienes jurídicos o, en cambio, ha debido ceder a tipificaciones nebulosas, vástagos de presiones coyunturales y, con frecuencia, también extraviadas.[1]

1. Así, FRISCH, Dogmática jurídico-penal afortunada y dogmática jurídico-penal sin consecuencias. Trad. Carmen López Peregrín, en el volumen *La ciencia del derecho penal ante el*

Pues bien, el delito de trata de personas, atendida la estampa que le han impreso no pocas legislaciones, se presta dócilmente a ese ejercicio de comprobación, amén de que procura una óptima atalaya para contemplar de reojo otras y graves interrogantes oriundas del régimen penal de la que llaman criminalidad organizada, o expresado de manera más precisa, la organización de los medios estatales en la ímproba empresa de minar la estructura política de cuya mano nació el derecho penal contemporáneo.

En efecto. Somos de la opinión de que la cultura penalista de nuestro tiempo está bajo amenaza, si bien ésta es sólo un trasunto de la crisis que amaga al propio concepto de Estado de Derecho y a una concepción liberal de la vida de relación. No es el momento de engolfarnos en la descripción de tal crisis ni en los factores que la han determinado. Para nuestro propósito basta con consignar que ella se manifiesta con meridiana claridad en la parte especial, tanto por la frondosidad que ésta viene asumiendo en muchos países, a resultas de la inclusión de delitos de nuevo cuño o la modificación expansiva de los preexistentes, sin que se advierta a menudo la justificación política, el ajuste valorativo y las bondades técnicas de la operación, como por la substancia de semejantes figuras, que se acumulan en una sucesión difícil de seguir incluso para el ducho en estas materias.[2]

Como quedó asentado, la trata de personas es un buen ejemplo de las interrogantes que deja abiertas la moderna reforma de los delitos en particular, de las que aquí nos limitaremos a abordar únicamente tres, a saber: la pérdida del concepto de bien jurídico, el desleimiento del confín entre autoría y participación, y

nuevo milenio, coordinado por Eser, Hassemer, Burkhardt y Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. (177-227) 204 y 207.

2. "La neurosis legiferante rebasa todas las cotas imaginables (...), sin dar respiro para estudiar las novedades", exclamó hace algunos años RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte especial. 13. ed. rev. y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 1990, p. XXVII. Pero el ritmo estrepitoso de las reformas no es un fenómeno reciente ni único en la historia. Ya Carrara bautizó el morbo de querer gobernarlo todo con leyes penales, manía anatemizada desde tiempos de Séneca cual ruina y perdición de las repúblicas, como *nomorrea penal*. Delito y matrimonio eclesiástico, en sus *Opúsculos de derecho criminal*. Bogotá: Temis, 1976. v. 7, t. IV, cfr. p. (91-116) 106.

una tendencia moralizante que se desliza de contrabando en la estructura típica de infracciones que antes parecen pensadas para ir a la siga de inmorales o enemigos, que para reprobar públicamente los actos de mayor trascendencia social mediante la sanción más severa de que dispone el ordenamiento jurídico, la pena. Atendido el trasfondo político que late en todas, pudiéramos reducirlas a una sola pregunta, esto es, si el diseño típico de este maleficio en ciertos Códigos representa o no una encrucijada para el Estado de Derecho y una Política criminal de sello liberal.

Sin embargo, para llegar a ello es preciso caracterizar rectamente la trata de personas con fines de explotación sexual, esclarecer la cuestión del bien jurídico que ofenderían estas prácticas y cómo ellas lo atacan, si como lesión o puesta en peligro, y, en fin, describir su panorama en el derecho comparado. Es el orden que seguiremos en lo que viene, pero concisamente, pues la extensión de nuestro argumento debe ser tal que pueda ser retenida por la memoria.[3] Dejaremos para el final la cristalización de esos capítulos en el meollo del tema propuesto, o sea, las inquietantes aristas políticas, valorativas y técnicas que muestra esta especie delictuosa en su tipo de injusto.

2. Terminología, concepto y vínculo de la trata de personas con la prostitución

El nombre *trata de personas* tiene su parentesco más lejano en la *trata de negros* y el más próximo en la *trata de blancas*. Estas últimas amadrigan la idea de atraer y llevar personas para comerciar con ellas, sólo que, en segundo caso, no para emplearlas en un servicio cualquiera, sino en el trato carnal remunerado, que por mucho tiempo recayó únicamente en mujeres y niñas, de lo que viene la antigua designación. Por lo demás, en castellano tratar significa manejar y usar materialmente una cosa; trata, el tráfico de personas empleadas como esclavos o

3. En la sabia advertencia de Aristóteles, *Poética*, capítulo VII, hoy lamentablemente olvidada en los artículos científicos.

en centros de prostitución, y tratante, el que compra algo para revenderlo, en otras palabras, negocia con ello.

En su exposición sistemática del derecho penal mexicano, Jiménez Huerta se quejó del nombre en palabra, diciendo que él hubiese preferido los de tráfico carnal de personas o, simplemente, proxenetismo.[4] Se puede estar de acuerdo con el recordado profesor en dos sentidos. Primero, porque los delitos rubricados como trata de personas y lenocinio, en el capítulo III, título VIII, libro II, del Código federal, de 1931, no amadrigan en absoluto el que nos interesa, que yace antes, en el capítulo II, respecto del que "promueva, facilite, consiga o entregue a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del país" (art. 205), con una agravación específica de la pena, de suyo elevada –hasta nueve años de prisión–, cuando el autor emplea violencia o se vale de la función pública que tuviere. Su discrepancia terminológica acierta también en un segundo aspecto: que el tipo mexicano no describe una auténtica forma de trata, pero tampoco de tráfico, sino una variedad de proxenetismo con adultos, que sólo en el caso del uso de violencia o siendo el paciente menor de edad, puede ser calificada como aquélla. De ahí que el autor tuvo que resignarse a la dura conclusión de que el objeto jurídico ofendido por el delito coincide con uno asaz difuso, vago y de acento colectivo, la moral pública y las buenas costumbres, aquí referidas a lo sexual, como reza el epígrafe del citado título VIII del Código.[5]

Por cierto, nada de esto representa real y semánticamente trata. Parafraseando la censura que merecen a Stratenwerth las disposiciones del Código suizo sobre el particular, debería hablarse de trata de personas, conforme la propia noción insinúa, nada más que cuando el autor dispone de ellas como si fuesen cosas,

4. *Derecho penal mexicano*. 6. ed. México: Porrúa. 2000. v. 5, t. V (La tutela penal de la familia, sociedad, nación, administración pública, derecho internacional y humanitario), cfr. p. 194.

5. "El bien jurídico protegido no es otro que el que la denominación del Título proclama". Op., vol. et ed. cits., p. 195. Aparte de las dudosas bondades de la moral pública como bien jurídico, no nos parece claro que se la pueda vulnerar con actos, como la trata, de ordinario desprovistos de la nota de *publicidad*.

sea porque no las previno o informó del objeto a que su designio las destinaba, sea porque se vale de medios, relaciones o situaciones que tornaban ilusoria una resistencia de las víctimas.[6] Tomando en cuenta, pues, que "sólo la trata en contra de la voluntad de una persona informada con veracidad puede ser penalizada como ataque a un bien jurídico",[7] el pergeño que transparentan estos textos, es decir, una vulneración de la libertad sexual en individuos que admitieron transitar las fronteras de un Estado para asentarse allende o aquende en un burdel, equivale a la cuadratura del círculo.

En verdad, se concibe como trata de personas el tráfico o la circulación de éstas para que ejerzan la prostitución en país extranjero. Pero dado que existen Códigos que extienden hoy, con razón, el ámbito del delito al traslado de individuos dentro de un mismo país,[8] el concepto puede formularse como *atraer o conducir personas para que se prostituyan en un lugar distante de su residencia habitual.* En esto hay que parar mientes en una pareja de elementos encapsulados en la definición. El propósito ultratípico que ha de perseguir el hechor es que el paciente se dedique a la prostitución, entendiendo por tal "el ejercicio público de la entrega carnal

6. *Schweizerisches Strafrecht.* Besonderer Teil. 5. ed. Bern Stämpfli, 1995. v. 2, t. I, p. 174-175.

7. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.* Kurzkommentar. 2. ed. Zürich: Schulthess, 1997, p. 732. Como Stratenwerth, este comentarista critica los dilatados contornos del art. 196 (*Menschenhandel*) del texto helvético, que, luego de la substantiva reforma de 21.06.1991, endereza la descripción típica para atrapar en ella a quienes practiquen o preparen la trata de personas con el fin de favorecer la lascivia ajena. Un reproche análogo dirigió Luiz Luisi a la nueva Parte especial que se propuso hace pocos años para el Código brasileño. Cfr. Dos delitos contra a dignidade sexual no projeto de parte especial do Código Penal brasileiro, en la *Revista de Ciências jurídicas*, n. 2. Maringá, 1988, p. (229-237) 235: "entre maiores a prática é simplesmente imoral".

8. Por ejemplo, en los arts. 213-A del brasileño y 182 del peruano. Con razón, porque las dimensiones geográficas de un Estado, unidas al sólito desamparo económico y social de las víctimas, pueden generar, con su desplazamiento de una ciudad a otra, una situación de vulnerabilidad tanto o más intensa que en la genuina expatriación. Verbigracia, la mujer que es conducida desde una *favela* de Río de Janeiro a Manaos –ciudad enclavada en el corazón de la Amazonía y a la que se accede sólo por vía aérea o un largísimo curso fluvial–, conocido centro de agrupación y distribución para la trata, queda en una posición peor que la carioca a quien se hace desembarcar en Asunción o Buenos Aires.

promiscua, por precio, como medio de vivir de una persona",[9] que es la finalidad común descrita en las legislaciones punitivas.[10] Nótese, asimismo, que el concepto gira en torno de comerciar con personas, como si de cosas u objetos se tratase, lo cual supone que quien las atrae o conduce obre contra o sin su voluntad, cual explicamos ya. Todo aquello que no satisfaga esta pareja de requisitos queda al margen del tema y no puede ser *tratado como trata*; será acaso otra figura delictuosa, cuyo mérito habría que indagar al hilo de un criterio metodológico distinto, un bien jurídico diferente, supuesto que el derecho en cuestión lo provea.

Expresado en términos kantianos, la trata se define en un juicio sintético. El predicado que enriquece el concepto sujeto es la *prostitución*. Aquí sobreviene un momento en que asoman con pujanza la naturaleza sancionadora y el consiguiente carácter secundario del derecho penal en el espectro del ordenamiento jurídico. Y es que para el presente delito asume primerísima importancia el régimen administrativo acordado al requisito que expande nuestro conocimiento al respecto, o sea, el ejercicio lucrativo de la entrega carnal promiscua.[11] De hecho, el castigo del sórdido comercio con seres humanos no pudo abrirse paso en tanto en cuanto imperó en el mundo, por influjo francés, el sistema de la reglamentación, cuya vigencia se prolonga hasta muy entrado el siglo XX en algunos países y, por cierto, dista de haber desparecido del todo, como lo acredita esa variante que consiste en prohibir las casas de tolerancia, pero autorizando a la policía para que circunscriba

9. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 55, donde explica que el requisito de la publicidad va referido a la entrega a cualquiera, como algo contrario a lo privado y no a lo oficialmente permitido. Por eso "la prostitución clandestina –que es la opuesta a la consentida en caso de reglamentación– no deja de ser pública".

10. Siquiera no faltan Códigos que la dilatan para abarcar otros atentados contra la libertad sexual, como la amplia cláusula helvética de "favorecer la lascivia ajena", los "actos sexuales de relieve" en el art. 169 del antiguo texto portugués, y la "esclavitud sexual, pornografía y otras formas de explotación sexual" a que alude el peruano.

11. Un logrado resumen de los sistemas de regulación de la prostitución (prohibicionista, de la reglamentación y abolicionista), en COUSIÑO MAC IVER, *Manual de medicina legal*. 4. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1974, p. 412-415.

ciertos barrios o núcleos reservados, a cuyo interior el amor mercenario es objeto de tolerancia. Pues si el puro sistema reglado conduce indefectiblemente a la trata de personas, ella recibe parejo estímulo en la neoreglamentación, con su cínica lógica del "yes, but not in my back yard".[12]

Muy por el contrario, la lucha contra la trata de personas fue uno de los principales postulados del sistema abolicionista, que se difunde desde el último tercio del siglo XIX en coincidencia con las primeras declaraciones y tratados internacionales sobre el particular, de los que diremos pronto. Sólo que si el abolicionismo procura librar a quien se prostituye de sus explotadores y reclama, como parte de su esencia, el castigo de la trata, la rufianería y el proxenetismo, lo hace para proteger a una voluntad disminuida o quebrada del asedio de sus merodeadores, no para burlar la máxima *beneficia non obtruduntur* y convertir al Estado en mentor de la felicidad individual.

El vínculo entre trata de personas y prostitución debe tenerse especialmente en cuenta de cara a aquellos Códigos que describen la primera bajo la forma de actos de participación elevados a tipo independiente, como en los sujetos y verbos "el que promueva, favorezca o facilite", del español (arts. 318 bis 1 y 2), "promueva o facilite", del peruano, "promueva, induzca, constriña o facilite", del colombiano (art. 215), "promueva, intermedie o facilite", del brasileño, y "promueva o facilite la entrada o salida del país", en los textos argentino (arts. 127 bis y 127 ter) y chileno (art. 367 bis). Semejante operación técnica tiene como presupuesto que el hecho principal, pese a ser atípico, es antijurídico, porque de otra guisa caería por su base el carácter accesorio de la participación. El abolicionismo derogó los reglamentos que permitían la prostitución en recintos cerrados, es verdad. Pero no declaró explícita o implícitamente la licitud del trato carnal remunerado. En este sentido, de supina significación para mantener en pie la punibilidad de los epifenómenos del hecho

12. De la neoreglamentación, nacida en Alemania hacia 1927 e impuesta durante 1940 en los Países Bajos al ser éstos invadidos por las tropas de la *Wehrmacht*, discurre Jiménez de Asúa, op. et ed. cits., cfr. p. 68-69.

determinante, parece equivocado reemplazar el giro *ejercicio de la prostitución* por *trabajo sexual*, o aludir a quien se ofrece públicamente como *trabajador* o, peor aún, *profesional de la sexualidad*, como se oye hoy de continuo en el lenguaje de los legos. La sexualidad no puede ser objeto del comercio humano, ya que en ella va envuelta una parte constitutiva del valor y de la dignidad de la persona. Lo admisible en estas mudanzas de nomenclatura, también perceptibles en la dogmática penal,[13] es que no se hable ya de prostituta, término que compromete la entera personalidad de la mujer a quien se apostrofa así. Conviene separar cuidadosamente el estilo o la conducción vitales de una persona, algo por antonomasia ajeno al mundo del derecho y que está entregado al foro de la conciencia,[14] de las actuaciones concretas, exteriorizadas e individuales de esa persona, que son las únicas que pueden interesar al enjuiciamiento jurídico.

3. La prohibición internacional y el objeto jurídico del delito

El origen de la prohibición de la trata de personas, que acompañó el desarrollo del sistema abolicionista, enraíza en el derecho internacional, esfera en que continúa recogiendo espaldarazos harto demostrativos de las crecientes proporciones del fenómeno.[15] Los documentos más relevantes que la contienen

13. Basta mencionar cómo una traducción errada del término alemán *Fahrlässigkeit*, dio incierto pasaporte a la palabra imprudencia para nombrar la culpa, no obstante que la primera es sólo una forma expresiva de la segunda. Pero como no tiene el contenido de desvalor propio de ésta, su uso se ha difundido entre los especialistas, principalmente en España.

14. Como reza, por lo demás, el quinto principio de los Estatutos de la Federación Abolicionista: "el simple hecho de la prostitución personal y privada no pertenece sino a la conciencia y no constituye delito". Una trascripción de los Estatutos puede consultarse en EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1940, t. III, p. 185-186.

15. La Organización Internacional del Trabajo ha estimado en algo más de doce millones a las víctimas de la trata en el mundo, cifra que contrasta con las seiscientas a ochocientas mil de que informa últimamente el Departamento de Estado de la Confederación Norteamericana. En verdad, no hay estadísticas confiables en este asunto, y las cifras oscilan considerablemente en los registros de los organismos que lo siguen en las distintas regiones del mundo. La Unesco

son la vieja Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas, ajustada en París el 04.05.1910, el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, acordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 02.12.1949, y, por cierto, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15.11.2000.[16]

Dado que la interdicción de estos actos procede del derecho supraestatal, es en él donde hay que rastrear el sentido y alcance de lo prohibido, argumento preliminar para decidir en cada derecho nacional cuál es el bien jurídico que yace tras el delito correspondiente y quién aparece como su titular o portador. Personalmente, estimamos que ese sentido refiere el objeto de tutela a la persona convertida en víctima del tráfico, a su individualidad y, por ende, a la salvaguarda del presupuesto de esta última: la autodeterminación. En efecto, si bien el Convenio de 1949 obliga a las partes a castigar a quienes promuevan, induzcan o exploten la prostitución, "aun con el consentimiento de la persona afectada" (art. 1.°) –a diferencia de la Convención parisina, cuyos arts. 1.° y 2.° diferenciaron los casos de mujeres y niñas menores, por un lado, y de mujeres adultas, por otro, pidiendo preceptivamente y sólo para el segundo el uso de fraude, violencia, amenazas, abuso de autoridad o "cualquier otro medio de sujeción"–, el fin que inspira varias de sus disposiciones y, a la postre, la imagen global del texto, es, ante todo, prevenir estas conductas

lleva a cabo actualmente un estudio con miras a sistematizar los datos y entregar una conclusión cuantitativa satisfactoria, hoy inexistente. Agradezco la información a la colega Fabíola Girão Monteconrado, profesora de derecho penal en la Universidad del Estado de Amazonas y directora del Departamento de Derechos Humanos de la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos del mismo Estado de la Federación brasileña.

16. No son los únicos. Habría que glosar iniciativas regionales, como la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños, que adoptó el Consejo de la Unión Europea el 24.02.1997. Sobre ella, véase DÍEZ RIPOLLÉS, Trata de seres humanos y explotación sexual de menores: exigencias de la Unión y legislación española, en sus *Estudios penales y de política criminal*. Lima: Idemsa, 2007, p. 667-677.

mediante un adecuado régimen de *información* a las víctimas propiciatorias y de asistencia a quienes ya las hubiesen *padecido*.[17]

Todavía más rotundo en orden a proteger al individuo, mas sin ampliar la tutela allí donde una voluntad libre e informada no la solicita, es el art. 3.º del Protocolo del año 2000, que contiene una interpretación auténtica contextual de la trata de personas. Por ella "se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas" –redacción maculada del casuismo que envenena todo el precepto, pero certera al cifrar el período en conductas de autoría, no de simple codelincuencia–, "recurriendo al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual".[18] La propia disposición se encarga de recalcar que el eventual consentimiento de la víctima no se tomará en consideración cuando el autor aplicó los medios indicados, y que si el paciente es un niño, entendiendo por niños los menores de dieciocho años de edad, habrá trata aunque el malhechor no recurra a vías fraudulentas o abusivas.[19]

Se comprenderá, entonces, que el objeto jurídico del delito que sustenta la prohibición es la libertad sexual, o como tenemos escrito en otro lugar, la facultad del individuo de gobernar su vida sexual, es decir, de conducirla de acuerdo con sus deseos e inclinaciones, ya en lo que respecta al tipo de vinculación o trato carnales

17. Lo demuestra especialmente el art. 17 del Convenio de las Naciones Unidas.

18. "Esta explotación incluirá –prosigue el artículo–, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". Es paladino que las últimas formas de sometimiento de un hombre por otro van más allá y son más serias que el concepto definido como explotación *sexual*. Con lo que, dicho sea de pasada, cambia también el objeto que se pretende tutelar.

19. No es éste el único documento internacional que considera niños a los menores de 18 años. El dislate proviene del art. 1.º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Una absurda generalización, que aniquila patentes diferencias en las etapas de la edad evolutiva, deja a los adolescentes en un estado incompatible con los derechos que se proclama solemnemente para ellos.

que establezca con otros, ya en lo que concierne al recipiendario o *partenaire* de aquéllos, y de oponerse a la intervención ajena que pretenda imponerle actuaciones que no quiera, pero, en uno y otro caso, respetando el ejercicio de la paralela libertad en los demás.[20] Facultad que aquí se expresa como la libertad de no ejercer la prostitución,[21] incluso y sobre todo tratándose de personas muy jóvenes, a las que se atraparía en una situación de antemano carente de autonomía.[22]

4. El panorama comparado

Sin embargo de lo anterior, son pocos los Códigos que regulan la trata de personas como delito contra la libertad sexual.

El alemán, por ejemplo, exige de quien determina a otro a ejercer la prostitución o proseguir en ella, que emplee ciertos medios –fuerza, amenaza o engaño– o se prevalga de situaciones especiales –de necesidad o desamparo–, normalmente asociadas a la permanencia de la víctima en un país que no es el suyo (parágrafos 180 b y 181). También el portugués requirió hasta septiembre de 2007 el uso de violencia, amenaza grave, ardid u otras maniobras fraudulentas en el hecho de llevar a un adulto a la práctica de la prostitución en el extranjero.[23]

20. Cfr. GUZMÁN DALBORA, Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, en el *Anuario de derecho penal*, de Lima, 1999-2002, p. 201-244.

21. En dicción de MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD, *Strafrecht*. Besonderer Teil. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. v. 2, t. I, cfr. p. 214.

22. DÍEZ RIPOLLÉS, Las últimas reformas en el derecho penal sexual, en op. cit., cfr. p. (623-666) 625.

23. La reforma del Código de Portugal, que ha entrado en vigencia el 15.09.2008, muy en la línea del Protocolo de las Naciones Unidas (véase supra, apartado 3), regula ahora el tráfico de personas "con fines de explotación sexual, explotación laboral o extracción de órganos", en su art. 160, como delito contra la libertad personal. Sin embargo, sigue siendo un tipo de formulación vinculada: el agente debe obrar contra la voluntad del paciente, venciéndola mediante violencia, rapto, amenaza grave, ardid, maniobra fraudulenta, abuso de una relación de dependencia, provecho de la incapacidad psíquica o situación de especial vulnerabilidad de la víctima, u obteniendo el consentimiento de quien la tenga bajo su control. Cfr. Paulo de Sousa Mendes, Tráfico de pessoas, en *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*–27 e 28 de Setembro de 2007. Centro de Estudos Judiciários, disponible en la página de éste, <www.cej.pt>.

Soluciones de este jaez son dignas de aprobación. Bien se ha escrito que los delitos relativos a la entrega carnal por precio –todos ellos, no solamente éste– deben estructurarse como conductas que atenten contra la libertad sexual de la víctima, sea porque la obligan derechamente a desempeñar la prostitución, o a cumplirla en condiciones de dependencia, sea porque inciden en individuos que no poseen todavía capacidad de decisión en lo sexual. Y que la ley no debe en esto dejarse arrastrar a "matices moralizadores".[24]

Pero son numerosos los Códigos que castigan la *trata consentida de adultos*, galimatías sobre el que se construye acto seguido agravaciones cuando el autor recurre a procedimientos con que viciar la voluntad del sujeto pasivo. La lista es larga. El austriaco se contenta con pedir una actuación profesional en quien conduce o recluta personas para que se prostituyan en país diverso del de su nacionalidad o residencia habitual (parágrafo 217); el suizo mienta a quien, para favorecer la lascivia ajena, ejerce la trata de seres humanos o cumple actos preparatorios para el efecto; semejantes, una ley italiana de 1958, el cuerpo punitivo francés (art. 225-7, n. 4.º), pero también el español, tras la reforma de 2000, que agrava la responsabilidad del que, directa o indirectamente, promueve, favorece o facilita el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, cuando el propósito es explotarlas sexualmente. De América cabe traer a cuento los casos de Chile, Perú, Brasil, Colombia y México, siendo, en cambio, una excepción a la que es tónica en nuestro medio, el Código argentino, cuyo art. 127 ter reprime al que mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, promueve o facilita la entrada al país de una persona mayor de edad, o su salida él, para que ejerza la prostitución.

5. Interrogantes

En estas circunstancias, que dicta el grueso de las legislaciones consultadas, cabe preguntarse qué es lo que se busca proteger con una trata voluntaria de

24. DÍEZ RIPOLLÉS, op. últ. cit., p. 625.

individuos mayores de edad, así como si poseen algún sentido las agravaciones que anulan esa *contraditio in adjecto* con el ingreso de medios de coerción.

Una posible respuesta consiste en afirmar que aquí esta en juego la dignidad humana, o expresado con mayor exactitud, la dignidad de una persona que es usada como un simple accidente empírico. Se suele aducir en apoyo de este criterio el dato criminológico de que, en general, la trata afecta a mujeres procedentes de países o regiones donde imperan la pobreza, la desigualdad y la discriminación, entorno que las convierte en fácil presa de asociaciones ilícitas organizadas para el torpe negocio.[25] Lo que no se invoca *expressis verbis* es la impresentable consideración de que la trata consentida de mayores sirve, en verdad, como efugio para escamotear las exigencias de prueba en los juicios, puesto que el ministerio público se ahorra la necesidad de establecer el doblegamiento de la voluntad de la víctima y puede confiar en una condena con elementos de no compleja demostración, el viaje al extranjero y su propósito lúbrico.

Pero este punto de vista es doblemente falaz. Si la razón de ser del delito, como propone el derecho internacional, reside en la explotación de personas que versan en condiciones de desamparo o necesidad y que aceptan la entrega carnal como una manera de salir del estado de abandono a que la sociedad las condenó, entonces es suficiente que la ley emplace esta exigencia entre los elementos del tipo, como el abuso de una situación que, naturalmente, tiene que estar captada por el dolo del autor.[26] Por otra parte, la dignidad humana no es un bien jurídico. Representa un error de bulto sostener que la trata de personas, las injurias, los

25. De esta opinión, *v.g.*, PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*.4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 4, t. III, cfr. p. 287-288 (si no hay violencia o fraude, la persona es utilizada como objeto y se ataca su dignidad; de concurrir los medios en cuestión, se ofende su libertad sexual), y FOREGGER; FABRIZY. *Strafgesetzbuch*. Kurzkommentar. 7. ed. Wien: Manz, 1999, cfr. p. 621 (en una criminalidad de esta clase, que trasciende las fronteras estatales, se trata de un ataque de la criminalidad organizada, y de ahí que el tipo austriaco no exigiría textualmente que la persona concernida se convierta en objeto de un *comercio*).

26. En términos parecidos, Donna, quien se duele de la falta de dicha hipótesis en el Código argentino. *Derecho penal*. Parte especial. Publicados, 3 vols. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, cfr. p. 663.

actos de violencia en el medio doméstico y otras figuras delictuosas la hollarían. La equivocación proviene de confundir un atributo de la persona con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa,[27] ocurrido lo cual se construye conceptos al margen de la acumulación de los materiales que requeriría la tarea y que sólo puede suministrar el derecho positivo. Lo peligroso de este camino queda de manifiesto en la asunción de términos inasibles como si designaran bienes jurídicos –piénsese tan solo en la llamada *integridad moral*–, pero también en la hodierna tendencia legislativa, que el proceder que criticamos no hace sino robustecer con un dudoso soporte especulativo, de describir delitos desprovistos de un preciso objeto de protección y que, en una mirada más atenta, revelan arrestos moralizantes. De esto último brindan ejemplos algunas nóveles especies de las infracciones contra la salud colectiva, la libertad sexual o la Administración pública, harto divorciadas de los bienes genéricos de cada familia e incluso de sus correspondientes sujetos pasivos.[28] También la trata voluntaria de adultos. Puesto que "lo hondo, lo verdaderamente original (...), lo común a todos, lo humano", en la certera caracterización que dio Unamuno a la dignidad del hombre,[29] puede y debe servir, en cuanto valor puro, como fuente de objetos referidos mediata o inmediatamente a ese valor, emergen así los bienes jurídicos, o sea, el conjunto de condiciones materiales e inmateriales que posibilitan la preservación y el desarrollo del individuo y de la sociedad en una existencia digna del hombre.[30] El honor, pon-

27. "Un atributo es, en efecto, lo que el entendimiento percibe de una substancia como constitutivo de la esencia de la misma", escribió Spinoza (*Ética demostrada según el orden geométrico*. Introducción, traducción y notas de Vidal Peña. Madrid: Alianza, 2002, p. 55), y huelga decir que la pertenencia a sí mismo y la disposición de sí, en una palabra, la dignidad, resultan constitutivas para la noción de persona.

28. El castigo del consumo de estupefacientes, del comercio con quienes ejercen la prostitución, de ciertas formas de cohecho, del enriquecimiento indebido de funcionarios públicos, etc.

29. La dignidad humana, en sus *Ensayos*. 3. ed. Prólogo y notas de Bernardo G. de Candamo. Madrid: Aguilar, 1951. v. 2, t. I, p. (272-282) 277.

30. En la clásica caracterización de Werner Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1968, cfr. p. 101.

gamos por caso, admite ser entendido como la pretensión de respeto del individuo respecto de los demás, pretensión oriunda de la dignidad de su titular.[31] De ahí que este y los demás objetos de tutela se substraen por principio a la nota que distingue a la dignidad del hombre. Ella es inviolable, salvo en las situaciones extremas de completo sometimiento, de total subyugación de un hombre a la arbitrariedad de otro, como el reducirle a condiciones análogas a la esclavitud, hecho que, sin embargo, desde el punto de vista dogmático, tampoco ofende la dignidad del paciente, sino su libertad jurídica.

Dado que nadie es manipulado como instrumento para fines ajenos si concurre con su libre aquiescencia a la operación y, es más, toma parte activa en ella, resulta que bajo el castigo de la trata consentida se oculta la persecución de la mera inmoralidad. Comprobado lo cual, las agravaciones que se suele añadir al desatino de la ley, o carecen de todo fundamento, o bien muestran el genuino ámbito de nuestro delito, el que no admite ser perpetrado sin esos medios especiales convertidos en pseudo agravación.[32] Y quien no se sienta dispuesto a aceptar que allí y sólo allí descansa el tipo de la trata, un delito de peligro concreto contra la libertad sexual, tropezará con obstáculos insuperables para identificar científicamente el carácter de la ofensa. El enjuiciamiento moral atañe al fuero interno como raíz de

31. LAGODNY, Menschenwürde im Strafrecht –am Beispiel der grundrechtlichen Legitimation staatlichen Strafen, en el volumen *Der Begriff der Menschenwürde*. Definition, Belastbarkeit und Grenzen, editado por Michael Fischer. 2. ed. Frankfurt: Peter Lang Verlag, 2005, cfr. p. (65-76) 70.

32. Del mismo temperamento, en Chile, Rodríguez Collao, *Delitos sexuales*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2004, p. 237: "como la indemnidad sexual es un bien jurídico disponible, habremos de convenir en que la voluntad del sujeto excluye la ilicitud del hecho incriminado". Prescindiendo de que lo que parece estar ausente es la tipicidad, el pensamiento de fondo es correcto. Cuando un precepto está vacío de sentido, "de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella está ya contenido", comenta Kelsen. Y lo contenido en estos preceptos es sólo y nada más que lo que prohíbe el derecho internacional, si hemos de mantener que el derecho penal no posee la virtualidad de crear prohibiciones, aptitud que conviene a las ramas constitutivas del ordenamiento jurídico, incluido el supraestatal. *Teoría pura del derecho*. Introducción a la ciencia del derecho. Trad. Moisés Nilve. 11. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1973, p. 176. Cfr. asimismo, García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*. México: Fontanamara, 2007, p. 47.

la forma de vida de un individuo –y para el reino de la conciencia, o la formación del carácter, es absurdo discutir de hipótesis de lesión o de puesta en peligro.

Esto aparte, va de suyo que la propensión a describir la trata consentida como si fuese un acto digno de pena, traiciona una negra faceta de la reforma hodierna a la parte especial, su tendencia moralizante. Ésta parece aquí tanto menos comprensible cuanto que el norte de la modificación a los delitos del grupo, desde finales de los años sesenta del siglo XX, fue precisamente pasar de la tutela de la honestidad y las buenas costumbres, a la protección de la libertad de cada quien en la manifestación del impulso sexual. No bien se amadriga inconsulta e inconstitucionalmente en los tipos delictivos el castigo de actos inmorales o de personalidades reprobadas, el magisterio penal queda a merced de la arbitrariedad, del despotismo de un Estado que pretende dar al ciudadano lecciones acerca de cómo conducir su vida privada.[33] Una vez ocurrido esto, a la trata voluntaria pueden hacer escolta modalidades calificadas cuando el inductor es el marido o concubinario de la mujer, o la franca punición de quienes mantienen trato carnal remunerando con la sedicente víctima. Semejante rearme moral, distintivo del que llaman *derecho penal del enemigo*, con la consiguiente ruina del trabajoso proceso de secularización y laicización del derecho positivo,[34] tiene su lógico contrapunto en el desleimiento de la diferencia entre autoría y participación, por modo de cazar como autores, en las elásticas redes de la figura, a quien quiera que sea, por ínfimo que hubiese sido el aporte al hecho, de lo que ministra un paradigma el Código español en su anatema de quienes promueven, favorecen o facilitan *directa*

33. El gobierno que se constituye sobre el principio de la benevolencia para con el pueblo, al modo de un padre para con sus hijos, en que los súbditos "se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe de Estado cómo *deban* ser felices (...), un gobierno así es el mayor despotismo imaginable". KANT, *Teoría y práctica*. Estudio preliminar por Roberto Rodríguez Aramayo. Trad. Roberto Rodríguez Aramayo, Francisco Pérez López y Juan Miguel Palacios. Madrid: Tecnos, 1986, p. 28.

34. Véanse al respecto las brillantes disquisiciones de Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p. 606-609.

o indirectamente el tráfico de personas.[35] Mas este subterfugio comparece hoy por doquier, en otras especies delictivas contra la libertad sexual, como las que hacen a la pornografía, en el tráfico ilícito de estupefacientes, etc.[36]

6. Conclusión

Al comenzar estas páginas nos preguntamos si el diseño típico de la trata de personas en la legislación extranjera representa una encrucijada para el Estado de Derecho y una Política criminal de estampa liberal.

Pese a todas las apariencias, creo que no.

Hablamos de encrucijada para designar una situación difícil en que no se sabe qué conducta seguir. Que el régimen de este delito, cuando quiera que se lo concibe cual trata voluntaria de adultos, plantea un dilema grave, es indudable, máxime considerando que las reducciones teleológicas de los delitos de sospechosa constitucionalidad suelen suscitar recelo y no son garantía de éxito en la jurisprudencia, incluida –por paradójico que resulte el aserto– la constitucional. El ataque contra el Estado de Derecho, al que es ingénito reverenciar la autonomía moral de la persona, autonomía que comprende asimismo el poder decidirse el individuo por lo inmoral, y contra el liberalismo penal, centrado en la tutela de bienes de objetiva significación pública, se ha producido desde sus mismas entrañas. He aquí lo delicado del hecho.

Pero el derrotero que hay que emprender es inequívoco, y para recorrerlo no se necesita eso que Platón llamó una *segunda navegación*. La imagen legal antes

35. Una justificada crítica de la dilatadísma cláusula, en Laurenzo Copello, Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión, en *Jueces para la democracia*, n. 50, jul. 2004, cfr. p. (30-35) 32.

36. "Esta manera de legislar procura simplificar, por eliminación, los problemas que implica distinguir entre las diferentes formas de participación. Pero también tiene como objetivo ampliar y acentuar la represión. Una descripción tan amplia de las diferentes formas de los delitos de terrorismo, de traición a la patria o de tráfico de drogas, por ejemplo, hace superfluo el hecho de declarar inaplicables las reglas de la participación, como a veces se dispone". El atentado contra la legalidad penal, en el caso de la trata de personas, no ha precisado semejante declaración. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal*. Parte general, I. 3. ed. Lima: Grijley, 2005, p. 913.

descrita invita únicamente a enderezar lo torcido, adecuarlo a las exigencias de un derecho penal respetuoso de su orientación política, y, por tanto, reformular estas atormentadas figuras de suerte que reflejen aquello que dicen proteger: la dignidad del hombre.

7. Bibliografia

CARDONA, Aponte. *Guerra y derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

COLLAO, Rodríguez. *Delitos sexuales*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2004.

COPELLO, Laurenzo. Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión. *Jueces para la democracia*, n. 50, jul. 2004.

COUSIÑO MAC IVER. *Manual de medicina legal*. 4. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1974.

Derecho penal mexicano. (La tutela penal de la familia, sociedad, nación, administración pública, derecho internacional y humanitario) 6. ed. México: Porrúa, 2000. v. 5, t. V.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. Trata de seres humanos y explotación sexual de menores: exigencias de la Unión y legislación española. *Estudios penales y de política criminal*. Lima: Idemsa, 2007.

DONNA, Edgardo. *Derecho penal*. Parte especial. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. v. 3.

EUSEBIO GÓMEZ. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1940, t. III.

FOREGGER; FABRIZY. *Strafgesetzbuch*. Kurzkommentar. 7. ed. Wien: Manz, 1999.

FRANCESCO CARRARA. Delito y matrimonio eclesiástico. *Opúsculos de derecho criminal.* Bogotá: Temis, t. IV, 1976. v. 7, t. IV.

FRISCH. Dogmática jurídico-penal afortunada y dogmática jurídico-penal sin consecuencias. Trad. Carmen López Peregrín. In: ESER; HASSEMER; BURKHARDT; MUÑOZ CONDE (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GUZMÁN DALBORA, José Luiz. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile. *Anuario de derecho penal.* Lima, 1999-2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA. *Libertad de amar y derecho a morir.* Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1984.

KANT, Immanuel. *Teoría y práctica.* Estudio preliminar por Roberto Rodríguez Aramayo. Trad. Roberto Rodríguez Aramayo, Francisco Pérez López y Juan Miguel Palacios. Madrid: Tecnos, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho.* Introducción a la ciencia del derecho. Trad. Moisés Nilve. 11. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

La dignidad humana. *Ensayos.* 3. ed. Prólogo y notas de Bernardo G. de Candamo. Madrid: Aguilar, 1951. v. 2.

LAGODNY. Menschenwürde im Strafrecht – am Beispiel der grundrechtlichen Legitimation staatlichen Strafen. In: FISCHER, Michael (Ed.). *Der Begriff der Menschenwürde.* Definition, Belastbarkeit und Grenzen. 2. ed. Frankfurt: Peter Lang Verlag, 2005.

LUISI, Luiz. Dos delitos contra a dignidade sexual no projeto de parte especial do Código Penal brasileiro. *Revista de Ciências jurídicas*, n. 2. Maringá, 1988.

MAIHOFER, Werner. *Rechtsstaat und menschliche Würde.* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1968.

MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. *Strafrecht.* Besonderer Teil. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. v. 2.

MÁYNEZ, García. *Lógica del raciocinio jurídico*. México: Fontanamara, 2007.

MENDES, Paulo de Sousa. Tráfico de pessoas. *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*–27 e 28 de Setembro de 2007. Centro de Estudos Judiciários, disponible em: <www.cej.pt>.

POZO, Hurtado. *Manual de derecho penal*. Parte general, I. 3. ed. Lima: Grijley, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 4.

RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal español*. Parte especial. 13. ed. rev. y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 1990.

SPINOZA. *Ética demostrada según el orden geométrico*. Introducción, traducción y notas de Vidal Peña. Madrid: Alianza, 2002.

STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht*. Besonderer Teil. 5. ed. Bern: Stämpfli, 1995. v. 2, t. I.

TRECHSEL. *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937*. Kurzkommentar. 2. ed. Zürich: Schulthess, 1997.

Sentido y límites de los delitos de terrorismo

Manuel Cancio Meliá
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad Autónoma de Madrid.

Resumo: No presente estudo é analisada a estrutura típica dos delitos de terrorismo no ordenamento jurídico-penal espanhol, buscando-se desenhar seus contornos e limites, o que se faz a partir da construção dos conceitos de organização criminosa e de terrorismo e da abordagem das infrações de terrorismo individualmente consideradas.

Palavras-chave: Tipo penal – Organização criminosa – Terrorismo.

Abstract: In this study we analyze the typical structure of terrorist offenses in the Spanish Criminal Legal System with the aim of designing its contours and limits, this is done by the construction of criminal organization concepts and terrorism and the approach of individually considered terrorist offenses.

Keywords: Criminal type – Criminal organization – Terrorism.

Sumário: 1. Introducción – 2. El injusto de los delitos de organización: 2.1 La pertenencia a un colectivo como infracción criminal; 2.2 Aproximaciones al contenido de injusto; 2.3 Arrogación de organización y significado político – 3. El concepto jurídico-penal de terrorismo en el Código penal español: 3.1 El concepto de banda armada u organización o

grupo terrorista; 3.2 Intimidación masiva y carácter armado; 3.3 Proyección estratégica – 4. Epílogo.

Área do direito: Penal; Criminologia

1. Introducción

Ya antes de entrar en cualquier consideración específica de la regulación de los delitos de terrorismo está claro –por la severidad de las penas amenazadas, por el especial adelantamiento de la barrera de criminalización, por la existencia de un estatuto procesal diferenciado– que éste es un segmento de tipificación muy especial. A veces, en la discusión parece ser dominante la idea de que el único destino posible de las infracciones de terrorismo en un ordenamiento *en orden* en un Estado de Derecho es la desaparición de los delitos de terrorismo, como una especialidad destinada a ser eliminada fuera de un período de *emergencia*, de un momento *excepcional*. En el caso español, puede pensarse que esta conciencia de excepcionalidad viene reforzada tanto por la expresa mención del art. 55.2 CE como por el hecho de que durante muchos años –hasta los atentados de Madrid en marzo de 2004– el fenómeno terrorista tuviera un único protagonista, cuya existencia es vivida colectivamente cada vez más como un verdadero anacronismo, como una anomalía difícilmente comprensible: la organización terrorista separatista ETA.[1] En todo caso, a pesar de que la idea del Derecho de excepción está implícita en muchas argumentaciones, lo cierto es que la pretensión de eliminación de las infracciones de terrorismo como tales últimamente no se suele formular expre-

1. Sobre la idea de un subsistema penal de excepción permanente es básica la exposición de Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, pp. 807 y ss.; vid. también Moccia. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed., 1997, *passim*; Serrano-Piedecasas. *Emergencia y crisis del estado social y motivos de su perpetuación*, 1989, *passim*. Afirman que el rasgo definitorio de la regulación antiterrorista es su excepcionalidad, por ejemplo, Terradillos Basoco. *Terrorismo y derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988, p. 15; Giménez García, JpD 30 (1997), pp. 20 y ss.

samente, sino tan sólo de pasada.[2] Desde la perspectiva aquí adoptada, el prisma exclusivo del Derecho de excepción es insuficiente. Si la cuestión estriba en que se trata de un tratamiento excepcional de un fenómeno igualmente excepcional, no parece que pueda afirmarse en el plano fáctico que haya indicios de la futura desaparición del terrorismo como fenómeno de cierta entidad en nuestro entorno jurídico-político, como muestra el paulatino surgimiento de un nuevo terrorismo global: el terrorismo está aquí para quedarse, y, en consecuencia, también lo están los delitos de terrorismo.[3] Esta constatación se refiere al tratamiento específico de las

2. Así, por ejemplo, Albrecht, ZStW 117 (2005), p. 857: los delitos de terrorismo deben ser perseguidos jurídico-penalmente con decisión "como delitos de homicidio"; más explícito, en cambio –una posición que, *sit venia verbo*, cada vez escasea más– Terradillos Basoco, *Terrorismo y derecho* (nota 1), pp. 35 y s., 38: el tratamiento específico es una "huída al Derecho penal"; "...volver a los delitos de terrorismo como delitos especiales es tanto como reintroducir el delito político."; en cambio, aún consideraba –con ocasión del análisis de la PANCP– de Sola Dueñas que uno de los "interrogantes básicos" del tratamiento jurídico-penal del terrorismo estaría en determinar "la necesidad o conveniencia de que existan en el Código Penal unos delitos de terrorismo en cuanto tales, o si, por el contrario, es mas correcta su canalización a través de los delitos comunes correspondientes." (DJ 37/40 (1983) v. 2, p. 1.221); éste (horizonte de abolición) es el prisma bajo el que presenta también la cuestión Serrano-Piedecasas, en: Pérez Alvarez (ed.). *Serta in memoriam Alexandre Baratta*, 2004, pp. 922 y ss. En todo caso, puede resultar significativo que en una reciente encuesta hecha a cierto número de profesores de Derecho penal sobre su valoración de la actual regulación de los delitos de terrorismo (vid. las respuestas en: Arroyo Zapatero *et al. La reforma del CP tras diez años de vigencia*, 2006, pp. 161 y ss.), siendo (casi) todos muy críticos con diversos aspectos de la configuración de las infracciones, ninguno de los encuestados demande lisa y llanamente la desaparición de toda regulación específica.

3. Vid. desde la perspectiva empírica sólo Lutz/Lutz. *Global terrorism*, 2004, pp. 243 y ss., bajo el elocuente epígrafe "Terrorism: a continuing phenomenon"; vid. sobre el escenario de futuro actual también Reinares, *Terrorismo y antiterrorismo*, 1998, pp. 211 y ss., 220: "...seguirá existiendo con fluctuaciones periódicas y adquirirá progresiva notoriedad en ámbitos geopolíticos distintos a aquellos donde hasta ahora se ha manifestado con mayor insistencia." El fenómeno era constatado ya por López Garrido, *Terrorismo, política y Derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, 1987, p. 163: una "institucionalización jurídica de la emergencia legislativa contra el delito de violencia política". En la doctrina jurídico-penal española, vid. ya –aún antes de la última (re-)incorporación de la regulación al Código penal– Lamarca Pérez. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, p. 359; eadem, ADPCP 1993, p. 536 con nota 2, señalando que el carácter excepcional no reside en que se trate de una excepción temporal, sino en que "...la llamada legislación antiterrorista se aparta de los principios generales del ordenamiento punitivo"; Terradillos Basoco. *Terrorismo y derecho* (nota 1), pp. 13 y s.: el terrorismo como "elemento patológicamente estructural"; emergencia que "por el mismo hecho del reconocimiento de su permanencia deja de serlo"; se muestra crítico con la

infracciones de terrorismo por parte del Derecho penal *material* que será objeto de reflexión en estas líneas. Distinta es la situación de las normas procesales que *viven* de la autorización constitucional del art. 55.2 CE, que permite una *suspensión* de determinados derechos constitucionales. En este ámbito, la situación se presenta de modo completamente diverso al campo jurídico-material, concretamente, de la definición del alcance típico de las infracciones: aquí, en el proceso, el propio tenor literal de la norma constitucional impone la consideración de las facultades de investigación derivadas de la afectación a derechos fundamentales como medidas *estructuralmente* excepcionales, y, por definición, transitorias, con independencia de que la *praxis* haya sido la de convertirlas en permanentes.[4] Más allá de esto, no hay razones para pensar desde un principio, como pre-juicio, que *cualquier* tratamiento específico del terrorismo en el ámbito del Derecho penal material es ilegítimo. Si la regulación define adecuadamente lo específico del terrorismo, la especial gravedad que estas infracciones tienen, podrá discutirse hasta qué punto la configuración de los distintos tipos se corresponde con esa especificidad[5] y en qué punto se empieza

opción del CP 1995 de Prada Solaesa (JpD 1996, p. 77) por "dar la sensación de normalidad e intemporalidad a una regulación caracterizada precisamente por su excepcionalidad".

4. Cfr. sólo la argumentación de Terradillos Basoco, *Terrorismo y derecho* (nota 1), pp. 14 y ss., 15: "...suspender no es sinónimo de suprimir o limitar definitivamente, sino que significa 'detener o diferir durante algún tiempo'"; este autor ve niveles superiores de excepcionalidad en este ámbito frente al del Derecho penal material, op. cit., p. 97. La situación es similar en el ámbito de lo que se ha denominado "subsistema penitenciario de excepción" (Faraldo Cabana, en: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [ed.], *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, v. 1, pp. 757 y ss. Hay quien afirma que las modificaciones en el marco penal específicas para los teroristas, desde el art. 78 CP hasta la reforma de la LO 7/2003 en clave de *cumplimiento íntegro*, derivan de la ausencia en nuestro ordenamiento de una pena de prisión perpetua (así, y a favor de esta modalidad de pena de prisión para las infracciones de terrorismo, Manzanares Samaniego, AP 2000-3, pp. 1.010 y ss., 1.013; también favorable a la pena de prisión de por vida García-Calvo y Montiel, AP 2000-3, pp. 1.024 y s.). Cfr. sobre el nuevo sistema de cumplimiento específico para estas infracciones introducido en la LO 7/2003, por todos, Acale Sánchez, en: Faraldo Cabana/Brandariz García/Puente Aba, (coord.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 341 y ss., 347 y ss.; Faraldo Cabana, en: op. cit., pp. 299 y ss., pp. 317 y ss.; Landa Gorostiza, en: Ferrer, *Derecho, libertades y razón de Estado*, 2005, pp. 47 y ss., todos ellos con ulteriores referencias.

5. En este sentido, dice de la Mata Barranco (en: Arroyo Zapatero *et al. La reforma del CP* [nota 2], p. 164) que se trata de "concretar el disvalor adicional" de estos delitos.

a entrar en el ámbito de una regulación incoherente, ilegítima (tanto en un plano cualitativo: ilegitimidad de la incriminación *per se*, como, también, en un plano más cuantitativo: incoherencia sistemática de la configuración concreta de algunas infracciones), pero no, por principio, todo tratamiento específico.[6]

Sin llegar a expeler a los autores de delitos de terrorismo del mundo de los delincuentes[7] –eso es lo que significa categorizarlos como *enemigos*–, afirmando explícita o implícitamente su diversidad radical de los ciudadanos (aun cuando sean autores de delitos), se trata de delinear cuáles son los elementos de la respuesta penal que pueden quedar justificados por el hecho cometido. Encontrar esa delgada línea ideal es el propósito del análisis del Derecho penal español antiterrorista que sigue. Dicho de otro modo: se trata de determinar, a través un análisis dogmático de la *estructura típica y del injusto de los delitos de terrorismo*,[8] cuál es el *sentido* –si es que lo tienen– de los delitos de terrorismo. Así podrán delinearse también sus *límites*. Se plantea así la cuestión de si es posible construir un contenido de injusto dogmáticamente coherente y político-criminalmente legítimo para estas infracciones.

6. Decía hace tiempo Arroyo Zapatero: puede considerarse innecesaria la agravación de las conductas cometidas en el contexto terrorista, pero "...al menos, puede explicarse por el *plus* que respecto del bien jurídico concreto representa la puesta en peligro de la seguridad del Estado democrático" (en: *Reforma política y Derecho*, 1985, p. 185). Ello al margen de la peculiar situación jurídico-constitucional española, en la que la especificidad del tratamiento está implícita –también con repercusiones para el Derecho penal material, como parece claro– en la decisión del constituyente materializada en el art. 55.2 CE: "Esta previsión constitucional demuestra, sin necesidad de mayor argumentación adicional, el reconocimiento *ex Constitutione* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto al goce de determinados derechos constitucionales... La propia Constitución ha previsto la posibilidad de la suspensión de tales derechos, y ha habilitado al legislador para ello, por lo que la eventual diferencia de trato que respecto a los sujetos implicados pudiera derivarse de esta regulación legal o de su aplicación, es en sí misma consecuencia de una previsión constitucional que no puede ser ignorada al interpretar el art. 14 de la Constitución. En consecuencia la existencia de esta normativa legal no supone violación alguna del derecho a la igualdad." (STC 199/1987, FJ 2).

7. Como sostiene, por ejemplo, Roellecke: "...no se puede comprender sencillamente a los terroristas como delincuentes" (JZ 2006, p. 268).

8. Cfr. próximamente el análisis en Cancio Meliá. *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, en prensa.

Desde el punto de vista aquí adoptado, conviene formular el problema en dos niveles de análisis: un primer punto de partida está en la constatación, hecha con frecuencia en las ciencias sociales empíricas, de que el terrorismo es un fenómeno esencialmente *colectivo*. En consecuencia, cobra especial importancia el concepto de *organización*. Por ello, en un primer escalón de análisis, se intentará ofrecer una sucinta aproximación a la definición del injusto de los delitos de organización. Una vez hecho ese análisis general de los delitos de organización, en un segundo paso, es necesario abordar lo que puede denominarse la "Parte General" de los delitos de terrorismo en el ordenamiento español: *el concepto jurídico-penal de terrorismo*, concepto que determina las características de la *estructura típica* de las distintas infracciones. Sobre la base de esta definición de injusto parece que podrá llevarse a cabo –aunque habrá de ser en otro marco– un análisis de las infracciones de terrorismo individualmente consideradas.

2. El injusto de los delitos de organización

Como acaba de decirse, una de las características esenciales del terrorismo está sin duda en el hecho de que en este ámbito, las infracciones concretas cometidas por autores individuales parten de un contexto *colectivo*: es la organización terrorista la que tiene el protagonismo absoluto en su desafío al Estado. Por ello, no parece posible aproximarse a la estructura de los delitos de terrorismo sin haber examinado previamente en qué consisten en lo esencial las infracciones de mera pertenencia a una organización. Concretamente, la definición de qué es lo que supone específicamente el factor de la *organización* como elemento del injusto de todas las infracciones relacionadas con el colectivo "organización terrorista", es el fundamento sobre la que construir cualquier aproximación dogmática o político-criminal a las distintas infracciones del sector. Dicho de otro modo: sólo se puede proponer una definición de organización terrorista operativa en el plano de la tipicidad si previamente

se identifica el injusto al que da lugar la existencia de la asociación ilícita (genérica) en cuanto *delito de organización.*[9]

2.1 La pertenencia a un colectivo como infracción criminal

Desde el punto de vista dogmático, parece evidente que los delitos de pertenencia a una asociación ilícita ocupan una posición muy peculiar en la Parte Especial: basta compararlos someramente con infracciones criminales "normales", en las que se produce una lesión concreta de un bien jurídico individual. En este sentido, si se relaciona el mero hecho de formar parte de una asociación penalmente ilícita con la estructura de los delitos de lesión, se comprueba que los actos concretamente realizados para la integración en una organización criminal son *previos* conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta. Desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen, por lo tanto, supuestos de pre-preparación o proto-participación. A pesar de ello, se observa que las penas amenazadas respecto de conductas tan lejanas a un daño concreto son, comparativamente, muy elevadas. Esta configuración dogmática de los delitos de organización alcanza, precisamente, su punto álgido en las infracciones de terrorismo, y ello de modo especialmente destacado en la regulación positiva española. En este sentido, no hay nada que cambiar respecto del diagnóstico formulado hace ya 25 años por *Gómez Benítez* respecto de la regulación entonces en vigor: "Es precisamente en el terreno del adelantamiento punitivo, es decir, de la punición de los actos preparatorios y en la proliferación de categorías de 'partícipes'... en donde la 'política penal del orden público' se muestra más ilimitada en España."[10]

Los delitos de organización también llaman la atención desde una perspectiva político-criminal. Por un lado, son sin duda alguna uno de los sectores de

9. Respecto de lo que sigue, vid. próximamente con más detalle Cancio Meliá, "Das Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung", en: Zazcyk *et al.* (ed.). *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, en prensa para ed. Carl Heymanns.

10. CPC 16 (1982), p. 64.

vanguardia de la actual evolución expansiva del ordenamiento penal: la llamada "criminalidad organizada" es protagonista en la política legislativa del momento. Sin embargo, por otro lado, las infracciones asociativas *no* son un fenómeno nuevo para el ordenamiento penal. Por el contrario, estaban presentes desde el principio, es decir, también en el "bueno y viejo"[11] Derecho penal liberal del siglo XIX; algunos autores incluso sitúan estas figuras delicitivas en el origen mismo de todo Derecho penal estatal.[12] En consecuencia, la actual revitalización de estas infracciones desde un principio alimenta la sospecha de que bajo la vieja chapa jurídico-penal está funcionando un nuevo motor social: la fuente de revitalización de los delitos de organización ha de estar en una nueva situación fáctica, pues ni la situación político-institucional general ni las organizaciones correspondientes en el siglo XXI son idénticas con las del siglo XIX, como es evidente.

En todo caso, la peculiar configuración de estas infracciones (tan alejadas de toda lesión concreta) justifica plenamente que se las haya ubicado, desde el punto de

11. Denominación que implica una afirmación ucrónica, carente de apoyo histórico: vid. al respecto, por todos, Silva Sánchez, *del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed., 2001, pp. 149 y ss.

12. Respecto del caso español, cfr. sólo el análisis histórico de García-Pablos de Molina. *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, 1977, pp. 17 y ss.; vid. también Cuello Calón, *PE*3, 1936, pp. 58 y s.; respecto de Alemania vid. sólo Langer-Stein. *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a StGB)*, 1987, pp. 66 y ss., 80 y s. (esta autora retrocede aún más, encontrando la fuente última de estas figuras en el Derecho romano (pp. 34 y ss., 39 y s., 42, 56 y ss.), e incluso afirma que los delitos de organización están en el origen mismo del Derecho penal como tal: "Por consiguiente, la creación de tipos penales contra el crimen organizado constituyó el principio de la pena estatal" [81]); para Hohmann, wistra 1992, p. 85, el origen de estos preceptos está "sin duda alguna" en el combate contra adversarios políticos; en este sentido, resulta muy signitificativo el título elegido por Sánchez García de Paz para su contribución a Arroyo Zapatero *et al.* (ed.)/Nieto Martín (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* in memoriam, v. II, 2001, p. 645: "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado"; respecto del caso alemán, vid. también Fürst, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, 1989, pp. 16 y ss., 36 y ss.; exhaustivo análisis histórico en Felske, *Kriminelle und terroristische Vereinigungen – §§ 129, 129a StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*, 2002, *passim*; respecto de Italia Aleo, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, 2. ed., 2005, pp. 26 y ss.; respecto de la República Argentina Ziffer, *El delito de asociación ilícita*, 2005, pp. 17, 23 y s., 57.

vista de su relevancia sistemática, en el terreno de la Parte General (materialmente considerada), y no en el ámbito de un problema específico de un tipo en particular.[13] A estos rasgos peculiares se suma el hecho de que la formulación legal de estas infracciones es extraordinariamente vaporosa y ofrece poca o ninguna ayuda para la concreción de su alcance. Así las cosas, corresponde una importancia decisiva a la definición del injusto, del objeto de protección de los delitos de organización. A continuación, se pasa a ofrecer un breve inventario de las propuestas dogmáticas que se han formulado. A mi juicio puede afirmarse que estas propuestas se mueven sobre todo entre dos polos: la peligrosidad de la organización, por un lado, y las repercusiones sociales de su mera existencia, por otro.

2.2 Aproximaciones al contenido de injusto

a) Una primera aproximación, defendida sobre todo en el marco de construcciones dogmáticas menos recientes, consiste en buscar la legitimación o el bien jurídico protegido de estas infracciones directamente en el reconocimiento constitucional del derecho de asociación. Desde esta perspectiva, las organizaciones criminalizadas representan supuestos de *abuso* de tal *derecho fundamental.*[14]

13. Fundamental a este respecto Schroeder, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, pp. 9 y ss., 11, 21; vid. también en esta línea Langer-Stein. *Legitimation und interpretation* (nota 12), p. 165; Sánchez García de Paz, LH Barbero Santos, pp. 647, 673 y ss.; Silva Sánchez, en: Octavio de Toledo y Ubieto/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coord.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1.069 y ss., 1.074.

14. Así, por ejemplo, en la STS 10.4.2003; vid. las referencias a la doctrina decimonónica en García-Pablos de Molina, RGLJ LXXII (1976), pp. 568 y s.; cfr. también Cuello Calón, *PE*3, 1936, pp. 55 y ss.; en la doctrina más reciente, cfr. Córdoba Roda, *ComCP III*, 1978, p. 252, aludiendo al origen del precepto en el CP de 1870 y su coordinación con el reconocimiento del derecho de asociación en la Constitución de 1869; vid. también Portilla Contreras, en: Cobo del Rosal, *Curso PE II*, 1997, p. 714; también habla de "abuso de este derecho" Muñoz Conde, *PE*15, 2004, p. 832; lo considera una alternativa para la definición del bien jurídico Rebollo Vargas, en: Córdoba Roda/García Arán, *ComCP PE II*, 2004, p. 2.444. En contra de esta concepción, por ejemplo, García-Pablos de Molina, RGLJ LXXII (1976), pp. 570 y ss.; idem, *Asociaciones ilícitas* (nota 12), pp. 123 y ss., 126 y ss.; Quintero Olivares, en: Ferré Olivé/Anarte Borrallo (ed.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 177 y ss., 183; Vives Antón/Carbonell Mateu, en: Vives Antón, *PE*, 2004, p. 1.001; Ziffer, *El delito de asociación ilícita*

Ciertamente, esta aproximación tiene la virtud de destacar el aspecto institucional que corresponde a los derechos fundamentales de los que se abusa en diversos sectores del título dedicado en nuestro Código a los delitos contra la Constitución. Pero esta afirmación, correcta, no es aún una definición del contenido de injusto. Sólo aporta una referencia formal al modo de comisión previsto en el tipo, como ha afirmado la doctrina más autorizada. Si se permite una conclusión apodíctica en este punto, la perspectiva del ejercicio del derecho de asociación no identifica aún cuál es el injusto frente al cual la criminalización reacciona.

b) Un segundo sector doctrinal, minoritario, pero en auge, pone el foco de su atención en otro elemento de estos delitos: en el hecho de que suponen una anticipación de la barrera de punición.[15] En efecto, resulta evidente que la incriminación de la pertenencia a una asociación ilícita, medida con base en el modelo de un bien jurídico de titularidad individual, supone una expansión del ordenamiento jurídico penal hacia el estadio previo a la lesión de un bien jurídico concreto. Éste es el punto de partida de la llamada *teoría de la anticipación*: la perspectiva de la determinación del injusto se proyecta sobre los futuros delitos cuya comisión por parte de la organización se teme. *Rudolphi* es el principal impulsor en tiempos recientes de esta aproximación, entre cuyos defensores cabe mencionar además a *Schroeder*, *Ostendorf* y a los autores de la mayoría de las monografías específicas, así como, en España, a *Sánchez García de Paz* y *Silva Sánchez*. De acuerdo con esta posición, la mera existencia de la asociación criminal constituye respecto de los delitos concretos cometidos a través de ella una "fuente de peligro incrementado": la organización desarrolla una "dinámica autónoma" que, por un lado, está en condiciones de debilitar las barreras inhibitorias individuales, y, por otro, reduce de modo decisivo –a través de la estructura interna de la organización– ciertas dificultades "técnicas" de la comisión

(nota 12), pp. 48 y s.; respecto de la posición correspondiente en Alemania –hoy ya abandonada por completo– vid. el análisis crítico en Langer-Stein. *Legitimation und Interpretation* (nota 12), pp. 26, 136 y ss.

15. Es éste un diagnóstico "indiscutido", *NK2*-Ostendorf, 2005, § 129 n.m. 4; en materia de delitos de terrorismo, también utiliza esta imagen el TS: el delito de colaboración armada es una infracción en la que "se adelanta la línea de defensa..."; vid., por ejemplo, STS 25.11.1995.

de infracciones. Esta especial peligrosidad,[16] de acuerdo con este punto de vista, es la que justifica "excepcionalmente" que la organización sea combatida ya en el estadio de la preparación.[17] De acuerdo con este planteamiento, en realidad *no* es posible identificar un objeto de protección *específico* para los delitos de organización.[18] Por el contrario, el bien jurídico protegido por estas infracciones sería idéntico al conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la Parte Especial.[19] En consecuencia, los delitos de organización se conciben como meros delitos de peligro (abstracto).[20]

16. Cfr. el detallado análisis de los diversos aspectos empíricos de esa especial peligrosidad hecho por Langer-Stein, *Legitimation und Interpretation* (nota 12), pp. 157 y ss.

17. Rudolphi, Frisch/Schmid (ed.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, pp. 315 y ss., pp. 317, 319, 321 y *passim*; idem, ZRP 1979, pp. 215 y s., 221; idem/Stein, *SK7*, § 129 n.m. 3; esta tesis –dato que, en lo que se alcanza a ver, no aparece reflejado en la bibliografía de lengua alemana– fue defendida ya en la doctrina italiana por Franchina; vid. las referencias al respecto en García-Pablos de Molina, RGLJ LXXII (1976), p. 584; idem, *Asociaciones ilícitas*, pp. 139 y ss.

18. Langer-Stein, *Legitimation und Interpretation* (nota 12), p. 31; *avant la lettre* de la tesis de la anticipación introducida en Alemania por Rudolphi posteriormente, ya decía García-Pablos de Molina, RGLJ LXXII (1976), p. 584, que éste –la ausencia de bien jurídico específico– debía ser el punto de llegada de la idea del delito de preparación: "Realmente debería ser la postura de quienes entienden que la asociación es un acto 'preparatorio' elevado a delito y la de quienes opinan que el concepto de orden público es una abstracción sin contenido y no encuentran otro concepto que la sustituya".

19. En la medida, claro está, en que no exista un catálogo formal expreso que limite los delitos susceptibles de comisión en el marco de la asociación ilícita, como es el caso de la regulación alemana y española. Vid. la argumentación decisiva de Rudolphi, FS Bruns, p. 318; en esta línea se encuentran también Ostendorf, JA 1980, pp. 499 y ss., 500; Giehring, StV 1983, pp. 296 y ss., 302; en parte también Schroeder, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, pp. 11, 28; Langer-Stein. *Legitimation und Interpretation* (nota 12), pp. 209 y ss., 214; Fürst, *Grundlagen und Grenzen* (nota 12), pp. 65 y ss., 68 y s.; Hohmann, wistra 1992, p. 86; Scheiff. *Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?*, 1997, pp. 25 y ss., 28 y s.; Krüger. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 2000, pp. 167 y s.; Sánchez García de Paz, LH Barbero Santos, pp. 669 y ss., 673 y ss.; Hefendehl. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 287; Silva Sánchez, LH Ruiz Antón, pp. 1.077 y s., 1.082 y ss. Hay que subrayar que la idea de la especial peligrosidad respecto de los bienes jurídicos individuales correspondientes a infracciones posteriormente cometidas resulta dominante también en aproximaciones que, a pesar de ello, consideran que el bien jurídico protegido es de carácter colectivo; vid., por ejemplo, la argumentación de *LK*11-v. Bubnoff, § 129, n.m. 1 y s. Con base en un razonamiento deductivo propio, que no coincide con el de la teoría de la anticipación (necesidad de una relación hacia bienes tangibles en toda infracción criminal), alcanza también Köhler (*AT*, 1997, pp. 567 y s.) esta definición del objeto protegido.

20. Vid. sólo Fürst, *Grundlagen und Grenzen* (nota 12), pp. 63 y ss.; *NK*2-Ostendorf, § 129 n.m. 5; diferenciando en función de la densidad de las estructuras de organización (dependiendo

c) Un tercer camino es el ensayado por el sector predominante de la doctrina, que ve en este ámbito no (sólo) una anticipación, sino también un ataque directo contra un bien jurídico autónomo y de carácter colectivo, que adopta diferentes denominaciones, como "paz interior", "seguridad pública"[21] o "seguridad interior".[22] Otras aproximaciones añaden a la referencia a la paz o seguridad una conexión con la organización del Estado: en diversas formulaciones, se alude al "poder del Estado" como objeto de protección.[23] Ha de señalarse desde el principio que la utilización que se hace de estos términos, al igual que sucede en otros delitos relacionados con esta clase de objetos de protección colectivos nunca ha sido clara:

de la intensidad de la estructura de dominio interna, se trataría de un delito de peligro abstracto o peligro concreto) Langer-Stein, *Legitimation und interpretation* (nota 12), pp. 150 y ss., 209 y ss., 212 y s.; también se suman a la tesis de la calificación de infracción de peligro Hohmann, wistra 1992, p. 86; Scheiff. *Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen* (nota 19), pp. 16 y s. Sin embargo, esta posición también aparece en autores que defienden la existencia de un bien jurídico colectivo en estas infracciones; vid., por ejemplo, *LK*11-v. Bubnoff, § 129 n.m. 2; *MüKo*-Miebach/Schäfer, 2005, § 129 n.m. 4; respecto de la regulación portuguesa, de Figueiredo Dias, en: idem (dir.) *et al.*, *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, t. 2, 2003, p. 1157. Califica también de "delitos de actividad o de peligro abstracto" a las infracciones de colaboración con banda armada u organización terrorista el TS, vid., por ejemplo, STS 26.11.1984; 19.12.1988; 02.02.1993; 25.11.1995.

21. *S/S*26-Lenckner, 2001, § 129 n.m. 1; en esta línea ("la paz pública, en particular, el orden y la seguridad públicos") también Schmidhäuser, *BT*2, 1983, 12/27; con base en una fundamentación específica ("injusto del sistema") también Lampe, ZStW 106 (1994), pp. 706, 727; vid. también ("paz pública") de Figueiredo Dias. *ComConCP 2*, p. 1.157; en Francia, la referencia a la seguridad pública es generalizada; vid., por ejemplo, Malabat, *Droit pénal spécial*, 2005, n.m. 865 y ss.; a la "paz social" en relación con el terrorismo se refiere la STC 136/1999, FJ 29.

22. *LK*11-v. Bubnoff, § 129 n.m. 1; § 129a n.m. 4.

23. Maurach, *BT*5, 1969, pp. 670 y s.; vid. también Otto, *BT*7, 2005, 90/4; similar ("autotutela del poder del Estado") es la aproximación de García-Pablos de Molina, RGLJ LXXII (1976), pp. 586 y ss., 588, 589; idem, *Asociaciones ilícitas* (nota 12), pp. 142 y ss.; le siguen diversos autores en la bibliografía española –además de aparecer su definición en alguna sentencia– vid., por ejemplo, STS 234/2001 (03.05.2001); Serrano Gómez/Serrano Maíllo, *PE*10, 2005, p. 951; Vives Antón/Carbonell Mateu, en: Vives Antón, *PE*, p. 1.001; en esta línea está también una definición anterior de Carbonell Mateu, concretando el marco estatal en el régimen constitucional actualmente en vigor: "la seguridad de la organización democrática del Estado" (DJ 37/40 [1983] v. 2, pp. 1.301 y s.); le sigue Tamarit Sumalla, en: *ComPE*5, 2005, p. 1.938; vid. respecto de la crítica a esta posición específica, en la formulación dada por García-Pablos de Molina, el análisis de Guzmán Dálbora, RDPCr 2 (1998), pp. 161 y ss. (falta de concreción comparable a las versiones genéricas del "orden público").

hay que recordar en este contexto la conocida diatriba de *Binding* contra la noción de "orden público", a la que calificaba de "trastero conceptual".[24] En todo caso, cabe constatar ya aquí que estas aproximaciones tienen en común la característica de que ponen el acento en los efectos de la organización delictiva sobre el cuerpo social.

2.3 Arrogación de organización y significado político

a) Como antes se ha dicho, el modelo de la anticipación concibe los delitos de organización no como lesión actual de un bien jurídico colectivo, sino desde la perspectiva de las infracciones que posteriormente se cometerán en el marco de la organización. Por consiguiente, los delitos de organización contienen ante todo *anticipaciones* de la punibilidad. Ciertamente, la referencia dominante al hecho de que aquí se emplea el Derecho penal de modo masivo mucho antes de una lesión concreta-individual introduce una adecuada tension político-criminal en el análisis del contenido de injusto.[25] Sin embargo, la aprehensión del elemento específico de los delitos de organización es deficitaria. Si bien se diagnostica la especial dimensión del colectivo, ello sólo se hace en el limitado sentido de que la situación fáctica generada por la existencia de la organización criminal en cuanto agente colectivo conduce a la concurrencia de una *especial peligrosidad.*[26] La estructura del colectivo, por lo tanto, aparece únicamente a título de una especie de factor de multiplicación de los elementos de peligrosidad individuales, como un catalizador de riesgos.[27] Cabe afirmar, entonces, que la teoría de la anticipación

24. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, pp. 351 y s.

25. Además, hay que subrayar que esta concepción, desde luego, "tiene el atractivo de su sencillez y coherencia", y que "se ha alzado contra los excesos de la abstracción y las interpretaciones ambiguas del concepto de 'orden público'" (así ya García-Pablos de Molina, RGLJ LXXII (1976), p. 584).

26. Cfr. sólo Rudolphi, FS Bruns, p. 317; Silva Sánchez, LH Ruiz Antón, p. 1.077.

27. Resulta característica la argumentación de Rudolphi (ZRP 1979, p. 215): después de destacar la primacía absoluta del colectivo en las organizaciones terroristas, deduce de ello solamente que éstas serían especialmente peligrosas. Esta consideración (limitada) del factor peligrosidad está en primera línea de las reflexiones en el campo de la teoría de la anticipación, pero aparece también en muchas otras propuestas orientadas con base en un objeto de protección

intenta resistir la presión político-criminal hegemónica hacia un incremento de la eficiencia de los mecanismos de prevención policial mediante una racionalización de la decisión legislativa de incriminación autónoma de la mera pertenencia a las organizaciones tipificadas. La legitimación de esta anticipación tan sólo puede derivar de un potencial de riesgo extraordinario. Sin embargo, para la construcción de su discurso, esta aproximación se coloca en el mismo plano de argumentación que aquella orientación político-legislativa: el plano de la prevención fáctico-policial, y con ello, en una pendiente deslizante.[28] Si el cometido perseguido se identifica, en tradición utilitarista, única y exclusivamente con la evitación fáctica de futuros delitos, como indica el dicho, "el miedo es libre". La lógica de la prevención fáctica es la de la policía,[29] no la del Derecho penal, y no conoce límites internos ante la consecución del objetivo del combate eficiente contra las fuentes de peligro.[30] En cambio, una teoría del Derecho penal con ambición

divergente. Así sucede, por ejemplo, en la aproximación presentada recientemente en la monografía de Pastor Muñoz (*Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, 2005, pp. 66 y ss., 69 y s., 78, 87, 89): a pesar de que asume –siguiendo a *Kindhäuser* y *Jakobs*– un objeto de protección autónomo "seguridad", afirma a continuación que ese injusto autónomo de la lesión de la seguridad (en cuanto "equivalente funcional" de una peligrosidad objetivamente determinado) se halla en la mera manifestación de peligrosidad subjetivo-individual (en consecuencia, esta autora considera que los delitos de organización constituyen el supuesto paradigmático de una categoría de "delitos de estatus"). La misma argumentación combinada está presente en la STC 136/1999, referida al delito de colaboración armada, en la que (FJ 27 y 29) se hace uso de una argumentación peligrosista para identificar como objeto atacado la "paz social".

28. "...siempre se podrá afirmar la necesidad de una protección tan anticipada, por lo que ello no ofrece fundamentación alguna", Jakobs, *AT* 2, 1991, 2/19; vid. también idem, ZStW 97 (1985), pp. 752 y ss.; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 218 y s.; Köhler, *AT*, pp. 566 y s.; Pastor Muñoz, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus* (nota 27), p. 76.

29. En el mejor de los casos: si no se trata directamente de un proceso en el que predomina la categorización-demonización (en cuanto elemento central de un "Derecho penal" del enemigo); vid. Cancio Meliá, en: *idem*/Gómez-Jara Díez (Coord.). *Derecho penal del enemigo* (nota 4), v. 1, 2006, pp. 341 y ss., con ulteriores referencias.

30. Estos, por el contrario, deben ser aportados desde fuera a la definición de la infracción; fundamental a este respecto Jakobs, ZStW 97 (1985), p. 753. Un ejemplo: Silva Sánchez propone limitar la asociación ilícita a aquellas cuyo objeto sea la comisión de delitos graves; sólo así, desde su punto de vista, se podrá justificar la anticipación de la criminalización (LH Ruiz Antón, p. 1.092). Si se entra de este modo en consideraciones *cuantitativas*, cabe temer que la discusión

sistemática aquí debe penetrar hasta la definición del injusto, para –en la medida de lo posible– enfrentarse a una extensión ilimitada del alcance de la tipicidad en su germen (téoricamente) decisivo.

La segunda idea paradigmática presente en la doctrina es la de un bien jurídico colectivo específico. A la hora de llevar a cabo una valoración de estas aproximaciones, parece adecuado distinguir entre la vertiente colectivo-subjetiva y la vertiente fáctica de las correspondientes nociones del objeto de protección. Para algunos autores, entre los cuales cabe destacar a *Lenckner*, la paz jurídica se identifica con determinadas percepciones fácticas en la población, con un diagnóstico de psicología social.[31]

Son muchas las voces en la doctrina que han señalado que con ello se entra en un campo extremadamente inseguro desde el punto de vista empírico[32] y, desde luego, completamente minado político-criminalmente. Estas objeciones parecen

político-criminal en los planos de la interpretación y de la política legislativa será poco ventajosa ante la ubicuidad de los argumentos orientados a la prevención (téngase en cuenta que en España el Derecho positivo incluye desde el año 2003 expresamente en el tipo la organización criminal para la comisión de meras *faltas*): ¿cuándo hay una *especial* peligrosidad?

31. En este sentido *S/S*26-Lenckner, § 129 n.m. 1; también *LK*11-v. Bubnoff, § 129 n.m. 1; *MüKo*-Miebach/Schäfer, § 129 n.m. 1; esta orientación estaba ya extendida en la doctrina histórica italiana; vid. las referencias en García Pablos de Molina, *Asociaciones ilícitas* (nota 12), pp. 132 y s.; en el momento actual, por ejemplo, en Antolisei/Conti, *PS* II14, 2003, p. 239.

32. Desde la perspectiva crítica, se afirma que esta concepción implica un mero reflejo de sentimientos colectivos de difícil determinación y de la ausencia de una demostración de la relevancia jurídico-penal de esos fenómenos colectivos, aunque pudieran ser detectados con alguna seguridad metodológica; vid. en este sentido García-Pablos de Molina, RGLJ LXXII (1976), pp. 582 y s.; idem, *Asociaciones ilícitas*, pp. 132 y s., 139; Giehring, StV 1983, p. 302; *NK*2-Ostendorf, § 129 n.m. 5; exhaustivamente en el análisis de Langer-Stein. *Legitimation und Interpretation* (nota 12), pp. 122 y ss.; vid. también Ziffer. *El delito de asociación ilícita* (nota 12), pp. 36, 38 y ss. Este riesgo también es percibido por el propio *S/S*26-Lenckner (§ 129 n.m. 6) cuando advierte en contra de que se recurra a elementos del "actual clima social" que se hallan "fuera del tipo propiamente dicho" para valorar la concurrencia de una afectación de la "seguridad pública". Respecto de la provocación de sentimientos de inseguridad mediante vulneraciones manifiestas del ordenamiento jurídico (especialmente, a través del terrorismo) vid. sólo el análisis de Arzt, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht*, 1976, pp. 18 y ss., 137 y ss.; más recientemente, cfr. las reflexiones generales respecto de la generación de sentimientos de temor por la criminalidad en Kunz, en: *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, pp. 727 y ss., 733.

convincentes. Sin embargo, más allá de ellas, el factor decisivo es previo: está en que esta aproximación, basada en los sentimientos colectivos, ni siquiera transcurre en el plano del Derecho penal, el del significado social.[33] Las normas jurídicas –y su concreta reconstrucción jurídico-dogmática– no reaccionan frente a los humores del público; la norma jurídico-penal no puede depender en su contenido del "ambiente" social en un determinado momento. Si se recurre a la sensación social de inseguridad para definir la paz, el orden o la seguridad públicos, no se resuelve el problema de la determinación conceptual del objeto de protección tan sólo se desplaza hacia lo empírico, dejándolo librado a la arbitrariedad.

Otros autores, en cambio, prefieren objetivar la noción de paz u orden públicos, es decir, concebirla como una situación de hecho de "tranquilidad".[34] Frente a tal aproximación al objeto de protección se ha dicho con razón que significa una duplicación del cometido global del ordenamiento jurídico de control social, implicando, por lo tanto, una definición aparente del bien jurídico. Dicho de otro modo, convierte artificiosamente en concreto objeto de protección de los delitos de organización al elemento genérico que constituye el fin último de todo Derecho penal.[35]

33. Como ha mostrado Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz (Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament – am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129 a und 324 StGB)*, 1994, pp. 212 y s.

34. En esta línea *LK*11-v. Bubnoff, § 129 n.m. 1; *MüKo*-Miebach/Schäfer, § 129 n.m. 1; también *S/S*26-Lenckner, § 126 n.m. 1, § 129 n.m. 1, afirmando que lo uno (la sensación social de [in]seguridad) constituye el elemento "subjetivo", mientras que lo otro (la [in]seguridad en sentido fáctico) constituiría el elemento "objetivo" del bien jurídico protegido. En la doctrina española, hacen uso de tal noción de "paz pública" objetiva respecto de los delitos de terrorismo, ya antes de la introducción de la mención expresa en los delitos de terrorismo españoles en 1995, por ejemplo, Rodríguez-Villasante y Prieto, *ComLP XI*, 1990, pp. 138 y s.; con posterioridad, por ejemplo, Hernández Hernández, en: Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. III, p. 4885; Prats Canut, en: Quintero Olivares/Morales Prats, *ComPE*5, p. 2.093; Polaino Navarrete, en: Cobo del Rosal, *Curso PE II*, p. 906; decididamente en contra, por ejemplo, García Arán, en: Córdoba Roda/García Arán, *ComCP PE II*, p. 2.607.

35. Desde una perspectiva más general sobre los bienes jurídicos de "paz jurídica" vid. sólo el análisis crítico de Roxin, *ATI*4, 2006, 2/47; específicamente respecto de los delitos de organización *SK*7-Rudolphi/Stein, § 129 n.m. 4; Ostendorf, JZ 1979, p. 253; idem, JA 1980, 500; idem, *NK*2, § 129 n.m. 5; Bottke, JR 1985, p. 123; Schroeder, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, p. 11; apoyándose

En conclusión, este concepto de bien jurídico no es tal, sino sólo un envoltorio huero que puede abrir el camino a la arbitrariedad.

b) Desde el punto de vista aquí adoptado, ambas grandes concepciones teóricas, claramente antagonistas a primera vista, en realidad tienen bastante en común: ante todo, el facticismo que puede apreciarse en el papel central que reservan al peligro[36] que emana de la organización o, en parte, como antes se ha esbozado, al registrar teóricamente los efectos de psicología social de estas infracciones. Ninguno de estos dos puntos de partida –que dominan entre ambos la práctica totalidad de la discusión dogmática– parece estar en condiciones de aprehender el contenido de injusto específico de los delitos de organización. Dicho de otro modo, cabe constatar una penetración dogmática insuficiente de la extensión del ámbito típico en el plano de su fomulación legal y de su aplicación judicial. En cambio, parece prometer algún progreso en la definición del injusto examinar con mayor detenimiento dos segmentos de la relevancia social de las organizaciones que aquí interesan: en primer lugar, su *dimensión colectiva*; en segundo lugar, la especial amenaza que su existencia supone respecto de determinados valores jurídico-políticos, amenaza que constituye su *significado*.

Como antes se ha mostrado, en el discurso dogmático, las organizaciones sólo suelen percibirse como factor de incremento de peligrosidad, es decir, como una suerte de dispositivos de multiplicación de riesgos. Con toda certeza, esta especial peligrosidad de las organizaciones delictivas es un punto de vista de gran relevancia para su comprensión dogmática. Sin embargo, resulta dudoso que este

en una interesante deducción histórica, Langer-Stein, *Legitimation und Interpretation* (nota 12), pp. 85 y ss., 88; vid. también Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff* (nota 20), pp. 166 y s.; Ziffer, *El delito de asociación ilícita* (nota 12), pp. 38 y ss.

36. En este sentido, por ejemplo, *LK*11-v. Bubnoff, § 129 n.m. 1 y *MüKo*-Miebach/Schäfer, § 129 n.m. 1 y s., siendo destacados representantes de la ortodoxia de la opinión mayoritaria, a favor de un bien jurídico colectivo, subrayan de modo especial la peligrosidad de la organización como justificación de la imposición de la pena; vid. en este sentido también los análisis de Müssig. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* (nota 33), pp. 15, nota 13, 217 y ss.; Ziffer. *El delito de asociación ilícita* (nota 12), p. 41.

elemento pueda aprehender ya, por sí sólo, el contenido verdaderamente específico de los delitos de organización. Las fuentes de peligro en el estadio de preparación son ubicuas: también un autor completamente aislado, decidido a pasar a la acción, puede ser muy peligroso.[37] Parece claro que aquí aún *falta* algo. Al margen de la intensificación de la peligrosidad a través de la dinámica de grupo, lo que aquí sucede es que un actor colectivo entra en escena: la organización emerge como magnitud social autónoma. Cotidianamente se dice o se dijo que la RAF o ETA,[38] Cosa Nostra, el cártel mexicano de Tijuana o el Comando Vermelho en Brasil piensan, planean, dicen, exigen, hacen algo. Aquí, son las organizaciones las que actúan.

Este aspecto ha sido destacado de modo convincente en la bibliografía en tiempos recientes especialmente por *Lampe*, quien recurre para ello a la terminología de un "injusto de sistema" que emanaría de un "sistema de injusto": pasa así a primer plano la personalidad propia de las organizaciones criminales en cuanto "sistemas de injusto constituidos".[39]

Si se registra en el plano dogmático esta personalidad propia de las organizaciones típicas, y si no se quiere aprehender cualquier círculo de estafadores o toda asociación de ladrones de gallinas, produciendo con ello una irrupción masiva del Derecho penal en la esfera ciudadana y convirtiendo, además, las reglas de autoría y

37. También en este caso, la intervención en el estadio de planeamiento (¿y por qué no antes?) sería perfectamente funcional en una aproximación estrictamente preventivista-facticista.

38. Respecto del terrorismo dice acertadamente Rudolphi (ZRP 1979, p. 215): "Quien soporta las actividades terroristas no es... el individuo, sino el grupo"; en el mismo sentido, por ejemplo, Lamarca Pérez, ADPCP 1993, p. 551: "En cierto modo, cabe decir que el sujeto no es el terrorista, sino el grupo terrorista que construye un contraordenamiento respecto al Estado".

39. Cfr. la detallada exposición del razonamiento en ZStW 106 (1994), pp. 683 y ss., 687 y ss., 693 y ss., 695 y ss.; vid., por ejemplo, también Köhler, *AT*, p. 566: "Ha de concurrir también, por el contrario [a efectos de afirmar la existencia de una organización que satisfaga los criterios típicos] una estructura interna en la que el fin de acción común en cierto modo se ha independizado frente a la pertenencia de personas individuales (miembros)"; loc. cit.: en las organizaciones desarrolladas, esa estructura interna "...se solidifica hasta constituirse en un sistema de contranormas"; en Italia actualmente habla Aleo (*Sistema penale e criminalità organizzata* [nota 12], pp. 195 y ss.) de una "dimensión institucional".

participación en letra muerta, no hay otra alternativa que pensar en organizaciones –como exige con abrumadora mayoría la bibliografía específica– que presenten una determinada estructura interna, una cierta densidad, a la hora de aprehender dogmáticamente el alcance del tipo.[40]

La *praxis* demuestra que esto es, de hecho, lo que sucede en tiempos político-criminalmente más "tranquilos", a pesar de que la formulación del tipo permitiría una aplicación muchísimo más amplia y a pesar de que el legislador parece claramente orientado hacia una extensión de la utilización de los delitos de organización en la realidad de la persecución penal. Es evidente que se plantean exigencias frente a la estructura interna de la organización son más estrictas de lo que podría implicar una mera lectura del tipo en su redacción literal. En este sentido, podía resumir *García-Pablos de Molina* ya hace más de treinta años la situación incluso durante la dictadura: "...los preceptos relativos a la delincuencia 'política'[41] se aplicaban, los que reprimen la delincuencia 'común', no."[42]

Cabe concluir, por tanto, que la cualidad de las organizaciones que entran en consideración para integrar el tipo del delito de asociación ilícita que resulta *decisiva* en el presente contexto es la circunstancia de que actúan *en cuanto* colectivos. El miembro se integra precisamente en una organización; esa integración le es imputable: le hace partícipe del colectivo. Desde esta perspectiva –las organizaciones en cuanto agente autónomo, no sólo como mero dispositivo peligroso– se abren nuevas posibilidades para examinar, en un segundo paso, cuál es el significado del factor colectivo en términos de injusto. Como se verá, este específico significado sólo puede ser expresado, precisamente, por un colectivo.

40. Vid. sólo Rudolphi, FS Bruns, pp. 319 y s.; idem/Stein, *SK*7, § 129 n.m. 6-6d; *S/S*26-Lenckner, § 129 n.m. 4; *NK*2-Ostendorf, § 129 n.m. 12, todos con ulteriores referencias; en España sigue siendo básico al respecto el análisis de García-Pablos de Molina, *Asociaciones ilícitas* (nota 12), pp. 234 y ss.

41. Las alternativas típicas de asociaciones prohibidas de orientación política ("prohibidas", "declaradas fuera de la Ley", subversivas, antinacionales, separatistas, partidos políticos...) introducidas por la dictadura en 1944.

42. RGLJ LXXII (1976), p. 564.

c) ¿Qué significa, entonces, la (mera) existencia de una organización típica en términos de injusto? Más allá del elemento de la especial peligrosidad del colectivo, o de referencias genéricas a la afectación a la "paz" o a la "seguridad", espontáneamente vienen a la memoria aquellas posiciones teóricas –en su mayoría, no pertenencientes a tiempos recientes– que explican el carácter lesivo de la existencia de la organización criminal en su condición de ataque al Estado o, más específicamente, al poder coactivo de éste. Este punto de partida parece especialmente idóneo para abordar el problema que aquí interesa. Es aquí en donde está la dimensión específica del injusto de la asociación criminal: pretende ocupar un espacio (ilegítimo) en la vida pública. Por lo tanto, se trata de una *arrogación de organización* no sólo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino, además, de que es una organización quien se la arroga: la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado. Sólo si se vincula de este modo la emergencia de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que ésta supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las organizaciones criminales: pone en cuestión el *monopolio de la violencia* que corresponde al Estado. Que esto es un verdadero desafío al Estado en su conjunto es evidente y queda reflejado con toda claridad en el hecho de que el padre de este concepto de "monopolio de la violencia", *Max Weber*, lo asociara al propio surgimiento, al núcleo mismo de la noción moderna de Estado.[43]

Esta definición del injusto de los delitos de organización como arrogación de funciones estatales parte de las propuestas formuladas en la doctrina en torno a la pretensión de respeto del Estado antes citadas. En particular, puede estimarse coincidente con la orientación defendida en la bibliografía española por *García-Pablos de Molina*, quien concreta el objeto de protección de los delitos de organización en "...el propio poder del Estado..., su primacía en cuanto institu-

43. "Estado es aquella comunidad humana que dentro de un determinado territorio... pretende tener (con éxito) el monopolio de violencia física... [el Estado] se considera la única fuente del 'derecho' a la violencia."; *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. ed. (a cargo de Winckelmann), 1985, p. 822; vid. también *ibidem* p. 516.

ción política y jurídica".[44] Sin embargo, parece conveniente proponer una ulterior concreción: sólo los agentes colectivos peligrosos están en realidad en condiciones de plantear un desafío al Estado; sólo la existencia de una estructura que incluya la actuación delictiva *violenta* cuestiona realmente el papel del Estado, y por ello ataca específicamente el monopolio de la violencia establecido en su favor. Al tomar en consideración esta argumentación –que, como se ha dicho, no es nueva–, es cierto que las imágenes que evoca son más bien las de los bandoleros de Sierra Morena en el siglo XIX, y no tanto la de una moderna organización terrorista o un cártel de drogas de hoy. Dicho brevemente: parece que tal determinación de la línea de ataque, generada por la referencia al monopolio de la violencia, resulta obsoleta, pues parece responder a un problema resuelto desde hace tiempo en las sociedades de Europa occidental: la completa penetración y el control exhaustivo del territorio por el poder estatal. Revitalizar la referencia a la protección del Estado puede parecer, en conclusión, innecesariamente arcaizante.[45] Sin embargo, también puede pensarse que late un nuevo sentido en las viejas palabras "monopolio de la violencia", al igual que en los fenómenos que lo desafían. El espacio ilegítimamente pretendido por las organizaciones en cuestión no es territorial, como se aprecia con particular claridad en el caso del terrorismo. Como es opinión común en las ciencias sociales que se han ocupado de este fenómeno, se trata de una estrategia de comunicación: no se trata de violencia sin más, sino de un lenguaje violento.[46]

44. *Asociaciones ilícitas*, p. 142; vid. también p. 144: "Con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a aquella".

45. Vid. Schroeder. *Straftaten gegen das Strafrecht*, p. 14; en sentido similar Langer-Stein. *Legitimation und interpretation* (nota 12), pp. 107, 108 y s., quien, en un primer paso, detecta la institucionalización de la organización, pero opina que la necesidad de pena en términos de garantía del ejercicio exclusivo de la violencia por el Estado queda cubierta por el delito de coacciones; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* (nota 33), p. 211, considera que la argumentación de Schroeder constituye "la objeción decisiva" contra esta orientación en la definición del injusto.

46. Schmid/de Graaf. *Violence as Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media*, 1982, p. 1; vid. también, por ejemplo, Waldmann. *Terrorismus. Provokation der Macht*, 1998, pp. 49 (recordando la autoidentificación del terrorismo anarquista de finales del siglo

Se pretende atacar (más exactamente: provocar, desafiar) al poder del Estado, por un lado, y construir una posición hegemónica en lo que los terroristas identifican como "su" *campo* social, por otro. Por lo tanto, la específica peligrosidad de las organizaciones terroristas está, más allá de las concretas lesiones de bienes jurídicos individuales, en un ataque (ideal) al Estado. Este ataque deriva de la pretensión de establecer un contraorden legitimatorio; lo que pretende la organización terrorista es ocupar un espacio *normativo*. Por otra parte, parece que esta línea de análisis también es adecuada en el caso de las otras organizaciones criminales que pueden entrar en cuestión para su aprehensión por el delito de la asociación criminal. También aquí existe la adopción de una posición enfrentada al Estado –aunque sea con mucho mayor sigilo–, de nuevo, especialmente, pretendiendo tener el control del uso de la violencia, en ocasiones, construyendo un verdadero Estado paralelo.[47] Frente al Estado se plantea la arrogación del dominio al menos sobre el grupo (y, en su caso, su entorno subgrupal) mediante mecanismos coercitivos y, fuera del grupo, puntualmente mediante la comisión de actos de violencia penalmente tipificados. Por lo tanto, también las organizaciones criminales sin orientación política pueden ser vistas desde la perspectiva de un ataque al monopolio de la violencia por parte del Estado – y aquellas que no entren en este cuadro, como antes se ha dicho, tampoco deben entrar en el tipo.

Desde la perspectiva aquí adoptada, se trata, entonces, de (re-)politizar los delitos de organización: ahora –en comparación con épocas históricas pasadas–, en un marco legítimo. Sin este elemento en la definición del injusto –plenamente incorporado, como se verá, a la regulación española de las infracciones de terrorismo– será inevitable una progresiva pérdida de contornos del alcance típico de los delitos de organización.

XIX como "propaganda a través del hecho"), 29 y ss., 56 y ss. (en cuanto al papel de los medios de comunicación); de la Corte Ibañez. *La lógica del terrorismo*, 2006, pp. 42, 48 y s.

47. Situación que en América latina no sólo se da en determinados segmentos del territorio colombiano (sea por la guerrilla o por fuerzas paramilitares), sino también en gran medida en el casco urbano de grandes ciudades brasileñas (controladas por organizaciones criminales asentadas en sectores de miseria). Con carácter general, vid. las referencias a este respecto recogidas por Sánchez García de Paz. *Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, 2005, pp. 63 y ss.

3. El concepto jurídico-penal de terrorismo en el Código penal español

Hechas estas consideraciones en torno al significado jurídico-penal de la organización, puede abordarse el segundo gran paso analítico aquí propuesto: la definición del concepto de terrorismo en el Código penal español. Como antes se ha intentado mostrar, el contenido general de injusto de los delitos de organización está en una expresión de sentido colectiva que implica la arrogación de un ámbito de actuación público y el desconocimiento del monopolio estatal de la violencia. En comparación con las organizaciones criminales comunes, el cuestionamiento del ordenamiento que implica el terrorismo es especialmente drástico tanto por las infracciones concretas en las que se manifiesta como por el significado específico de la expresión de sentido colectiva. Éste deriva de la existencia de una *organización* que realiza *acciones violentas de especial gravedad*, y ello con un significado *político*, que implica precisamente el cuestionamiento del *procedimiento* de representación política diseñado por el ordenamiento jurídico, y, en sus coordenadas básicas, en la Constitución.

Concretamente, el concepto de terrorismo del ordenamiento español viene constituído por tres elementos a destilar de los arts. 571 y 572 CP: como se verá, *terroristas* son las *organizaciones* (scil. bandas, organizaciones o grupos) *armadas* que, utilizando medios de *intimidación masiva*, tienen como *finalidad colectiva* la de *subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*. Este concepto de terrorismo debe integrarse en la interpretación de las distintas infracciones como una especie de Parte General del sector.

3.1 El concepto de banda armada u organización o grupo terrorista

El primer componente delineado por el Código penal como elemento constitutivo de la noción de terrorismo es la existencia de una estructura en el colectivo que permita hablar de una *organización*. Como antes se ha señalado,

es la existencia de un colectivo como realidad diferenciada la que hace posible la existencia de delitos de organización en su significado de injusto. Sólo un colectivo con suficiente densidad puede afectar al monopolio de violencia del Estado. Este requisito gana aún más fuerza en las organizaciones terroristas, cuyo programa de actuación tiene un significado inmediatamente político.

El concepto operativo de "*organización*"[48] es un concepto funcional. Es decir, que huyendo de la incorporación de estructuras provinientes de otros campos del Derecho y destinadas a cumplir otras funciones, el contenido de la estructura que da lugar a la organización terrorista depende, fundamentalmente, de su idoneidad para la realización de las infracciones que caracterizan a la especie (cualificada) de asociación ilícita que constituyen las organizaciones terroristas. Desde esta perspectiva, la determinación de lo que "son" organizaciones terroristas está marcada por lo que "hacen". El punto de partida está, entonces, en una especial densidad de la estructura interna, en la permanencia de una organización autónoma que está por encima de sus miembros individuales. Como se expone en el texto, en la doctrina científica se han elaborado diversos elementos para una concreción del concepto de organización. Cabe condensarlos en cuatro elementos: vinculación de los intervinientes, régimen de pertenencia, permanencia de la organización, estructura interna.

Más allá de la definición general, en el ordenamiento español se presenta un problema específico: determinar el significado de la referencia legal a la "*banda armada*". Se trata de decidir si la regulación utiliza un concepto unitario o, por

48. Cfr. sobre el concepto de organización en este contexto, por ejemplo, Lamarca Pérez. *Tratamiento jurídico del terrorismo* (nota 3), pp. 91 y s., 93 y ss., 228 y ss.; García San Pedro. *Terrorismo*: aspectos criminológicos y legales, 1993, pp. 127 y ss.; Campo Moreno. *Represión penal del terrorism. Una visión jurisprudencial*, 1997, pp. 32 y ss.; sobre el concepto de organización en las asociaciones ilícitas con carácter general, vid. también García-Pablos de Molina. *Asociaciones ilícitas* (nota 12), pp. 221 y ss., 234 y ss., 236 y s.; idem, *ComLP* II, 1983, pp. 109 y ss., 117; Córdoba Roda, ADPCP 1977, pp. 7 y s.; en la doctrina alemana con carácter general, vid. sólo Rudolphi, FS Bruns, pp. 319 y s.; idem/Stein, *SK*7, § 129 n.m. 6-6d; *S/S*26-Lenckner, § 129 n.m. 4; *NK*2-Ostendorf, § 129 n.m. 12, todos ellos con ulteriores referencias.

el contrario, conoce distintas formas de organización en este ámbito típico. En este sentido, en una primera interpretación literal genera alguna dificultad este concepto de "banda armada" frente al de "organización o grupo terrorista". En efecto, la regulación en los arts. 571 y 572 CP, así como la de los arts. 515.2 y 516 CP, parece contraponer la "banda [meramente] armada" a la "organización [también armada, y además] *terrorista*", como ha sido señalado por diversas voces en la doctrina.[49] Ello significaría abrir el sector de regulación para grupos delictivos armados, pero que ni utilizan la intimidación masiva ni están orientados a la consecución de determinados fines políticos. ¿Contempla, entonces, el Derecho penal español dentro de los arts. 571 y ss. CP, por ejemplo, una organización de asaltantes de transportes blindados? ¿Hay en los delitos de terrorismo actos cometidos en colectivo, con gran violencia, pero sin programa político? Parece claro que esta posición conduciría a una extensión enorme del alcance de los preceptos; organizaciones terroristas puede haber muchas, pero el posible campo de aplicación de la mera "banda armada" parece casi ilimitado. Esta solución, sin embargo, ni resulta materialmente adecuada ni es obligada por razones de legalidad. Sólo la lectura conjunta de los arts. 571 y 572 CP y de las infracciones que les siguen hace posible un entendimiento cabal de la regulación. De esa lectura conjunta no deriva en ningún sentido un tratamiento específico para la banda armada frente a las otras menciones típicas. Al contrario: la relación "banda armada, organización o grupo terrorista" es utilizada para designar una sola realidad típica; no hay ni razones materiales ni necesidad formal de distinguir entre las tres menciones típicas de los colectivos terroristas.[50]

49. Vid. Muñoz Conde, *PE15*, p. 836; Polaino Navarrete, en: Cobo del Rosal, *Curso PE II*, pp. 905 y s., vid. también p. 908.

50. Terradillos Basoco. *Terrorismo y derecho* (nota 1), p. 83; vid. en este sentido también, por ejemplo, López Garrido/García Arán, *El Código penal de 1995*, p. 204; de Prada Solaesa, JpD 1996, p. 74; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, en: Cobo del Rosal, *PE2*, p. 1.144; Conde-Pumpido Ferreiro, *CPCom*, 1990, p. 185; García Arán, en: Córdoba Roda/García Arán, *ComCP PE II*, p. 2.607.

3.2 Intimidación masiva y carácter armado

El segundo de los elementos de la noción general de terrorismo en la regulación española está en los medios específicos de actuación de las organizaciones terroristas. La palabra *terrorismo* implica en el lenguaje común sobre todo una determinada forma de uso de la violencia. Así, en el diccinario de la RAE las dos acepciones recogidas dan prioridad a este elemento: "dominación por el terror; sucesión de actos violentos ejecutados para infundir terror". También el concepto jurídico de terrorismo incluye la referencia al procedimiento empleado en el uso de las infracciones individuales por la organización terrorista. Como afirma el TC, "característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva."[51] Este modo de actuar es también elemento del concepto típico de terrorismo: cabe denominar a este elemento la vertiente "instrumental" del terrorismo. Esta denominación resulta conveniente si se tiene en cuenta que el terrorismo es, esencialmente, una estrategia de comunicación, como muestra el análisis de las ciencias sociales que han sometido a examen el fenómeno. Uno de los elementos de esta estrategia instrumental es la utilización masiva de la violencia para simular una capacidad de desafiar en términos militares al Estado y, con ello, provocar determinadas reacciones en la población y en los órganos del Estado. Para alcanzar este objetivo, se trata de producir una intimidación masiva. Para ello, hace uso de un mecanismo especialmente efectivo: difunde inseguridad en el colectivo mediante la selección de las víctimas de los actos de violencia. Sea esta selección más o menos estricta (por ejemplo: sólo son objetivo los funcionarios de policía, los miembros del ejército y los representantes políticos) o genérica (los españoles; los occidentales; los *infieles*), siempre es personalmente *aleatoria*: el ataque no se dirige contra las víctimas en cuanto seres humanos, sino contra la categoría de personas –previamente

51. STC 199/1987, FJ 4.

neutralizadas en términos de psicología individual– que representa. Precisamente aquí está un elemento que se puede estimar indicativo de una mayor intensidad del injusto de las lesiones personales cometidas: en el acto de terrorismo, se suma a la lesión individual del bien jurídico la expresión de sentido de completa irrelevancia de la identidad personal de su titular. Es un mero instrumento para la intimidación masiva de sus pares. Dicho en una imagen, verter sangre es especialmente reprochable cuando se hace con el fin de usarla para pintar proclamas políticas. Es una razón para actuar particularmente incomprensible en un sistema de libertades.

b) La cuestión de los medios específicos de actuación está también en la base de uno de los problemas aplicativos más importantes de la noción de terrorismo: ¿qué tratamiento merecen organizaciones próximas a una organización terrorista? ¿Dónde empieza en el contexto social próximo a la organización el "terrorismo" en términos típicos? En el caso español,[52] este interrogante se plantea en relación con la estrategia de la organización terrorista ETA de escenificar todo un "movimiento nacional" que arrope su actividad en términos políticos y sociológicos: a través de colectivos de presos o de familiares de presos, organizaciones juveniles, organizaciones de fomento del euskera, etc. Fuera del ámbito de influencia de la organización, ante la presencia de esos colectivos en la vida pública se extiende últimamente la sensación de que mediante esa diversificación

52. En el precedente alemán –generado por el terrorismo de extrema izquiera de la RAF (su planteamiento operativo era autodenominado "*guerrilla* urbana", honrando *nominalmente* [en realidad, se recurría a atentados "clásicos", propios del terrorismo de la época] una vez más esta aportación española a las formas de conflicto armado) en los años setenta y ochenta del siglo pasado– los excesos vinieron dados por la posibilidad de establecer formas típicas de *propaganda* por parte de sujetos *no* vinculados orgánicamente al gruo: así se llegó a una situación en la que se perseguía por colaboración con organización terrorista a quien realizara una pintada de apoyo ("¡viva la RAF"!; o el mero dibujo del símbolo de esa organización). Aparte de la desaparición endógena de este fenómeno de terrorismo, tuvo que ser el legislador –en el año 2002 (o sea, después de la autodisolución formal de la organización); aunque parezca imposible, esta posibilidad, de hecho, existe– el que cortara estos excesos dejando en claro en la redacción típica que las conductas de propaganda sólo entran en el alcance del tipo en caso de ser llevadas a cabo por miembros de la organización como parte de sus actividades de pertenencia; vid. la información, por ejemplo, en *NK*2-Ostendorf, § 129 n.m. 3.

de ámbitos organizativos, ETA estaría burlando la Ley. Este problema se plantea tanto en el ámbito de la definición de lo *terrorista* de una asociación ilícita, en una determinada interpretación del delito de colaboración con banda armada y en el ámbito del llamado delito de *terrorismo individual*. En todos estos ámbitos, la raíz de los problemas de definición de las diversas figuras es la misma: se trata de deslindar actividades terroristas de las que no lo son.

Respecto de la organización Jarrai/Haika/Segi –las sucesivas denominaciones de las juventudes del "campo" independentista partidario de ETA, dedicadas a orquestar desórdenes públicos graves–, la AN[53] resolvió hace dos años calificar ese complejo como organización ilícita "común". Esta sentencia ha sido recientemente casada por el TS,[54] quien declara a esos grupos organización terrorista. Para llegar a la calificación de la organización como mera asociación ilícita, la AN utiliza como argumento esencial la aseveración de que aunque ésta tenga una finalidad coincidente con la de la organización terrorista ETA, ambas no deben confundirse, ya que las respectivas actuaciones ilícitas son distintas, y además en el caso de Jarrai y sus sucesoras, "...nunca se enmarcaban en la utilización de armas en los términos recogidos por la... jurisprudencia...". En este sentido, se trataría de una organización "periférica" a otra actividad ilícita de carácter armado y complementaria de ésta. La mayoría de la sala segunda del Tribunal Supremo, en cambio, hace una lectura mucho más flexible del marco típico: para la definición es decisiva "...la *finalidad* perseguida, lo que configurará la acción como *terrorista*... el concepto *terrorismo, organización o grupo* terrorista, *no siempre se identifica con el de banda armada*, como hace la sentencia recurrida, sino que es la naturaleza de la *acción* cometida, la *finalidad* perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma." En este caso

53. SAN 27/2005 (secc. 4ª) 20.6.2005; vid. la extensa consideración crítica de la resolución por Fernández Hernández, RP 2006, partidario de la consideración de las organizaciones en cuestión como organizaciones terroristas, pp. 95 y ss., 99 y ss.; en lo que se refiere al carácter armado de la organización, pp. 105 y ss.

54. STS 50/2007 (19.01.2007).

destaca que, compartiendo los mismos fundamentos fácticos, mientras que en la sentencia del TS, se subraya la unidad de *fines* de todo el "entramado", en los votos particulares a esta resolución y en la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional se destaca, por el contrario, la separación funcional entre ambas *organizaciones*. Como es claro, aquí no se puede entrar en detalle en el análisis de este supuesto. Pero parece que sí puede hacerse alguna consideración general. Si algún sentido tiene la noción de terrorismo en el Código penal, no es el de aprehender algaradas callejeras. En el plano dogmático, esta conclusión deriva de una consideración integrada de los elementos de la definición de terrorismo en el ordenamiento español: si, por un lado, puede concurrir –de hecho, concurre– la *organización* requerida para estimar que estamos ante un colectivo típico terrorista, por otro, *no* concurre una violencia típica. La intimidación masiva a la que se refiere el CP al calificar las conductas de "terroristas" es, como antes se ha mostrado, de calado distinto de la violencia –no dirigida estructuralmente contra personas– practicada por este tipo de colectivos periféricos. Recurrir, en conclusión, ante este tipo de conductas al arma con el calibre más grueso de la armería –el Derecho penal antiterrorista– dice muy poco del estado de la política criminal, de la confianza en los mecanismos ordinarios del Estado de Derecho. Por otra parte, resulta de muy difícil fundamentación en Derecho, en el plano dogmático: los *fines subjetivos* no pueden suplir la definición *objetiva* de la *conducta*.

3.3 Proyección estratégica

Puede pasarse ahora, finalmente, al tercero de los elementos del concepto jurídico-penal de terrorismo: la *proyección estratégica* con la que las organizaciones terroristas llevan a cabo su actividad. Dicho de otro modo, este tercer elemento del concepto de terrorismo está en los fines que persigue. Una consideración integrada de las distintas menciones típicas al respecto ofrece datos de relativa riqueza descriptiva, que se encuadran con pleno sentido en la noción jurídico-penal de terrorismo.

Los fines que aquí interesan no son deseos u objetivos individuales. Constituyen, en cambio, un programa colectivo de actuación, el sentido propio del sistema de injusto que es la organización terrorista: son la proyección estratégica del colectivo, más allá de los medios tácticos utilizados para su consecución. En el Código penal español, este programa de actuación se condensa en la fórmula "subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública".

a) Así, el Derecho penal español actualmente en vigor[55] es especialmente explícito en cuanto a la incorporación de elementos de carácter político a la definición de los delitos de terrorismo: los define por su "finalidad política".[56] Es esta una opción que no es seguida por otros ordenamientos, que caracterizan al terrorismo sólo a través de los medios empleados. En este sentido, aunque el temor latente a la utilización legitimatoria de la calificación de delincuencia política está presente en la regulación española y en los análisis dogmáticos, en la descripción de las conductas típicas, el legislador ha sido explícito. Una decisión que, por lo demás, viene forzada por el hecho de que en la regulación española *cualquier* delito cometido en conexión con la organización terrorista pasa a ser una infracción terrorista: así las cosas, había que nombrar los fines del terrorismo para no convertirlo en una agravación universal por la comisión de cualesquiera infracciones penales en el marco de una organización.

b) La definición de los objetivos que convierten en terrorista una actividad delictiva deriva de lo dispuesto en los arts. 571 y 572 CP: en el art. 571 CP se mencionan "las bandas armadas, organizaciones o grupos *cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*". El art. 572 CP dice que "bandas armadas, organizaciones o grupos *terroristas*" son los "descritos en el artículo anterior". En consecuencia, son terroristas las organizaciones que

55. En la regulación actual; entre los delitos políticos (en sentido estricto) de la dictadura, en los que se insertaban conductas de terrorismo, y el Código penal de 1995 hubo un *intermezzo* de despolitización en el arranque de la transición política posterior a 1977; vid. el análisis de Lamarca Pérez. *Tratamiento jurídico del terrorismo* (nota 3), pp. 162 y ss.

56. Así, por ejemplo, expresamente la STS 17.06.2002.

persigan subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La primera alternativa es la *subversión del orden constitucional*.[57] Subvertir un orden significa cambiarlo por su base.[58] En el sistema jurídico de un Estado democrático no puede ser ilícito el proyecto de cambiar radicalmente –de base– el orden constitucional. En este sentido suele afirmarse que son los medios del terrorismo los que lo convierten en delito, no sus fines. Con esto, sin embargo, no se ha especificado aún cuál es el elemento específico que aporta a la tipificación del terrorismo como conjunto de infracciones autónomas la finalidad concreta de "subversión del orden constitucional". Dicho de otro modo: con ello, aún no se ha explicado cuál es el injusto adicional que justifica la punición agravada y específica de los delitos de terrorismo. Intentando esbozar sintéticamente una respuesta, puede decirse que la constitución de una organización que pretende hacer política mediante la violencia, a través de una concreta forma, especialmente grave, de violencia, y, además, política de grandes dimensiones –afectando a los elementos básicos del sistema constitucional– es el injusto adicional que puede contribuir a justificar una mayor punición y más extensa criminalización en la tipificación de los delitos de terrorismo.[59] Si el factor de la organización implica la especial peligrosidad de las conductas incriminadas y el recurso a la atemorización masiva como elemento

57. La concreta formulación actual supone una depuración de otras menciones, más extensas, manejadas en los textos prelegislativos: PANCP art. 488: "atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios o el orden constitucional, alterar la paz pública..."; las primeras dos menciones hallan ahora acogida material en la referencia al "orden constitucional" (como reclamó ya de Sola Dueñas, DJ 37/40 (1983) v. 2, p. 1.234).

58. Y en este sentido, destruirlo: el término está cargado desde el principio de referentes negativos; así, el diccionario de la RAE contiene las acepciones "transtorna, revolver, destruir" e indica que se usa sobre todo desde el punto de vista moral. Decía ya –antes de la incorporación de la mención a la regulación– Arroyo Zapatero que el objetivo del terrorismo es "destruir el orden constitucional" (CPC 15 [1981], p. 405); en la misma dirección García Valdés, ADPCP 1984, p. 295; subraya el aspecto separatista de la orientación de la organización terrorista ETA como muestra del ataque al orden constitucional en el caso de las infracciones por ella cometidas Gómez Calero, *ComLP XI*, pp. 267 y ss., 269 y s.

59. García Arán, en: Córdoba Roda/García Arán, *ComCP PE II*, p. 2606: "la finalidad de generar inseguridad, alarma o temor como forma de actuación política es el fin penalmente relevante".

de comunicación política subraya, además, la especial gravedad del injusto correspondiente a los delitos individuales cometidos por la organización, la *dirección política* de la conducta añade otro factor: el daño a la propia organización estatal, en este sentido, a la política. Así, en las infracciones de terrorismo queda especificado el contenido de injusto general de los delitos de organización: en el presente terreno, el desafío al Estado[60] va más allá de discutirle el monopolio de la violencia; lo que la organización terrorista quiere es poner en cuestión los mecanismos de toma de decisión establecidos en ese Estado. Ese es el orden constitucional que la organización terrorista pretende subvertir, y, en este sentido, puede afirmarse, como ha señalado el TC, que "...el terrorismo... implica... un peligro... para el propio orden democrático".[61] La combinación de los dos factores típicos anteriores, por un lado, la organización y su especial peligrosidad, y, por otro, la utilización del terror como estrategia de comunicación, sumado al tercer factor, la dirección política, explican el concepto jurídico-penal de terrorismo.

Sin embargo, la descripción del Código penal español no se agota en la referencia a la subversión, sino que también aparece una mención distinta como objeto del programa colectivo de la organización: la alteración grave de la paz pública. En una primera aproximación literal, la contraposición en términos alternativos de las nociones de *subversión del orden constitucional* y la de la *alteración grave del orden público*, podría inducir a pensar que la mención típica a la *alteración grave de la paz pública* se refiere, sencillamente, a una expresión de mero orden público sin relevancia política.[62] Sin embargo, como antes se ha expuesto con carácter general respecto de los delitos de organización, esta orientación del entendimiento de la noción de "orden público" –bien como tranquilidad objetiva, bien como ausencia de alarma social, de inseguridad

60. Ese mismo término lo utiliza el TC (STC 89/1993): el terrorismo implica "...un desafío a la esencia misma del Estado democrático".

61. STC 199/1987.

62. Por ejemplo, Prats Canut, en: Quintero Olivares/Morales Prats, *ComPE5*, p. 2093; Polaino Navarrete, en: Cobo del Rosal, *Curso PE II*, p. 906; Hernández Hernández, en: *CP-DyJ III*, p. 4885.

de la población– no puede resultar satisfactoria: es tautológica y no alcanza por ello a definir el injusto de estas infracciones. Además, una consideración sistemática de las infracciones de terrorismo en la regulación positiva muestra en atención a lo hasta ahora expuesto que esta "alteración de la paz pública" es tal en el ámbito del terrorismo, como indican los medios específicos utilizados, que tiene significación política, distinta de la de la *subversión*, pero también política.[63] Pasando al plano de la aplicación, por ejemplo, los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid[64] pueden ser entendidos como dirigidos a modificar puntualmente la política exterior de España. Es decir, que no perseguían en sentido estricto subvertir el orden jurídico-constitucional del Estado, y, sin embargo, sí son, de modo evidente, de carácter político: es en este sentido que debe interpretarse la "alteración grave de la paz pública". La violencia terrorista en términos jurídico-penales, por lo tanto, es por definición política, aunque no persiga un cambio de régimen en sentido estricto.[65] La *vis atractiva* de lo político en las infracciones de terrorismo abarca también este segundo escalón de finalidades de menor orden.

Una especie de "prueba del nueve" para esta segunda vertiente de la proyección estratégica está en mi opinión en el análisis de su aplicabilidad al campo de la violencia ejercida desde los propios aparatos del Estado, es decir, lo que cabe definir como "terrorismo desde el Estado". Precisamente la existencia de esta alternativa programática es lo que permite *de lege lata* incluir en el alcance típico estas actividades delictivas sin ninguna dificultad.[66]

63. En la misma línea de la argumentación que ahora sigue García Arán, en: Córdoba Roda/García Arán, *ComCP PE II*, p. 2.607, afirmando que la limitación del concepto a la mera "tranquilidad material en los espacios públicos" en el sentido de la posición antes aludida responde a un "concepto ya periclitado de orden público".

64. Sobre su génesis vid. sólo Jordán, en: Blanco/del Aguila/Sabucedo, Blanco/del Aguila/Sabucedo (ed.), *Madrid 11-M. Un análisis del mal y de sus consecuencias*, 2005, pp. 89 y ss., 101 y ss.

65. En términos similares, afirma García Arán (en: Córdoba Roda/García Arán, *ComCP PE II*, p. 2.607) que la "paz pública" en este contexto "...se sitúa en el mismo nivel que el 'orden constitucional'."

66. Cfr. esta argumentación ya en Cancio Meliá, en: Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, *ComCP*, 1997, p. 1287. También incluyen expresamente, con base en diversas argumentaciones, los grupos dedicados al *terrorismo de Estado* en las organizaciones típicas, por ejemplo, Feijoo

4. Epílogo

Como se ha intentado esbozar en las páginas anteriores, el Código penal español contiene una definición muy marcada de lo que son las infracciones terroristas: son actos cometidos en relación con una *organización*, un agente colectivo con suficiente densidad; su específico centro de actividad es el *terrorismo*, es decir, la utilización de la intimidación violenta masiva como mecanismo de comunicación; el significado de esa comunicación pretendida ("*proyección estratégica*") es político: la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública. Hecha esta constatación, puede que el especial tratamiento punitivo que merecen las infracciones de terrorismo quede al menos parcialmente explicado. En la medida en que quede bien definida la contribución a la organización, también puede que pueda ser justificada alguna forma de criminalización de las conductas realizadas en la organización o en la periferia de la organización. Al menos, eso es lo que ha hecho el legislador. Pero también parece claro que ese concepto legal de terrorismo no puede cubrir de ningún modo algunas extensiones irracionales del ámbito de criminalización que existen en el momento actual. También son decisión del legislador (o, con cierta frecuencia en los últimos años, de órganos jurisdiccionales), pero constituyen una decisión incoherente con los propios criterios sistemáticos de la Ley española. Este análisis de Parte Especial, como ya se ha dicho, habrá de hacerse en otro lugar. En todo caso, cabe temer que en más de una ocasión, el Derecho penal español entra en aquel ámbito en el que toda dogmática corre el riesgo, como advierte *Gimbernat Ordeig*, de convertirse en "algo sumamente peligroso": cuando se trata de normas materialmente ilegítimas.

Sánchez, LL 1998-6, p. 2.274; Lamarca Pérez, en: eadem, *PE3*, 2005, p. 710; de Prada Solaesa, JpD 1996, pp. 73, 74, aunque parece pensar –en contra de lo acabado de exponer– que la definición de la proyección estratégica del CP 1995 dificulta la inclusión en el ámbito del terrorismo estas conductas; Muñoz Conde, *PE15*, pp. 904 y s.; idem, en: Losano/Muñoz Conde. *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, p. 166; Rebollo Vargas, en: Córdoba Roda/García Arán. *ComCP PE II*, p. 2.448. Vid. también, respecto de los sucesos en torno al grupo parapolicial denominado GAL, Portilla Contreras, LH Barbero Santos, pp. 500 y ss.

Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006

Nereu José Giacomolli
Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid, professor na PUC-RS e desembargador no TJRS.

Resumo: O artigo trata do tema "drogas", nas perspectivas do indivíduo, da sociedade e do Estado, considerando ser a problemática acerca das drogas universal, global e ultrapassar os meros aspectos locais, legais e jurídicos. As respostas aos problemas gerados pelas denominadas drogas ilícitas passam por respostas interdisciplinares e multidimensionais. O fenômeno das drogas gera efeitos individuais, mesmo na dependência e no consumo, e atinge a soberania, a economia e a ordem política dos Estados e a própria cidadania. O Brasil transfere a solução ou a amenização do problema à esfera repressiva, publicando mais uma Lei, a 11.343/2006, a qual enuncia uma série de problemas de tipologia criminal, de censurabilidade e de processamento criminal.

Palavras-chave: Drogas – Poder – Contemporaneidade – Delitos – Penas.

Resumen: El artículo se ocupa del tema "estupefacientes" desde las perspectivas de la persona, de la sociedad y del Estado, teniendo en cuenta que la problemática de las drogas es de carácter universal, superando aspectos locales, legales y jurídicos. Las respuestas a los problemas generados por las drogas ilícitas necesitan un planteamiento interdisciplinario y multidimensional. El fenómeno de las drogas genera efectos individuales, tanto en la dependencia como en el consumo, afecta

también la soberanía, la economía y el orden político de los Estados así como la propia ciudadanía. La solución del problema, según la política criminal brasileña, está en la esfera represiva mediante la publicación de una ley más, la ley número 11.343/2006, en la cual se esboza una serie de problemas en la tipificación de los delitos, en la aplicación de la pena y en el procedimiento criminal penal.

Palabras clave: Estupefacientes – Poder – Actualidad – Delitos – Penas.

Sumário: 1. Introdução – 2. Perspectiva do indivíduo e da sociedade – 3. Droga como fenômeno transnacional e de poder – 4. Principais características contemporâneas do fenômeno das drogas – 5. Consumidor e dependente – 6. Tráfico, punibilidade e outros problemas da nova lei – 7. Processamento criminal – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

Área do direito: Penal; Direitos humanos

1. Introdução[1]

O presente trabalho pretende responder a várias indagações. A droga é proibida porque é um mal, ou a droga é um mal porque é proibida? O problema das drogas é somente local? A problemática das drogas diz respeito ao consumo? Por que há o consumo de drogas? Por que existe o narcotráfico? A essência do problema das drogas reside no plano jurídico-criminal? Como o Estado brasileiro pretende solucionar a problemática? Quais os principais problemas da nova lei?

Qualquer abordagem acerca do tema drogas, no mínimo há de situar-se em quatro pilares: o indivíduo, a sociedade, o Estado e os Direitos Humanos, na medida em que a problemática acerca das drogas é universal, global, ultrapassando os meros aspectos locais, legais e jurídicos. É sob esses prismas que se assenta o presente artigo. Tal abordagem se justifica porque as hipóteses passam por respostas

1. Artigo produzido com base na palestra proferida no 13.º Congresso Internacional do IBCCrim, em 08.10.2007.

interdisciplinares e multidimensionais, sendo muito precário e simplista considerarmos como sendo drogas apenas as substâncias tidas como ilícitas pela lei.

O fenômeno das drogas ultrapassa os efeitos individuais, mesmo na dependência e no consumo, e atinge a soberania, a economia e a ordem política dos Estados, bem como a própria cidadania.

Parto do consenso de que o fenômeno das drogas não é exclusivo do Brasil e nem do nosso tempo, mas o consumo destas é uma característica da sociedade contemporânea.

A nova lei situa-se na crista da onda, de uma onda regressiva, ou seja, de uma onda que não se esgota na praia, mas adentra no oceano, ou seja, numa onda de expansionismo, de punitivismo e de repressão criminal. O paradigma adotado pela política criminal brasileira, no que tange às drogas, é proibicionista, criminalizadora, ungindo a punição como solução principal ao problema (Salo de Carvalho, 2007), forjando um direito penal de forte conotação simbólica, endeusando a prevenção geral e a defesa social.

Ao falarmos em drogas, se faz necessário mergulhar na compreensão da sociedade contemporânea, do ser humano inserido no contexto ou nos contextos sociais, no lícito e no ilícito, no racional, emocional e não-racional.

Por isso, uma primeira abordagem será feita na perspectiva do indivíduo e da sociedade.

2. Perspectiva do indivíduo e da sociedade

A desestruturação dos laços familiares e sociais, na contemporaneidade, propicia a diminuição dos vínculos de afetividade, de satisfação, de solidariedade e de confiança, aumentando a angústia, a frustração e o medo. Um dos caminhos é a busca da superação pelo consumo de substâncias entorpecentes, como fonte de prazer e de satisfação.

A massificação social diminui o prazer e, por isso, formam-se grupos, microgrupos, tribos (Mafessoli, 1998), não só para superar a angústia, mas também

para resistir à estrutura social, ao poder econômico e à opressão política. E, nesse microgrupo (favela, morro, beco, bar, esquina, cobertura com vista para o mar), o prazer, a emotividade toma o lugar do racional. Nesse ambiente há uma busca de momentos à emotividade e ao sentimento.

Nesses reagrupamentos sociais ou "comunidade emocional" (Max Weber), há uma sensibilidade e uma emoção comum pela circunstância de consumir. Há uma busca do querer viver, de identificação com o outro; há uma busca de forças vitais, de prazer, de satisfação imediata, de valorização da imagem, da forma, de um re-ligar, de estar junto.

Por isso, segundo Durand e Mafessoli, entre o racional e o irracional existe o não-racional, representado pelo imaginário, pelo emocional, pelos sentimentos, pelo sonho e pelas fantasias do ser humano.

Mas, na contemporaneidade, a problemática não se situa mais, essencialmente, na ritualística religiosa, nos aspectos culturais e de protesto das décadas de 60 e 70. Diferentemente dessas décadas, na droga não mais se busca, com preponderância, a integração espiritual ou social; mas sim a maneira de sobreviver num mundo cada vez mais individualista, egoísta, competitivo, de produção e de consumo, onde tudo tem um preço. Não mais se fala em solidariedade, em afetividade, em compreensão, em realização plena do ser humano, mas em poder, lucro e ganho (Hicter apud Kalina, 1999, p. 19).

Na contemporaneidade, busca-se na droga a velocidade do tempo exigida, mostrada e que não acompanhamos, busca-se a excitação e a rapidez, o prazer possível, o estofo necessário ao preenchimento de vazios. Cada vez mais, são exigidas dos seres humanos tarefas impossíveis de serem cumpridas. Isso gera decepções e sofrimentos (Freud) que, para suportá-los, muitas pessoas trilham o caminho da drogadição.

No Brasil, o modelo político-social, há bastante tempo, produz a miséria, a exclusão, a marginalização em todas as perspectivas, desde a sobrevivência até o desenvolvimento intelectual e espiritual. A sociedade de consumo prega valores

inatingíveis pela maioria da população; as instituições estão perdendo a credibilidade, também corroídas pela corrupção e pelo distanciamento da realidade. O exército de excluídos também busca no consumo e no comércio das drogas, uma forma de reação e de sobrevivência. A droga é utilizada como forma de conforto aos jovens excluídos da sociedade neoliberal (Vera Malaguti).

A expansão da política de produção e de consumo, de que tudo tem um valor econômico, tem um preço (inclusive para uns, até a dignidade da pessoa é valorada economicamente), também produz efeitos no consumo e no comércio das drogas, lícitas ou ilícitas, como rotas de fuga, constituindo-se em sucedâneos que o próprio sistema oferece às pessoas depois de lhes retirar a possibilidade de uma satisfação real e consciente (Bordieu, 1998, p. 118).

Por isso, o tema "drogas", "tóxicos", "entorpecentes", não pode ser enfrentado pelo método científico, pela lógica racional, por uma metodologia dualista, fechada e unidirecional e, menos ainda, exclusivamente, pelo jurídico e pelo legal.

Carecemos de informação, não só do bem ou do mal das substâncias ilícitas, mas de tudo o que ingerimos, do que utilizamos e vestimos. Mas no Brasil, há décadas que o governo federal não faz mais campanhas de esclarecimento sobre o uso de drogas. Trabalha-se na repressão e não na prevenção e não como o conhecimento e esclarecimento.

Evidentemente que muito poderia ser dito, ainda, acerca dessa perspectiva de análise, mas, limitado aos objetivos da exposição e da adequação sistemática dos diversos capítulos, o seguinte ponto situa a droga como um fenômeno transnacional e de poder.

3. Droga como fenômeno transnacional e de poder

No plano internacional, podemos situar três importantes convenções sobre a droga: a de Nova Iorque de 1961 e as duas de Viena, uma de 1971 e a outra de 1988.

O fenômeno das drogas, tanto na perspectiva do comércio quanto do consumo, da licitude ou da ilicitude, não é um problema que surgiu na sociedade

contemporânea. Isso se observa na denominada Guerra do Ópio; na reunião da Comissão do Ópio, realizada em Schangai, na China, em 1909, convocada pelos EUA, para discutir o tráfico internacional do ópio (Díaz-Muller, 1994, p. 20), mas com outros interesses, não só porque os soldados americanos consumiram ópio na Guerra das Filipinas (1898), mas por seu interesse mercantil no consumo de drogas, bem como pelo interesse em assumir a liderança internacional e investir na China.

A Convenção de Viena de 1971 sobre as substâncias psicotrópicas enfatiza que o problema das drogas diz respeito à saúde pública e que a política acerca do abuso das substâncias psicotrópicas, para serem eficazes, devem ser coordenadas e universais. Já a Convenção de Viena de 1988 assentou que o problema também abrange: a) a produção e a oferta; b) o consumo e a demanda; c) que o tráfico ilícito é uma atividade delitiva internacional; d) que há necessidade de tratamento e reabilitação; e) que é um problema de saúde; f) que há necessidade de cooperação internacional.

Mas a Convenção não inclui os países industrializados, os mais ricos, como os EUA e os países da Europa, que são os consumidores, como integrantes do problema, para não lhes exigir responsabilidades. Também, não se refere às causas do problema das drogas.

Ainda, poderíamos falar da invasão do Panamá em 1989 pelos EUA (Caso Noriega) e no patrulhamento marítimo dos EUA nas costas de outros países, como ocorre na Colômbia (Díaz-Muller, 1994, p. 42). Inclusive, poderíamos referir as alianças recentes no Afeganistão com os produtores de droga locais, para derrubar os dirigentes e transferir o poder, em atendimento aos interesses econômicos (Bizzotto e Rodrigues, 2007, p. 81).

Anualmente, são lavados ou reciclados em instituições bancárias internacionais elevadas cifras de dólares, advindos do narcotráfico. Segundo uma subcomissão do Senado Americano (o que coincide com a *Revista Fortune*), o tráfico de drogas movimenta, anualmente, 500.000.000 de dólares e, destes, 300.000.000

envolvem diretamente os EUA (início da década de 90). Países como Bolívia e Peru possuem mais de 50% do PIB em exportação de coca. Também se fala nas "narconações", ou seja, da maconha do Paraguai, da cocaína da Colômbia, do ópio do Afeganistão, do haxixe do Marrocos, onde o comércio desses produtos oferece uma base importante à economia do país.

Em 1984, o *NY Times* publicou a seguinte manchete: "as relações entre EUA e Colômbia estão unidas por uma palavra: cocaína". É fácil de entender, na medida em que se trata do maior mercado consumidor do mundo.

Efetivamente, o consumo massivo de substâncias tóxicas ocorreu após a Guerra do Vietnam, ocasião em que os EUA substituíram a França no controle do sudeste asiático. Com o retorno dos soldados americanos, nas décadas seguintes, massificou-se o consumo. Este, que antes estava vinculado a determinadas atividades e à guerra, massificou-se e com isso, o problema deixou de ser somente local, do indivíduo, evoluindo para a sociedade, para o Estado e além das fronteiras – um problema internacional.

Assim, o problema atingiu a esfera jurídica. Fazia-se uma pergunta importante. Como punir os combatentes, os inválidos, os feridos da guerra pelo consumo da droga? Mesmo assim, a droga passou a ser tratada como um problema delitivo, em cada país, e não como problema social e de saúde pública.

Portanto, trata-se de um fenômeno transnacional, que põe em crise os Estados Nacionais, golpeia as economias dos países produtores, limitando a política exterior e colocando em cheque os sistemas judiciais. É um fenômeno multifuncional e multidimensional (Díaz-Muller, 1994, p. 59).

O secretário de Estado americano, George Shultz, em uma conferência, na Standford Business School declarou que o programa anti-drogas dos EUA é débil e não funcionará, pois é o mesmo da era Nixon e da era Regan, elaborado por ele. Defendeu a possibilidade de se permitir a legalização da compra e venda, em determinados locais e a um preço que se avizinha ao custo; defendeu a possibilidade de legalização controlada, mesmo que nenhum homem público tenha a coragem de dizê-lo.

Falando de preço, a exposição de motivos da lei italiana anti-drogas refere que na Holanda, onde se pode comprar legalmente certas drogas, consideradas leves, o preço é a metade de locais onde está proibida, como Roma e Milão, e 1/3 mais barata do que em Berlim e Frankfurt. Em 1986, na Holanda, 18.000 morreram por causa do cigarro; 2.000 pelo uso de álcool e 64 por consumo de drogas. Dos contaminados pela AIDS, enquanto na Europa, 23% têm vinculação com o uso de drogas, na Holanda este percentual é de 1,8%. Na Itália, cada ano morrem cerca de 30.000 pessoas por abuso de álcool (Fontes: ISTAT e ISS)

Um encontro no Parlamento Europeu, em Bruxelas (1988) concluiu que a denominada Guerra contra a droga é vaga, causa a impressão de uma vitória fácil e da busca de um inimigo. Há necessidade de uma política global que envolva todos os Estados e todos os estágios do problema, desde os insumos e produção, até o consumo.

Além de tudo, constata-se que em determinados locais no Brasil, as funções do Estado estão sendo assumidas pelo tráfico, que supre as omissões do Estado. Há notícias de que o tráfico distribui cestas básicas, paga consultas médicas, socorre doentes, canaliza luz e água, faz calçamentos, custeia o colégio, faculdade e cursinhos preparatórios de concursos para determinados candidatos, com a finalidade de obter retorno mais tarde. É o Estado, omisso se deixando capturar pelo ilícito!!!

Esse era o fenômeno na Colômbia, principalmente em Medelin. Depois que o Estado investiu em água potável, luz elétrica, esgoto, transporte público, educação, a criminalidade caiu 70% (*Super interessante*, 2007, p. 71).

A denominada "guerra das drogas" está produzindo e reproduzindo mais violência, está matando inocentes, não só por balas perdidas, mas por overdose e pela AIDS. A denominada guerra das drogas também fomenta a corrupção, com pagamento de propinas e o lucro é investido em armas, incrementando a violência e a morte.

Dizer que o problema está no consumo, que deve ser coibido o consumo, pois este diminui o tráfico é uma heresia. Não se enfrenta o núcleo do problema.

Olvida-se que antes do consumo está o tráfico; que antes do tráfico está a produção; que antes desta está o preparo, o refino e os insumos. E os produtos químicos para o refino e preparo são produzidos nos EUA e na Europa.

Segundo Ziegler, nas covas de Ali Babá dos grandes bancos multinacionais privados de Basiléia, Zurique, Lugano, Genebra, o dinheiro das drogas desaparece e muda de identidade, reaparecendo, limpo e puro, no mercado imobiliário norte-americano, nos prédios de Nova Iorque e de Paris (Díaz-Muller, 1994, p. 51).

Feitas essas considerações, o item seguinte enuncia três importantes características contemporâneas acerca das drogas.

4. Principais características contemporâneas do fenômeno das drogas

Uma das principais características contemporâneas do fenômeno das drogas, senão o mais relevante, diz respeito à massificação do consumo. O consumo deixou de ser restrito a determinados indivíduos, a determinados grupos sociais e se estendeu a todos os segmentos sociais, crescendo entre crianças e adolescentes; passando à esfera nacional e internacional.

Outra nota importante é a mercantilização empresarial dado ao fenômeno das drogas. A droga se tornou uma fonte de riqueza e de investimento. Já no final da década de 80, o comércio de drogas representava em torno de 75% do PIB da Bolívia, sendo destes, 50% oriundo do comércio clandestino; no Peru, o índice chegou a 90% e na Colômbia, 23% e nos EUA, em torno de 5%. Trata-se de um negócio empresarial. Nos EUA, a movimentação com as drogas chegou a atingir 10% do PIB, igual às sete maiores empresas: GM, Exxon, Shell, Móbil, Bridish Petroleum, a Ford Motors e a IBM.

Dessa opinião também é Friedmann, prêmio Nobel de economia de 1976. Declara que tanto é um problema de mercado, que aumenta com a escassez; quanto mais difícil de conseguir, mais caro fica e maior a demanda. Segundo o informe da ONU (de 1988) o volume anual do comércio das drogas atinge 300 bilhões de

dólares, ou seja, 10% do comércio mundial. O mesmo informe diz que nos últimos 15 anos, a lavagem de dinheiro das drogas injetou no mercado aproximadamente 2 trilhões de dólares (*Super interessante*, 330.000.000 de dólares ao ano, p. 64).

Um estudo apresentado em 1988, por Micharl Aldrich e Tod Mikuriya ao *Journal of Psychoative* concluiu que com a liberação da *cannabis* na Califórnia, o Estado poupou meio milhão de dólares que seriam gastos com a repressão. Nos países baixos, onde a *cannabis* foi despenalizada, em 1978, o consumo entre jovens diminuiu.

Portanto, a produção dos insumos necessários ao refino, a produção da própria droga se relacionam com a lógica do mercado e do lucro (Alessandro Baratta).

A terceira característica se refere à insistência de que a problemática se soluciona com o tratamento penal. Até o século XIX a preocupação era com o tratamento médico do problema do consumo. A partir do século XX, a ênfase passou a ser a criminalização, com o tratamento penitenciário, com o Direito Penal e com o Processo Penal. Nessa perspectiva do Direito Penal e do Processo Penal, se trabalha com os conceitos de drogas autorizadas e drogas proibidas pela lei. Criminaliza-se o que a lei quer que seja criminalizado (é a lei mesmo? Há outros interesses?), independentemente do dano causado ao bem jurídico saúde. A repressão e o encarceramento são tidos como uma poção mágica, como uma solução milagrosa.

Especificamente, no que tange ao Brasil a política criminal, em termos de política de drogas é uma política de terror penal, ou de um direito penal autoritário referido por Vera Andrade, Vera Malaguti, Elena Larrauri, Stanley Cohen, Salo de Carvalho e Raul Zaffaroni. Ou seja, uma política criminal fundada na repressão como principal perspectiva de abordagem do problema e, especificamente sobre as drogas, com alinhamento ao expansionismo messiânico, ultraconservador da dominação dos EUA, ao alinhamento a uma visão policialesca e de intervenção penal como solução exclusiva. É a adoção da *war on drugs*, alinhada à política da *zero tolerance* e da *law and order*.

Nos EUA, em 30 anos, os crimes relacionados com as drogas saltaram de 50.000 para 500.000 e o orçamento previsto para 2008 para a denominada guerra das drogas é de US$ 13.000.000 e destes, apenas 12% se destinam ao usuário (*Super Interessante*, n. 244, out. 2007, p. 64, 70 e 71).

O inimigo, o terrorista, segundo Malaguti, era o que se opunha à ideologia do poder mas, a partir de 1988, passou a ser o traficante.

Após essa abordagem nos planos individual, social e de poder econômico e político, o artigo passa a problematizar alguns aspectos jurídicos enunciados pela Lei 11.343/2006, sem a pretensão de esgotar o assunto.

5. Consumidor e dependente

A lei continua punindo o consumidor, aumentando o uso clandestino e a marginalização social (Ferrajoli, 2000, p. 100) Não houve uma descriminalização, mas uma descarceirização, ou seja, uma vedação da aplicação da pena privativa de liberdade ao consumidor de drogas. Não há crime sem pena, mas a pena não é só a privativa de liberdade. As penas previstas no art. 5.º, XLVI, da CF/88 são a privativa ou restritiva da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. A vedação penológica está no art. 5.º, XLVII da CF/88, ou seja, a de morte, a de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis. Portanto, as medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006 são penas, mas suas conseqüências são diversas das penas previstas no Código Penal.

Ao punir o consumo, a lei está punindo o desejo, o sentimento dos indivíduos, o direito de disponibilidade de si próprio. Ao admitirmos que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, desaparece a razão da punição do usuário. Isso porque o consumo pode atingir a saúde própria, a saúde individual, mas não a saúde pública e nem a saúde coletiva.

Será mesmo verdade que houve a descarceirização ou a despenalização da posse para uso? É assim que ocorrerá nos processos criminais? Não tenho tanta convicção disso!

O art. 28, § 2.º, da Lei 11.343/2006 deixa a cargo do julgador dizer se a droga se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico. O agente é consumidor ou traficante? Quais os critérios para dizer se o agente é traficante ou consumidor? Segundo a lei, são a natureza e a quantidade da droga, o local, as condições da ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta do agente, os antecedentes do réu. Em suma, a lei deixou a cargo do juiz dizer se o sujeito é consumidor ou traficante. E, o que é pior, fez isso através de elementos com elevado grau de subjetividade e extremamente conflituosos.

Corre-se o risco de que, sob a expressão "pequena quantidade" se oculte a punibilidade do consumidor e do dependente.

O que considerar na conduta do agente? Que conduta? Em que local? Mas a avaliação da conduta, a exigibilidade de um certo padrão de conduta, é o mesmo à beira-mar e na favela? É o mesmo da favela e do condomínio de luxo? Idêntica situação ocorre com as circunstâncias sociais e pessoais! A sociedade do morro, da periferia, é a mesma do local onde mora quem vai aplicar e interpretar a lei? E as condições pessoais? Será que possuem alguma relação com a personalidade? Qual a relação do local onde o agente está consumindo a droga com a conduta de uso ou tráfico? Cheirar no calçadão, de frente para o mar ou numa cobertura é diferente de cheirar ou fumar num beco sem calçamento, com esgoto a céu aberto e casebres que lutam para ficar em pé? É a natureza e a espécie de droga que dirá se é uso ou tráfico? Os antecedentes, segundo a lei, também podem dizer se o agente é consumidor ou traficante. Estamos retornando ao medievo, ao direito penal do autor, sem progressos a um direito penal do fato. Estabeleceu-se uma culpabilidade pelo modo de ser, uma culpabilidade objetiva, punindo-se pelo que a pessoa é e não pelo que fez.

Seguramente não são esses aspectos que vão determinar se o delito é de consumo pessoal ou de tráfico. Nem a quantidade é fator determinante. O que importa é o elemento subjetivo específico, cabendo ao Estado-acusação o encargo de provar que se trata de tráfico e não de consumo.

Na atual situação brasileira, a saída possível, urgente e necessária é a conscientização, a informação sobre todas as drogas, lícitas e ilícitas, bem como uma política de redução de danos, com esclarecimento à população, de tratamento ao dependente. Mas este não é o norte seguido pela política sanitária e nem pela política criminal. Portanto, está na hora de enfrentar o problema sem preconceitos, com competência e seriedade, abandonando-se a estratégia de *braccio armato* e da *war on drugs*.

Ainda, sobre o uso, dois aspectos importantes: a reincidência e a aplicação da Lei 9.099/95. Tecnicamente, o que a lei chama de reincidência não é reincidência. Ou, no mínimo, essa dita reincidência não é a mesma da referida no Código Penal. Essa denominada "reincidência" tem interpretação restrita, isto é, no âmbito do consumo; nessa esfera não ingressa a outra reincidência e nem sai a do consumo. Seu efeito é somente o de aumentar a pena de cinco para dez meses. Os parâmetros penológicos são diversos dos existentes no Código Penal, sem falar na inconstitucionalidade da reincidência ou de sua falência teleológica.

A Lei 9.099/95 se aplica no Juizado Especial Criminal e no juízo comum, nas hipóteses de conexão e continência. Inclusive, nas hipóteses de desclassificação de tráfico para uso (art. 28, 33, § 3.º), ou de tráfico para uma infração onde caiba a suspensão condicional do processo (33, § 2.º; 38), por exemplo, devem ser propiciados os benefícios, nos termos da Súmula 337 do STJ. Entretanto, não há como compelir o usuário ou o dependente ao tratamento e, ademais, em poucas unidades judiciárias o poder público disponibiliza locais apropriados ao tratamento, como romanticamente prevê o § 7.º do art. 28 da Lei 11.343/2006. Possui o Juiz criminal algum mecanismo de coerção ao poder público para dar efetividade ao art. 28, § 7.º, da Lei 11.343/2006? A resposta é negativa. As medidas educativas, a meu sentir não podem ser descartadas, mas dependem da aceitação do autor do fato, pois não há como obrigá-lo.

Quiçá o único e tímido avanço, em termos de política legislativa criminal diga respeito à previsão de penas que não são as privativas de liberdade, especificamente nos tipos penais.

6. Tráfico, punibilidade e outros problemas da nova lei

A Lei 11.343/2006 faz crer, como o aumento da pena ao tipo de tráfico (isso não é absoluto, na medida em que há situações – § 4.º do art. 33 – onde a pena diminuiu em relação à lei anterior), que estas são o principal fator de resolução dos problemas advindos das drogas e da criminalidade. A preocupação com o tráfico é tal que o art. 4.º, VI e VII refere que o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores relacionados com o uso e com a produção, não autoriza o tráfico ilícito. O que caracteriza o tráfico é a mercancia, o intuito de lucro, o caráter de permanência e não de eventualidade (art. 33, § 3.º). Alguns autores falam em teoria da circulabilidade da droga para caracterizar o tráfico. O art. 33 possui vários verbos nucleares, os quais podem caracterizar tanto o consumo para uso pessoal, quanto o tráfico. Há verbos que também estão no art. 28, como adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar. Mas há verbos que estão no art. 33 e não estão no art. 28, tais como preparar, produzir e fabricar. Não há como preparar, produzir e fabricar para o consumo? Não há como preparar, produzir e fabricar e ser consumidor?

No mesmo tipo penal de tráfico estão várias condutas, com diferentes valorações negativas, com diferentes graus de censurabilidade e com diversos graus de ofensividade. A nova lei repete a falta de técnica legislativa e inclui no art. 33 tudo o que possa ser relacionado com o tráfico. Aqui estão todos: o que faz do tráfico um negócio lucrativo, o que fornece gratuitamente, o que cede suas entranhas ao transporte e até o funcionário do tráfico. O art. 33 da nova lei não refere, especificamente, a atividade comercial, a mercancia, o lucro como sendo elementos essenciais ao tráfico. Portanto, não exige que se perquira sobre a finalidade da conduta e nem do dano. Sem a exigência dessa finalidade específica, legitima-se a responsabilidade objetiva (Salo de Carvalho). Em suma, o que existe é a presunção do comércio, contra o agente. Ademais, não há proporcionalidade e adequação típica das diversas condutas. Por exemplo, importar uma tonelada de cocaína tem, no plano abstrato, a mesma pena que ter em depósito um quilo da mesma droga, para venda.

Nessa esteira, o fornecimento gratuito também pode tipificar o delito de tráfico. Aliás, isso estava no tipo anterior e também consta neste. A censurabilidade é bem diversa entre aquele que entrega gratuitamente daquele que vende. Em suma, o que existe é a presunção do comércio, a presunção de que a conduta é tráfico, presunção contra o agente.

O art. 33 continua não distinguindo ato preparatório de tentativa e de delito consumado, violando o princípio constitucional da taxatividade. Além disso, não há uma clara diferenciação de punição entre o traficante, o pequeno passador de drogas e o consumidor.

Entre os vários aspectos possíveis de abordagem, no que diz respeito ao tráfico, merecem destaque a insignificância e a equiparação aos delitos hediondos. O entendimento majoritário é de que, por ser crime de perigo, não comportaria a absolvição pela insignificância. Entretanto, este não é o critério essencial ao seu reconhecimento ou não, mas o desvalor da conduta e do resultado. Portanto, penso ser possível o seu reconhecimento. De acordo com o art. 5.º, XLIII, da CF/88, o tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Mas o art. 44 da Lei 11.343/2006 determina a aplicação de todas as restrições dos hediondos, o que, segundo penso, é inconstitucional, mormente a vedação da liberdade provisória e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

No que diz respeito ao art. 35, associação para o tráfico, cabe a pergunta: equipara-se ao hediondo ou não? O certo é que se trata de delito autônomo em relação aos arts. 33, 34 e 36. Ocorre que não é qualquer participação conjunta ou prática conjunta, ou reunião que caracterizam a associação. Uma associação requer vínculos estáveis, não eventuais, difíceis de serem demonstrados. Ademais, há necessidade de demonstração do elemento subjetivo doloso.

O financiamento para o custeio está previsto no art. 36 da nova lei. Na realidade, trata-se de uma participação no delito de tráfico, mas a opção legislativa foi de criar um tipo autônomo. Já, o art. 37 penaliza a colaboração (colaboração

penalizada). A colaboração é com o grupo, associação ou organização e não com uma determinada pessoa, mas não se exige a pluralidade delituosa e a informação há de ser relevante, que o informante não tenha praticado o crime. Em suma este tipo atingirá aquele que detém informações desconhecidas dos demais, informações privilegiadas, em face da atividade pública que exercem.

A prescrição culposa, prevista no art. 38 é uma infração de menor potencial ofensivo e recebe interpretação teleológica, ou seja, abrange a relação médico-paciente, embora não descrito, especificamente no tipo penal, isto é, atinge os profissionais da saúde: médico, enfermeiro, dentista, farmacêutico e não qualquer sujeito. Há necessidade de uma qualidade específica e especial do sujeito. Quando o agir for doloso, estará enquadrado no art. 33 da nova lei. A atividade da saúde é de meio e não de fim, perspectiva a ser considerada na punibilidade.

A condução após o consumo, prevista no art. 39 da nova lei, exige exposição a dano, ou seja, exteriorização indicativa danosa à incolumidade de outrem e não a sua própria. Há necessidade de prova técnica de que o consumo foi antes da condução e não durante para caracterizar este tipo penal.

A vedação da substituição da pena privativa de liberdade contraria os avanços jurisprudenciais, inclusive do STF (HC 84.928 STF, rel. Min. Peluso, j. 27.09.2005) que autorizava tal substituição. Também, incrementa a política de que o cárcere é a solução para todos os casos penais e para todos os problemas sociais. Ainda, contraria a garantia constitucional da individualização da pena, por não permitir uma resposta penológica proporcional e adequada ao caso concreto.

Mesmo para aqueles que admitem a impossibilidade de substituição da pena, aplicando, literalmente o § 4.º, a vedação é única, o seja, só da substituição da pena. Não tem aplicação, pela interpretação restritiva, necessária, das regras restritivas de direitos e ampliativas das concessivas de direitos. Assim, a vedação do art. 44 não alcança o § 4.º do art. 33. Portanto, dependendo da pena aplicada, é possível o *sursis*, a liberdade provisória, o regime de acordo com o *quantum* da pena, bem como os demais direitos materiais e instrumentais.

O art. 40 estabelece uma série de circunstâncias de aumento de pena. Inicialmente, observo que a causa especial prevista no inciso VII é tipo autônomo, previsto no art. 36 desta lei. Há que ser evitado o *bis in idem*. Uma das hipóteses possíveis é a da aplicação do tipo básico, com a agravante (tráfico – menos de 6 anos) e não do tipo do art. 36, cuja pena mínima é de 8 anos. A nova lei não mais considerou causa especial de aumento de pena a hipótese do art. 18, III, da Lei 6.368/76, com redação dada pela Lei 10.741/2003. A associação reiterada ou eventual, agora, é tipo autônomo, conforme art. 35. Quando o aumento pela associação anterior não foi pelos delitos dos arts. 33, *caput*, e § 1.º e 34, deverá haver readequação da pena às condenações anteriores a esta lei. Somente é de ser mantida a majorante anterior da associação, nas situações em que a nova lei considerou tipo autônomo, por ser mais grave que a anterior. Também, é de ser consignado que a lei anterior, majorava a pena quando atingisse pessoa com 60 anos ou mais e menores de 21 anos, os inimputáveis ou semi-imputáveis. A nova lei mantém a majoração quando a prática envolver pessoa inimputável ou semi-imputável, mas acrescenta quando atinge criança ou adolescente. Portanto, não há uma situação mais favorável ao agente, quando a condenação atingir pessoa maior de 18 anos, salvo se for inimputável ou semi-imputável.

A causa especial de diminuição de pena de 1/6 a 2/3 do art. 33 (tráfico), prevista no § 4.º é um elemento de aplicação de pena mais favorável. Portanto, retroage. Cabe ao magistrado da execução penal, nos termos do art. 66 da LEP aplicar a lei mais favorável. Não obtido o sucesso, o caminho é a revisão criminal. Ocorre que o legislador está, indiretamente, criminalizando a reincidência. Ademais, o conceito de bons antecedentes é aberto e permite várias interpretações. Ainda, não há uma definição precisa do que é uma organização criminosa e a maioria dos intérpretes têm dificuldade em compatibilizar bons antecedentes com atividade criminosa. Esta causa de diminuição de pena não se insere na esfera discricionária do magistrado, mas, implementados os requisitos legais, é de obrigatório reconhecimento, em razão do princípio constitucional da individualização

e humanização das penas. É de ser observado que esta causa de diminuição da pena atingirá a maioria dos processos criminais, em face da dificuldade probatória da atividade criminosa e organização criminosa, ademais das peculiaridades do agente envolvido com o tráfico de entorpecentes. Com isso, a política de aumento de pena ao traficante preparou o seu próprio antídoto. Faz-se mister assentar que a criminalidade envolvendo a droga tem particularidades probatórias bem diferenciadas dos demais crimes. Uma delas é o silêncio. O consumidor, o dependente, em regra, não apontam quem é o vendedor da droga e o pequeno traficante não revela e dificilmente fica sabendo quem é o grande traficante, quem está no andar de cima da pirâmide.

Reduzidas essas considerações acerca do tráfico e de sua punibilidade, o artigo abordará alguns aspectos instrumentais da nova lei.

7. Processamento criminal

Com a remessa do inquérito policial a juízo e denúncia do Ministério Público, abre-se um prazo de resposta preliminar, cuja defesa técnica é obrigatória. Segundo a lei, antes do recebimento da denúncia, o magistrado, facultativamente, poderá designar uma audiência. Após, segue-se a instrução e o julgamento.

Várias críticas merece o processamento enunciado. Destaco as seguintes: a) não é o juiz o controlador do prazo para terminar o inquérito policial, mas o Ministério Público. O juiz é o garante dos direitos e das liberdades fundamentais; b) o prazo para conclusão do inquérito policial extrapola a razoabilidade prevista na Constituição Federal como garantia, pois o réu poderá ficar preso mais de sessenta dias sem uma denúncia; c) não há mais os prazos em dobro da Lei 6.368/76, já revogados pela Lei 10.409/2002, tendo sido esta também revogada pela Lei 11.343/2006. O art. 10 da Lei dos Crimes Hediondos se referia aos prazos da Lei 6.368/76; d) somente existe uma oportunidade para as partes fazerem alegações escritas, o que se revela precário, em razão da complexidade que envolve tais delitos; e) a lei deixa ao alvitre subjetivo do magistrado a realização ou não da audiência

antes do recebimento da denúncia; e) a apresentação do preso à audiência prévia é para sua oitiva e não uma mera apresentação, como diz a lei; f) o recebimento da denúncia deverá ser fundamentado, nos termos da Constituição Federal e porque há uma defesa antecedente; g) a cautelar de afastamento do funcionário público, que a lei não diz por quanto tempo, é medida que implica antecipação de um juízo condenatório e ofende a garantia do estado de inocência; h) o laudo definitivo deverá estar nos autos antes da audiência de instrução e julgamento, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa.

Importante estabelecer que, no que tange ao flagrante, a lei fala em comunicação imediata ao juiz competente. Evidentemente que tem aplicação o art. 306, § 1.º, do CPP, com a nova redação, a qual determina, também, o encaminhamento de cópias do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública. A decisão, homologatória ou não do auto de prisão em flagrante há de ser imediata, com pronta cientificação ao Ministério Público. Como está, a comunicação pode ser feita após dois dias e ainda há prazo para o Ministério Público se manifestar. E se o juiz homologa o flagrante e dá vista ao Ministério Público e não se trata de tráfico e sim de uso? A pessoa estará detida ilegalmente por todo esse período. Basta um laudo provisório à homologação do auto de prisão em flagrante, como na legislação anterior. Mas, na falta de perito oficial, o laudo pode ser feito por pessoa idônea? Que idoneidade é esta? Familiar, social, laboral, ética! Até prova em contrário, todos nós somos idôneos, mas a maioria não tem condições técnicas de afirmar a natureza da substância ou do produto apreendido; se é droga ou não. Evidentemente que a idoneidade é a técnica.

O art. 59 da Lei 11.343/2006 estabelece que o réu condenado como incurso nos arts. 33, *caput* e § 1.º, 34 a 37, não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, conforme for reconhecido na sentença. Há uma repetição do art. 35 da Lei 6.368/76, que vedava ao condenado por tráfico recorrer sem recolher-se à prisão. Tal dispositivo não foi acolhido pela Lei 10.409/2002, atualmente revogada. Trata-se de mais um retrocesso da nova

lei, na medida em que a prisão para recorrer não é condição e nem pressuposto para conhecimento do recurso. Também, tal vedação não encontra amparo na interpretação constitucional, em face do estado de inocência e nem de uma interpretação sistemática da legislação, pois a Lei 8.072/90 permite que o condenado por delito hediondo ou equiparado possa recorrer em liberdade, mesmo que tenha respondido ao processo na condição de preso cautelar, ademais a Lei 11.464/2007 permite a liberdade provisória ao que responde a processo por crime hediondo (art. 2.º, II, § 3.º). Contraria, tal dispositivo, também, os preceitos de um direito penal e processual penal humanitários, pois a Convenção Americana dos Direitos do Homem, em seus arts. 8.2, "h", e 25, garantem o direito ao recurso, tolhido pela necessidade de recolher-se ao cárcere. Trata-se de uma das modalidades de prisão cautelar, cujos requisitos são o *fummus comissi delicti* e o *periculum libertatis* e não a espécie de crime praticado.

8. Considerações finais

O Brasil optou por transferir a problemática das drogas ao campo legal, à esfera da repressão e não da saúde individual e pública, um dos direitos fundamentais menos efetivados. Entretanto, a mercantilização das drogas está entre um dos negócios internacionais mais rentáveis; é um fenômeno complexo, com múltiplas facetas que atinge os planos individual, coletivo, nacional e internacional, bem como as esferas econômicas, pois há mercados, produtores, e consumidores bem delineados e demarcados, de conhecimento público.

A complexidade do problema torna duvidosa qualquer resposta sem um estudo aprofundado, global e científico, pois a proibição deu certo na Suécia e a não-punição de drogas leves deu certo na Holanda (aumentou o consumo da maconha, mas diminuiu o consumo de heroína).

Pelo que se observa, a importância maior que se está dando, em termos da problemática da droga, no Brasil, é o esquecimento das causas e a atuação nas conseqüências. Transfere-se o problema à atuação da polícia, à conduta desviada,

à delinqüência, ao plano jurídico. Por isso, clama-se pelos rigores da lei, que, num passe de mágica, poderá acabar com o problema (aliás, com todos). A política é repressiva e excludente, produtora de violência. O tratamento do problema é como se fosse localizado e individual, ou seja, em determinado morro, favela, dos excluídos e dos mais pobres e não social, estatal e internacional.

A partir do final do século XX, o problema das drogas sai da referência individual e passa para a sociedade, para o Estado; o impacto local se transfere, também ao plano internacional, de maneira importante. A droga deixou suas características de fascinação pelo desconhecido, pelo exótico (determinado grupo de pessoas), e ingressou na sociedade como mais uma mercadoria, como símbolo de poder local e internacional, vinculando-se a outros delitos de repercussão além-fronteiras. O problema, portanto, é complexo.

Há necessidade de compreensão do fenômeno, do estabelecimento das causas, de delimitação das estratégias. Só o direito penal não resolve. O enfoque há de ser multidisciplinar, de saúde pública. Não vamos resolver o problema com as estratégias da *war on drugs* e nem da *zero tolerance*, com soluções no âmbito criminal. Há necessidade de pesquisas empíricas, de pesquisas de campo, com projeções estratégicas e não com eleição de estratégias, sem saber se darão certo.

Apesar de a Lei 11.343/2006 estabelecer um sistema nacional de políticas públicas sobre as drogas, com preocupações no plano da prevenção, e da reinserção social do usuário e do dependente (art. 5.º, III), de reconhecer a necessidade de estratégias nacionais e internacionais, da necessidade de uma abordagem multidisciplinar (art. 4.º, IX), a concentração do poder, a sua força e a salvação, segundo a nova lei, está na resposta penal. Está é a que demanda menos investimento, menos desgaste político; é a menos eficaz; é a política de guerra tendo o direito penal e o processo penal como armas, inúteis e ineficazes para resolver o problema ou pelo menos, amenizá-lo, reduzir o dano.

A nova lei, paradoxalmente, elevou a pena privativa de liberdade ao traficante, mas estabeleceu uma diminuição de pena aplicável na maioria dos casos, o que

resulta numa punição menor da prevista na legislação anterior. A descarceirização do usuário é apenas aparente, pois a nova legislação deixa a critério do magistrado a valoração da situação de uso ou tráfico, através de elementos problemáticos e altamente conflituosos, com retorno ao direito penal do autor.

Também, Lei 11.343/2006 ao não admitir a liberdade provisória, o indulto, o *sursis* (art. 44), o recurso em liberdade (art. 59) e nem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (arts. 33, § 4.º e 44) demonstra a existência de uma política criminal de drogas inconsistente, temerária, reprodutora de violência; uma política criminal flexibilizadora dos direitos e das garantias processuais, seletiva e de controle social. Não há adequação constitucional porque o art. 5.º, XLIII, da CF/88 não possui todas estas vedações (fiança, anistia e graça).

A proibição, o encarceramento não diminuiu o consumidor, não diminuiu o tráfico, mas aumentou a violência, aumentou o número de mortos, avivou a criminalidade organizada, a reciclagem de dinheiro, pondo em risco a subsistência econômica e política.

Está demonstrado que a política da força policial, do cárcere, das penas altas, do uso da força, inclusive do exército, da penalização do consumo são políticas inadequadas.

9. Bibliografia

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Política das drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Liam, 1996.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BIRMAN, J. *Mal-Estar na atualidade*: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2000.

BIZZOTTO, Alexandre e RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova lei de drogas*. Rio de Janeiro: Lumen, 2007.

BORDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 (tradução de Lucy Magalhães).

BUCHER, Richard. *Drogas e drogadição no Brasil*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

CARVALHO, Salo. *A política de drogas no Brasil*: do discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Lumen, 2007.

COHEN, Stanley. *Visiones del control social*. Barcelona: PPU, 1998 (tradução de Elena Larrauri).

DÍAZ MULLER, Luiz T. *El Imperio de la razón*: drogas, salud y derechos humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo e la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

GOMES, Luiz Flavio et alii. *Lei de drogas comentada*. São Paulo: RT, 2007.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2006.

KALINA, Eduardo et alii. *Drogadição hoje* – indivíduo, família e sociedade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos*: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MORIN, Edgar e KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2002.

NOWLIS, Helen. *La verdad sobre la droga*. Paris: UNESCO, 1982.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2007.

THUMS, Gilberto e PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas, crimes, investigação e processo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ZAFFARONI, Raúl. La Legislación anti-Droga Latinoamericana: sus componentes de derecho penal "autoritário". *Fascículos de ciencias penais*. Edição Especial. *Drogas: abordagem interdisciplinar*, ano 3, v. 3. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena

Ulfrid Neumann
Frankfurt am Main

Tradução: Antonio Martins
Mestre e doutorando pela Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main. Bolsista da Capes.

Resumo: O artigo discute as possibilidades de utilização do princípio da proporcionalidade como fator de limitação do direito penal. De um lado, discute-se criticamente a possibilidade de substituição do conceito de bem jurídico pelo princípio da proporcionalidade, como propõem modelos teóricos recentes. De outro, realiza-se uma exposição analítica de seus elementos constituintes, a fim de indagar das vantagens de seu emprego em determinados campos de argumentação jurídico-penal, assim como de suas limitações e deficiências estruturais. Por fim, apresenta-se o princípio da proporcionalidade como modelo crítico de argumentação.

Palavras-chave: Princípios – Proporcionalidade – Bem jurídico – Limitação do direito penal.

Abstract: The article discusses the possibility of using the proportionality principle as a limiting factor in criminal law. On one hand, a critical discussion is set on the possibility to substitute the legal interest concept by the proportionality principle as some recent theoretical models propose. On the other hand an analytical discussion of its constituting elements is done in order to find its advantages

when used in specific areas of legal-criminal debate, as well as, its limitations and structural deficiencies. Finally, the principle of proportionality is presented as a critical debate model.

Keywords: Principles – Proportionality – Legal interest – Criminal law limitation.

Sumário: 1. Tendências de expansão do direito penal – 2. O princípio da proporcionalidade como instrumento de limitação do direito penal: 2.1 O princípio da proporcionalidade como "proibição do excesso"; 2.2 Fundamentação do princípio da proporcionalidade; 2.3 Campos jurídico-penais de aplicação do princípio da proporcionalidade; 2.4 Eficiência jurídico-penal do princípio da proporcionalidade – 3. Deficiências estruturais do princípio da proporcionalidade: 3.1 A dependência de valoração dos elementos "técnicos" (conveniência, necessidade): 3.1.1 Necessidade; 3.1.2 Conveniência; 3.2 A estrutura valorativa da prova da adequação: 3.2.1 O problema dos parâmetros de referência para a prova da adequação; 3.2.2 O problema do critério da prova da adequação – 4. O princípio da proporcionalidade como modelo crítico de argumentação – 5. Bibliografia.

Área do direito: Penal

1. Tendências de expansão do direito penal

O atual desenvolvimento do direito penal é mundialmente marcado pela tendência à sua expansão. Especialmente sob o emblema da luta contra o terrorismo internacional, freqüentemente designada como "guerra" contra o terrorismo, criam-se novos tipos penais, agravam-se as ameaças de pena, ampliam-se as atribuições de investigação dos órgãos de persecução penal.

Também no campo da criminalidade "clássica", no entanto, o direito penal, ao menos em certos ordenamentos jurídicos, sofre um rearmamento. Na Alemanha, por exemplo, as regras sobre direito penal sexual, delitos de lesão corporal e sobre o crime de dano foram consideravelmente agravadas nos últimos anos.

Se tudo isso não engana, tais desenvolvimentos são um indício de que os pesos na balança entre direitos de liberdade, de um lado, e exigências de segurança, de outro, se deslocaram dramaticamente. O direito penal passa a ser percebido socialmente antes como garantidor da segurança dos cidadãos do que como ameaça aos seus direitos de liberdade.

No impulso deste desenvolvimento, ameaça perder as limitações que lhe impõe o Estado de Direito. É que a compreensão do direito penal exclusivamente preventiva, instrumental, conduz à máxima de que tudo o que promete segurança está permitido. Ou seja: a otimização da segurança que se espera alcançar – com ou sem razão – via direito penal leva tendencialmente a uma maximização das possibilidades de intervenção sobre o cidadão que é suspeito da prática, do planejamento ou mesmo da mera disposição para o cometimento de um crime.

Em tal situação, é preciso lembrar-se com ênfase que o direito penal de um Estado de Direito não pode ser medido apenas por seus objetivos, mas também, e sobretudo, pelos meios que emprega para alcançá-los. Formulado de outra maneira: o direito penal só se constitui como direito penal *do Estado de Direito* através de princípios normativos que, por meio de critérios que escapam à perspectiva meramente finalística, vão limitar a mobilização de seu instrumentário.

2. O princípio da proporcionalidade como instrumento de limitação do direito penal

2.1 O princípio da proporcionalidade como "proibição do excesso"

Um dentre tais princípios normativos diz respeito à proporcionalidade da intervenção estatal. Trata-se aqui da manifestação do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito. Ele proíbe infligir ao indivíduo ônus que são, quanto aos objetivos perseguidos, em sentido instrumental, desnecessários e, sob aspectos normativos, inadequados.

Por meio desses dois pressupostos, a saber, o técnico-instrumental da necessidade e o normativo da adequação, ele limita, como "proibição do excesso", a intervenção estatal sobre o cidadão. Trata-se, assim, primariamente de um princípio protetor da liberdade, ainda que na Alemanha já há muito tempo se venha tentando dele derivar uma "proibição da escassez",[1] que deve *exigir* determinadas intervenções em atenção aos objetivos perseguidos. Em sua aplicação no direito penal, isto leva a perguntar-se se o legislador, por causa de "proibições da escassez", poderia estar obrigado a submeter determinadas ações à ameaça de pena.[2] Isso significa, contudo, uma inversão da direção de golpe do princípio da proporcionalidade, que é marcada pela sua função de proteção da liberdade. No que segue, compreende-se o princípio somente no sentido tradicional de proibição de intervenções estatais excessivas.

2.2 Fundamentação do princípio da proporcionalidade

Antes de nos aprofundarmos na estrutura do princípio da proporcionalidade e em sua eficiência para o direito penal, é necessário esclarecer seu *status* normativo, tanto em sentido formal quanto material.

O aspecto formal diz respeito à questão de se o princípio é uma norma jurídica vinculante ou se, como alguns sustentam, ele tem apenas conteúdo jurídico-político programático.[3] Em sentido material, trata-se de saber a que princípio

1. Sobre a "proibição da escassez", fundamental *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: *Isensee; Kirchhof.* Handbuch des Staatsrechts, t. V, 1992, § 111, n. de margem 77 ss.

2. Sobre a interpretação da "proibição da escassez" como mandamento de criminalização cf. especialmente as decisões do Tribunal Constitucional alemão acerca da punibilidade do aborto (BVerfGE 39, 1; 88, 203, 251 ss., 258). Crítico a respeito, por exemplo, *Staechelin*, Laßt sich das "Untermaßverbot" mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren? In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Org.). Vom unmögliche Zustand des Strafrechts, 1995, p. 267. Detalhadamente sobre o significado da proibição da escassez para o direito penal ver *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, p. 254 e ss.

3. Assim, o princípio da subsidiariedade (segundo o qual o direito penal apenas deve interferir onde outras medidas jurídicas fracassam), interpretado por Roxin como manifestação

jurídico mais geral ele se deixa remeter. Trata-se, seguindo a divisão da idéia do direito proposta por Radbruch, de um princípio finalístico, relativo à segurança jurídica ou à justiça?

A primeira questão visa o problema das fontes do direito. Para muitos ordenamentos jurídicos é fácil resolver este problema, porque o princípio da proporcionalidade vem previsto expressamente na Constituição ou é, pelo menos, reconhecido como parte da ordem jurídica constitucional. Este é o caso, por exemplo, da Alemanha. Embora o princípio não seja expressamente fixado pela Lei Fundamental, sua potência constitucional já foi confirmada em inúmeras decisões do Tribunal Constitucional Alemão;[4] ela encontra também clara aceitação na literatura jurídico-constitucional.[5] O princípio da proporcionalidade é, em primeira linha, derivado do princípio do Estado de Direito, estatuído explicitamente na Constituição (art. 20, n. 3, da Constituição alemã). Com efeito, a idéia de que nenhum cidadão deve ser onerado pelo Estado mais do que o necessário e adequado pertence aos princípios constitutivos de uma ordem jurídica.

Em sistemas jurídicos que não apresentam uma Constituição ou que não reconhecem o princípio da proporcionalidade como norma constitucional, ele poderia, em todo caso, reclamar obrigatoriedade como princípio geral de direito. Para fundamentar esta afirmação não é necessário remeter a modelos de pensa-

do princípio da proporcionalidade, apesar de sua reconhecida qualidade constitucional, é para ele "mais um postulado político-criminal que uma regra vinculante" (*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, t. I, 4. ed., 2006, § 2, n. de margem 101).

4. Cf. por exemplo BVerfGE 45, 187, 260 (sobre a pena de prisão perpétua); BVerfGE 70, 297, 311 (sobre o recolhimento a uma instituição psiquiátrica); BVerfGE 90, 145, 173 (*cannabis*). Panorama atual em *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, p. 22 e ss.

5. Indicação em *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, p. 83 e ss.; *Lagodny* (cit., nota 2), p. 216 e ss. e passim. Sobre a discutida questão do preciso enquadramento constitucional do princípio cf. a exposição de *v. Arnauld*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Juristiche Zeitung 2000, p. 276. A respeito da validade do princípio em outros ordenamentos nacionais europeus e ao nível do direito da Europa cf. os artigos de *Kutscher; Ress; Teitgen; Ermacora; Ubetrazzi*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, 1985.

mento do direito natural; pode-se mesmo ousar dizer que, em todas as ordens jurídicas modernas, ele vem reconhecido na prática jurídica como princípio jurídico vinculante e, nesta medida, se constitui em princípio *normativo* da ordem jurídica *praticada*. Somente da perspectiva de um positivismo orientado apenas à legislação, hoje raramente defendido, poder-se-ia contestar que o princípio da proporcionalidade é, também em tais ordens jurídicas, direito vigente. Quando, a seguir, me refiro freqüentemente à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, isso tem, portanto, caráter meramente exemplar. As questões de que aqui se trata se propõem também em ordens jurídicas sem jurisprudência constitucional institucionalizada – e se propõem também onde o princípio da proporcionalidade não vem reconhecido como norma constitucional, mas somente como princípio geral de direito.

O vasto reconhecimento que o princípio da proporcionalidade encontra em ordenamentos jurídicos no mais altamente diferenciados, sua evidência, deve-se à sua estrutura quase tautológica. O conceito de tautologia é aqui entendido, naturalmente, não no sentido lógico, mas no de uma estrutura valorativa. A exigência explícita de que um Estado devesse intervir de modo desproporcional nos direitos de seus cidadãos seria dificilmente defensável; teríamos de tratá-la como contraditória. Entre "desproporcional" e "inadmissível" existe uma associação semântica que dificilmente se deixa diluir.

Com isso não se resolveu ainda a questão acerca de onde essa associação da "desproporcionalidade" à "inadmissibilidade" encontra sua fundamentação material. Trata-se de um princípio de justiça evidente ou de uma incontestável máxima racional do agir finalístico?

A resposta deve depender do contexto em que a pergunta é formulada. Em princípio não se pode negar que o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, representa um princípio da configuração racional da vida e da sociedade. Em face de recursos limitados não faz sentido aspirar a um objetivo "a todo custo"; os meios empregados têm de estar em proporção "racional" com este objetivo. Não é razoável

atirar em pardais com canhões. Isto vale também para a mobilização do direito penal. Também aqui os recursos são limitados; a capacidade dos tribunais, da polícia e de outros órgãos de persecução deve ser utilizada do modo mais razoável possível.

Mas os limites que são impostos ao direito penal através de um princípio da proporcionalidade neste sentido instrumental são externos a ele, porque dependentes do estado dos meios de persecução penal disponíveis. Este estado é um fator contingente, que está aberto, em certa medida, à configuração pelo Estado que exerce a persecução penal. Quando se dispõe de suficientes canhões e suficiente munição, pode ser inteiramente correto, no sentido de um agir orientado à inteligência, atirar em pardais com canhões. Limitação segura do direito penal só logra, por isso, um princípio da proporcionalidade que não seja compreendido como mera regra de inteligência, mas sim como princípio de justiça: é fundamentalmente injusto impor ao cidadão ônus desproporcionais. Isto vale também e justamente no campo de sanções penais, que, por definição, oneram o indivíduo mais gravemente que outras intervenções estatais (como, por exemplo, a tributação e o serviço militar obrigatório).

Na medida em que o princípio da proporcionalidade é derivado do princípio do Estado de Direito, como preponderantemente se defende na Alemanha, está por detrás disso sua compreensão como fundamento da configuração justa da ação estatal. Trata-se, como formulou *Winfried Hassemer*, de questões de "justiça da intervenção".[6]

2.3 Campos jurídico-penais de aplicação do princípio da proporcionalidade

Este princípio da justiça da intervenção abrange toda a superfície do sistema jurídico-penal, por conseguinte não apenas o direito penal material, mas também o direito processual e a execução penal.

6. *Hassemer*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe. In: *Andrew v. Hirsch; Kurt Seelmann; Wolfgang Wohlers.* Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006, p. 128 e ss.

No direito penal material, ao qual eu me limito, ele será relevante sobretudo em dois pontos, a saber: na questão do "se" e – em caso afirmativo – do "como" da criminalização de um determinado comportamento. O "se" afeta a questão acerca de se um determinado comportamento molesta numa tal medida a ordem social que se justifica proibi-lo sob ameaça de pena. Se esta pergunta for respondida afirmativamente, o princípio da proporcionalidade levanta uma outra barreira ao legislador na configuração das margens penais, que devem corresponder ao peso da transgressão. A proporcionalidade que o princípio reclama aqui frente ao legislador se manifesta também onde a decisão sobre a intensidade da sanção penal se concretiza, quer dizer, na aplicação da pena pelo juiz. O fato de que, neste contexto, não se fala, em geral, em princípio da proporcionalidade, mas sim em princípio da culpabilidade, não é motivo para perturbação; o princípio da culpabilidade é, enquanto relacionado à questão da adequação da pena, uma manifestação do princípio da proporcionalidade. Para evitar mal-entendidos: com esta observação ainda não se disse nada sobre a discutida questão de se o princípio da culpabilidade, como princípio de aplicação da pena – ou mesmo para além disso –, pode ser substituído pelo princípio da proporcionalidade. O que se disse é que sempre que o princípio da culpabilidade entra em questão, o princípio da proporcionalidade, como princípio geral, é necessariamente afetado.

2.4 Eficiência jurídico-penal do princípio da proporcionalidade

De acordo com nossas reflexões até aqui, o princípio da proporcionalidade é, tendencialmente, um forte aliado de um direito penal liberal. O princípio é bem fundamentado normativamente, independentemente de poder reclamar vigência como norma constitucional ou (apenas) como princípio geral de direito. E ele reclama um vasto campo de aplicação, que se espraia tanto à amplitude do direito penal como à intensidade das sanções. Por isso, não causa surpresa que, na literatura científica, se destine a ele um papel fundamental na tarefa de limitação do direito penal.

Essa opção é parcialmente associada a uma crítica da teoria do bem jurídico; reclama-se uma "mudança de paradigma da teoria do bem jurídico para o princípio da proporcionalidade".[7] Isto se encaixa num modelo para o qual a concepção pré-positiva de bem jurídico deve ser substituída, em sua função de padrão normativo do direito penal como um todo, por um sistema de determinações constitucionais.

Ainda abordaremos novamente o problema de se o conceito de bem jurídico de fato pode ser substituído pelo princípio da proporcionalidade. Neste momento, interessa a questão de se a confiança depositada no princípio da proporcionalidade por defensores dessa concepção, que parece até agora bem fundamentada, é realmente justificável.

Inúmeros autores duvidam de que seja assim. A confiança na força limitadora do princípio,[8] na ciência jurídico-penal alemã, é, de todo modo, limitada. Para o difundido ceticismo[9] que claramente domina a discussão há sobretudo dois motivos.

O primeiro se encontra no desanimador inventário da jurisprudência da Corte Constitucional.[10] O Tribunal Constitucional enfatizou diversas vezes a importância

7. Formulação e exposição crítica em *Hörnle*, Verhalten (cit., nota 4), p. 21-22 e ss.

8. Trata-se na seqüência apenas dos limites horizontais do direito penal (o "se" da punibilidade), não dos verticais (medida da ameaça penal e da pena aplicada), igualmente demarcados pelo princípio da proporcionalidade (o princípio da culpabilidade, decisivo para a aplicação da pena, é uma manifestação daquele princípio [corretamente BVerfGE 73, 206, 253]). Acerca das demais aplicações do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional cf. *Weigend*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze der staatlichen Strafgewalt. In: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, p. 917, 921 e s., 929 e s. Sobre a relação com princípios afins (subsidiariedade, *ultima ratio*) em detalhes *Prittwitz*, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? *Ultima ratio*? In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Org.). Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 387.

9. *Hefendehl*, Rechtsgüter (cit., nota 5), p. 83 e ss.; *Bunzel*, Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, p. 96 e ss.; *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, ibidem, p. 65, 78 e s.

10. A respeito *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, p. 171 e ss.; *Hefendehl*, Rechtsgüter (cit., nota 5), p. 83 e ss.; *Vogel*, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, StV 1996, p. 110, 113 e ss. Cf. também *Bunzel*, Potenz (cit., nota 9), p. 104 e s.

do princípio da proporcionalidade precisamente para o exame de normas jurídico-penais[11] e se declarou repetidas vezes favorável à idéia de que a pena só pode ser cogitada como *ultima ratio*.[12] No entanto, tais declarações normalmente não são decisivas no julgamento. A consideração de que o princípio constitucional da proporcionalidade tem um especial significado no que diz respeito à singular intensidade de intervenções jurídico-penais é anteposta à argumentação fundamental. Especificamente no que se refere à norma penal que está sendo julgada, porém, não seria de se observar uma infração. Este modelo argumentativo se encontra exemplarmente numa decisão sobre a punibilidade do porte de *cannabis* (maconha) e produtos derivados.[13]

Tal moderação na aplicação do princípio aparece continuamente, sem interrupção, na jurisprudência do tribunal, segundo a qual cabe ao legislador uma "prerrogativa de valoração" na introdução e formulação de tipos penais.[14] Ele mostra ao legislador, quando muito, o cartão amarelo, mas não o vermelho. Por isso há consenso em se reconhecer que o Tribunal Constitucional Alemão mantém certa reserva quanto ao exame de leis penais com base no princípio da proporcionalidade – independentemente de se, no fim, esse posicionamento é bem acolhido ou criticado.[15]

O segundo motivo para o difundido ceticismo frente à potência limitadora do princípio da proporcionalidade resulta da estrutura mesma do princípio.[16]

11. Cf., por exemplo, BVerfGE 45, 187, 260 (sobre pena de prisão perpétua); BVerfGE 70, 297, 311 (sobre recolhimento a instituições psiquiátricas); outras indicações em *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, p. 101 e ss.

12. BVerfGE 39, 1, 47; 88, 203, 258; 96, 245, 249.

13. BVerfGE 90, 145.

14. BVerfGE 17, 306; 19, 119, 126; 47, 109, 117; 84, 106.

15. Crítica, por exemplo, *Hörnle* (cit., nota 4), p. 31, entre outras; *Schünemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie, 2003, p. 133, 142 e ss. Diferentemente do que acontece no campo do direito penal material, a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre direito processual reconhece ao princípio da proporcionalidade uma função de todo significativa na correção das leis (cf., por exemplo, BVerfG NJW 2005, 2289 sobre EuHBG).

16. Cf., por exemplo, *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, p. 90 e ss.

Porque a decisão sobre a proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma intervenção exige, em muitos pontos, valorações que não são determinadas pelo próprio princípio e para as quais não se encontram à disposição critérios inequívocos. Isto se aplica, em primeiro lugar, para a questão acerca de qual fator se deve relacionar à intervenção em causa, ao se tratar do juízo sobre sua proporcionalidade. Concretamente e referido ao direito penal: a adequação da pena deve ser julgada apenas com base na gravidade do ato praticado ou ela se determina também por critérios preventivos, como a periculosidade duradoura do autor? Vale também para a avaliação das duas grandezas que devem ser postas na balança. Como se determina o peso da posse de alguns gramas de *cannabis*, como se determina o peso de uma pena privativa de liberdade de cinco anos?[17] E finalmente: segundo qual critério se decide se uma grandeza está ou não em proporção com a outra? A aplicação do princípio da proporcionalidade parece deixar ao aplicador do direito a tarefa de resolver uma equação com muitas incógnitas. Mesmo quando se esclarece com quais fatores operacionais se deve relacionar a questão da proporcionalidade, resta a pergunta acerca de como se há de determinar o peso indefinido de um fator em relação ao peso indefinido de outro.

Não surpreende que, frente à margem de decisão que aqui necessariamente surgirá, se julgue com ceticismo a capacidade vinculante do princípio da proporcionalidade como potência limitadora do direito penal. Por isso se afirma que tal princípio designa antes um desiderato da atividade legislativa racional que uma determinação jurídica obrigatoriamente vinculante para a decisão de um caso concreto.[18] Se assim se vêem as coisas, isto lança uma nova luz à constatação acima de que o Tribunal Constitucional procede com extrema reserva quanto à aplicação do princípio a tipos penais. Tal reserva se apresenta, então, não apenas institucionalmente fundamentada, de acordo com a auto-limitação exigida pelo

17. O § 29, I, n. 3, da Lei de Entorpecentes alemã (BtMG), que foi declarada constitucional pelo Tribunal Constitucional (BGHSt 90, 145), prevê alternativamente à pena pecuniária uma pena privativa de liberdade de até cinco anos.

18. *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut (cit., nota 9), p. 77.

princípio da separação de poderes, tal como se expressa na idéia de "prerrogativa de valoração" do legislador, mas também, ao mesmo tempo, como conseqüência necessária de uma deficiência regulativa do princípio da proporcionalidade, estruturalmente condicionada.[19]

A questão da eficiência do princípio da proporcionalidade para a limitação de um direito penal voltado à prevenção de perigos, e por conseguinte tendencialmente "sem freios", se decide por essas duas alternativas.

Se a aplicação cautelosa do princípio pelo Tribunal Constitucional é apenas expressão de uma reserva institucionalmente fundamentada frente ao legislador, cabe ao juízo do Tribunal decidir se abdica dessa reserva para adotar, futuramente, critérios mais estritos para o exame da proporcionalidade. Com maior razão, Cortes Constitucionais de outros países podem submeter leis penais a um exame mais estrito do que aquele realizado na práxis do Tribunal Constitucional Alemão.

Se, ao contrário, a reserva do Tribunal é apenas o sintoma visível de uma deficiência regulativa estruturalmente condicionada, a tentativa de, com a sua ajuda, querer impor limites ao direito penal está de antemão condenada ao fracasso.

Se se trata de um caso ou de outro, só uma análise do princípio pode dizer. Neste momento, contudo, eu gostaria de confessar que não compartilho do ceticismo daqueles que negam ao princípio da proporcionalidade qualquer potência limitadora. Trata-se aqui de um princípio "fraco", porque sua aplicação reclama um sem número de valorações que não são por ele mesmo determinadas; nessa medida, a práxis restritiva do Tribunal Constitucional Alemão corresponde de fato à sua parcial deficiência. Mas esta deficiência

19. A questão jurídico-teórica do potencial de execução do princípio da proporcionalidade tem de ser claramente diferenciada da questão dos limites institucionalmente condicionados da aplicação deste princípio no exame de provas da judicatura constitucional (divisão de poderes, praticabilidade). Muito clara a respeito, *Hörnle*, Verhalten (cit., nota 4), p. 34. Sobre a diferenciação dos aspectos jurídico-teóricos e institucionais do exame de decisões jurídicas, *Neumann*, Wahrheit im Recht, 2004, p. 41 e ss.

não coloca fundamentalmente em questão sua potência argumentativa para a efetiva limitação do direito penal. Eu gostaria, em seguida, de tentar fundamentar ambas essas afirmações. Ao final, discutirei ainda alguns problemas especiais de estrutura do princípio da proporcionalidade que ocupam a ciência e a prática do direito penal.

3. Deficiências estruturais do princípio da proporcionalidade

3.1 A dependência de valoração dos elementos "técnicos" (conveniência, necessidade)

Comecemos pela primeira tese. As deficiências estruturais do princípio da proporcionalidade como um princípio limitador ficam claras na medida em que se submetem seus elementos a uma análise mais rigorosa.

Dos seus três aspectos parciais – conveniência, necessidade, adequação (proporcionalidade em sentido estrito) –, o elemento normativo explícito da "adequação" apresenta evidentemente o maior grau de indeterminação. Mas os pressupostos da conveniência e da necessidade, que parecem empiricamente verificáveis, garantem apenas em primeiro plano uma aplicação segura.

3.1.1 Necessidade

Assim é que, no que toca à necessidade, entra em jogo obrigatoriamente uma valoração, porque ela pressupõe que não esteja disponível um meio mais brando para alcançar o mesmo fim. A questão de se uma medida alternativa, também apta para realizar-se o pretendido fim, leva de fato a um ônus menor para os envolvidos exige uma decisão valorativa e não é passível, também em relação a conseqüências jurídicas penais e não penais, de uma decisão consensual indiscutível.[20]

20. A respeito *Lagodny*, Schranken (cit., nota 2), p. 344 e ss., e p. 365.

É verdade que o Tribunal Constitucional Alemão enfatiza, em contínua jurisprudência, que a pena criminal, no que diz respeito ao juízo de desvaloração a ela acoplado, é a sanção estatal mais fortemente interventiva,[21] o que é defensável, enquanto se destaca o significado simbólico da pena, enquanto se acentua seu caráter de reprovação. Se nos orientarmos pelos sérios interesses de um cidadão moralmente pouco sensível, essa avaliação pode, no entanto, alterar-se. Não se pode de nenhuma forma pressupor que uma terrível indenização, em comparação com uma multa penal, seja, do ponto de vista do envolvido, a alternativa mais branda, ou que rigorosas medidas de vigilância, em comparação com a criminalização de uma conduta, apresente a intervenção menos grave.[22] Por isso, já o elemento da "necessidade" está inevitavelmente carregado de valorações, quanto à disponibilidade de uma alternativa mais branda.

Mas mesmo o campo aparentemente técnico da verificação da necessidade, na decisão sobre se e em que medida existem alternativas à disposição, apresenta dificuldades. Também aqui as valorações são inevitáveis, porque geralmente diferentes meios em diferentes medidas estão aptos para alcançar o resultado pretendido. Além disso, no campo do controle social trata-se em regra de prognoses que se furtam a um juízo confiável. Por isso faz sentido que o Tribunal Constitucional conceda ao legislador um amplo espaço de apreciação ao nível da necessidade.[23]

Acrescenta-se ainda um outro problema ao emprego do princípio da proporcionalidade na criação e formulação de tipos penais. É que a possibilidade de se substituir a penalização de condutas por medidas alternativas depende sobremaneira das funções que se reconhecem à pena estatal. Em termos diretos:

21. Cf. por exemplo BVerfGE 25, 269, 286; 88, 203, 258; 90, 145, 172.

22. Com razão, enfatiza *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, p. 52, que a criação de tipos penais "pode ser mais branda que, por exemplo, o estabelecimento de uma abrangente rede de controle jurídico-administrativa". Em semelhante sentido, *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, p. 406 e ss.

23. Cf. nota 15.

na medida em que se trata de intimidar autores potenciais através da ameaça de sensíveis desvantagens decorrentes da prática do crime, a pena pecuniária pode ser substituída por uma correspondente indenização. Se nos concentrarmos, contudo, no aspecto da estabilização de normas sociais elementares, no sentido da prevenção geral positiva, já não podemos renunciar à reprovação, que se expressa precisamente no ato da punição. Com maior razão, a possibilidade de substituição da pena por medidas alternativas é rejeitada ainda por aqueles que insistem na função de retribuição da pena, no sentido das teorias absolutas. Se, por sua vez, se aceita com o Tribunal Constitucional, quando da aferição da proporcionalidade de uma prescrição penal, a multiplicidade de possíveis fins da pena,[24] dificilmente se pode negar a necessidade de um determinado tipo com a indicação de medidas alternativas.

3.1.2 Conveniência

Problemas análogos surgem na avaliação da conveniência da medida. Com razão a Corte Constitucional se limita, por isso, à verificação de se o meio – concretamente: a ameaça penal – é "pura e simplesmente" inapta para a consecução de sua finalidade.[25] De resto, a decisão sobre a conveniência de uma medida diz respeito mais a uma questão do estado de conhecimento geral da sociedade do que a um problema que poderia ser solucionado com a ajuda da superior competência de juízo de uma instância judicial. Para um tribunal – ainda que conte com aconselhamento técnico –, é difícil contradizer o legislador. A questão da conveniência de uma medida ganha geralmente relevância constitucional prática onde decisões judiciais anteriores parecem questionáveis à luz de novos conhecimentos científicos – um problema de grande e atual relevância para a criminalização no campo das drogas.

24. Ver *Hörnle*, Verhalten (cit., nota 4), p. 28 e s.
25. BVerfGE 47, 109, 117; 71, 206, 217.

3.2 A estrutura valorativa da prova da adequação

3.2.1 O problema dos parâmetros de referência para a prova da adequação

Os problemas de valoração que se propõem na verificação da conveniência e da necessidade de uma intervenção potencializam-se ao terceiro nível – ao nível da prova da adequação ("proibição do excesso", proporcionalidade em sentido estrito). Isto é óbvio enquanto se trata da questão acerca de por qual parâmetro se deve decidir sobre a adequação de uma intervenção.

"Adequado" é um conceito normativo cuja aplicação sempre pressupõe um ato de valoração. Mas já a questão anterior – *a que* a intervenção deve ser adequada – não se responde por si mesma. Formulado geral e mais abstratamente: "adequação" é um conceito relacional de muitos denominadores que, no primeiro momento, exige a identificação de dois fatores operacionais. Já aqui pode ramificar-se o caminho de prova. Porque, enquanto uma intervenção que deve ser avaliada por meio do princípio da proporcionalidade está fixada pela maneira de se colocar o problema, abrem-se freqüentemente para a determinação do parâmetro de referência distintas possibilidades.

Um exemplo claro é a decisão judicial sobre a aplicação da pena.

Se se determina a medida da pena "adequada" pelo critério da gravidade do crime,[26] deixam de ser apreciados alguns aspectos da influência preventiva sobre o autor na aplicação do princípio da proporcionalidade. Se, ao contrário, vê-se, com Franz v. Liszt, a pena justa naquela que é necessária em termos de prevenção,[27]

26. Favorável especialmente *Andrew v. Hirsch*, Doing justice. The choice of punishments, 1986; idem; *Andrew Ashworth*, Proportionate sentencing, 2005; idem, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005, p. 131 e ss.; igualmente *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999. Crítico a essa posição *Ellscheid*, Tatproportionale Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewährung – Bemerkungen zu einem kategorialen Irrweg. In: Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, p. 201.

27. *V. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882). In: _____. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. I, 1905, p. 126 e ss., p. 161.

então precisamente a pena adequada à culpabilidade é tendencialmente a pena desproporcional, porque ela pode perder de vista a medida do exigido preventivamente. A pergunta acima formulada – se o princípio da culpabilidade pode ser substituído sem perdas pelo princípio geral da proporcionalidade – deve, portanto, ser respondida negativamente. É que este princípio está desarmado frente a penas cuja gravidade não é proporcional ao fato cometido, se elas aparecem como intervenções adequadas somente sob a perspectiva da proteção da sociedade.[28] Ao substituir-se o princípio da culpabilidade pelo da proporcionalidade, arrisca-se que a pena privativa de liberdade se transforme numa espécie de medida de segurança de internação e, com isso, caia no remoinho das crescentes demandas sociais por segurança.

3.2.2 O problema do critério da prova da adequação

Esclarecida a questão dos parâmetros de referência, põe-se a do seu critério. Isto é especialmente claro, quando nos movemos do problema da medição das sanções penais para outra questão: em que medida o princípio da proporcionalidade influencia a atividade legislativa quanto à formulação do tipo penal – em que medida, assim, impõe limites à criminalização de tipos de comportamento.

Aqui são previamente dados os parâmetros de referência, seus fatores: trata-se de um determinado tipo de conduta, de um lado, e, do outro, da ameaça – e com isso, potencialmente, da imposição – de uma pena, a qual por sua vez se encontra dentro de uma determinada margem de possíveis sanções.

Também aqui, no entanto, a prova da proporcionalidade não se esgota, de nenhuma forma, no sopesamento comparativo de dois fatores operacionais previamente dados. Proporcionais – ou desproporcionais – são duas grandezas

28. Uma distinção também terminologicamente clara da proporcionalidade na "relação meio-oportunidade" (campo de aplicação do princípio da culpabilidade) e da "proibição do excesso" na "relação meio-fim" (campo de aplicação do princípio da proporcionalidade) encontra-se em *Maurach; Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, t. I, 8. ed. 1999, § 7, n. de margem 14-16 (cf. *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, p. 128).

apenas no que diz respeito a um determinado critério. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto não determina ele mesmo tal critério, é, assim, um princípio puramente formal.

A prova da proporcionalidade pressupõe por conseguinte a indicação de um terceiro parâmetro de referência, um aspecto pelo qual se deve decidir sobre a adequação ou inadequação. Por exemplo: a morte de um ser humano para salvaguardar bens de valores nos casos de legítima defesa ou estado de necessidade não é adequada sob o ponto de vista da proteção de bens. Mas ela bem pode ser adequada, no caso da legítima defesa, sob o ponto de vista da proteção de direitos subjetivos ou da ordem jurídica em si.

"Adequação", no sentido do princípio da proporcionalidade, designa, assim, uma relação não entre dois, mas entre três denominadores. Adequada – ou não adequada – é uma relação entre dois fatores com base num parâmetro de referência e em face de um critério – são três elementos, portanto.

Este critério adicional pode, ao menos em parte, ser previamente definido pela propositura do problema, quer dizer, pela indicação dos fatores que precisam estar numa proporção adequada. É o que acontece na relação entre pena e comportamento punível: resulta da estrutura da instituição social "pena" que seja aferido, na prova da proporcionalidade, se a promulgação de uma lei penal corresponde – de uma forma a ser mais detalhadamente determinada – à gravidade do fato a ser criminalizado (e não, por exemplo, à periculosidade de um determinado grupo de autores). Não pode existir, assim, um tipo penal para manifestantes ou torcedores de futebol "prontos para violência". A pena é, independentemente de por qual teoria se opte, conceitual e institucionalmente, uma lesão de interesses imposta a uma pessoa como reação a um comportamento desaprovado.[29] Diferentemente do que acontece na determinação da medida adequada da pena, aqui, na decisão sobre a criação de um tipo penal, a periculosidade, como a "disposição

29. Mais pormenorizadamente *Hassemer; Neumann*, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Previamente ao § 1, n. de margem 103.

para a violência" do "autor", não interessa. Ninguém pode ser "punido" por sua periculosidade. Isso seria não apenas *inadmissível* por razões do Estado de Direito; já por motivos conceitual-institucionais, é *impossível*. Quem propuser punir alguém por sua periculosidade, não compreende nem o conceito nem a instituição da pena. A pena se refere obrigatoriamente a um determinado comportamento, não a características pessoais ou a disposições comportamentais.

Porém ainda não está determinado, com isso, quais características específicas um comportamento deve apresentar para que sua criminalização seja adequada e não viole o princípio da proporcionalidade. Esta questão tem uma dimensão qualitativa e uma quantitativa. De uma parte, trata-se de critérios que justificam em geral a punibilidade de uma ação, quer dizer: sua danosidade social, sua reprovabilidade, sua aptidão para lesar bens jurídicos alheios. De outra, é preciso dizer em que medida uma ação deve apresentar essa característica, para que possa ser castigada como crime.

A primeira questão pode ser formulada seguindo o conceito material de delito: como um fato se torna "materialmente" um crime, ou seja: quais características de uma ação permitem ou obrigam o legislador a configurá-la como delitiva? Na atual doutrina alemã, se dá fundamentalmente duas respostas a esta questão. Para a teoria do bem jurídico, a criminalização está justificada se e somente se uma ação lesa ou põe em perigo um bem jurídico. Frente a isso, de acordo com uma nova concepção que se distancia expressamente da teoria do bem jurídico, também infrações a normas morais generalizadamente reconhecidas[30] ou a meras normas de comportamento social[31] podem ser ameaçadas com pena.[32]

30. *Frisch*, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003. p. 215, 224 e s., § 2, n. de margem 9.

31. *Stratenwerth*, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Rechtsgutstheorie (cit., nota 23), p. 255 e 257; em semelhante sentido *Hefendehl*, Rechtsgüter (cit., nota 5), p. 52 e ss. e *Hörnle*, Verhalten (cit., nota 4), p. 483.

32. Pormenorizadamente sobre a questão da legitimidade de tipos penais "sem bem jurídico" agora *Hörnle*, Verhalten (cit., nota 4), passim.

Esta discussão só pode ser aventada aqui naquilo em que se contextualiza com o princípio da proporcionalidade no direito penal.[33] Sob este aspecto, trata-se de saber se a teoria do bem jurídico, como crêem alguns críticos, pode ser substituída, em sua função limitadora, pelo princípio da proporcionalidade.[34] Por nossas reflexões até aqui, parece-me que a essa indagação se deve responder negativamente.[35] O princípio da proporcionalidade mostrou-se um princípio puramente formal, a ser acompanhado por critérios materiais para desenvolver uma função de crítica do direito penal. Digamo-lo de outro modo: o critério para a decisão sobre o que é adequado ou inadequado não será fornecido pelo próprio princípio da proporcionalidade. Só se pode decidir sobre a adequação de uma criminalização quando já se sabe quais são as características de um comportamento que justificam a punição – assim, por exemplo, sua reprovabilidade ou sua aptidão para lesar ou pôr em perigo bens jurídicos de terceiros.

Isto significa que o conceito de bem jurídico não pode ser substituído, como crêem alguns de seus críticos, pelo princípio da proporcionalidade, senão, na melhor das hipóteses, por um outro critério material, como, por exemplo, a especial reprovabilidade da ação. No entanto, não se deve ignorar que este último critério, ao qual se recorreu na Alemanha no debate parlamentar sobre a criminalização da posse de pornografia infantil,[36] leva necessariamente à moralização do direito

33. Sobre as razões que, do meu ponto de vista, justificam insistir-se na teoria do bem jurídico, cf. *Ulfrid Neumann*, "Alternativen: keine" – Zur neueren Kritik an der Personalen Rechtsgutslehre. In: _____; *Cornelius Prittwitz* (Org.). "Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht", 2007, p. 85 e ss.

34. Cf. acima nota 4. Favorável a uma integração entre teoria do bem jurídico e princípio da proporcionalidade (teoria jurídico-penal do bem jurídico como concretização da proibição do excesso) *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, p. 163 e ss.

35. Da mesma forma *Ioanna Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, p. 279 e s., p. 288. Crítica em relação à parcialmente reclamada "mudança de paradigma da teoria do bem jurídico para o princípio da proporcionalidade" também *Hörnle* (cit., nota 4), p. 21 e ss.

36. Ver *Staechelin*, Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: *Lüderssen* (Org.). Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, t. I: Legitimationen, 1998, p. 239, inclusive nota 4.

penal. Do meu ponto de vista, num direito penal racional, inserido no Estado de Direito, não há alternativas razoáveis para a teoria do bem jurídico.

O que, por sua vez, significa que a criminalização de uma ação que não lesa nem põe em perigo a nenhum bem jurídico é *sempre* desproporcional, porque a proporcionalidade de uma punição somente pode ser determinada em relação à necessária proteção de bens jurídicos. Se a criminalização serve à proteção de bens jurídicos reconhecidos, a questão da proporcionalidade se decide por critérios quantitativos. Isto vale, em princípio, com relação ao grau de perigo que é causado por uma ação. Um dano marginal à propriedade, como se dá na utilização não autorizada de objetos quotidianos, não exige qualquer reação estatal; bastam as normas do direito civil. O princípio da proporcionalidade opera aqui na forma do princípio da *ultima ratio*, como em sua manifestação como princípio da bagatela: *minima non curat praetor*. Vale também no que se refere à margem penal: uma pena de 30 anos de reclusão para um furto não pode ser vista como adequada por nossos critérios atuais.

Deve-se enfatizar: "por nossos critérios atuais". Naturalmente, os critérios a partir dos quais julgamos a adequação ou inadequação de uma pena não são definitivos para todos os tempos. O sistema de coordenadas, pelo qual unicamente se pode decidir sobre a criminalização de um tipo de comportamento, determina-se em seus traços fundamentais por fatores culturais e históricos, que são passíveis de crítica, mas não de alterações a curto prazo. Numa sociedade em que se prevê como pena para a apostasia a morte na fogueira – um exemplo histórico da Europa medieva[37] –, não ajuda socorrer-se da apelação ao princípio da proporcionalidade, senão apenas do empreendimento de longo prazo que é a luta pela ilustração e contra o fanatismo religioso. Enquanto esta batalha não está ganha, não adianta esperar que surja na sociedade sérias dúvidas sobre a adequação da pena de morte para o "crime" de apostasia.

37. "Aquele cristão ou cristã que não crê (...) deve ser queimado em uma fogueira" ("Welch Christen-Mann oder Weib ungläubig ist (...) die soll man auf einem Scheiterhaufen verbrennen", Sachsenspiegel II. 14. § 7 [trad. de *Sachße*, Heidelberg 1848, na qual se baseia a tradução em língua portuguesa).

A relativa estabilidade desses critérios elementares de punibilidade, que apenas podem alterar-se no contexto da espaçada transformação da visão social de mundo, significa, por outro lado, que sua mutabilidade histórica não impede que se recorra a eles com sucesso em determinado tempo e numa determinada sociedade. É que, para cada tempo e em cada sociedade, eles são encarados como obrigatórios, não como contingentes e mutáveis. Quer dizer: da perspectiva externa do sociólogo e do historiador, estes critérios são fatos históricos variáveis; da perspectiva interna da sociedade, pautas normativas obrigatórias.

Entretanto, também da perspectiva interna da sociedade, além dos "grandes fatores" dominantes, resta espaço para diferentes sistemas de referência, que são fixados através de fins alternativos da pena e distintos conceitos de delito. Só dentro destes sistemas mais estreitos é que podem adquirir importância critérios através dos quais se poderá decidir sobre a adequação ou inadequação de criminalizações.[38]

Mas mesmo tais critérios permitem apenas juízos parcialmente categóricos, em grande medida eles se restringem à formulação de relações comparativas. Por isso se pode, sobre a base da teoria do bem jurídico, repudiar um tipo penal que não se identifica pela referência a um bem jurídico reconhecido. Mas a pergunta sobre o quanto a liberdade pode ser limitada para a proteção de um bem jurídico reconhe-

38. Essa dependência do sistema fundamental de coordenadas da sociedade compartilha o princípio da proporcionalidade com a teoria do bem jurídico. Assim como, no tempo do aparecimento do *Sachsenspiegel*, não se teria podido fazer valer, com perspectiva de sucesso, a desproporcionalidade da pena de morte para o "delito" de apostasia, tampouco teria adiantado uma crítica ao próprio tipo penal a partir de considerações relativas ao bem jurídico. Neste passo é também correto afirmar que a reforma dos delitos sexuais nos anos 60 do século XX, freqüentemente tratada como resultado da teoria do bem jurídico, deve ser atribuída à mudança da concepção moral da sociedade (*Frisch*, Rechtsgut [cit., nota 30], p. 218 e ss.; idem, An den Grenzen des Strafrechts. In: Festschrift für Walter Stree/Johannes Wessels, 1993, p. 69 e 72). Incorreto, por outro lado, é afirmar que essa reforma não poderia, por isso, ser (também) atribuída à teoria do bem jurídico (assim *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte, 2000, p. 227). Reformas sociais se efetuam não como acontecimentos naturais, mas tem de ser iniciadas e implementadas com argumentos. É nessa medida que coube à teoria do bem jurídico um papel importante na reforma do direito penal sexual. Formulado genericamente: o fato de que argumentos só podem ser bem-sucedidos se apresentados num clima social aberto não torna supérfluas as argumentações.

cido só pode ser respondida através da indicação de critérios de relevância e relações comparativas. Grosso modo, pode-se dizer: quanto mais importante e vulnerável um bem jurídico, mais facilmente se justifica antecipar sua proteção jurídico-penal para o campo de sua colocação em perigo. Para a discussão das várias "técnicas de proteção", uma a uma, a teoria do bem jurídico reclama sua complementação por uma teoria das estruturas do delito, como se tem empreendido nos últimos anos.[39]

4. O princípio da proporcionalidade como modelo crítico de argumentação

Quando neste ponto perguntamos em que medida se pode avaliar a capacidade do princípio da proporcionalidade como limitador do direito penal, o balanço resulta inicialmente bastante moderado. Trata-se, conforme diagnosticamos, de um princípio fraco, no que diz respeito a seus pressupostos, porque reclama uma pluralidade de valorações que não podem ser por ele mesmo determinadas. Neste sentido, justifica-se o difundido ceticismo em face de sua capacidade como limitador da atividade legislativa. Ele não põe à disposição qualquer mecanismo apto a conter leis penais, de acordo com o direito constitucional ou princípios gerais de direito, na medida adequada.

O que tampouco, sendo realistas, se pode dele exigir. Princípios jurídicos não são guilhotinas, mas argumentos, que podem ser colocados em campo a favor ou contra determinadas regulamentações. Sob este aspecto, a eficiência do princípio merece outro julgamento. Ele fornece um modelo argumentativo com o qual a crítica jurídico-política a uma regulamentação penal pode ser transformada em relevante veredicto jurídico-positivo. Nesta função, é um forte aliado de um direito penal liberal, porque dificilmente permite a ponderação com contra-argumentos. O argumento da desproporcionalidade de uma intervenção é, normalmente, um

39. Ver especialmente *Wohlers*, Deliktstypen (cit., nota 38); idem, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur. In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2002, p. 15.

argumento vencedor – é má a estratégia de reconhecer a desproporcionalidade de uma desejada intervenção e apostar na preponderância de contra-argumentos. Diferentemente, por exemplo, do argumento da conveniência, o princípio da proporcionalidade dificilmente dá oportunidade para argumentações contrárias. Contra a afirmação da inconveniência de uma decisão se pode objetar que tal decisão é exigível por razões de justiça, e vice-versa. Para o princípio da proporcionalidade, semelhante argumento opositivo não entra em discussão. Uma intervenção desproporcional já não pode ser justificada.

Isto seria na prática pouco útil, se os pressupostos de sua aplicação pudessem ser arbitrariamente fixados. Mas, apesar da debilidade estrutural do princípio, não é o caso. Argumentações não se realizam num espaço lógico vazio, senão em discursos concretos, estabelecidos através de uma multiplicidade de premissas comuns. Neste cenário, a questão da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade é uma questão de plausibilidade da argumentação concreta. Se estamos de acordo que determinadas penas seriam desproporcionais para determinadas ações, temos com isso um ponto de partida para avançar também em julgamentos controvertidos. Quer dizer: o princípio da proporcionalidade cria possibilidades de argumentação – e assim também possibilidades de consenso –, que, sem ele, não estariam disponíveis. Mesmo os céticos, provavelmente, não estariam preparados para simplesmente eliminá-lo do conjunto de normas constitucionais ou dos princípios gerais de direito.

As possibilidades argumentativas que o princípio da proporcionalidade pode abrir *in concreto* mostram-se, por exemplo, na discussão sobre se ainda é proporcional criminalizar a mera posse de drogas (para consumo próprio). Isto iria pressupor, ao primeiro nível da prova da proporcionalidade, que a criminalização da mera posse de drogas estivesse *apta* a alcançar a finalidade com ela pretendida.[40] Mas a finalidade das normas penais, conforme expusemos, é a proteção de bens

40. Sobre isso e o que segue, *Anastasopoulou* (cit., nota 35), p. 212 e 288.

jurídicos reconhecidos. Aqui entra em consideração o bem jurídico saúde. Na maioria dos ordenamentos jurídicos, admite-se que tal bem jurídico não sofre proteção quando exposto a perigo por responsabilidade de seu próprio titular. Não fosse assim, a prática de esportes como alpinismo ou a participação em corridas de automóvel teria de ser proibida e penalizada. O Tribunal Constitucional Alemão, como parte da literatura científica, concentra-se, por isso, não na colocação em perigo da saúde individual, mas da "saúde pública".[41] Trata-se, evidentemente, de um argumento fraco. Porque essa assim chamada saúde pública não é uma entidade em si mesma, mas apenas uma designação resumida para o estado de saúde de todos os indivíduos particulares. Se o indivíduo tem o direito de dispor de sua saúde, não o pode impedir a circunstância de que seu estado de saúde entre, estatisticamente, numa grandeza coletiva denominada "saúde pública". Para expressá-lo de outra forma: assim como não se pode punir um "autor" que, enfurecido por seguidas falhas, quebra seu computador, alegando que ele coloca em perigo o "patrimônio público", tampouco pode ser punida a posse de drogas para consumo próprio por colocar em perigo a "saúde pública". Houvera o Tribunal Constitucional argumentado corretamente em sua decisão sobre a posse de *cannabis*, teria declarado a inconstitucionalidade do correspondente tipo penal.

O exemplo demonstra que o princípio da proporcionalidade, em que pese a suas deficiências estruturais, não é um tigre sem dentes. Ele pode contribuir decisivamente para uma limitação eficaz do direito penal. Isto apenas, naturalmente, se a sociedade estiver preparada para aceitá-lo em tal função. Mas este é um destino que ele comparte com todos os princípios jurídicos.

5. Bibliografia

Andrew v. Hirsch; Andrew Ashworth. Proportionate sentencing, 2005.

_____. Doing justice. The choice of punishments, 1986.

41. BVerfGE 90, 145. Crítica correta, por exemplo, em *Anastasopoulou* (cit., nota 35), p. 212 e 288.

_____. Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005.

Appel. Verfassung und Strafe, 1998.

Bunzel. Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003.

Ellscheid. Tatproportionale Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewährung – Bemerkungen zu einem kategorialen Irrweg. In: Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001.

Frisch. An den Grenzen des Strafrechts. In: Festschrift für Walter Stree/Johannes Wessels, 1993.

_____. Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003.

Hassemer. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe. In: *Andrew v. Hirsch; Kurt Seelmann; Wolfgang Wohlers.* Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006.

_____; *Neumann.* Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch.

Hefendehl. Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.

Hörnle. Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005.

_____. Tatproportionale Strafzumessung, 1999.

Ioanna Anastasopoulou. Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005.

Isensee. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: *Isensee; Kirchhof.* Handbuch des Staatsrechts, t. V, 1992.

Krüger. Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000.

Kutscher; Ress; Teitgen; Ermacora; Ubetrazzi. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, 1985.

Lagodny. Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996.

Maurach; Zipf. Strafrecht Allgemeiner Teil, t. I, 8. ed., 1999.

Neumann. Wahrheit im Recht, 2004.

Prittwitz. Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? *Ultima ratio*? In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Org.). Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995.

Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil, t. I, 4. ed., 2006.

Sachsenspiegel II. 14. § 7, trad. de *Sachße*, Heidelberg, 1848.

Schünemann. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003.

Staechelin. Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: *Lüderssen* (Org.). Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, t. I: Legitimationen, 1998.

_____. Laßt sich das "Untermaßverbot" mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren? In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Org.). Vom unmögliche Zustand des Strafrechts, 1995.

_____. Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998.

Sternberg-Lieben. Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003.

Stratenwerth. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter. In: *Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers* (Org.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003.

Tiedemann. Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991.

Ulfrid Neumann. "Alternativen: keine" – Zur neueren Kritik an der Personalen Rechtsgutslehre. In: _____; *Cornelius Prittwitz* (Org.). "Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht", 2007.

V.Arnauld. Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Juristiche Zeitung 2000.

V. Liszt. Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882). In: _____. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. I, 1905.

Vogel. Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, StV 1996.

Weigend. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze der staatlichen Strafgewalt. In: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999.

Wohlers. Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur. In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2002.

_____. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte, 2000.

2. Processo Penal

Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos

Ela Wiecko V. de Castilho
Subprocuradora-geral da República.
Professora de Direito Penal e Criminologia da UNB.
Doutora em Direito pela UFSC. Lidera o Grupo de Pesquisa "Sociedade, Sistema de Justiça e Controle Penal" registrado na Plataforma do CNPq.

Resumo: O artigo, depois de mostrar o crescente número de pessoas condenadas em países nos quais são estrangeiros e que devem cumprir pena privativa de liberdade, descreve o regime jurídico brasileiro de transferência dessas pessoas para seus países de nacionalidade. Trata da transferência de presos, como uma das espécies da execução de sentença penal estrangeira, forma de cooperação penal entre os Estados. São examinados o fundamento, finalidade, conceito, objeto, limitações, efeitos e procedimento dos dez atos internacionais em vigor no Brasil.

Palavras-chave: Cooperação penal internacional – Execução de sentença penal estrangeira – Transferência de pessoas condenadas – Transferência de presos.

Abstract: The article, after showing the growing number of people sentenced in foreign countries having to comply with prison sentences, describes the transfer of these people under the Brazilian legal system to their country of citizenship. It discusses prisoners' transfer, as one of the modalities of execution of foreign criminal sentences, a way of cooperation in criminal matters between the States.

The basis, purpose, concept, object, limitations, effect and procedure of the ten international acts in effect in Brazil.

Keywords: International cooperation in criminal matters – Execution of foreign criminal sentence – Transfer of sentenced people – Transfer of prisoners.

Sumário: Introdução – 1. Transferência de execução de sentença penal – 2. Presos(as) estrangeiros(as) no Brasil – 3. Presos brasileiros no exterior – 4. Os tratados em vigor no Brasil – 5. O regime jurídico brasileiro da transferência de pessoas condenadas: 5.1 Fundamento formal; 5.2 Fundamento material; 5.3 Finalidade; 5.4 Conceito; 5.5 Objeto; 5.6 Condições; 5.7 Limitações; 5.8 Efeito; 5.9 Procedimento – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal; Internacional; Processo penal

Introdução

Durante quase 500 anos, da época de Grotius até o século XX, a cooperação entre os Estados em matéria penal consistiu fundamentalmente na extradição.

Mas, nos últimos 50 anos o cenário se transformou para acolher um número crescente de novos instrumentos e formas ou modalidades de cooperação.

BASSIOUNI (2004, p. 411) refere oito formas de cooperação penal entre Estados, a saber: extradição, assistência jurídica, execução de sentença penal estrangeira, homologação de sentença penal estrangeira, transferência de procedimento criminal, bloqueio e seqüestro de produtos derivados de crime, troca de informação de inteligência e do direito aplicável, espaços judiciais regionais e sub-regionais. Por sua vez, SOUZA (2001, p. 138) enumera cinco formas, com base na legislação portuguesa: extradição, transmissão de processo penal, execução de sentença penal estrangeira, vigilância de pessoa condenada ou libertada condicionalmente, auxílio geral, compreendendo a notificação de documento, a notificação para comparecimento, a entrega temporária de preso, o envio de objeto, valor, documento ou

processo, diligência para averiguar produtos do crime, informação sobre o direito aplicável, informação relativa a antecedentes penais, informação sobre sentenças penais.

Uma das formas menos utilizadas é a transferência de pessoas condenadas em um país para cumprir pena em outro, uma espécie da execução de sentença penal estrangeira. Foi utilizada no mundo, pela primeira vez, em 1951.

No Brasil a transferência de pessoas condenadas que estavam cumprindo pena privativa de liberdade ocorreu, pela primeira vez, em 2002.

É, portanto, um tema novo, pouco conhecido, que tende a suscitar questões de natureza política e jurídica. A facilidade de trânsito das pessoas no mundo globalizado aumentou a possibilidade de cometimento de crimes em um país por nacionais de outro país.

O número de presos e presas estrangeiros no Brasil e de brasileiros e brasileiras presos no exterior está aumentando. A par da criminalização ocorre igualmente o aumento da vitimização de nacionais brasileiros em outros países, principalmente no contexto do tráfico para fins de exploração sexual e do contrabando de migrantes.

Casos enquadrados nessas três situações têm sido levados ao conhecimento da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do Ministério Público Federal. Exigem esforços de cooperação entre Estados para permitir o cumprimento da pena em países diferentes daquele onde se deu a condenação ou o retorno ao país de origem sob proteção. No que diz respeito aos primeiros, trata-se do instituto conhecido como transferência de presos, sendo a melhor denominação a de transferência de pessoas condenadas. No que se refere às vítimas de crime, a resposta de cooperação não encontra ainda um instituto jurídico configurado.

Esta exposição objetiva apresentar os tratados[1] em vigor sobre transferência de pessoas condenadas, para disseminar o conhecimento sobre os princípios que regem essa modalidade de cooperação bem como os requisitos para

1. A expressão abrange tratados em sentido estrito e acordos.

sua concessão, a fim de incentivar a sua utilização. Vale ressaltar que todos os tratados firmados pelo Brasil contém a cláusula segundo a qual as autoridades competentes das Partes informarão a todo preso nacional da outra Parte sobre a possibilidade da aplicação do tratado e sobre as conseqüências jurídicas derivadas de sua transferência.

1. Transferência de execução de sentença penal

A execução de sentença penal estrangeira é uma modalidade recente de cooperação internacional. No espaço europeu abrange situações fáticas diversas, como a transmissão da execução penal a outro país onde o condenado se encontra ou a transferência da execução penal a outro país para onde o condenado é entregue. A presente análise está restrita à execução que exige a transferência de pessoa condenada em um país para cumprir pena em outro.

Conforme levantamento realizado por GUEIROS (2007, p.266) o primeiro tratado específico sobre transferência de presos civis foi celebrado entre Líbano e Síria, em 1951. Em 1963, foi firmado o Acordo de Cooperação entre Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia e Dinamarca. Em 1977, os Estados Unidos celebraram tratados de transferência de presos com o México e com o Canadá.

No âmbito das Nações Unidas o tema entrou na pauta do 5.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente em Genebra (1975), ocasião em que foi apresentado estudo realizado pela Associação Internacional de Ajuda ao Preso. O Congresso seguinte, em Caracas (1980) aprovou Resolução determinando fosse elaborado um modelo de acordo para a transferência de presos, a ser submetido à Assembléia-Geral das Nações Unidas.

Segundo BASSIOUNI (2004, p. 433) e GUEIROS (2007, p. 267), a difusão internacional do instituto ocorreu a partir da Convenção Européia sobre a Transferência de Pessoas Condenadas (Estrasburgo, 21.03.1983). Além dos

Estados integrantes do Conselho da Europa, aderiram outros países, entre eles Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Chile, Costa Rica, Panamá, Trinidad-Tobago, Turquia, Israel e Tonga.

Um contexto específico facilitou essa difusão. Em primeiro lugar, a forte migração de trabalhadores estrangeiros em busca de trabalho nos países do então Mercado Comum Europeu criou um fato antes inexistente: a presença de estrangeiros em número significativo na população prisional.

Em segundo lugar, na mesma época, jovens americanos viajavam pelo mundo em busca de drogas. Em conseqüência, um grupo significativo de americanos acabou sendo preso em países como México, Canadá, Turquia e Países-Baixos. O governo americano, após intensa pressão de familiares de presos no estrangeiro, em especial no México, da imprensa e do congresso norte-americano, firmou acordos bilaterais com aqueles países e aderiu à Convenção de Estrasburgo.

2. Presos(as) estrangeiros(as) no Brasil

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2007, p. 46-47 e 44), em 04.12.2006, havia um total de 2.070 presos estrangeiros no país, sendo 1.717 homens e 353 mulheres. O total geral de presos no sistema penitenciário (estabelecimentos de regime fechado, semi-aberto, aberto, de medida de segurança) e nas delegacias de polícia era de 401.236. Percentualmente, os presos estrangeiros correspondem a 0,51% do total de presos.

Os estados com maior número de presos estrangeiros são, em 1.º lugar, São Paulo, com 1.077 (883 homens e 194 mulheres); em 2.º, Mato Grosso do Sul, com 335 (249 homens e 86 mulheres); em 3.º, Paraná, com 105 (98 homens e 7 mulheres); em 4.º, Rio de Janeiro, com 99 (83 homens e 16 mulheres), seguidos do Rio Grande do Sul, Acre, Amazonas, Mato Grosso e Santa Catarina. Nos demais estados o número é insignificante.

No mês de junho de 2007, no estado de São Paulo, já eram 1.487, sendo 1.125 homens e 362 mulheres. E o total geral de presos no país passara a 419.551. (BRASIL, 2007)

Embora a percentagem dos presos estrangeiros seja pequena, impressiona a evolução crescente do número geral de presos (cerca de 19 mil em seis meses). Observa-se que, em São Paulo, o número total de presos estrangeiros diminuiu, mas aumentou o segmento feminino.

3. Presos brasileiros no exterior

Relatório consular do ano de 2006, disponibilizado à autora pelo Departamento das Comunidades Brasileiras no Exterior do Ministério das Relações Exteriores, totaliza 3.950 presos, num universo de 2.971.872 brasileiros no exterior que abrange aqueles em situação migratória irregular e regular. Equivale a um percentual de 0,13%. Os países com maior número de brasileiros presos são os Estados Unidos (1531), Espanha (470), Japão (412), Portugal (239), Paraguai (197), Guiana Francesa (140), Itália (103), Argentina (96) e Venezuela (90). Segundo pesquisa de GUEIROS (2007, p. 260), em 2000 eram 1.372 presos, num total de 1.887.893 brasileiros no exterior. Equivalia a um percentual de 0,07 %.

4. Os tratados em vigor no Brasil

No Brasil, o interesse acerca do tema da transferência de presos estrangeiros para os seus países começou com o rumoroso caso da extorsão mediante seqüestro de Abílio dos Santos Diniz, ocorrido em dezembro de 1989. O crime foi praticado por um grupo de pessoas que, à exceção de um brasileiro, eram todas estrangeiras (dois argentinos, cinco chilenos, dois canadenses). No curso da execução penal foram celebrados tratados com o Canadá (1992), Argentina (1998) e Chile (1998), vindo a permitir a transferência dos estrangeiros para os seus países de origem a fim de lá continuarem o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Atualmente, estão em vigor para o Brasil Tratados de Transferência de Pessoas Condenadas celebrados com dez países):[2] Canadá (1993), Chile (1998), Espanha (1998), Argentina (1998), Bolívia (1999), Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (2000), Paraguai (2002), Peru (2003), Portugal (2006). Faz parte também de um acordo multilateral: a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (2001), que inclui Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai e Venezuela. Esta convenção não restringe os tratados bilaterais firmados com o Canadá, Chile e Paraguai, consoante o disposto no seu art. XII.

Estão pendentes de aprovação legislativa tratados com Angola (2005), Suriname ((2005) Moçambique (2007) e Panamá (2007).[3]

Negociações estão em trâmite com o Equador, Benin, Ucrânia e Itália.

Em 2005 foram transferidos para cumprir pena no Brasil oito brasileiros: dois condenados na Argentina e seis na Espanha. Do Brasil foram transferidos cinco canadenses, cinco chilenos e um inglês. (GUEIROS, 2007, p. 261)

De acordo com informações prestadas à autora pela Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, em 2006 obtiveram transferência para cumprir pena no Brasil três brasileiros: dois condenados na Espanha e um na Inglaterra. Do Brasil foram transferidos para seus respectivos países: um espanhol, um inglês, um paraguaio e um argentino.

Até junho de 2007 houve a transferência de três espanhóis, do Brasil para a Espanha.

Segundo informações obtidas por GUEIROS (2007, p. 260), no Ministério da Justiça tramitavam, em 2005, aproximadamente 120 pedidos de transferência, sendo cerca de 70 deles de pedidos para o exterior e 50 no sentido inverso.

As condenações, majoritariamente, se referem a tráfico de drogas.

2. A referência é do ano em que o tratado entrou em vigor para o Brasil.
3. Ano de assinatura.

5. O regime jurídico brasileiro da transferência de pessoas condenadas

5.1 Fundamento formal

Não há lei no Brasil que regule a cooperação internacional na transferência de pessoas condenadas. O Código Penal no art. 9.º prevê a homologação de sentença estrangeira para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e outros efeitos civis, e a sujeitá-lo a medida de segurança. Portanto, não contempla a hipótese de homologação de sentença estrangeira para o cumprimento de pena no Brasil.

A transferência de execução de sentença penal estrangeira pressupõe obrigatoriamente que um Estado possa executar a sentença penal de outro Estado. Sendo a sentença penal manifestação muito forte da soberania estatal, todos os países relutam em admitir a eficácia da sentença penal estrangeira em seus territórios. Por isso a fórmula do art. 9.º é usual a todos os países. Para contornar o impedimento BASSIOUNI e outros autores (2004, p. 433) desenvolveram a teoria de que a execução de uma sentença penal estrangeira tem natureza administrativa, ou seja, não implica no reconhecimento do juízo penal. O raciocínio parte de uma ficção legal que separa a execução da sentença do reconhecimento do julgamento penal que deu causa à sentença.

Para o país que transfere o preso (denominado de Estado remetente, sentenciador ou da condenação) é mais fácil admitir a natureza administrativa. O mesmo não ocorre para o país que o recebe (denominado de Estado recebedor ou receptor).

Os países europeus aceitaram a proposição. Mesmo porque já existe a Convenção Européia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais, celebrada em Haia, em 28.05.1970. Os Estados Unidos também aceitaram, sob condição de que a pessoa, para ser transferida, declare explicitamente que os seus direitos constitucionais foram respeitados no julgamento. Essa condição, de certa maneira,

é igualmente uma ficção legal, pois a pessoa transferida está, na maioria das vezes, sob condições tão ruins e tão desejosa de retornar ao país natal que não lhe interessa argüir violações de direitos.

No Brasil, a questão foi examinada por ARAÚJO JR. (1995, p. 111), que defendeu a necessidade da prévia homologação da sentença penal estrangeira, cujo trâmite, à época, se realizava perante o Supremo Tribunal Federal. Não entendia como uma sentença condenatória prolatada no estrangeiro pudesse dar causa a instauração de um juízo executório penal, sem passar por um juízo de delibação para os ajustes necessários à legislação nacional, ainda que sem qualquer indagação de mérito.

O governo brasileiro, porém, considera dispensável a homologação, vez que, ao contrário da extradição, a transferência só se consuma se houver concordância da pessoa a ser transferida. Avalia a transferência como uma questão administrativa da execução. Reporta-se a parecer do Ministério Público Federal, que teria se manifestado pela constitucionalidade dos tratados de transferência. Este parecer não foi apresentado pelo Ministério da Justiça, nem localizado no sistema de informações do Ministério Público Federal. Ao contrário, foi localizado parecer, da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida (BRASIL, 2001), no sentido da indispensabilidade da prévia homologação.

GUEIROS (2007, p. 290), que já perfilhou o entendimento de Araújo Jr., defende hoje a desnecessidade de homologação, argumentando que os tratados têm força de lei, alterando, pois, o Código Penal, e que essa espécie de tratados versa sobre direitos humanos, podendo alcançar o *status* de emenda constitucional se aprovados com o *quorum* especial. Refere ainda o entendimento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, segundo a qual, ao se exigir a homologação judicial, estar-se-ia diante do instituto da execução de sentença condenatória estrangeira e não daquele da transferência de pessoa condenada.

A meu ver, porém, a transferência internacional de pessoa condenada implica na transferência da execução penal. Execução penal válida supõe o reconhecimento

de uma sentença penal. Ademais, não é uma fase meramente administrativa. Trata-se, pois, de uma questão muito pouco debatida que, mais cedo ou mais tarde, virá a ser submetida ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, no que diz respeito à falta de previsão no Código Penal isso não representa qualquer empecilho. O fundamento formal para a transferência de presos estrangeiros do Brasil para outros países e de presos brasileiros no exterior para o Brasil são os tratados internacionais, enquanto não houver alteração legislativa do art. 9.º ou a edição de uma lei geral de cooperação jurídica internacional, a exemplo das leis da Suíça e de Portugal. Vale ressaltar que essas leis não excluem regras específicas de tratados bem como incorporam regras já consolidadas pelo direito internacional dos tratados.

ARAUJO JR. (1995, p. 112) aponta os dois sistemas de homologação de sentenças penais estrangeiras. O primeiro, da nacionalização da decisão, importa em que a sentença, uma vez homologada, "passa a ser considerada como se fora prolatada por um juiz nacional de primeira instância, segundo a lei do País." Permite a modificação do mérito do julgado, no Estado recebedor, através de recursos ou da revisão criminal. O segundo sistema, chamado de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira, considera a sentença estrangeira um fato jurídico histórico. Em conseqüência, o País que executa a sentença não pode alterar o conteúdo, entretanto "o processo de execução se desenvolverá segundo o que estabelecer a lei nacional."

Os tratados celebrados pelo Brasil, como se verá adiante, adotam o sistema de aplicação indireta, com muitas limitações à aplicação de institutos da execução penal.

5.2 Fundamento material

GUEIROS (2007, p. 256-258) arrola quatro fundamentos para o instituto: (i) custo financeiro da gestão da população prisional estrangeira; (ii) irracionalidade da execução penal dirigida ao preso estrangeiro, cuja finalidade é a reinserção

social do condenado, se, ao final, ele é expulso para o seu país de origem; (iii) o Estado deve assumir a tarefa de execução da pena de seu nacional, pois faz parte da responsabilidade pela violação da ordem jurídico-penal de outro Estado; (iv) princípio da humanidade, que exige minorar o sofrimento de quem se encontra encarcerado e distante de seu círculo familiar e cultural.

5.3 Finalidade

A transferência visa fomentar a cooperação mútua em matéria penal (Bolívia, Portugal, Convenção Interamericana), a boa administração da justiça (Portugal e Convenção Interamericana), mas, sobretudo, promover ou facilitar a reabilitação social da pessoa condenada. Alguns tratados utilizam o termo reinserção social (Argentina, Bolívia e Portugal).

5.4 Conceito

Ato bilateral internacional discricionário, condicionado ao consentimento da pessoa transferida. Não há obrigação de transferência, mas apenas o dever de analisar pedidos de transferência. Todos os tratados ou acordos firmados pelo Brasil contêm cláusula esclarecendo que a transferência é ato discricionário dos Estados remetente e recebedor. Entretanto, é reconhecido o direito de o preso estrangeiro pleitear a transferência. Os Estados poderão considerar, entre outros fatores, a possibilidade de a transferência contribuir para a sua reabilitação social, a gravidade do crime, os antecedentes penais, o estado de saúde, os vínculos familiares, sociais ou de outra natureza com o Estado remetente e recebedor. Todos os tratados determinam que, se um dos Estados não aprovar a transferência, deverá informar "imediatamente" ou "sem demora" a decisão. Alguns explicitam que poderão apresentar ou não o motivo.

A literatura produzida no largo período de tempo em que predominou a extradição como único instrumento de cooperação penal internacional condiciona

os demais instrumentos. Portanto, a racionalidade que preside aquele instituto se aplica a este. Centra-se na idéia do *aut dedere aut judicare*.

Os atos internacionais em exame não seguem um modelo padrão, mas seu conteúdo é muito semelhante. A seguir serão destacados alguns pontos.

5.5 Objeto

Em todos os tratados o objeto da transferência é o cumprimento da pena privativa de liberdade. Daí a terminologia ainda prevalente de "transferência de presos". Entretanto, compreendem também vigilância, liberdade condicional, antecipada ou vigiada, condenação condicional (Bolívia); suspensão condicional da pena e liberdade condicional, antecipada ou vigiada (Argentina); suspensão condicional da pena, liberdade condicional ou regime em meio aberto (Paraguai); execução condicional, liberdade vigiada e outras formas de supervisão sem detenção (Convenção Interamericana); medida de segurança para inimputáveis (Peru, Portugal e Convenção Interamericana); vigilância ou outras medidas aplicadas a menores infratores (Canadá, Chile, Espanha, Bolívia, Argentina, Convenção Interamericana), medida privativa aplicada a menores infratores (Paraguai).

A Convenção Interamericana e os tratados com a Argentina, Bolívia e Peru vedam expressamente a transferência para cumprimento da pena de morte. Todavia, quanto aos outros, a interpretação das regras de cada tratado leva à conclusão de que só se referem a cumprimento de pena privativa de liberdade. Quanto a prisão perpétua os tratados com o Canadá, Reino Unido, Portugal e com a Espanha consignam a regra de que a pena deve ter duração exeqüível no Estado recebedor ou deve poder ser convertida, pelas autoridades competentes do Estado recebedor, a uma duração exeqüível nesse Estado. Os tratados com a Bolívia e com a Argentina exigem que a pena tenha duração determinada. A ausência de regra expressa nos outros Estados é resolvida pelo requisito da não contrariedade à ordem jurídica do Estado recebedor, que poderá negar a transferência ou condicioná-la à comutação.

5.6 *Condições*

De modo geral os tratados celebrados pelo Brasil contemplam, implícita ou explicitamente, sete condições: (i) *Nacionalidade da pessoa condenada correspondente ao Estado recebedor.* A nacionalidade é aferida de acordo com o conceito estabelecido na Constituição e nas leis de cada país. Os tratados com Portugal e Reino Unido apresentam a peculiaridade de admitir a transferência de qualquer pessoa, desde que tenha residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra Parte capaz de justificar a transferência. (ii) *Trânsito em julgado da sentença.* (iii) *Suficiente lapso de pena pendente de cumprimento*, aferido no momento da solicitação. O mínimo aceito comumente é seis meses, o que pode inviabilizar a transferência face a demora do procedimento. Os tratados com o Canadá e com a Espanha se referem a uma duração exeqüível, o do Paraguai exige 12 meses, salvo razões excepcionais, os da Argentina e Bolívia, um ano. (iv) *Consentimento voluntário da pessoa condenada*, que deve ser previamente informada das conseqüências jurídicas da transferência e concordar expressamente por escrito. No caso de menores ou de inimputáveis, o documento deve ser subscrito pelo representante legal. Antes de ser efetuada a transferência o Estado recebedor pode verificar, por meio de funcionário designado, se o consentimento se fez de modo regular. A revogação do consentimento só está prevista no tratado com o Chile, até antes da aceitação da transferência pelos dois Estados. (v) *Dupla incriminação do fato como crime.* Não se levam em conta as diferenças de denominação e as que não afetam a natureza do crime. (vi) *Conformidade com a ordem jurídica do Estado receptor.* (vii) *Concordância dos Estados Partes com a transferência.*

O tratado com a Argentina exige a condição adicional de que o preso tenha reparado os danos causados à vítima, se lhe era possível. O tratado com a Bolívia faz depender do pagamento de multas, custas judiciais, reparação cível ou condenação pecuniária de qualquer natureza, ou que garanta seu pagamento de forma satisfatória. O tratado com o Paraguai segue igual regra acrescentando a

comprovação de inexistência de trâmite de demanda por indenização na jurisdição civil bem como excetuando o preso que comprove a sua absoluta insolvência.

5.7 Limitações

Cláusula comum a todos os tratados é a de que a pessoa transferida não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado recebedor pelo mesmo crime que motivou a sentença. Entende-se que poderá sê-lo por outro.

Os tratados com o Canadá, Chile e Espanha explicitam que o preso transferido não será privado de nenhum direito em virtude da legislação do Estado recebedor, salvo quando suscitado pela própria imposição da pena.

A pena será cumprida de acordo com as leis e procedimentos do Estado recebedor. É indiscutível que o Estado recebedor não pode agravar a pena ou prolongar a sua duração. Mas os Estados remetentes se preocupam com as modificações que alteram a duração da pena ou seu regime para que a transferência não se transforme numa válvula de escape à punição. Por isso, o Brasil opôs reserva a possibilidade de redução de períodos de prisão ou do cumprimento alternativo da pena, conforme facultado pelo art. VII, 2, da Convenção Interamericana. Todavia, pelos tratados com a Bolívia e Argentina o Estado Recebedor pode outorgar e revogar a liberdade condicional, antecipada ou vigiada. O tratado com o Paraguai admite também a mudança de regime da pena privativa de liberdade.

Todos os tratados estabelecem que apenas o Estado sentenciador pode proceder à revisão da sentença condenatória. O tratado com o Peru acrescenta a modificação, cancelamento, indulto, anistia ou graça; o tratado com o Reino Unido a modificação ou reforma, redução, comutação, extinção; os tratados com o Chile, Espanha, Bolívia e Argentina, indulto, anistia ou comutação; os tratados com a Bolívia e Argentina ainda anulação, modificação, perdão ou tornar sem efeito; o tratado com o Paraguai anulação, modificação ou tornar sem efeito; o tratado com o Canadá perdão e anistia.

5.8 Efeito

Suspende a execução da pena no Estado sentenciador. Mas o Estado recebedor não poderá continuar executando a pena no caso em que o Estado remetente considerá-la cumprida. A dinâmica da execução exige que os dois Estados mantenham intercâmbio constante de informações.

5.9 Procedimento

Quanto ao procedimento há dois tipos: transferência passiva (a do estrangeiro condenado no Brasil que quer ser transferido para seu país) e transferência ativa (a do brasileiro condenado no exterior que quer ser transferido para o Brasil).

O procedimento se desenvolve na Secretaria Nacional de Justiça/Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, indicado nos tratados como a autoridade central brasileira. Na maioria dos países com que o Brasil celebrou tratados é igualmente o Ministério da Justiça a autoridade central. De qualquer modo, sempre intervém a autoridade diplomática. A transferência passiva tem início com a solicitação, em regra por Nota Verbal, formulada por embaixada, de ofício ou decorrente de pedido do estrangeiro preso ou de seu familiar. A seguir, comunica-se ao juízo da execução penal, solicitando os documentos necessários. Depois de traduzidos são encaminhados à Embaixada do país recebedor. Se houver concordância são ultimados atos administrativos no âmbito do Ministério da Justiça e contatada novamente a embaixada para apresentar compromisso de respeito aos termos da transferência. A Polícia Federal encarrega-se da entrega do preso aos agentes do Governo estrangeiro. As despesas correm à conta do Brasil até a entrega.

A transferência ativa é deflagrada a partir de correspondência do preso brasileiro dirigida às autoridades brasileiras, aqui ou no exterior, diretamente ou por intermédio de amigos ou familiares. Tomando conhecimento, o Ministério das Relações Exteriores contata a embaixada do local da prisão a fim de solicitar os documentos, que deverão ser traduzidos. Após, verifica-se com o juízo de execução

penal mais próximo da residência originária do preso, a possibilidade de vaga no sistema prisional. Se houver anuência o procedimento tramita até aprovação pelo Secretário Nacional de Justiça. Por fim, necessário obter, via diplomática, o aval para a transferência. Cabe a Polícia Federal receber o preso dos agentes do Governo estrangeiro e encaminhá-lo ao local de cumprimento da pena. As despesas correm à conta do país estrangeiro até a entrega à Polícia Federal.

6. Conclusão

A transferência de pessoas condenadas é uma espécie de execução de sentença penal estrangeira. Trata-se de uma forma recente de cooperação penal entre os Estados, que se caracteriza por sua finalidade humanitária. No Brasil foi introduzida por meio de tratados e tem sido considerada uma medida de natureza administrativa que não exige a prévia homologação da sentença condenatória estrangeira. O procedimento é demorado e complexo, não se esgotando, para o Estado remetente, com o ato de entrega da pessoa, tal como na extradição. Embora o cumprimento da pena siga as normas do Estado recebedor, o Estado remetente controla os incidentes da execução que alteram a duração da pena ou o seu regime.

O Estado que concede a transferência preocupa-se com a forma pela qual o Estado recebedor vai executar a sentença. Há sempre um risco de a sentença original não ser executada. Por isso, os Estados são cautelosos na transferência de pessoas condenadas e podem exigir garantias adicionais do Estado recebedor antes de concordar com a transferência. Esta preocupação já deu ensejo, particularmente em casos de interesse dos Estados Unidos, a negociações de troca de prisioneiros. A prática acaba sendo bastante conveniente entre Estados que mantêm relações políticas sensíveis.

Essas questões têm limitado a utilização dessa modalidade de cooperação internacional. Entretanto, ela vai se firmando diante do fenômeno mundial das migrações, que dão ensejo a crescente número de estrangeiros em todos os países. No Brasil é crescente o número de acordos bilaterais de transferência de presos.

7. Referências bibliográficas

ARAUJO JR., João Marcelo de. Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n. 10, abr.-jun. 1995.

BASSIOUNI, Cherif. The "indirect enforcement system": modalities of international cooperation in penal matters. *Nouvelles études pénales*. Association Internationale de Droit Penal, Érès, n. 19, 2004.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Presos estrangeiros no Brasil*: aspectos jurídicos e criminológicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul*: novas possibilidades. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O juiz tem compromisso com a luta contra o crime?

Rodrigo de Grandis
Procurador da República em São Paulo
e membro do Grupo de Trabalho do Ministério Público Federal
contra Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional
e de "Lavagem" de Ativos Ilícitos

Resumo: A imparcialidade como atributo fundamental da função jurisdicional. O compromisso do juiz com o ordenamento jurídico. O sistema acusatório. A posição do Ministério Público no processo penal brasileiro. O Ministério Público enquanto guardião da ordem jurídica. Inexistência de violação do princípio da isonomia processual. O juiz ponderador no Estado Democrático e Social de Direito. O princípio da verdade real. O juiz inquisidor. Imparcialidade e neutralidade da atividade jurisdicional. Distinções necessárias.

Palavras-chave: Compromisso – Imparcialidade – Neutralidade – Juiz ponderador – Verdade real.

Riassunto: L'imparzialità come attributo fondamentale della funzione giurisdizionale. Il compromesso del giudice con l'ordenamento giuridico. Il sistema accusatorio. La posizione del Pubblico Ministero nella procedura penale. Il Pubblico Ministero come custode dell'ordenamento giuridico. L'inesistenza della violazione del principio della uguaglianza processuale. Il giudice mediatore nello Stato Democratico e Sociale di Diritto. Il principio della verità reale. Il giudice inquisitore. Imparzialità e Neutralità della attività giurisdizionale. Distinzioni necessarie.

Parole-chiavi: Compromesso – Imparzialità – Neutralità – Giudice mediatore – Verità reale.

Sumário: 1. Introdução – 2. O compromisso do juiz com o Direito – 3. O juiz ponderador e a busca da verdade real – 4. Conclusão: a imparcialidade não se confunde com a neutralidade – 5. Bibliografia.

Área do direito: Penal; Processo penal; Constitucional

1. Introdução

A questão que representa o objeto da presente audiência pública enseja, a meu ver, uma única resposta. É que, vejam os senhores, muito embora possa eu antecipar a minha opinião em momento inoportuno e, assim, retirar de público tão seleto um eventual interesse remanescente nessa breve manifestação, tal como formulada a indagação – *O juiz tem compromisso com a luta contra o crime?* –, não vislumbro outra resposta senão a de conteúdo negativo. Isto é: o juiz não tem – e jamais pode ter – compromisso com a luta contra o crime!

Explico-me: 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.[1]

Aquele magistrado que, antes de lhe chegar às mãos os autos de um processo criminal, com todas as peculiaridades e minúcias do caso concreto,

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual civil*. 7ª Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. Relações entre juiz e Ministério público. Seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 40, ano 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2002, p. 102.

tenciona reprimir o crime e, assim, banir uma *particular injustiça*, quer por força de um compromisso moral, quer psicológico ou mesmo religioso, pode ser tudo, mas não será um juiz.

Daí asseverar, com absoluta precisão, José Carlos Barbosa Moreira[2] que, diante dos reiterados atentados contra a ordem jurídica e tendo presente a sua função na sociedade, o juiz deve evitar "deixar-se contaminar pelo furor histérico difundido no ambiente e pôr-se a vingar com cega ira, na pessoa daquele réu particular, todos os desconcertos do mundo. Livre-nos Deus de tal juiz-cruzado, pronto a acometer e a reduzir a pó tudo que lhe cheire heresia".

Aliás, não é por outro motivo que, ao concretizar o *ato de julgar*, o magistrado deverá conduzir-se com isenção, humildade e sabedoria, fechando os olhos – e o coração – ao ódio, ao preconceito e às suas próprias paixões.[3] O juiz, ensina José Frederico Marques,[4] "é, sobretudo, o homem prudente que deve saber dosar, com sabedoria e descortino, o exercício de suas funções, notadamente quando está em jogo, pela flexibilidade da situação jurídica que se lhe apresenta, o seu arbítrio de bom varão".

Isso não quer dizer, todavia, que o magistrado não deve ter *opinião* sobre como combater o crime. Ele, enquanto cidadão e membro atuante do Poder Judiciário, encontra-se apto a emitir sugestões e propostas para afugentar a criminalidade. Assiste-lhe, aliás, garantia fundamental na Constituição da República para tanto (art. 5.º, IX, da CF/88).

O problema reside no *compromisso*!

É que, vejam os senhores, o conceito de *compromisso* não casa, não se conforma, não se amolda ao exercício da atividade jurisdicional, notadamente aquela desempenhada no âmbito do direito processual penal, pautado, hodiernamente,

2. O juiz e a cultura da transgressão. *Temas de direito processual civil*. 7ª Série, p. 259.

3. PELLEGRINO, Laércio. O posicionamento do juiz, do acusador e do defensor no processo penal. *RT* 505, ano 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 1977, p. 280.

4. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2, p. 163.

pelo *sistema acusatório*, no qual apenas o juiz criminal tem o poder de dizer[5] se alguém cometeu crime, cabendo a titularidade da ação penal ao Ministério Público e a defesa dos direitos constitucionais fundamentais do réu ao advogado.

2. O compromisso do juiz com o Direito

De fato, dizer que o juiz tem compromisso com a luta contra o crime é o mesmo que dizer, pelo menos objetivamente, que o juiz criminal está de alguma forma *vinculado* à acusação ou à defesa, que o juiz da Vara da Fazenda Pública tem compromisso com o cidadão ou com o Estado e que o juiz trabalhista tem compromisso com o empregador ou o empregado.

Nada disso. O compromisso do juiz é com a lei ou, mais precisamente, com o ordenamento jurídico, com o direito.[6] Do contrário, será o magistrado mero agente panfletário, no mais das vezes totalitário, porquanto vinculado a preconceitos ideológicos, que pauta a sua atuação por interesses exclusivamente individuais em detrimento da escorreita aplicação da lei penal.[7]

5. Como assinala João Mendes de Almeida Junior, "é função própria e exclusiva do Poder Judiciário dizer a lei existente aplicável a um fato ocorrente nas relações entre indivíduos (*jus dicere*)". *Direito judiciário brasileiro.* 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 34.

6. Ressalte-se que, aqui, o conceito de direito é utilizado como sinônimo de ordenamento jurídico, ou seja, "o sistema de normas ou regras jurídicas que traça aos homens determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir". REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62.

7. Deveras, sempre tendo em perspectiva que o direito visa o bem-estar do povo e a paz social, deve o juiz, consoante lapidar lição de Mário Guimarães, "obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação. Lembremo-nos, ainda uma vez, de que todo o poder vem do povo e que o povo cometeu aos membros da Assembléia, e não a juízes, a tarefa de formular as regras jurídicas que o hão de governar. Admitir possa o magistrado tornar prevalente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, fora superpor a sua vontade individual, à da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários". *O juiz e a função jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 330.

E antes que me acusem de *parcial*, abro aqui um parêntese necessário: quando sustento que o juiz *não tem compromisso na luta contra o crime*, afirmo, também, tendo em perspectiva o contexto normativo introduzido pela Constituição Republicana de 1988, que ao Ministério Público também é vedado, de antemão, esse mesmo *compromisso*. Digo-o de outro modo: a função primordial do órgão ministerial, ainda que se trate de processo penal, é a garantia da ordem jurídica.

Com efeito, embora o Ministério Público apresente-se como verdadeira *parte* da ação penal, ele exerce funções que lhe conferem um perfil jurídico-processual diverso daquele ostentado pela parte adversa, qual seja, o acusado.

Vale dizer: o Ministério Público é parte em sentido *processual* ou *formal* porque assume, no processo penal, a função de sujeito da relação jurídico-processual, e parte em sentido *material*, pois representa o Estado (*rectius*: a sociedade) na relação jurídico-substantiva entre este e o réu.[8]

De outro lado – e sem qualquer prejuízo de suas funções enquanto *parte formal* –, o Ministério Público também atua como *custos legis* no bojo do processo penal, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais indisponíveis, e o zelo pela escorreita aplicação da lei penal (cf. art. 127 da CF/88).

Daí asseverar Luigi Sanzó[9] que o processo penal "é um processo sobre relação substancial absolutamente indisponível, e, por isso não traz entre as partes um efetivo contraste de interesse: o Ministério Público, na economia do processo, não faz certo valer um interesse à condenação do imputado; é um órgão público – e não um interesse privado que age para o triunfo – egoístico de seu próprio interesse – o qual não procura um fim diverso daquele procurado pelo juiz, e por

8. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, cit., p. 51, e CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. *Lineamentos do direito processual penal brasileiro*. Goiânia: [s. n.], 1967. v. 1, p. 208.

9. Registrada por Romeu Pires de Campos Barros, *Lineamentos do direito processual penal brasileiro*, cit., p. 200.

isso não pode considerar-se em necessário contraste de interesse com o imputado, como invés, impreterivelmente, no processo civil ordinário se encontra o autor em confronto com o réu".

De ver-se, assim, que o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão constitucionalmente legitimado a veicular, em juízo, a acusação, fazendo-o em nome da sociedade.[10] Analisado sob a égide do Estado Democrático e Social de Direito, o Ministério Público é, na dicção de Sampaio Dória,[11] o *advogado da lei*, lançando-se, dessarte, ao exercício de uma *magistratura ativa na defesa da ordem jurídico-democrática*.[12]

Tudo isso vem demonstrar que, no âmbito do direito processual penal, o Ministério Público não pode ser equiparado ao acusado. Não porque aquele deva sobrepor-se a este pelo simples fato de vocalizar perante o Poder Judiciário o *jus puniendi* pertencente à sociedade, mas porque o constituinte de 1988, exercendo o poder originário de criação constitucional por delegação do povo, assim o quis (cf. art. 127 da CF/88).

10. Nesse diapasão, anote-se, por oportuno, o magistério doutrinário de Eugênio Pacelli de Oliveira: "Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser o titular da ação penal pública, e nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade, já estudada), que o *parquet* deve necessariamente oferecer a denúncia, e nem, estando está oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, tem ele como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal". *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 453.

11. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 3, p. 529.

12. A expressão é da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, e foi proferida por ocasião do julgamento do MS 21.239-DF O aresto foi publicado na *RTJ* 147/104, donde é possível destacar a seguinte passagem, *verbis*: "O Ministério Público da União, em particular, desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais, que o prendiam necessariamente aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contrafortes de independência e autonomia, que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania".

Digo-o de outro modo: o Ministério Público não é uma *parte privilegiada*, mas uma parte *diferente*.[13] Quando o *Parquet* formula pedido de absolvição em sede de alegações finais ou de recurso de apelação, impetra *habeas corpus* em favor do acusado, manifesta-se pelo reconhecimento de vício de procedimento em prejuízo da defesa[14] ou, ainda, manifesta-se sobre um requerimento qualquer, por mais singelo, ele está desempenhado a função de *custos legis* (*rectius*: fiscal da ordem jurídica) que lhe fora outorgada expressamente pela Carta da República. E isso, registre-se, de modo algum viola o princípio do contraditório ou da *paridade de armas*.

O mesmo sucede na hipótese de mandado de segurança, cujo registro específico aqui se impõe em face da compreensão – assaz lançada no cotidiano forense, infelizmente – de que não tem cabimento o *mandamus* manejado por órgão do Ministério Público, ao fundamento de que os remédios constitucionais destinam-se apenas à defesa de direitos em face de abusos estatais, não ostentando o Estado (*rectius*: a sociedade) a prerrogativa de proteger, em juízo e por intermédio

13. Não por outro motivo que Calamandrei desenvolveu a seguinte e clássica observação acerca do Ministério Público, no brilhante livro *Eles, os juízes, vistos por nós, advogados, verbis*: "Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como o juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado". TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163.

14. Nessa esteira: HC 70.434/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.1994, *DJU* 01.07.1994, p. 17.481, que portou a seguinte ementa: "Ministério Público. Ação penal. Atuação. Ao Ministério Público, atuando como titular da ação penal, incumbe propugnar sempre pela prevalência da verdade real. Convencido da existência de vício de procedimento em prejuízo à defesa, deve envidar esforços no sentido do imediato reconhecimento de tal circunstância. A postura robustece a crença na atuação do órgão, além de servir aos ideais de justiça. Isto ocorre quando, instado a falar sobre o recurso interposto, abandona a inflexibilidade, contraria a característica orgânica do direito e ressalta a procedência do inconformismo veiculado nas razoes recursais. Citação ficta. Edital. Publicação. Jornal local. Havendo, na comarca, jornal credenciado pelo juízo para as publicações oficiais, impõe-se observar a regra do parágrafo único do art. 365 do CPP. Em tal caso, a publicação consubstancia formalidade essencial à valia da presunção ficta de conhecimento da ação penal. O vício de citação, no que inviabiliza a defesa, e o mais grave capaz de macular o processo".

do órgão ministerial, os bens jurídicos de *interesse social* que expressamente foram plasmados na Carta Constitucional de 1988.

Esse entendimento não merece guarida, pois, como apregoa Lenio Luiz Streck[15] em magistério digno de transcrição, "a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos. Isto significa afirmar – sem temor às inexoráveis críticas dos setores ainda atrelados a uma visão liberal-iluminista clássicos acerca do papel do Estado – que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento (Drindl, Canotilho, Vital Moreira e Stern) ou outra expressão dessa mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado".

O mote desta audiência pública, contudo, não é o eventual *compromisso* do Ministério Público na luta contra o crime, mas o *compromisso* do juiz. Assim, fechemos o parêntese e voltemos a ele.

3. O juiz ponderador e a busca da verdade real

Tive a oportunidade de deixar consignado que o juiz não tem compromisso com a luta contra o crime. De fato. Essa é a única resposta que encontrei à pergunta formulada para este seminário. Isso não significa dizer, entretanto, que o magistrado deva ser um sujeito processual omisso, impassível àquilo que corre à sua frente no procedimento criminal. Absolutamente, pois, embora não haja *compromisso* com a luta contra o crime, existe, inegavelmente, um *compromisso* com o ordenamento jurídico ou, mais precisamente, com o direito, conforme mencionei.

15. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Artigo constante em www.leniostreck.com.br.

Pois bem. Em se tratando de direito processual penal, esse *compromisso* reflete-se na obrigação de o magistrado cingir-se ao procedimento criminal como meio para fazer atuar o direito penal, tornando efetiva as funções de prevenção e repressão das infrações penais – objetivos imediatos – e assegurando a paz social, a proteção da sociedade – objetivos mediatos.

É justamente com base nesse compromisso com o direito que, a meu ver, surge para o juiz a função de *ponderar* em um processo penal forjado sob os auspícios do Estado Democrático e Social de Direito *dois valores igualmente irrenunciáveis*: *(i)* o descobrimento da verdade real e *(ii)* a garantia dos direitos fundamentais do acusado.

É certo que, havendo suspeita fundada de crime em elementos idôneos, torna-se absolutamente essencial proceder à ampla apuração dos fatos, a fim de satisfazer, dessa forma, a um imperativo inafastável consubstanciado na necessidade ético-jurídica de sempre fazer prevalecer, no processo penal, a *verdade real*, mormente em se tratando de delito perseguível mediante ação penal pública incondicionada.[16]

O dever de perseguir a verdade real, todavia, não é absoluto, incondicional. Ele sofre temperamentos decorrentes da adoção, no Brasil, do *sistema acusatório*, calcado, consoante declinado alhures, no *actum trium personarum*, isto é, no postulado de que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e no *ne procedat iudex ex officio*, o que significa dizer que, enquanto sujeito processual *imparcial*, não se confere ao juiz a prerrogativa de iniciar a ação penal ou adotar qualquer providência probatória na fase pré-processual,[17] como, por exemplo, determinar, *ex officio*, a interceptação de comunicações telefônicas.[18]

16. Nesse sentido, confira-se: STF, HC 80.800-MG, j. 16.10.2001, *DJU* 14.12.2001, p. 25 e HC 82.393-RJ, j. 29.04.2003, *DJU* 22.08.2003, p. 49, ambos de relatoria do Min. Celso de Mello.

17. Veja-se: STF, HC 82.507-SE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.12.2002, *DJU* 19.12.2002, p. 92.

18. De fato, do art. 3.°, *caput*, da Lei 9.296/96, que regulamentou o art. 5.°, XII, da CF/88, dispondo sobre as interceptações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução

É que, registre-se uma vez mais, a formação da *opinio delicti* é atribuição exclusiva e inderrogável do Ministério Público, a teor do que dispõem o art. 129, I, da CF/88, o art. 24 do CPP e o art. 6.°, V, da LC 75/93.

Por isso que, sob esse contexto, creio importante uma advertência: no exercício dessa *função de ponderador*, não defendo aqui a existência de um *juiz de instrução* ou de um *juiz inquisidor*, isto é, do magistrado que se substitui às partes, mormente ao Ministério Público, na função de *dominis litis* da ação penal pública, figura que, de resto, já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIn 1.570, rel. Min. Maurício Corrêa.[19]

Defendo, em verdade, o *poder-dever* de o juiz buscar, após a propositura da denúncia, ou seja, durante a fase de instrução processual, a *verdade real*, ou a *verdade possível* ou a *certeza judiciária*, como dizem os norte-americanos, ainda que se lhe aponte, com isso, um papel mais ativo na condução do processo penal. Aliás, é justamente por reconhecer a existência desse poder-dever que o ordenamento

processual penal, é possível extrair a exegese que ao magistrado é deferido determinar, de ofício, interceptação telefônica na fase anterior à propositura da ação penal. Por entender que essa interpretação viola o princípio do devido processo legal – evidenciado pela necessidade de o magistrado manter-se imparcial – e o sistema acusatório – que outorga ao Ministério Público o monopólio da ação penal – o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, ajuizou, perante o Excelso Pretório, a ADIn 3.450, a fim de fosse declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do aludido dispositivo legal. A ADIn encontra-se conclusa ao relator, Min. Cezar Peluso, desde 26.05.2006.

19. O aresto da ADIn 1.570 portou a seguinte Ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 9.034/95. LC 105/2001. Superveniente. Hierarquia superior. Revogação implícita. Ação prejudicada, em parte. *Juiz de instrução*. Realização de diligências pessoalmente. Competência para investigar. Inobservância do devido processo legal. Imparcialidade do magistrado. Ofensa. Funções de investigar e inquirir. Mitigação das atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil. 1. Lei 9.034/95. Superveniência da LC 105/2001. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (cf. art. 129, I e VIII e § 2.°; e 144, § 1.°, I e IV, e § 4.°, [da CF/88]). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à Polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte". *RTJ* 192-03, p. 838.

jurídico confere ao magistrado os denominados *poderes ordinatórios, instrumentais*[20] ou *poderes-meio*,[21] cristalizados, no Código de Processo Penal, no art. 251, *verbis*: "Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública".

"Prover à regularidade do processo", ensina José Frederico Marques,[22] "consiste não só em evitar que se escoe a substância dos atos processuais através de irregularidades de rito e ordem formal, mas também em promover às medidas que assegurem a justa aplicação do direito objetivo, quer as de caráter *ordinatório*, quer as de natureza decisória".

De igual modo e imbuído desse mesmo espírito, o Estatuto Processual Penal enseja ao juiz a possibilidade de, *ex officio*, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156 do CPP). Dessa forma, é facultado ao magistrado, por exemplo, proceder a novo interrogatório a todo tempo, de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes (art. 196 do CPP), inquirir testemunhas que não foram indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) ou que foram referidas no curso da instrução processual (art. 209, § 1.º, do CPP) e, ainda, decretar a prisão preventiva em ordem a garantir-se a ordem pública e a ordem econômica, a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal (arts. 311 e 312 do CPP).

4. Conclusão: a imparcialidade não se confunde com a neutralidade

Deveras, não pode o magistrado contentar-se apenas com aquilo que lhe apresenta as partes, entenda-se, Ministério Público e acusado. Com o escopo de assegurar a justa aplicação da lei penal – quer mediante a prolação

20. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 157.

21. A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de direito processual*. 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

22. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 154.

de sentença condenatória, quer mediante a edição de decisão absolutória – cumpre ao magistrado valer-se de todos os meios disponíveis no ordenamento jurídico para conhecer o fato delituoso com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP).[23]

E isso, longe de se constituir em ofensa ao princípio constitucional da *isonomia processual* ou da *paridade de armas*, representa, a meu ver, mero consectário do exercício do poder jurisdicional a que está investido o magistrado na condução do processo penal. Poder-se-ia mesmo afirmar que, ao buscar conhecer o fenômeno histórico que deu azo ao delito, o juiz simplesmente realiza uma tarefa que é inerente à sua própria função.

Daí a conclusão que o uso dos poderes instrutórios não é incompatível com a imparcialidade do juiz criminal. Como pontua, com extrema correção, José Carlos Barbosa Moreira: "no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes".

Alguém, a essa altura, poderá objetar a minha argumentação favorável a uma postura mais atuante do juiz no âmbito processual penal, declinando que a idéia de um magistrado ativo na instrução da causa é uma tendência que se afigura

23. É intuitivo, como assevera o ilustre processualista José Carlos Barbosa Moreira, "que um bom julgamento descansa na correta aplicação da norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível; e julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial. Nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si mesmo a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório". *Temas de direito processual.* 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

verdadeira no processo civil, caminhando o processo penal em sentido oposto. Assim, pautar-se-ia o processo penal *moderno* pela busca da *verdade formal*, limitando-se o juiz àquilo que fora apresentado pelas partes, enquanto o processo civil caracterizar-se-ia pela pesquisa efetiva da realidade histórica.[24]

Com efeito. Não desconheço o fenômeno de *publicização* do direito processual civil. Também não olvido o fato de que, nos dias que correm, mais e mais vozes proclamam, no Brasil e no estrangeiro, o enxugamento – senão a extinção completa – dos poderes jurisdicionais de instrução probatória, transformando o juiz criminal em um mero espectador do processo, indiferente àquilo que passa à sua frente. E tudo isso, frise-se, sob o timbre da *imparcialidade*.

Não vejo assim, todavia. Ao considerá-lo instrumento para fazer atuar as normas de direito penal e, ao mesmo, tempo, transformar-se em palco para a defesa dos direitos fundamentais do acusado, exsurge o processo criminal como verdadeiro meio de legitimação do exercício do poder popular. Se o processo deve refletir o Estado Democrático de Direito – e seus postulados –, revelando-se como instrumento da jurisdição, isto é, como instrumento capaz de fazer atuar a lei penal em face do fato concreto, dúvida não há de que interessa à sociedade, como um todo, o modo pelo qual atuará esse mesmo processo. Daí se segue, na esteira do magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira,[25] que "ao Estado deve interessar, na mesma medida, tanto a absolvição

24. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, essa tendência do processo civil de buscar uma correspondência mais exata entre a fundamentação *in facto* da sentença e a realidade histórica revela-se pelo reconhecimento de pelo menos *quatro sinais*, a saber: "*(a)* o desfavor em que vem caindo o antigo princípio da enumeração *taxativa* das provas utilizáveis, já substituído, em várias legislações, pelo da *atipicidade* dos meios de prova; *(b)* o incremento dos poderes instrutórios exercitáveis de ofício pelo órgão judicial; *(c)* a progressiva redução, quando não o abandono, das constrições impostas pelo velho sistema da *prova legal* à valoração dos elementos probatórios pelo juiz; *(d)* a atribuição aos membros da coletividade em geral do dever de contribuir para a cabal apuração dos fatos". Daí concluir o festejado processualista que "à vista desses e de outros fenômenos, pode afirmar-se, em termos intencionalmente esquemáticos, que a verdade (imperfeita, limitada, aproximativa, tosca que seja) passou aqui a ser ainda mais importante do que era". *Temas de direito processual.* 7ª Série, cit., p. 210.

25. *Curso de processo penal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 9.

do inocente, quanto a condenação do culpado". Em síntese: o processo penal brasileiro é, ainda, *publicístico*.[26]

Sob esse contexto e já chegando ao fim desta breve manifestação, devo concluir que a qualidade do juiz deve ser a imparcialidade, e não a neutralidade. Tais conceitos, às vezes tratados como sinônimos, a toda evidência, não se confundem. José Carlos Barbosa Moreira, a quem fiz referência no início dessa explanação e a quem vou recorrer para encerrá-la, bem distingue os conceitos de *imparcialidade* e de *neutralidade*.

Afirma o ilustre processualista carioca:[27] "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. Outra coisa é pretender que o juiz seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito".

5. Bibliografia

ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro.* 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. *Lineamentos do direito processual penal brasileiro*. Goiânia: [s.n.], 1967. v. 1.

DÓRIA, Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 3.

26. Nesse mesmo sentido, de ver-se o raciocínio do magistrado Marco Alexandre Coelho Zilli acerca da natureza publicística do processo penal pátrio: "Impor a sanção penal a quem seja o real autor/partícipe da infração penal e impedir a aplicação desta àqueles inocentes é a atuação processual inerente ao Estado que chamou para si a responsabilidade de resguardar a ordem social". *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

27. *Temas de direito processual*, 7ª Série, cit., p. 29.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. Relações entre juiz e Ministério público. Seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 40, ano 10. São Paulo: Revistas dos Tribunais, out.-dez. 2002.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual.* 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. _____. 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual civil.* 7ª Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O juiz e a cultura da transgressão. *Temas de direito processual civil.* 7ª Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. _____. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PELLEGRINO, Laércio. O posicionamento do juiz, do acusador e do defensor no processo penal. *RT* 505, ano 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 1977.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário

liberal-individualista-clássico. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 08.04.2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZILLI, Marco Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Lei Maria da Penha: uma *lei constitucional* para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero

Shelma Lombardi de Kato
Desembargadora e membro do Órgão Especial do TJMT.
Presidente da Comissão de Instalação das Varas Especializadas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.
Professora da Faculdade de Direito da UFMT.
Presidente em Exercício da ANM.
International Liason da *International Association of Women Judges.*

Resumo: A violência doméstica é prática mundial que afeta mulheres, filhos, a sociedade e o desenvolvimento humano. A Lei Maria da Penha tem suporte no art. 5.º, § 2.º c/c art. 1.º, III da CF/88 e nas Convenções Internacionais: a) Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA 27.11.2005); b) Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW (ONU 01.02.1984). A discriminação histórica contra a mulher vinha reforçada no Código Civil revogado, de 1916, em contraposição à Lei Maria da Penha, não discriminatória ou de discriminação positiva a qual inaugura sistema jurídico-holístico de atendimento multidisciplinar às vítimas. A inaplicabilidade da Lei 9.099/95 veio corrigir sério gravame às vítimas da violência doméstica. A competência unificada da Vara especializada simplifica procedimentos pela

possibilidade do uso da prova emprestada. A Lei é inovadora e transformadora por exigir a capacitação permanente dos profissionais envolvidos nos serviços prestados, em Direitos Humanos das mulheres; tal como preconizado pelo Projeto Jurisprudência da Igualdade (JEP), implementado no Brasil através do convênio ANM-BID.

Palavras-chave: Violência Doméstica – CF/88 – Convenções Internacionais.

Abstract: Domestic violence is a global practice affecting women, children, the society and, as a result, the human development. The Maria da Penha Law is a constitutional law in accordance with art. 5.º, § 2.º, c/c art. 1.º, III CF/88 and International Conventions: a) to prevent, punish and eradicate violence against women (OEA 27.11.2005); b) CEDAW (UNO 18.02.1984) – Discrimination against women was a guide line of the Brazilian revoked Civil Code, from 1916. On the other hand, the domestic violence law brings a new relevant aspect of a legal-holistic system through multidisciplinary services to help victims and assist judges. Non-applicability of Law 9.099/95 was a necessary change in benefit of the victims and their children. The unified competence of the DVL courts represents a great progress, for it does away with formal concepts and bureaucratized procedures as the battered woman can go directly to only one court. The Law is innovative as it recommends that all person involved in implementing its provisions should receive continuous training in women human rights, as we did in Brazil in the Jurisprudence of Equality Project (ANM-BID) a training program on women's human rights.

Keywords: Domestic violence – CF/88 – International conventions.

Sumário: 1. A problemática universal da violência doméstica: Tratados Internacionais. A violência doméstica no contexto nacional – 2. A Lei 11.340/2006: aspectos relevantes – 3. Algumas questões pontuais: 3.1 Inaplicabilidade da Lei 9.099/95; 3.2 Violação de garantias constitu-

cionais e do princípio da igualdade; 3.3 Retratação da representação ou renúncia?; 3.4 Suposta inconstitucionalidade por estabelecer a desigualdade dos sexos. Realidade histórica e princípio da isonomia; 3.5 Juízo da família ou juízo criminal?; 3.6 Capacitação permanente dos agentes envolvidos na prevenção e na repressão à violência doméstica: art. 8.º, VII, da Lei 11.340/2006 – 4. Anexos: 4.1 De que igualdad se trata; 4.2 PGJ 200706685; 4.3 Egrégia Turma de Câmaras Criminais Reunidas; 4.4 A viabilidade da instalação e funcionamento das varas de violência doméstica e familiar contra a mulher: 4.4.1 Responsabilidade da Justiça Estadual; 4.4.2 Leis orçamentárias. Planejamento estratégico; 4.4.3 Limitações da LRF e alternativas orçamentárias; 4.4.4 Criação de fundos; 4.4.5 Credenciamento de profissionais – 5. Bibliografia.

Área do direito: Constitucional; Penal; Direitos humanos

1. A problemática universal da violência doméstica: Tratados Internacionais. A violência doméstica no contexto nacional[1]

Passado um ano de sua vigência, há por assim dizer enorme dificuldade em todo país na implantação das Varas ou Juizados de Violência Doméstica e Familiar, em conformidade com a Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006.

De início é importante que se registre que a violência doméstica tem ceifado a vida de milhares de mulheres, com motivação abjeta e por meios extremamente cruéis; por motivos banais, ou sem qualquer motivo, sendo recorrentes as desconfianças de supostas traições, o alcoolismo, o uso de drogas, ou simplesmente o caráter violento do agressor e, no âmago da questão, o machismo exacerbado. A par com isso, todos precisam saber que a mulher quase nunca é vítima isolada no contexto familiar. Por outro lado, é alarmante a freqüência dos abusos sexuais perpetrados contra meninas pelos próprios pais biológicos ou por padrastos e

1. Palestra Proferida no 13.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em 08.10.2007 – São Paulo-SP.

parentes próximos no âmbito doméstico. Estudos científicos divulgados pela ANM através do Projeto JEP (Jurisprudence of Equality Project) demonstram a gravidade e a irreversibilidade dos danos causados à saúde física e mental das vítimas, submetidas às mais ignominiosas práticas e a aviltantes perversões dentro de suas próprias casas.

Vê-se de antemão que a violência doméstica é tema a ser tratado com seriedade e não como bagatela jurídica inventada pelas feministas.

Entristece, preocupa, mas não causa espanto a resistência de alguns setores do Poder Judiciário à implementação da Lei Maria da Penha no Brasil.

Trata-se de Lei que visa coibir a violência de gênero, cujo substrato social é a discriminação contra as mulheres, na qual os homens foram educados na família, pelas próprias mulheres, educadoras dos filhos, e pela sociedade, na qual se insere a família.

Querem um exemplo bizarro? ... ocorreu em certo bairro de Cuiabá. Ao ser acudida por policiais, a vítima que estava apanhando do marido, protestou contra os PMs dizendo: "*deixa pra lá; ele está batendo no que é dele*".

Sob o atual regime constitucional não mais se tolera a Violência Doméstica como questão a ser resolvida privativamente entre as pessoas envolvidas, nem mesmo a ser relegada à inteira discricionariedade da vítima, segundo o inconcebível e velho adágio:

"em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher."

A violência, que tem múltiplos aspectos e se exerce por várias formas, é a expressão cultural da dominação machista cuja repercussão transcende o espaço doméstico, alcançando a sociedade como um todo e cujas conseqüências se fazem sentir no desenvolvimento social e econômico de cada país, como já demonstraram as pesquisas divulgadas pelo BID, na década passada, com referência ao IDH das comunidades avaliadas na América Latina.

Nesse ponto, é imprescindível registrar que discriminação e violência contra as mulheres são fenômenos universais, que guardam entre si perfeita sincronia. Daí serem objeto de dois relevantes tratados internacionais de que o Brasil é parte. O primeiro, no âmbito global, da ONU: Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ratificada pelo Brasil em 01.02.1984; o segundo no plano regional, da OEA: Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

Em Novembro de 1989, há 18 anos atrás, a convite da Associação Nacional de Magistradas norte-americanas, participei em Washington-DC de evento internacional que reuniu representantes de 60 países, além de 437 juízas daquela nação. Apesar das diferenças étnicas, raciais, culturais e religiosas, dos diálogos aflorou a presença maciça de preconceitos de gênero em todos os sistemas e em todas as culturas.

No Brasil, à época, há apenas um ano entrara em vigor a vigente CF/88, tempo notoriamente insuficiente para a enorme tarefa de desconstruir um sistema social e legal iníquo, eivado de desigualdades e de discriminações. Já o atual Estatuto Civil (Lei 10.406 de 10.01.2002) somente entraria em vigor anos após, em janeiro de 2003, vindo então a reordenar o sistema normativo no âmbito civil, para adequá-lo à Lei Maior.

A propósito publicamos artigo: "*O novo Código Civil. Princípios informativos. Adequação da ordem jurídica interna ao direito internacional: CF/88 e Tratados Internacionais*". (Disponível no site www.jep.org.br).

Transcrevo parte do referido artigo:

"A questão da violência intrafamiliar, por seu trato constitucional, tem necessária vinculação com o direito de família, sendo de bom alvitre lembrar que duas Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao direito pátrio tratam da matéria: A *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de*

Discriminação Contra a Mulher adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. A *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher,* pela Organização dos Estados Americanos em 06.06.1994, ratificada pelo Brasil em 27.11.1995. Esta última expressamente dispõe em seu art. 2.º: "Entender-se-á que a violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica: a) que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus tratos e abuso sexual; b) que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e, c) que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra".

Nessa ordem de raciocínio, impõe-se aos operadores jurídicos relembrarem *que a violência contra a mulher vem identificada como forma de discriminação*, o que viola os princípios de igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana.

Em conseqüência, tais procedimentos, apesar dos hábitos e dos estereótipos culturalmente aceitos, não mais podem ser admitidos ou tolerados, muito menos acalentados pelas instituições jurídicas do país.

Nesse sentido caminhou o legislador Civil ao optar pela igualdade absoluta entre o homem e a mulher. Essa a leitura que se impõe das instituições do Direito de Família, revisitadas sob a vigência do atual ordenamento jurídico.

Em idêntico contexto, acham-se a criança e o adolescente como alvo da proteção especial do Estado contra toda forma de violência física ou psicológica, inclusive dos abusos sexuais (CF/88 art. 227, *caput* e § 4.º; art. 5.º da Lei 8.069 de 13.07.1990; Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças).

"3.3 – Discriminação de filhos[2]

O Direito clássico distinguia os filhos, classificando-os em legítimos (os concebidos em justas núpcias) e ilegítimos, subdivididos em duas categorias: naturais (cujos pais não estivessem impedidos por lei de se casarem); espúrios, em cujo conceito se achavam enquadrados os adulterinos e os incestuosos. Dessa distinção decorria a discriminação odiosa no plano moral e civil, inclusive quanto a direitos sucessórios.

O novo Código em seu art. 1.596 dispõe: 'os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação'. O preceito em foco ajusta-se ao comando constitucional do art. 5.º *caput* e ao § 7.º do art. 227 da Lei Maior; e ao art. 41 e §§ 1.º e 2.º da Lei 8.069 de 13.07.1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Registre-se que o Brasil participou da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Assembléia Geral das Nações Unidas, ratificada em 24.09.1990, a qual em seu art. 2.º (Parte I) dispõe: 'Os Estados – partes respeitarão os direitos previstos nesta Convenção e os assegurarão a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, impedimentos físicos, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais'."

"3.4 – Direito Sucessório

O novo Código Civil no art. 1.845 contemplou como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, a eles pertencendo de pleno direito a metade de seus bens na herança (legítima). Importante inovação opera-se em favor do cônjuge em decorrência da preterição dos colaterais na ordem

2. O novo Código Civil. Princípios informativos. Adequação da ordem jurídica interna ao direito internacional: CF/88 e Tratados Internacionais. Disponível em: www.jep.org.br.

da vocação hereditária (art. 1.850). Via de regra com a modificação far-se-á a melhor justiça.

Igualmente digno de registro histórico é o desaparecimento do mundo jurídico do art. 1.744, III do Código Velho que permitia a deserdação da filha que vive na casa paterna por *desonestidade*.

Tal preceito por consubstanciar intolerável violação ao art. 5.º da CF/88 já se achava anteriormente revogado desde 05.10.1988. Por razões óbvias o novel Estatuto excluiu das causas de deserdação, dentre as demais condutas ignominiosas a suposta 'desonestidade' da filha. A norma banida, na realidade, se destinava ao controle dos atos e do comportamento da mulher, desprovida de cidadania, 'vigiada e castigada', consoante execrável comando legal.

Em síntese, embora não seja factível a perfeição, sobretudo da Lei, por ser esta reguladora dos fatos da vida social, em constante mutação, o vigente Código Civil tem a centelha do bem e da equidade. Só por isso já se mostra infinitivamente melhor que o anterior, não apenas pelo que acresceu de *bom*, mas, principalmente, pelo que suprimiu de *ruim*."

As dificuldades e resistências para instaurar no país o respeito às diferenças e a prevalência dos direitos humanos, como visto, são históricas e têm raízes culturais. Seria tolo olvidá-las.

Na Itália, Espanha e Portugal, países que contribuíram decisivamente para a nossa formação cultural, enfrenta-se a triste realidade da violência doméstica.

No Brasil, é estarrecedor que, nos meios jurídicos, o problema é muitas vezes tratado com chacotas destinadas a desestimular o enfrentamento da questão, ou mesmo a minimizar tão grave prática familiar e social.

Há mais de uma década, nos idos de 1994, a Associação Nacional de Magistradas Italianas, então sob o comando da Juíza Gabriela Luciolli, da Suprema Corte e sob a coordenação da Profa. Ann Goldstein, Ph.D. em Direitos Humanos da Universidade de Georgetown – Washington-DC – realizou em Roma congresso internacional, multidisciplinar, sobre o tema: "*Violência Doméstica, um problema*

oculto". Durante três dias, juízes, psiquiatras, professores da Universidade "La Sapienza" de Roma, debruçaram-se sobre a complexa problemática universal, tratando de identificar as causas (endógenas e exógenas) da violência doméstica. Já então as magistradas demonstravam angustiosa preocupação em que fossem adotadas possíveis medidas preventivas de proteção às vítimas (mulheres e crianças) alvo das mais variadas e rotineiras formas de agressão.

Em Portugal, há inúmeras ações e providências legais, como políticas públicas da nação portuguesa voltadas para o atendimento das vítimas, no campo preventivo e repressivo, apesar dos protestos machistas.

Já, na Espanha, o Congresso aprovou a Lei Orgânica de *"medidas de protección integral contra la violencia de gênero"* que entrou em vigor no dia 29.01.2005, muito semelhante à Lei Maria da Penha.

2. A Lei 11.340/2006: aspectos relevantes

O primeiro aspecto relevante é que a Lei foi editada em conformidade com os preceitos da normativa internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres; e especialmente, pelas citadas convenções da ONU (1979) e da OEA (1994).

Por ser o Brasil o 18.º país da América Latina subscritor da Convenção regional a editar a Lei protetiva, resulta evidente a leniência do Estado brasileiro e sua falta de vontade política para dar efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos.

Num sistema integrado de proteção, a ordem jurídica interna e a internacional se completam, em sintonia com a Lei Maior, e se integram para assegurar a melhor proteção às vítimas, logo, o Poder Judiciário deve cumprir a sua parte, tanto quanto o Poder Executivo na implementação da Lei.

A Lei que dispõe sobre as diversas formas de violência (violência física, sexual, psicológica, moral, patrimonial) não cria nenhum tipo penal novo; apenas dá tratamento distinto das demais infrações penais existentes, com a necessária adequação processual penal.

Traço distintivo da Lei Maria da Penha é que, tal como no Estatuto da Criança e do Adolescente, o novel Diploma legal se constitui num sistema jurídico-holístico, no qual se busca um atendimento integrado à mulher vítima de violência doméstica (e quando se diz mulher leia-se família) por isso que muito raramente a vítima estará sozinha, num contexto isolado. Na quase totalidade dos casos, essa violência estará envolvendo os filhos, sobretudo crianças em tenra idade ou adolescentes.

As Varas instituídas têm um sistema de apoio denominado Núcleo de Atendimento Especializado, composto por psicóloga (o), assistente social, médica (o), enfermeira (o), que devem estar capacitadas (os) para o desempenho da função, com experiência profissional mínima de dois anos.

Esses profissionais são credenciados por um prazo determinado. Em Mato Grosso por 02 (dois) anos; sem vínculo empregatício. Poderão ser descredenciados antes do término do biênio segundo conveniência motivada do respectivo Tribunal de Justiça.[3]

Entendo ser este um dos aspectos mais relevantes da Lei por visar o enfrentamento da violência doméstica nos seus múltiplos aspectos e diferentes conseqüências, demandando a atuação conjunta de atendimento multidisciplinar nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde.

3. Algumas questões pontuais

3.1 Inaplicabilidade da Lei 9.099/95

A suposta mácula da Lei Maria da Penha, geradora das mais candentes críticas, centra-se no tratamento dado ao crime de lesões leves e nas violações menores, que não justificariam uma medida penal, o que segundo alguns, representaria

3. Ver Lei Complementar 255/2006-MT, sobre a remuneração; seleção; treinamento; etc. Prevê citada Lei Complementar estadual que as despesas decorrentes da sua execução correrão por conta das verbas orçamentárias do Poder Judiciário e do FUNAJURIS.

um retrocesso inaceitável. A instauração de processo criminal e o alijamento da Lei 9.099/95, com sua política despenalizadora, tangeria as raias do absurdo e seria inconstitucional.

Trata-se de crítica de juristas de gabinete, que jamais conviveram com a realidade social e sequer com a realidade forense além dos que presumivelmente se beneficiam com o *statu quo ante* por acomodação burocrática.

Subtrair esse tipo de infração dos juizados especiais já era clamor social, por isso que agressores contumazes faziam tábula rasa da dignidade humana ao trocarem por cestas básicas os tapas no rosto e os bofetões nas esposas ou companheiras. Para os agressores tornaram-se rotina as decisões "pré-estabelecidas" constantes de formulários já prontos e de tabelas de cestas básicas quiçá pelo número dos socos e das lesões. Raramente as decantadas audiências, com práticas rotineiras, contavam com a participação de juízes, sendo as tarefas desenvolvidas por estagiários.

Cuidava-se em suma da banalização de graves ofensas à dignidade humana das vítimas pela prática forense, diante da permissividade legal. E, pior de tudo, como as mulheres em grande parte é que sustentam o lar dos agressores; eram elas próprias que pagavam pelas agressões sofridas.[4]

A Lei vedou, como visto, a aplicação da medida alternativa da entrega de cestas básicas; com isso o MP não pode propor a transação penal, nem a aplicação imediata da pena restritiva de direito ou multa. Não vedou, porém, a aplicação do *sursis*, logo é quase improvável que o réu sentenciado vá para a cadeia, até porque se trata de crime punido com detenção.

Ponto alto do novo Diploma legal é que o juiz poderá determinar o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, sendo este um dos seus principais objetivos. Nós, da área criminal, sabemos quão freqüente é a ligação entre álcool, drogas e violência, inclusive a doméstica.

4. Quanto às lesões culposas, embora não se tenha notícia de incidências penais da espécie, não se aplica a exigência de representação em caso de violência doméstica. É que a Lei 11.340/2006 excluiu a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica, independentemente da pena prevista (art. 41).

É preciso enfatizar que não há inconstitucionalidade no afastamento da aplicabilidade da Lei 9.099/95 quando o crime é praticado com violência doméstica. Ainda que a Constituição Federal em seu art. 98, I tenha assegurado alguns privilégios aos delitos de menor potencial ofensivo, cabe ao legislador infraconstitucional definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que a Lei 9.099/95 fez ao eleger a lesão corporal leve e a lesão culposa; a contrário senso foi o que a Lei 11.340/2006 estabeleceu ao excluir as lesões da referida espécie, praticadas contra a mulher, no âmbito doméstico. Cuida-se de leis da mesma hierarquia que tratam dos temas que lhes são pertinentes.

"Obs: o § 9.º do art. 129 do CP (em conformidade com a Lei Maria da Penha), diminuiu de 1 ano para 3 meses a pena mínima para tais delitos, aumentando para 3 anos a pena máxima, que todos sabemos raramente é aplicada. A pena é de detenção, portanto, via de regra será cumprida em regime aberto.

3.2 Violação de garantias constitucionais e do princípio da igualdade

Alvo de exaltadas críticas e, pior que isso, de constantes omissões na aplicação da Lei é a prisão preventiva, pelo acréscimo do inciso IV ao art. 313 do CPP que admite a custódia excepcional:

"se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência."

Para os mais desavisados, com o citado acréscimo, tratar-se-ia de violação de garantia constitucional, de ofensa desproporcional com restrição aos direitos fundamentais do suposto agressor, além da ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

Mais uma vez somos forçadas a repetir que a crítica vem lastreada em juízo abstrato e a argumentação hostil vem construída sobre conceitos meramente teóricos.

A leitura que se impõe a respeito da medida excepcional de constrição à liberdade, diz respeito à garantia da vida, da integridade física, da liberdade de locomoção da mulher, dos filhos, ameaçados no contexto familiar pelo marido, companheiro ou companheira (não por autoridade pública). Cuida-se de graves situações de risco, muitas vezes concretizado. Essa violência faz parte do cotidiano de milhares de famílias, através da mais cruel modalidade de ofensa, que envolve múltiplos e variados crimes, maus tratos, estupros, espancamentos, ameaças com emprego de arma, contra a companheira, filhas ou enteadas.

Basta consultar os processos criminais em todo o país para se encontrar exemplos trágicos da necessidade de medidas mais que cautelares, verdadeiramente protetivas. A insensibilidade mórbida de uns e a racionalidade impassível de outros tendem a desvirtuar a finalidade das instituições jurídicas, justificando o clamor e a insegurança social.

3.3 Retratação da representação ou renúncia?

A representação é condição processual para determinados delitos, embora se cuide de ação pública cuja titularidade é do MP.

A retratação contemplada na Lei Maria da Penha versa sobre ações penais públicas condicionadas à representação.

Todavia, dispõe o art. 41 da Lei 11.340/2006, de 07.08.2006:

"Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95, de 26.09.1995".

Comprovada a materialidade de lesões ainda que de natureza leve, praticada por companheiro ou marido com relação à sua companheira ou mulher, bem como de lesões praticadas contra ascendente, descendente, irmão, etc., no âmbito doméstico (portanto estamos falando de violência doméstica), nas quais o agente se prevalece das relações domésticas, a ação penal é pública e incondicionada. Isso quer dizer que o Ministério Público e não a vítima

tem a titularidade para propô-la, i.é., para formular a acusação a fim de que o agressor seja processado e ao final condenado ou absolvido de acordo com as provas dos autos.

A ação penal nesse tipo de delito passou a ser pública incondicionada. E assim vêm decidindo os Tribunais:

Indaga-se: Em que hipóteses é cabível a desistência da ação penal ou a renúncia à representação?

Por exemplo:

a) No crime de ameaça, previsto no art. 147 do CP, em que a ação penal é condicionada à representação.

b) Nos crimes contra a honra, sem lesões físicas nas hipóteses em que somente se procede mediante queixa.

c) Nos crimes contra a liberdade sexual em que a ação penal é pública mediante representação (§ 1.º, do art. 225 do CP).

Em hipóteses como as referidas, pode a vítima desistir da ação penal ou, na expressão da Lei, renunciar à representação formulada, antes do recebimento da denúncia, lapso maior ou mais flexível que a previsão genérica do art. 25 do CPP que dispõe:

"A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia".

De qualquer forma, esse é um dos aspectos cruciais e angustiantes da Lei da violência doméstica, não apenas do ponto de vista formal e jurídico, mas, da realidade humana contraditória, de graves conflitos interiores ou psicológicos, de pressões familiares e sociais que tolhem a liberdade da vítima e enfraquecem suas convicções, como na questão dos filhos; da dependência econômica da família, etc.... tais fatores dificultam a tomada de decisão, não só no sentido de processar o agressor como no de reconstruir ou não a relação conjugal.

Essa dubiedade conflitiva tem servido de motivo de indignação e deboche quanto à instabilidade das mulheres vítimas e da pouca firmeza por elas demonstrada naquilo que pretendem.

Contudo, é preciso aprofundar o exame de cada caso, concretamente, para a correta avaliação do problema vivenciado pela mulher e pelos filhos, vítimas da violência doméstica, em determinada relação. Nesse aspecto, toda generalização é inadequada e condenável.

3.4 Suposta inconstitucionalidade por estabelecer a desigualdade dos sexos. Realidade histórica e princípio da isonomia

A questão tem pertinência ao conceito de isonomia, mais do que ao de igualdade. Cuida-se de assegurar tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, enquanto existente a desigualdade. A Lei tem por finalidade corrigir a desigualdade histórica de gênero, até e enquanto permanecerem os vezos culturais que justificam a violência perpetrada, como forma de discriminação.

O melhor texto sobre o tema é o de Alda Faccio (v. item 4.1), professora universitária de San José da Costa Rica; texto parcial no *Manual de Capacitação Multidisciplinar da Lei Maria da Penha*, editado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso (disponível no site www.tj.mt.gov.br).

3.5 Juízo da família ou juízo criminal?

Outra importante mudança é a alteração de competência mediante a qual o juiz da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher terá competência, em casos de violência, para apreciar e julgar não só o crime supostamente praticado, mas os casos que envolverem questões de família, pensão, separação e guarda dos filhos, etc.

Tal alteração de regra de competência não é inconstitucional e tem precedente salutar que jamais foi contestado; na Lei 9.278/96 que, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do Juizado da Família, como bem lembrado pela Desa. Maria Berenice Dias.

O grande alcance prático da competência unificada reside na celeridade dos processos, na possibilidade da utilização de prova emprestada, na prestação jurisdicional mais eficaz e com menor ônus para a vítima que não mais precisará empreender difícil peregrinação de juízo em juízo, de vara em vara, para solucionar todos os problemas decorrentes das violações sofridas.

A propósito, o belíssimo parecer do d. Procurador de Justiça, Dr. Mauro Viveiros, no Conflito Negativo de Competência 67.993/2007 suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Tangará da Serra-MT, em face do Juízo da 2ª Vara Cível de Tangará da Serra-MT, com fulcro no art. 33 da Lei 11.340/2006 (v. íntegra no item 4).

Na referida manifestação Ministerial, o seu subscritor realçou a *ratio legis*, orientada na necessidade de tratamento jurisdicional unificado, atraindo para a competência da Vara especializada, ou da Vara Criminal, onde não houver a especializada, para conhecer e julgar todos os feitos em matéria de proteção às vítimas, rompido o critério tradicional de separação das instâncias cíveis e criminais, em razão da visão sistêmica exigida para uma proteção efetiva à mulher (e filhos) vítima (s) da violência doméstica. Cuida-se de inovação como meio de melhor alcançar os fins sociais previstos na Lei. Basta pensar na burocracia da prestação jurisdicional fragmentada, em vários juízos e respectivos cartórios, num contexto em que as classes menos favorecidas fazem parte da clientela beneficiária da proteção legal,[5] para se ter idéia da magnitude dos benefícios da competência unificada da Vara Especial.

3.6 Capacitação permanente dos agentes envolvidos na prevenção e na repressão à violência doméstica: art. 8.º, VII, da Lei 11.340/2006

Agentes policiais, profissionais da saúde, da educação e da assistência social, bem como advogados, Defensores Públicos, Promotores de Justiça e magistrados,

5. Em julgamento unânime da Turma de Câmaras Criminais Reunidas, o TJMT, na data de 04.10.2007 decidiu que, mesmo inexistindo representação ou vontade de representar por parte da vítima, em crime de ameaça, porém mero pedido de medida protetiva, prevalece a competência do juízo criminal, bastando para tal o fato-crime.

dentre outros, são incumbidos de dar efetividade à Lei, nas respectivas áreas, cada qual com o seu relevante papel. Logo, a capacitação destes é imprescindível, por isso que se cuida de questão de difícil trato, onde a desinformação e os preconceitos costumam atuar, frustrando os objetivos da Lei.

Trata-se de enfrentamento legal à violência de gênero, cuja maior barreira é cultural, sendo difusa em toda a sociedade. Daí a importância dos Tratados Internacionais, catalisadores dos princípios e normas de proteção aos direitos humanos, que são universais. Compreendendo essa realidade, a ANM (Associação Nacional de Magistradas), com a cooperação da IAWJ (*International Asssociation of Women Judges*), especialmente da sua então Presidente, Juíza Arline Pacht, da Corte Superior Laboral de Washington-DC, celebrou convênio com o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), para a capacitação de magistrados em gênero e direitos humanos, visando à aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais sobre o tema. Tal projeto envolveu 05 (cinco) países da América Latina.

As atividades do Projeto JEP, sigla em inglês que corresponde à denominação "Jurisprudence of Equality Project", compreenderam três workshops, sendo o 1.º no *Federal Judicial Center* em Washington-DC, centro de treinamento dos magistrados norte-americanos, presidido pelo Presidente da Suprema Corte daquele país; o 2.º em Buenos Aires e dele participou a Ministra Ellen Gracie, à época Presidente do TRF da 4ª Região, bem com o atual Procurador-Geral de Justiça de MT, Dr. Paulo Prado; o 3.º Workshop na Capital de São Paulo, que teve a participação de renomados mestres de direito internacional, além de Presidentes de Supremas Cortes de países sul-americanos.

A 2ª Etapa do JEP importou na realização de 12 Seminários no Brasil, tendo capacitado 1.277 pessoas. O último seminário, em Cuiabá, contou com as ilustres presenças da atual Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie Northfleet, e do então Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, hoje candidato natural à Corte Internacional de Justiça com sede em Haia.

Igualmente relevantes para a construção da jurisprudência da igualdade foram:

1) As participações da internacionalista Flávia Piovesan e das Juristas, Profª. Sílvia Pimentel, Leila Linhares Barsted, bem como da socióloga Heleieth Saffioti e do Juiz de Direito José Henrique Torres, de Campinas-SP, e na área da saúde, dos médicos e professores universitários: geneticista Thomaz Rafael Gollop e ginecologista Jefferson Drezett.

2) O 1.º Curso de Extensão em Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, do qual participou o Prof. Ney Arruda.

E, principalmente, sem a dedicação, o esforço e o apoio pessoal da incansável Juíza norte-americana Arline Pacht não se teria dado passo tão decisivo neste país para o começo da árdua semeadura em campos ainda hoje de reconhecida aridez.

A inclusão do tema em evento da magnitude do presente 13.º Seminário Internacional, realizado pelo IBCCRIM, reaviva a esperança da construção de um Brasil menos violento e mais justo e, por conseguinte, mais feliz no concerto das nações.

4. Anexos

4.1 De que igualdad se trata

Por Alda Facio

(*Parte final de una ponencia presentada en varios foros em 1995).

Argumentar que la igualdad no es necesaria entre mujeres y hombres es no ver que es precisamente la falta de igualdad entre hombres y mujeres la que mata a millones de mujeres al año: porque las mujeres no tenemos igual poder dentro de nuestras parejas, miles somos asesinadas por nuestros compañeros;

porque las mujeres no somos igualmente valoradas por nuestros padres, miles somos asesinadas al nacer; porque las mujeres no tenemos el mismo poder que los hombres dentro de las estructuras políticas, médicas y religiosas; morimos de desnutrición, en abortos clandestinos o prácticas culturales como la mutilación genital y las cirugías estéticas y obstétricas innecesarias. La desigualdad entre hombres y mujeres mata. La desigualdad viola el derecho básico a la vida y, por ende, el derecho a la igualdad brota de la necesidad que sentimos todas las personas de mantenermonos con vida.

Además, la igualdad ante la ley sería un derecho innecesario si la diversidad no existiera. Si todos los seres humanos fueran exactos, si todos fueran blancos, heterosexuales, cristianos, sin discapacidades, adultos, etc. Y todos tuvieran las mismas oportunidades económicas bastaría con establecer una lista de derechos que estos seres humanos tendrían, sin necesidad de establecer que todos los tienen por igual. Fue precisamente el reconocimiento de que hay diversidad entre todos los seres humanos, el que llevó a la necesidad de establecer que todos los seres humanos tienen derecho a gozar plenamente de todos los Derechos Humanos sin distinción por raza, edad, sexo, religión o cualquier otra distinción.

Y claro, ahora el reto es entender que esa prohibición de hacer distinciones se refiere al mandato de no discriminar pero no sólo de no discriminar en la letra de la ley, sino a que no haya discriminación en los efectos y resultados de esas leyes, es decir, que ninguna persona vea sus Derechos Humanos limitados o restringidos por pertenecer a un grupo o clase de personas que no son plenamente humanas. Creo que el inicio de esta nueva acepción del principio de igualdad lo encontramos ya plasmado en varias convenciones internacionales y en algunas constituciones políticas. Quisiera concluir este trabajo con un breve análisis de una de ellas.

*Texto extraído do Manual *Direitos Humanos Rumo a uma Jurisprudência de Igualdade* (12.º Seminário JEP – abril/2002 – Cuiabá-MT).

4.2 PGJ 200706685

Conflito negativo de competência 67993/2007 – Classe 4 – Crime
Medida Cautelar de Arrolamento de Bens 186/2007
Comarca de Tangará da Serra-MT
Suscitante: Juízo da 2ª Vara Criminal de Tangará da Serra
Suscitado: Juízo da 2ª Vara Cível de Tangará da Serra

4.3 Egrégia Turma de Câmaras Criminais Reunidas

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o juízo da 2ª Vara Criminal de Tangará da Serra e o juízo da 2ª Vara Cível de Tangará da Serra, que se entendem incompetentes para o processamento da Medida Cautelar de Arrolamento proposta por Vânia Silva Gavazza em desfavor de Arnoldo Gonçalo Maciel.

O juízo da 2ª Vara Cível, pela Dra. Ângela Regina Gama da Silveira Gutieres Gimenez, por entender tratar-se de caso de violência doméstica, e considerando o disposto no art. 33 da Lei 11.340/2006, afirma-se absolutamente incompetente para a apreciação da causa e "determina a remessa dos autos, à Segunda Vara Criminal desta comarca".

O juízo da 2.º Vara Criminal, por sua vez, pela Dra. Wandinelma Santos, em consonância com parecer ministerial, verificando tratar-se tão somente de pedido de arrolamento de bens, não havendo nos autos imputação criminal no âmbito da Lei Maria da Penha, ou seja, não se tratando de "causa decorrente da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher", também se entende incompetente para apreciar a matéria ventilada nos autos e suscita o conflito.

É o sucinto relato.

A chamada Lei Maria da Penha, ao regulamentar o art. 226, § 8.º da CF/88 e em consonância com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, cria mecanismos para coibir a violência contra a mulher e disciplina a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência tanto cível quanto criminal, para apreciar as causas que decorram da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A questão aqui versa sobre a competência jurisdicional, de natureza cível ou criminal, nos lugares onde não instalado o Juizado Especial previsto na lei, visto que a opção legislativa, conforme se observa do diploma legal, foi a de unificar, doravante, num único juízo as medidas e decisões de natureza cível e criminal em tudo que verse sobre o fenômeno da violência doméstica contra a mulher.

Reza o art. 33 da lei 11.340/2006:

"Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, *as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher*, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no *caput*." (grifo nosso)

A literalidade do texto aponta que a competência será do juízo criminal se a ação decorrer de violência doméstica ou familiar contra a mulher, ainda que se trate de matéria cível. A lei, tendo unificado num único juízo a competência jurisdicional, não pretendeu manter a cisão entre os foros cíveis e criminais enquanto não criados os Juizados próprios, já que tal solução, no entendimento do legislador, prejudica os interesses da mulher, vista como sujeito de direito em situação de desvantagem por razão de gênero.

A questão trazida a lume, nesse conflito, em verdade gira sobre o conceito legal de *pratica de violência doméstica e familiar contra a mulher*, pois é do seu significado jurídico que se vai extrair o alcance da regra do art. 33 da lei referida. E, quanto a isso, penso que, com a nova lei, o conceito de pratica de violência doméstica

e familiar contra a mulher ganhou dimensão que transcende a idéia de simples violência física, típica de agressões do homem violento, para tangenciar aspectos que representam outras formas de violência que, designadamente, repercutem no patrimônio psíquico e moral da ofendida. Diz o art. 5.º:

"Art. 5.º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial"

O conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, para os efeitos que a lei elege, portanto, está dado pela própria lei. De maneira que a competência dos órgãos jurisdicionais previstos na lei não segue mais o critério dicotômico cível/criminal, conforme se trate de uma lesão de direito civil ou criminal; segue-se, agora, um critério que leva em conta não a espécie de direito violado, mas a violência (num sentido amplo) que provenha do *gênero*, violência essa que se manifesta na integridade física da mulher, na sua liberdade sexual, na sua higidez psicológica, no seu patrimônio moral e, até, *material*, todos dignos de proteção jurídica.

A lei caracteriza, por outro lado, as diversas formas de violência doméstica, *verbis*:

"Art. 7.º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria"

Fácil ver que a *ratio legis* orientou-se na necessidade de tratamento jurisdicional sob visão integral do fenômeno que envolve a mulher no âmbito doméstico, instrumentalizando o juiz da causa de meios eficazes de prevenção e de repressão a todas essas formas de violência. E essa visão se materializa precisamente nas diversas medidas de proteção adotadas pela lei, inclusive no que respeita à proteção do patrimônio próprio da mulher, que, como sabemos, em regra é penalizada nas separações justamente em função da condição própria do gênero feminino.

No caso dos autos, o conflito tem origem em ação de arrolamento de bens promovida pela mulher em desfavor de seu companheiro precisamente em função de agressões e ameaças de morte que teria sofrido, conforme se constata do Boletim de Ocorrências de fls. 19 dos autos.

A causa de pedir da ação judicial não é outra, portanto, senão a pratica de violência doméstica contra a mulher, que lhe impôs uma *violência patrimonial* (art. 7.º, IV) que é a causa jurídica de que trata a Lei 11.340/2006 a efeito de convergir para o juízo criminal a competência jurisdicional para todas as medidas e ações, não apenas as especificadas nessa lei, más inclusive as previstas em outros diplo-

mas legais, sempre que o litígio seja *decorrente da pratica de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

De observar que, conforme a lei, não tem relevância o ter havido ou não ter havido inquérito policial ou ação penal ajuizada contra o ofensor para se instalar a competência criminal. Insista-se nesse ponto: relevante é que haja uma das hipóteses de violência domestica contra a mulher previstas no art. 7.º da lei, as quais, como facilmente se vê, nem sempre constituirão crime.

E nunca se deve esquecer, como a experiência avisa, que o processo de separação, em regra conflituoso, desgastante e angustiante, costuma trazer conseqüências traumáticas para todos, especialmente para a mulher com filhos menores. A solução apenas da questão patrimonial, desacompanhada de qualquer medida protetiva em beneficio da mulher e dos filhos, quase sempre é insatisfatória, pois além de deixar o varão em situação vantajosa – posto que a regra é a mãe cuidar dos filhos e arcar com maiores ônus que o pai, que segue produzindo no mercado de trabalho – permite reaproximações indesejadas que muitas vezes deságuam em tragédias, quase sempre vitimando àquela que é objeto de proteção especial pela lei.

Por essa razão é que a Lei 11.340/2006, além de prever, no art. 24, as diversas medidas de proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou da propriedade particular da mulher, autoriza o mesmo juiz criminal a adotar outras medidas de proteção que obrigam o ofensor, tais como I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22.12.2003; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida

a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Todas essas importantíssimas medidas de proteção, caso se seguisse o critério tradicional de separação das instâncias cíveis e criminais, ficariam em principio excluídas da aplicação pelo juízo cível. E desse modo, perder-se-ía a visão sistêmica exigida pela lei para uma proteção efetiva à mulher vitima de violência doméstica.

Ante o exposto, atento ao que prescreve a Lei 11.340/2006 no seu art. 4.º, pensando nos fins sociais a que ela se destina e, especialmente, sob uma perspectiva afirmativa do direito material de igualdade, vista as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, o parecer é pelo reconhecimento da competência do juízo da vara criminal, o suscitante, aliás como prevê o Provimento 008/2007 C.M., no seu art. 1.º, § 1.º, primeira parte.

Cuiabá, 21 de setembro de 2007.

Mauro Viveiros

Procurador de Justiça

4.4 A viabilidade da instalação e funcionamento das varas de violência doméstica e familiar contra a mulher

O legislador federal fez nascer no mundo jurídico a "Lei Maria da Penha", atribuindo novas tarefas e enormes responsabilidades à Justiça Estadual Brasileira, sem criar ou apontar as receitas ou fontes de financiamento para os novos encargos.

A par com as dificuldades decorrentes da falta de recursos, as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, impõem aos tribunais estaduais o enorme desafio de viabilizarem a instalação e o funcionamento das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, tarefa fundamental diante da magnitude e importância social dessa ação estatal.

Posta assim a questão, tendo em mira eventuais soluções para a problemática, alguns pontos merecem ser abordados.

4.4.1 Responsabilidade da Justiça Estadual

A competência para a aplicação das regras nascidas com a Lei Maria da Penha e a apreciação das lides respectivas – cíveis e criminais – é da Justiça Estadual, que deve promover a instalação das Unidades Judiciárias respectivas, para tornar concreta a vontade do legislador.

Assim, os tribunais devem ter iniciativas com esse norte, por meio dos seus dirigentes, que devem ter agenda positiva, provocando o Colegiado competente – Tribunal Pleno ou Órgão Especial – visando a adoção das medidas necessárias capazes de gerar a instalação das varas, inclusive com o envio de mensagem para o Legislativo Estadual, conforme dispuser a lei de organização judiciária local.

Como exemplo, pode ser citado o Estado de Mato Grosso, que já fez editar Provimento 18/2006 do Egrégio Conselho da Magistratura e a Lei Complementar Estadual 255/2006 de 27.10.2006, que criaram e ordenaram a instalação de Varas Especializadas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em todas as Comarcas de Entrância Especial (Cuiabá, Várzea Grande e Rondonópolis) e Terceira Entrância da Unidade Federada, sendo certo que tais providências nasceram por iniciativa da Desembargadora Shelma Lombardi de Kato, Membro do Tribunal de Justiça em debate, que realizou estudos e ofertou as proposições pertinentes.

Fato inegável é que, sendo responsabilidade da Justiça Estadual, os Tribunais de Justiça devem realizar estudos em razão da nova competência atribuída para as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, inclusive para a constatação de viabilidade e possibilidade de transformações de varas já existentes (cíveis ou criminais) em Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cujo papel poderá ser desempenhado, certamente, pelas Corregedorias de Justiça, sem nenhum custo para o erário.

Assim, as Varas Especializadas devem ser instaladas, como forma de tornar realidade o comando da lei federal, devendo a jurisdição especializada ser exercitada por juízes vocacionados, servidores treinados e equipe interprofissional eficiente e suficiente para dar efetividade aos ditames da novel lei.

Portanto, indubitável que essa responsabilidade é do Judiciário Estadual, que goza de autonomia administrativa e financeira, não sendo consentidas desculpas para não solucionar o problema, que deve ser enfrentado com altivez.

4.4.2 Leis orçamentárias. Planejamento estratégico

Boa solução para a instalação das Varas Especializadas é a utilização das leis orçamentárias, com precedência de um planejamento estratégico rápido, capaz de identificar o que existe na Unidade Federada, o que é preciso implementar, em que tempo e com que custo.

Identificadas as necessidades, fazer inserir nas leis orçamentárias de longo prazo (PPA) e imediatas (LDO e LOA) as metas, projetos e planos de trabalho, contemplando as novéis Unidades Judiciárias de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, com a vinculação de parcela dos orçamentos com os futuros gastos, estará gerada a obrigação do ordenador de despesas de realizar a aplicação dos recursos, restando garantido o planejamento estratégico elaborado para a implementação e funcionamento das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Essa é a forma menos traumática de realizar a tarefa, pois todos os Poderes estarão comprometidos e participando do processo, o Judiciário enviando a proposta, o Legislativo aprovando e o Executivo sancionando a lei.

4.4.3 Limitações da LRF e alternativas orçamentárias

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) não deve servir de escudo ou desculpas para não se instalar as Varas de Violência Doméstica, pois é comum o ordenador de despesas alegar limitações impostas pela LRF para sustentar a impossibilidade da realização da tarefa.

É preciso ter criatividade e priorizar o assunto, extraindo da LRF os bons fundamentos para a instalação das varas judiciais, utilizando com maior ênfase as dotações de custeio, onde os limites são mais flexíveis, facilitando a gestão e abrindo a possibilidade de serem abrigados os novos custos.

A dotação com o pessoal deve ser utilizada o mínimo possível, migrando-se as despesas para as dotações em outras despesas correntes.

4.4.4 Criação de fundos

A criação de fundos – medida normalmente vista com antipatia porque dá idéia de formação de casta ou administração paralela nos tribunais – constitui alternativa eficiente para a sustentabilidade do projeto de instalação das Varas Especializadas de Violência Doméstica.

O ambiente local deverá ser sondado, especialmente para constatar se existe disposição dos dirigentes dos Poderes e governantes no encampamento da idéia de criar fundo específico, cuja vantagem é imensa, na medida em que a providência gera receita instantânea.

Com efeito, não há impedimento na lei para a criação de fundo com finalidade pública e gerido pelo próprio Estado, devendo ser utilizado o princípio federativo e a autonomia dos Estados para essas providências, com o início do respectivo processo legislativo.

Exercitada essa opção, é importante constar na lei do Fundo que as receitas deverão ser aplicadas no custeio e investimento, no pagamento de profissionais credenciados e nas atividades de apoio e qualificação do pessoal lotado nas respectivas Varas Especializadas.

Como fontes de receita, seguem algumas sugestões: a) parcela mínima da arrecadação das taxas dos Foros Judicial e Extrajudicial; b) parcela mínima das receitas provenientes das custas judiciais; c) arrecadação dos valores das transações penais realizadas nos Juizados Especiais e na Justiça Comum; d)

receitas decorrentes das aplicações das penas restritivas de direito; e) parcelas das receitas originadas pela movimentação dos ativos financeiros da Conta Única de Depósitos Judiciais, onde houver. Onde não existir, criar o instrumento; f) recursos transferidos por entidades públicas; g) auxílios, doações, subvenções, receitas de convênios firmados de origem nacional ou estrangeira, obedecidas as regras do STN e do BACEN; e, h) fianças prestadas na fase do inquérito ou ação penal.

4.4.5 Credenciamento de profissionais

O sistema de credenciamento de profissionais é importante aliado na instalação de Varas Especializadas de Violência Doméstica, porque a fórmula permite a redução de gastos com pessoal, abastecendo as Unidades Judiciárias com profissionais habilitados.

Essa prática existe e é admitida pelo Poder Público, sendo certo que médicos, psicólogos, entre outros profissionais, prestam serviços como credenciados nos Departamentos de Trânsito das Unidades Federadas, inclusive com regulamentação aprovada pelo TCU.

A possibilidade de remuneração desses profissionais, com caráter indenizatório, por cada ato realizado pelo credenciado, enseja o estipêndio por produtividade.

A seleção deverá observar critérios objetivos, com o credenciamento do número suficiente de profissionais para atender a demanda dos serviços, como médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais, etc.

O modelo consente, também, a flexibilização do número de profissionais, de acordo com as necessidades do Judiciário local, considerada a densidade populacional, o volume de processos, entre outros dados importantes.

Essa concepção já está em vigência no Estado de Mato Grosso para os Juízes Leigos e Conciliadores, conforme disciplina escrita na Lei Complementar Estadual 270/2007, sendo certo que os pagamentos são suportados com as dota-

ções de custeio, sem impacto na limitação de gastos com o pessoal (LRF), dado o caráter indenizatório dos valores.

Salutar, porque importante, a intervenção dos Conselhos Regionais nos convênios para o credenciamento dos profissionais, o que agregará segurança na habilitação e na elaboração da tabela de honorários.

Dr. Marcelo Souza de Barros

Juiz Substituto de 2.º Grau – TJMT.

5. Bibliografia

CADOCHE, Sara Noemí. [et al.]. *Violencia familiar*. Buenos Aires. Culzioni Editores, 2002.

CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação. As mulheres e os direitos civis. Rio de Janeiro, 1999.

CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação. As mulheres e os direitos humanos. Rio de Janeiro, 1999.

CLADEM – Brasil, Comitê Latino-americano e do Caribe para a defesa os direitos da mulher. Mulheres vigiadas e castigadas. *Seminário Regional normatividade penal e mulher na América latina e caribe*. São Paulo: KMK Gráfica e Editora Ltda, 1995.

DIAS, Maria Berenice. A violência doméstica na Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.178, 22.09.2006. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8959>. Acesso em: 26.11.2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da lei de violência contra a Mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.169, 13.09.2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8916>. Acesso em: 07.11.2006.

Instituto Interamericano de Direitos Humanos. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. editado

por Antônio Augusto Cançado Trindade. San José: C.R.: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-Comissariado das Nações Unidas para os refugiados, Comissão da União Européia e Governo da Suécia (ASDI), 1996.

KATO, Shelma Lombardi de. A jurisprudência da igualdade, seu papel na implementação dos direitos humanos. Os rumos do direito internacional dos direitos humanos. *Ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. v. 6. T. V. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

_____. O novo Código Civil, princípios informativos. Adequação da ordem jurídica interna ao direito internacional: CF/88 e tratados internacionais. *Judice – Revista Jurídica de Mato Grosso*, Cuiabá, a. 4, n. 12, p. 7-16, maio-ago. 2002.

_____. (Org.). *Manual de capacitação multidisciplinar da lei Maria da Penha*. Elaborado em novembro de 2006. Atual. em 16.07.2007. Publicado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Departamento Gráfico do TJMT, 2006. Disponível em <http://www.tj.mt.gov.br/>. Acesso em: 26.11.2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público*: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. (Séries Manuais para Concursos e Graduação. v. 2. Coord. geral Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Revista dos Tribunais/IELF, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. 2. tir. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997.

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL. *Direitos humanos*: instrumentos internacionais, documentos diversos. 2. ed. Brasília, 1997.

Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas

Carolina Yumi de Souza
Mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Advogada da União.

Resumo: O objetivo deste artigo é descrever de maneira sucinta alguns aspectos práticos relacionados à cooperação jurídica internacional e que interferem diretamente em sua aplicação. O artigo parte de seu conceito, demonstrando sua base legal e diferenciando os dois instrumentos mais utilizados, a carta rogatória e o auxílio direto, com fundamento na lei e, principalmente, na prática. Relata brevemente as atribuições da autoridade central e tece algumas constatações gerais sobre a matéria.

Palavras-chave: Cooperação internacional – Base legal – Autoridade central – Carta rogatória – Auxílio direto.

Abstract: The purpose of this article is to describe some practical aspects related to international legal cooperation, which directly interferes with its application. The article describes its concept and legal basis, showing the differences between its most used instruments, the rogatory letter and the mutual legal assistance, based on the law and especially on its practice. This article briefly analyzes the competences of the Central Brazilian Authority and makes some general considerations about the theme.

Keywords: International cooperation – Legal basis – Central authority – Rogatory letter – Mutual legal assistance.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito – 3. Arcabouço legal – 4. Classificação: 4.1 Quanto à posição do solicitante: 4.1.1 Ativa; 4.1.2 Passiva; 4.2 Quanto ao canal utilizado: 4.2.1 Cooperação direta (informal); 4.2.2 Cooperação formal – 5. Autoridade central – 6. Base legal – 7. Instrumentos legais: 7.1 Carta rogatória; 7.2 Auxílio direto – 8. Observações finais.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

1. Introdução

Não é escopo deste artigo o aprofundamento sobre os diversos aspectos doutrinários relacionados ao instituto da cooperação jurídica internacional, principalmente no que diz respeito ao fundamento, à natureza e às classificações.

Tendo em vista que se trata de instituto que teve inúmeros avanços e crescimento espantoso com relação à sua utilização, o objetivo será tentar mostrar uma visão prática sobre sua aplicação. Assim, a finalidade deste artigo será mencionar alguns aspectos intrigantes que aqueles que trabalham com a matéria observam cotidianamente.

Uma breve introdução, porém, será necessária.

O crime sempre foi visto como um problema territorial, sendo sua prevenção e repressão atreladas ao exercício da soberania no território nacional, por meio de uma visão exacerbada. Tanto que, mesmo nos tempos atuais, o critério definidor da jurisdição continua a ser, na maior parte dos países, o da territorialidade. Por óbvio que outros critérios também são aplicados, como os da personalidade ativa, da personalidade passiva e da jurisdição universal. Porém, inegável a prevalência da territorialidade como critério primário de definição.

O exercício da jurisdição sempre foi considerado como um dos poderes do Estado que garantem a efetividade de sua própria soberania,[1] sendo, anteriormente,

1. Historicamente, a soberania era associada a quatro principais características: primeiro, um Estado soberano é aquele que goza de autoridade política suprema e monopólio do uso legítimo da força em seu território. Segundo, é capaz de regular a movimentação em suas fronteiras. Terceiro, pode fazer suas escolhas de política externa livremente. Finalmente,

o instituto da extradição uma das únicas exceções: cada Estado tem o poder de julgar seus próprios criminosos e a ajuda de outro Estado vem somente no caso da evasão dos indivíduos processados.

Porém, o mesmo fenômeno da globalização que atingiu outras áreas também teve efeitos no âmbito da justiça criminal: não somente o cometimento de crimes não ocorre dentro das fronteiras de um único Estado,[2] mas a prática de atos judiciais necessários à persecução penal também não fica adstrita ao território (por exemplo, a necessidade de oitiva de uma testemunha que resida em outro país). Isso levou ao reconhecimento de que os Estados precisam ajudar-se em prol de um objetivo comum.[3]

Dessa forma, a cooperação jurídica internacional tornou-se fundamental para a efetivação da justiça penal. Mais do que uma liberalidade de cada Estado, tornou-se uma necessidade e, analisando-se os tratados multilaterais que tratam

é reconhecido por outros governos como um ente independente a quem é conferida liberdade de intervenção externa. Estes componentes da soberania nunca foram absolutos, mas juntos ofereciam uma base previsível para a ordem mundial. O que é significante hoje é que cada um desses componentes – autoridade interna, controle das fronteiras, autonomia política e não-intervenção – está sendo desafiado de maneira sem precedentes. John H. Jackson, referindo-se a um conceito de Richard N. Hass. Tradução livre. JACKSON, John H. Sovereignty-modern: A new approach to an outdated concept. *American Journal of International Law*, v. 97, n. 4. Washington, out. 2003, p. 782-802, p.789.

2. Principalmente com o desenvolvimento do crime organizado transnacional. Ver VIGNA, Piero L. La cooperación judicial frente al crimen organizado, 2005, p. 223-236. Em: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). *El crimen organizado*. Buenos Aire: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

3. Sobre essa interação entre Estados: "(...) prácticamente desde la Segunda Guerra Mundial asistimos a un decidido proceso de creciente cooperación entre Estados en esta materia, hasta alcanzar metas que parecían utópicas hace apenas unos años. Se trata de una manifestación más de los procesos de colaboración interestatal y de regionalización de instituciones internacionales, consecuencia, en realidad, de una dinámica cuyo origen último se encuentra en la convicción de que en el mundo que surge después de la confrontación mundial los Estados, individualmente considerados, tendrían escasa capacidad de acción frente a las dos principales potencias del momento y que el verdadero progreso no podría alcanzarse sino mediante la agrupación de Estados y la regionalización de las relaciones internacionales". GONZÁLES RUS, Juan José. Cooperación internacional en la persecución y repressión del delito: tiene futuro el principio de territorialidad? 2004, p. 647-675. Em: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). *El penalista liberal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 647-648.

da matéria, como os da Organização das Nações Unidas, pode-se até mesmo dizer que cooperar constitui-se em uma obrigação internacional.

2. Conceito

A cooperação jurídica internacional[4] pode ser considerada como um intercâmbio entre Estados soberanos, destinando-se à segurança e à estabilidade das relações transnacionais. Tem por premissas fundamentais o respeito à soberania dos Estados e a não-impunidade dos delitos.[5]

Em sentido lato, engloba todos os atos públicos (legislativos, administrativos e judiciais). Para o nosso escopo, de medidas a serem tomadas no âmbito da persecução penal, compreende os atos judiciais não decisórios, de mera comunicação processual (citação, notificação e intimação) e decisórios, além daqueles destinados à instrução probatória.

Assim, como mencionado, tendo em vista que um Estado somente possui jurisdição dentro de seu território, faz-se necessária a cooperação entre os diversos Estados quando há necessidade da produção de uma medida extraterritorial.[6]

4. Para efeitos deste artigo, não entraremos nas discussões doutrinárias que envolvem a criação de um novo ramo do direito (Direito da Cooperação Jurídica Internacional) ou sua inserção em um ramo já existente. Também não nos parece cabível, para a finalidade proposta, a discussão sobre a terminologia utilizada. Basta mencionar que há quem prefira a nomenclatura Cooperação Judicial Internacional ou até mesmo Cooperação Jurisdicional Internacional. Preferimos a utilização de Cooperação Jurídica Internacional, posto que, como veremos adiante, esta abrange não somente atos em que se faz necessária a intervenção judicial, mas também atos administrativos destinados a integrar investigações ou processos em outro Estado, havendo ampla gama de atores.

5. VILLAREAL CORRALES, Lucinda. La globalización y la cooperación internacional en materia penal, 2005, p. 31-56. Em: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (Coord.). *Orientaciones de la política criminal legislativa*. México: Inacipe, 2005, p. 47. Estas premissas tradicionais são questionáveis hodiernamente, mas suficientes para nosso objetivo central.

6. Sobre seu conceito, a lição de Raúl Cervini, lembrando os ensinamentos de Paulo Moso: "Definida, em termos gerais, como uma das variedades da Entreajuda Penal Internacional, a cooperação judicial penal internacional se concretiza quando o aparato judicial de um Estado, que não tem poder de império senão dentro de seu território, recorre ao auxílio, à assistência que lhe podem prestar outros Estados, por meio de suas atividades jurisdicionais". CERVINI, Raúl;

Para entendermos de maneira mais clara sua definição, não se faz exagerado dissecarmos alguns termos que fazem parte de seu conceito. Assim, cooperação pode ser entendida como uma forma de assistência prestada para a solução de algum problema. Já por internacional, devemos ter em mente a necessidade de que haja uma conexão entre pelo menos dois sistemas jurídicos diversos. Por fim, para que emprestemos a qualificação de jurídica a essa cooperação, é necessário que o fato ou ato sejam caracterizados também como jurídicos no outro ordenamento.

Emprestemos, ainda, a valiosa definição de Raúl Cervini, agregando outros elementos, para quem a cooperação pode "ser esquematizada funcionalmente como um conjunto de atividades processuais (cuja proteção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseco do auxílio requerido".[7]

Extrai-se do exposto que a cooperação é necessária ao reconhecimento da juridicidade da atividade de um determinado Estado dentro das fronteiras de outro Estado igualmente soberano, alcançando-se a colaboração entre eles. E essa colaboração acaba por abrandar o princípio da territorialidade.

Por fim, imprescindível notar que a cooperação jurídica internacional, como anteriormente mencionado, é considerada como uma assistência entre Estados. Frisar este aspecto parece desnecessário, mas traz reflexos fundamentais para a efetivação da cooperação.

TAVARES, Juarez. *Princípios da cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49.

7. CERVINI, Raúl. Das garantias do concernido na cooperação judicial penal internacional, 2001, p. 441-457. Em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Éster (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 444.

Isso implica, dentre outras circunstâncias, a impossibilidade de que o particular, mesmo que seja o indivíduo investigado ou processado, ou aquele sobre cujo patrimônio recairá a medida solicitada, possa ser requerente em um pedido de cooperação. Somente autoridades públicas podem ter esta prerrogativa. Esta situação mostra-se de maneira clara, por exemplo, no caso da cooperação com os Estados Unidos da América.

No texto do tratado bilateral Brasil-Estados Unidos (Dec. 3.810, de 02.05.2001), está estabelecido no art. I, 5, que o acordo "destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as Partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida". As partes, pelo próprio acordo, são os Governos dos dois países.

Desta forma, os Estados Unidos não cumprem pedidos que venham exclusivamente da defesa. A única maneira possível de execução seria que a autoridade judiciária também demonstrasse interesse na medida solicitada. Mas não um interesse genérico. Deve haver a comprovação do interesse específico para o deslinde do processo.

A justiça penal por meio da cooperação, assim, pela prática internacional, acaba por configurar-se em interesse unicamente estatal.

3. Arcabouço legal

Um grave problema para a aplicação das medidas de cooperação dentro de nosso ordenamento e que não deve ser desconsiderado é a ausência de regulamentação legal específica com relação à matéria. Sua aplicação depende do entendimento de um quebra-cabeça normativo, que se encontra disposto de maneira esparsa, e do acompanhamento da evolução da jurisprudência.

A situação normativa atual pode ser resumida pelo quadro abaixo, que tentaremos esquematizar de maneira geral.

Em um primeiro plano, estatui-se a cooperação como um princípio geral, que deve ser seguido pelo Estado brasileiro. Tal dispositivo encontra-se em nossa Constituição Federal, em seu art. 4.º:

"Art. 4.º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade."

Partindo-se deste princípio, desenhado em nossa Constituição Federal, constataremos que, em termos infraconstitucionais, a matéria encontra-se disposta de maneira casuística, mais relacionada à espécie de providência a ser tomada ou à disciplina do delito a que se refere do que à cooperação em si. Tal pode ser verificado, por exemplo, em algumas disposições contidas na Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), referentes à apreensão e ao seqüestro de bens, quando os crimes descritos no art. 1.º da lei forem praticados no exterior.[8] Interessante notar que este dispositivo também disciplina a base em que se dará a cooperação (por tratado ou por reciprocidade), versando também sobre a porcentagem de divisão dos ativos nesses casos.

O Código de Processo Penal, por sua vez, tratou de disciplinar a matéria em seu Livro V, que trata das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira. Assim, cuida de disposições gerais nos arts. 780 a 782, trata de disposições específicas sobre rogatórias em seus arts. 783 a 786[9] e sobre homologação de sentença estrangeira nos arts. 787 a 790.

8. "Art. 8.º. O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1.º, praticados no estrangeiro.

§ 1.º. Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando o governo do país da autoridade solicitante prometer reciprocidade ao Brasil.

§ 2.º. Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé."

9. Estas disposições também se aplicam ao auxílio direto, no que cabível.

Também integram a disciplina referente à cooperação, os tratados internacionais (multilaterais e bilaterais, sobre os quais trataremos mais à frente) ratificados pelo Brasil, que passam a ter estatura de lei ordinária quando internalizados. Com relação aos tratados bilaterais, eles regulamentam por si a situação com cada país signatário, trazendo dispositivos bem específicos com relação ao cumprimento dos pedidos de cooperação e trazendo soluções já determinadas para problemas que possam surgir eventualmente (por exemplo, a responsabilidade pelas custas da execução da medida).

Já com relação aos multilaterais, estes trazem as disposições relativas à cooperação de forma mais genérica, mas a disciplinam como um dever, a ser prestada da maneira mais ampla possível. Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Dec. 5.015, de 12.03.2004), ressalta em seu art. 18:

"1. *Os Estados Partes prestarão reciprocamente toda a assistência judiciária possível* nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas pela presente Convenção, nos termos do Artigo 3, e prestarão reciprocamente uma assistência similar quando o Estado Parte requerente tiver motivos razoáveis para suspeitar de que a infração a que se referem as alíneas *a)* ou *b)* do parágrafo 1 do Artigo 3 é de caráter transnacional, inclusive quando as vítimas, as testemunhas, o produto, os instrumentos ou os elementos de prova destas infrações se encontrem no Estado Parte requerido e nelas esteja implicado um grupo criminoso organizado.

2. *Será prestada toda a cooperação judiciária possível*, tanto quanto o permitam as leis, tratados, acordos e protocolos pertinentes do Estado Parte requerido, no âmbito de investigações, processos e outros atos judiciais relativos a infrações pelas quais possa ser considerada responsável uma pessoa coletiva no Estado Parte requerente, em conformidade com o Artigo 10 da presente Convenção." (grifos nossos)

Importante ter em mente que as demais Convenções das Nações Unidas (Contra a Corrupção e Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e

Substâncias Psicotrópicas) trazem dispositivos semelhantes e também foram ratificadas pelo Brasil, podendo ser utilizadas como base suficiente para ensejar a cooperação.

Deve-se observar, ainda, o disposto na Resolução 9, de 04.05.2005, do Superior Tribunal de Justiça, que também traz algumas definições importantes e disciplina parte do procedimento de cumprimento dos pedidos de cooperação.

Ainda, há diversas normas infralegais regulamentando a matéria, consubstanciando-se em Portarias e Ordens de Serviço,[10] que trazem requisitos e disciplinam procedimentos.

Desta forma, elaborado este panorama geral sobre a matéria, percebe-se claramente a necessidade de uma lei específica sobre o tema. Está em fase final de elaboração anteprojeto de lei que trará disciplina completa sobre a cooperação, coordenado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, pertencente à estrutura do Ministério da Justiça.

Porém, até o momento em que teremos esta lei, será necessária a observância do disposto nos tratados, no Código de Processo Penal, na legislação específica relacionada ao delito de que trata a cooperação e, por fim, o disposto nas normas infralegais.

4. Classificação

A doutrina também estabelece uma séria de classificações para a cooperação jurídica internacional. Porém, para efeitos práticos, com vistas à correta compreensão do funcionamento deste instituto, iremos nos ater principalmente a duas, tendo em vista a posição do solicitante e o canal jurídico utilizado.

10. A regulamentação infra-legal encontra-se no sítio eletrônico do Ministério da Justiça (<www.mj.gov.br>).

4.1 Quanto à posição do solicitante

4.1.1 Ativa

Nesta modalidade, a autoridade brasileira necessita do auxílio de autoridade estrangeira, pois algum dos elementos necessários à persecução penal encontra-se fora do território brasileiro (por exemplo, uma testemunha que reside no exterior ou há bens de origem ilícita em outro país).

O pedido é solicitado por meio do Ministério da Justiça e é encaminhado diretamente à autoridade central do Estado requerido ou pelas vias diplomáticas.[11]

4.1.2 Passiva

A autoridade estrangeira solicita auxílio à autoridade brasileira. O trâmite será feito entre autoridades centrais ou por via diplomática. Após, o pedido será executado de acordo com o disposto no ordenamento jurídico brasileiro, que indicará qual a via adequada (se por meio de carta rogatória ou auxílio direto – sobre estes instrumentos e suas hipóteses de cabimento trataremos mais abaixo), a viabilidade de cumprimento do pedido, seu modo de execução e a autoridade com atribuição para tal.[12]

4.2 Quanto ao canal utilizado

4.2.1 Cooperação direta (informal)

A cooperação direta tem lugar quando a solicitação da medida pode ser feita diretamente entre autoridade requerida e autoridade requerente, sem a necessidade de instauração ou participação de instâncias formais e independentemente

11. A esse respeito, ver o art. 783 do CPP ("As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes") e a Portaria MJ/MRE 26, de 14.08.1990 (disponível em: <www.mj.gov.br>).

12. Ver Portaria MJ/PGR/AGU 1, de 27.10.2005.

da intervenção do Poder Judiciário. Normalmente, seu processamento ocorre por meio das vias administrativas e de órgãos que já possuem vocação para o trabalho conjunto com unidades equivalentes em outros países (caso de autoridades policiais,[13] unidades de inteligência financeira e autoridades alfandegárias).

Esta cooperação ocorre mais comumente entre organizações como a Interpol[14] e o Grupo de Egmont,[15] que congrega as Unidades de Inteligência Financeira (no Brasil, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, ligado ao Ministério da Fazenda).

4.2.2 Cooperação formal

A cooperação formal tem lugar quando é necessária a institucionalização da via escolhida ou para garantir a validade da prova a ser produzida ou do ato a ser executado ou, ainda, quando se faz necessária a intervenção judicial para sua execução. Em matéria penal, os instrumentos mais comumente utilizados são o auxílio direto e a carta rogatória.

A cooperação formal, assim, é necessária quando tiver por objeto: 1. atos judiciais de comunicação (citação, intimação, notificação), 2. atos judiciais relacionados à produção de prova (testemunhos, perícias), 3. atos judiciais de

13. A cooperação policial é extremamente utilizada e eficaz para atos relacionados à investigação criminal, constituindo-se em um mecanismo célere de cooperação. Enfrenta, porém, alguns problemas de ordem geral, como o entendimento exacerbado do conceito de soberania, os conflitos entre autoridades em nível nacional e internacional e, talvez o principal deles, a existência de inúmeras diferenças legais entre os países. Em um nível mais prático, além das diferenças políticas, legais e culturais, pode-se citar a falta de informação disponível e o tempo para se conseguir informações em outros países relacionadas a investigações de crimes internacionais. Por outro lado, apresenta-se como problema, de forma paradoxal, o grande número de documentos e informações oriundos da investigação de crimes complexos, como os financeiros (principalmente se em outro idioma). Por fim, cita-se a falta de poderes para condução de investigações de algumas autoridades policiais. STORBECK, Jürgen. International co-operation in the fight against cross border crime: the role of Europol. *Revista del Ministerio Fiscal.*, n. 9, p. 347-360, Madrid, 2001, p. 350-351.

14. A Interpol é uma organização destinada à cooperação policial, reunindo instituições de 186 países. (<www.interpol.int>).

15. Disponível em: <www.egmontgroup.org>.

natureza cautelar (medidas assecuratórias), 4. atos judiciais definitivos (sentenças, extradição) e 5. atos destinados a integrar o processo penal.

5. Autoridade central

A figura da autoridade central é relativamente nova em nosso ordenamento, ao menos com relação à cooperação jurídica em matéria penal em sentido estrito (com relação à extradição, este instituto encontra-se mais sedimentado).

A autoridade central brasileira, tanto para os pedidos passivos como para os ativos, em matéria penal e em matéria civil, é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, pertencente à estrutura do Ministério da Justiça.[16] A única exceção, hoje, em matéria penal, encontra-se disposta no tratado bilateral assinado entre Brasil e Portugal,[17] figurando como autoridade central a Procuradoria-Geral da República.

As atribuições da autoridade central vêm, hoje, dispostas no Dec. 6.061, de 15.03.2007, que dispõe da seguinte forma em seu art. 11:

"Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete:

I – *articular, integrar e propor ações do Governo nos aspectos relacionados* com o combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado transnacional, à recuperação de ativos e *à cooperação jurídica internacional*;

(...)

III – *negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional*;

16. Criado pelo Dec. 4.991, de 18.02.2004. A autoridade central brasileira, em matéria penal, possui uma divisão interna de atribuições bastante interessante. A Coordenação-geral de Cooperação Penal possui uma divisão específica, com técnicos responsáveis por casos que envolvem recuperação de ativos e aqueles classificados como sensíveis (quer pela sua magnitude, quer pela exposição na imprensa). Com relação a esses casos, é feito um acompanhamento diferenciado que possibilita o alcance de uma alta porcentagem de cumprimento, em curto espaço de tempo.

17. Dec. 1.320, de 30.11.1994.

IV – *exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional*;

V – *coordenar a atuação do Estado* brasileiro em foros internacionais sobre prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional, recuperação de ativos e *cooperação jurídica internacional*;

VI – instruir, opinar e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive cartas rogatórias; *e*

VII – *promover a difusão de informações sobre recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional*, prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional no País." (grifos nossos)

Pelo que se pode perceber em uma primeira observação do texto, a principal finalidade da autoridade central é facilitar a cooperação jurídica internacional, fazendo com que esta seja célere e eficiente.

E quais são os meios de que dispõe?

Em primeiro lugar, cabe à autoridade central a coordenação da cooperação. Esta coordenação ocorre em um nível político e em um nível prático.

Em um nível político, deve articular, integrar e propor ações de governo na matéria. Isto inclui uma atuação conjunta e coordenada dos diversos órgãos governamentais com atuação na área. Isto é fundamental, tendo em vista a ausência de um marco legal que regulamente a matéria na íntegra. Mais ainda, imprescindível para que o Brasil adote uma posição uníssona em foros internacionais e negociações com autoridades estrangeiras. Nesta articulação incluem-se atividades como a disponibilização de cursos de capacitação e a publicação de material didático.

Em nível prático, coordena a execução dos pedidos de cooperação. Assim, analisa os pedidos, verificando a presença dos requisitos necessários ao seu cumprimento e providenciando a complementação dos elementos faltantes antes mesmo do envio à autoridade brasileira encarregada por sua execução ou à autoridade central do Estado requerido.

Nesta análise também está compreendida a verificação do instrumento adequado para a execução do pedido e da autoridade que irá cumpri-lo. Por exemplo, cabe à autoridade central verificar se será necessário juízo de delibação, encaminhando o pedido ao Superior Tribunal de Justiça para a concessão de *exequatur* ou se o pedido pode ser encaminhado por auxílio direto, remetendo o pedido ao Ministério Público ou à autoridade policial (outras autoridades administrativas também podem ser destinatárias do pedido, como a Receita Federal).

Outros aspectos merecem destaque. O estabelecimento de um canal de comunicação entre as autoridades brasileiras e autoridades nos países requeridos tem-se demonstrado extremamente útil para o sucesso dos pedidos de cooperação. É possível, assim, na relação com alguns países, o encaminhamento de minutas dos pedidos de maneira informal, para análise de sua adequação e posterior trâmite formal, o que pode diminuir em meses o seu tempo de execução. Também o fato de o trâmite entre autoridades centrais eliminar as vias diplomáticas acaba por tornar o procedimento mais célere.

O trâmite por autoridades centrais também se destina a legalizar o processo da cooperação internacional, conferindo veracidade aos pedidos e autenticidade aos documentos que os acompanham, dispensando a necessidade de tradução juramentada e da extração de cópias autenticadas.[18]

18. Esse entendimento é pacífico em nossos tribunais. Veja:

a) "Agravo regimental. Carta rogatória. Autenticidade de documentos. Tradução. Instrução. Ausência de documentos. Diligência.

Infere-se a autenticidade dos documentos que instruem a carta rogatória vinda pela via diplomática ou pela autoridade central, a despeito de a tradução ter sido feita na origem;

Negar a presunção de autenticidade de documentos com trânsito no Ministério da Justiça é colocar em suspeita a lisura do órgão do Poder Público brasileiro competente para processar os intentos rogatórios.

Há de ser dada oportunidade ao país rogante, por meio de sua Embaixada, para suprir eventual falha material na apresentação das cartas rogatórias. Agravo regimental improvido." (STJ, Especial, AgRg na Carta Rogatória 1.000 – 2005/0115459-2, rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.06.2006)

Ainda, na negociação de acordos de cooperação jurídica internacional, é atribuição da autoridade central prover os subsídios teóricos e as diretrizes de negociação sobre seu conteúdo.

Por fim, a tramitação por autoridades centrais propicia a criação de uma base de conhecimento com relação aos ordenamentos jurídicos de diversos países, principalmente com relação a países com ordenamentos de *common law* e àqueles com os quais não há tratado em vigor (as regras a serem seguidas são muito mais fluidas). Esse fato é relevante na medida em que, na maior parte dos casos, é a lei do Estado requerido que irá prevalecer na execução dos pedidos.

6. Base legal

A cooperação jurídica internacional pode ter por base um tratado (bilateral ou multilateral) ou promessa de reciprocidade.

A promessa de reciprocidade implica o compromisso do Estado requerente de que cumprirá medidas equivalentes executadas pelo Estado requerido, nas mesmas circunstâncias, caso este último execute desde já o solicitado.

A reciprocidade é um instituto de direito internacional utilizado em diversas outras áreas e que tem larga aplicação no que diz respeito à extradição.[19]

b) "(...) *Art. 6.º. Quando as cartas rogatórias forem transmitidas por via consular ou diplomática, ou por intermédio da autoridade central, será desnecessário o requisito da legalização.* Não é outro o entendimento firmado pela jurisprudência desta Corte. Nos Embargos na Carta Rogatória 4.059, restou consignado: '3. Tratando-se de comissão rogatória, o trânsito pela via diplomática, modalidade, aliás, usual de tal espécie, confere autenticidade aos documentos que a instruem, não obstante a versão para o vernáculo seja feita na origem." (STF, Carta Rogatória 10.367, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 01.08.2002)

c) "Não prospera o argumento de ausência de tradução juramentada e falta de prova da autenticidade e legalização dos documentos que compõem a rogatória, eis que a *comissão tramitou por meio da autoridade central brasileira, o que confere aos documentos a indispensável autenticidade.*" (STJ, Carta Rogatória 1.197, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 28.08.2006) Grifos nossos.

19. Ver, por exemplo, o art. 76 da Lei. 6.815, de 19.08.1980: "A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao *Brasil a reciprocidade.*" (grifo nosso)

Com relação aos tratados, estes podem ser bilaterais ou multilaterais e passam a vigorar no país com *status* de lei ordinária assim que terminado seu processo de internalização.[20]

No tocante aos bilaterais, vale mencionar os seguintes países com os quais o Brasil possui tratado especificamente na matéria:[21]

a) China (Dec. 6.282, de 03.12.2007);

b) Coréia (Dec. 5.721, de 13.03.2006);

c) Estados Unidos da América (Dec. 3.810, de 02.05.2001);

d) Colômbia (Dec. 3.895, de 23.08.2001);

e) Peru (Dec. 3.988, de 29.10.2001);

f) França (Dec. 3.324, de 30.12.1999);

g) Itália (Dec. 862, de 09.07.1993); e

h) Portugal (Dec. 1.320, de 30.11.1994).

Já no que diz respeito aos multilaterais, merecem destaque (por serem mais freqüentemente utilizados ou pela abrangência):

a) Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, assinada em Nassau, em 23.05.1992, e seu Protocolo Facultativo, assinado em Manágua, em 11.06.1993 (Dec. 6.340, de 03.01.2008);

b) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Dec. 5.687, de 31.01.2006);

c) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Dec. 5.015, de 12.03.2004) e seus três protocolos adicionais (Dec. 5.017, de 12.03.2004, Dec. 5.016, de 12.03.2004 e Dec. 5.941, de 26.10.2006);

d) Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Dec. 154, de 26.06.1991); e

e) Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais – Mercosul (Dec. 3.468, de 17.05.2000).

20. Ver a respeito do tema: ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado*: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

21. Há outros acordos disponíveis em: <www.mj.gov.br>.

Mencionados os principais tratados, cabível fazermos a diferenciação do funcionamento da cooperação a depender de seu embasamento legal.

Inegavelmente, a cooperação embasada em tratados traz diversas vantagens se cotejada àquela na qual se utiliza a promessa de reciprocidade.

Além de facilitar a cooperação, uma vez que delimita as regras a serem seguidas, trazendo maior certeza ao processo, possibilita uma comunicação direta e mais fluida entre autoridades centrais, eliminando, na maior parte dos casos, a necessidade de tramitação dos pedidos pelas vias diplomáticas. Isso por si, como já dito anteriormente, já torna o procedimento mais célere.

Ainda, permite também que seja eliminada a necessidade de dupla-incriminação.[22] Esse fator é de extrema relevância, principalmente quando estão envolvidos crimes de lavagem de dinheiro. Explico-me. Na maior parte dos casos, o crime antecedente, no Brasil, é um crime de natureza fiscal, sendo essa espécie de conduta dificilmente tipificada como delito em outros ordenamentos jurídicos.

Já a cooperação embasada na promessa de reciprocidade tem a desvantagem de depender, quase que exclusivamente, da legislação do Estado requerido, fator que, por óbvio, dificulta, em muitos dos casos, o andamento e o entendimento da cooperação, posto que atrela sua execução completamente a outro ordenamento jurídico.

Mais que isso, será necessário o trâmite diplomático, prolongando os prazos de execução. Impossibilitada também resta a eliminação do requisito da dupla-incriminação.

22. A dupla-incriminação implica que o fato qualificado como delito no Estado requerente também o seja no Estado requerido. Deve-se lembrar, porém, que pouco importa o *nomem iuris* do delito. É interessante mencionar o entendimento de Solange Mendes de Souza, para quem, para que não se aplicasse a dupla-incriminação, seria necessário ainda outro requisito: "É possível, em tese, admitir ainda a prestação de cooperação jurídica penal quando não ocorre a dupla incriminação, desde que o fato considerado delituoso no Estado requerente também contrarie o sistema jurídico do Estado requerido, ou seja, constitua um ilícito, ainda que não penal". SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul*: novas possibilidades. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 157.

Com relação aos pedidos passivos, quando a base for um tratado (a menos que este disponha de maneira diversa), traz ainda a possibilidade de cumprimento por meio de auxílio direto, não havendo a necessidade de envio ao Superior Tribunal de Justiça para a concessão de *exequatur*.

Desta forma, parece-nos mais profícua e preferível a cooperação embasada em tratados.

7. Instrumentos legais

Os instrumentos legais pelos quais se tramitará e se executará um pedido de cooperação serão definidos em virtude do objeto do pedido de cooperação, da autoridade de que emana e de sua base legal. Os instrumentos tradicionais de cooperação em matéria penal são:

1. Carta rogatória;

2. Auxílio direto;

3. Extradição[23] (procedimento pelo qual se transfere o indivíduo que se encontra em um determinado Estado para outro, no qual cometeu um delito, para que seja devidamente processado ou para que cumpra pena por sua condenação nesse Estado);

4. Homologação de sentença estrangeira (procedimento pelo qual se reconhece a eficácia e executoriedade de sentença judicial proferida em outro Estado);[24]

23. A autoridade central brasileira para pedidos de extradição é o Departamento de Estrangeiros, inserido na estrutura do Ministério da Justiça (ver: <www.mj.gov.br>).

24. Hoje, no Brasil, somente se admite a homologação de sentença estrangeira penal nas hipóteses estabelecidas no art. 9.º do CP: "A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único. A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

5. Transferência de pessoas apenadas (procedimento pelo qual se transfere o indivíduo a outro território, somente para o cumprimento de pena. O Brasil possui diversos tratados assinados na matéria); e

6. Cooperação direta (já explicitado em tópico acima).

Para os efeitos deste artigo, iremos nos concentrar somente nos dois primeiros, tendo em vista seu recente aprimoramento e tendo em vista serem aqueles que mais dúvidas suscitam em sua aplicação.

7.1 Carta rogatória[25]

A carta rogatória é um pedido formal de assistência feito pela autoridade judiciária de um Estado a outro. Portanto, percebe-se claramente que é uma comunicação entre órgãos pertencentes ao Poder Judiciário, não havendo qualquer outra autoridade requerente ou requerida.

A carta rogatória é o instrumento mais antigo para a solicitação de pedidos de cooperação jurídica internacional em sentido estrito. Tem por base a execução de uma decisão estrangeira em território nacional. Para tanto, os tribunais nacionais deverão conceder o que se convencionou chamar de *exequatur*,[26] que é uma análise formal de requisitos, conferindo-se possibilidade de execução em território nacional do pedido, por meio de um juízo de delibação.

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça."

Porém, o anteprojeto de lei em elaboração no âmbito do Ministério da Justiça admitirá a homologação de sentença estrangeira penal para todos os efeitos. No tocante ao seu procedimento, este está previsto no Código de Processo Penal (arts. 787 a 790) e na Resolução 9/2005 do STJ.

25. Para se ter uma visão completa sobre a maneira pela qual ocorria o processamento das cartas rogatórias passivas perante o Supremo Tribunal Federal, seu tempo de tramitação, espécies de pedido e delitos aos quais se relacionam, ver o completo trabalho: AZEVEDO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 13, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2005, p. 98-118.

26. O procedimento do *exequatur* foi primeiramente trazido com a Lei 221/1894, sendo então de atribuição do Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1934 atribuiu a concessão do *exequatur* ao "Presidente da Suprema Corte" (art. 77), passando essa atribuição ao Superior Tribunal de Justiça com a edição da EC 45/2004 (art. 105, I, *i*, da CF/88). Com essa mudança, também muito se alterou o entendimento acerca do cabimento da carta rogatória, principalmente no que diz respeito à possibilidade de admissão de cartas rogatórias de caráter executório.

Com essa nova atribuição, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução 9, de 04.05.2005, disciplinando o procedimento a ser adotado para a concessão do *exequatur*. Interessante ressaltar que, no art. 7.º da Resolução, fica clara a possibilidade de que as cartas rogatórias possam ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Mais ainda, estabeleceu-se que este instrumento somente é utilizado nas hipóteses em que haja juízo de delibação.

Assim, caberá nos casos em que a decisão de juiz estrangeiro deva ser executada em território nacional, sem análise de mérito. Será observado somente se a carta ofende a soberania e a ordem pública (art. 6.º da Resolução 9/2005 do STJ). Até por isso, a defesa poderá se manifestar exclusivamente sobre a autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos da Resolução (art. 9.º).

Após a concessão do *exequatur*, o pedido será encaminhado ao juízo federal de 1.º grau competente para sua execução (art. 13).

Este instrumento também encontra sua disciplina nos arts. 783 a 786 do CPP, sendo alguns de seus requisitos dispostos em normativa infralegal.

Porém, mesmo após estas breves explanações, há a necessidade de especificar, portanto, em que hipóteses irá se optar pela via da carta rogatória nos pedidos passivos.

Em primeiro lugar, deve-se verificar a base legal do pedido de cooperação. Assim, utiliza-se, em princípio, a carta rogatória, na ausência de tratado (bilateral ou multilateral) ou quando há previsão expressa no tratado de que deva ser utilizado o instrumento da rogatória (caso do tratado firmado entre o Brasil e a República Italiana – Dec. 862, de 09.07.1993).

Em segundo lugar, deve ser analisado, em conjunto com o critério acima, se há necessidade de juízo de delibação (medidas emanadas de tribunais estrangeiros, que serão aplicadas sem juízo de mérito pelos tribunais brasileiros – somente juízo de admissibilidade). Este é o caso de pedidos de citação e intimação.

Dessa forma, deve ser tramitado por rogatória um pedido emanado de autoridade judiciária de outro país com o qual o Brasil não possua tratado ou este assim o preveja expressamente e que não enseje juízo de delibação. Não se amoldando nessa hipótese, deve ser tramitado por auxílio direto.

Um último aspecto interessante com relação às rogatórias que deve ser levantado diz respeito à admissibilidade de cartas rogatórias de caráter executório (por exemplo, cujo pedido seja uma quebra de sigilo bancário).

Essa medida era vedada[27] e, posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era praticamente unânime em negar a concessão de *exequatur* com base, principalmente, na ordem pública.[28] Assim, para se obter uma quebra de sigilo bancário, seria necessária, em tese, uma decisão estrangeira transitada em julgado.[29] Essa posição foi amenizada, mas somente nos casos de existência de tratado.[30]

Com a EC 45/2004, ao transferir-se esta atribuição ao Superior Tribunal de Justiça, este mudou definitivamente o posicionamento a respeito da matéria (art. 7.º da Resolução 9/2005), sendo as medidas executórias mais usuais as que envolvem medidas assecuratórias sobre bens e quebra de sigilos legais (bancário, telefônico).[31]

27. Pela doutrina e depois de maneira expressa pela Lei 221/1894.

28. Cartas Rogatórias 6.779/95, 6.681/95, 7.126/96, 8.578/99, 8.622/99.

29. Sobre esse tema, ver MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 13, n. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio-jun. 2005, p. 291-311.

30. Carta Rogatória 11.531.

31. Emblemático, nesse sentido, o julgamento da Carta Rogatória 438 (STJ, Especial, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 24.09.2007), proveniente da Bélgica, razão pela qual segue transcrito seu acórdão.

Sobre esse tema, a brilhante lição do Ministro Gilson Dipp, em seu voto proferido no AgRg na Carta Rogatória 998 (STJ, Especial, rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 30.04.2007), proveniente da Itália, em que procura esclarecer a aplicação do instrumento da rogatória, a que esta se destina e o papel reservado ao STJ na cooperação internacional:

"*Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, no exercício da competência que é atribuída pela Constituição Federal para conceder* exequatur *a cartas rogatórias* e ho-

"Carta rogatória. Diligências. Busca e apreensão. Quebra de sigilo bancário. Possibilidade. Concessão do *exeqüatur*.

1. Carta rogatória encaminhada pelo Ministério das Relações Exteriores a pedido da Embaixada da Bélgica, com o fim de verificar possível crime de lavagem de dinheiro envolvendo empresário brasileiro descrito nestes autos, por solicitação do juízo de instrução, do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, Bélgica.

2. É cediço que: *a tramitação da carta rogatória pela via diplomática confere autenticidade aos documentos.*

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pautava-se no sentido da impossibilidade de concessão de *exequatur* para atos executórios e de constrição não-homologados por sentença estrangeira.

4. Com a EC 45/2004, esta Corte passou a ser competente para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

5. A Resolução 9/STJ, em 04.05.2005, dispõe, em seu art. 7.°, que 'as cartas rogatórias podem *ter por objeto atos decisórios ou não decisórios*'.

6. *A Lei 9.613/98 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), em seu art. 8.° e § 1.°, assinala a necessidade de ampla cooperação com as autoridades estrangeiras*, expressamente permite a apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes antecedentes de lavagem de dinheiro, cometidos no estrangeiro. (...)

8. Deveras, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Dec. 5.015/2004) também inclui a cooperação judiciária para 'efetuar buscas, apreensões e embargos', 'fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos', 'fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas', 'identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios', 'prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido' (art. 18, § 3, *a* até *i*). § 8 do art. 18 da Convenção ressalta que: 'Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária prevista no presente Artigo'. (...)

10. *Princípio da efetividade do Poder Jurisdicional no novo cenário de cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional.*

11. Concessão integral do *exequatur* à carta rogatória." (grifos da autora)

mologar sentenças estrangeiras, produzir uma decisão de quebra de sigilo bancário ou de seqüestro de bens, mas, tão somente, dar eficácia a uma decisão estrangeira. *O papel do STJ, como juízo de delibação, não é analisar fatos, provas e produzir decisões originárias, mas permitir ou não permitir que decisões estrangeiras tenham eficácia no território nacional.* (...)

Ressalvo, entretanto, que a carta rogatória *stricto sensu* possui natureza também de procedimento homologatório de atos decisórios estrangeiros e poderia, se fosse o caso, carrear atos decisórios. *Não serviria a rogatória à homologação de 'sentenças' estrangeiras, mas sim de decisões que, embora judiciais, não têm o caráter de sentença definitiva.* Esta hipótese está prevista no *caput* do art. 7.° da Resolução 9/2005 da Presidência do STJ, que dispõe: 'Art. 7.°. As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios'. (...)

De qualquer modo, como no presente pedido de cooperação, recebido como carta rogatória, não há qualquer ato decisório que, na origem, determine a quebra de sigilo bancário ou o seqüestro de bens, não há o que se delibar. Logo, embora admita que a carta rogatória possa encaminhar atos decisórios à delibação do STJ, no que concerne ao pedido de quebra de sigilo bancário e seqüestro de bens, não houve decisão judicial que decretasse essas providências." (grifos nossos)

7.2 Auxílio direto

O instituto do auxílio direto, a seu turno, ao contrário do que ocorre com a carta rogatória, tem aplicação relativamente recente e seu desenvolvimento decorre, em parte, em nosso ordenamento, da mencionada impossibilidade de concessão de *exequatur* em cartas rogatórias de caráter executório.

Tendo em vista os acordos internacionais assinados pelo Brasil e o disposto em nossa Constituição Federal, o entendimento do não cumprimento de cartas rogatórias com essa característica conduzia o Estado brasileiro a uma situação de não cooperação com outros países e até mesmo de descumprimento de obrigações

internacionalmente assumidas (tanto que o STF, em um momento posterior, passou a admitir cartas rogatórias executórias quando houvesse tratado).

Nesse contexto, o instituto do auxílio direto passou a ser utilizado, uma vez que previsto já em alguns acordos assinados pelo Brasil (como no acordo com os Estados Unidos), não sendo, portanto, um instituto sem previsão em nosso ordenamento e, além disso, sendo utilizado por outros Estados de maneira disseminada.

Percebe-se, assim, que a cooperação tem uma aplicação fluida, adaptando-se às necessidades que enfrenta a justiça penal, posto que "diversamente do que acontece com outras formas de cooperação internacional, o conteúdo do auxílio judiciário define-se através de uma fórmula aberta, susceptível de evoluir de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar, decorrentes do grau de desenvolvimento das relações entre os Estados implicados, das possibilidades de cooperação reconhecidas pela legislação interna de cada Estado e da evolução das necessidades de cooperação internacional, em função da evolução do próprio fenómeno da criminalidade".[32]

Frente a este contexto, novamente a Resolução 9/2005, inovou na matéria, já considerando e dispondo sobre este instituto em seu art. 7.º:

"As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto."

32. MARQUES, José Augusto Garcia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: algumas considerações sobre a matéria no quadro multilateral e no domínio das relações bilaterais entre Portugal e Espanha. *Revista do Ministério Público*, v. 18, n. 72. Lisboa, out.-dez. 1997, p. 31-54, p. 47.

Mas no que consiste, então, este instituto?

O auxílio direto é um pedido formal de assistência emanado da autoridade de um Estado à autoridade de outro. Diferentemente da carta rogatória, não é um pedido entre autoridades judiciárias,[33] mas entre autoridades que possuam papel na persecução penal. Também não é instrumento destinado à execução de decisão estrangeira. No auxílio direto o pedido é submetido integralmente à apreciação de autoridade judicial no país requerido, que analisará não somente os requisitos formais, mas também o mérito, tal como se fosse uma decisão a ser proferida em processo em curso no território nacional.

Da mesma forma, não é necessária a concessão de *exequatur*, posto que não há nada a ser delibado, posto não existir decisão estrangeira (nos termos do voto do Min. Gilson Dipp, acima transcrito em parte).

Com relação às hipóteses em que o auxílio direto poderá ser utilizado, estas encontram-se listadas abaixo, analisadas em conjunto.

Em primeiro lugar, quando o pedido for embasado em tratado (bilateral ou multilateral). Em segundo, quando não houver necessidade de juízo de delibação pelo STJ. Isto é, quando não houver necessidade de concessão do *exequatur*. Por fim, quando a análise da medida solicitada puder ser integralmente submetida a conhecimento de juízo brasileiro, para análise de mérito, por uma autoridade nacional.

Vale frisar, porém, que os comentários feitos até aqui para os dois instrumentos são aplicáveis somente aos pedidos passivos.

O quadro apresenta-se de forma diversa ao tratarmos de pedidos ativos. Nestes, a utilização de um ou de outro instrumento dependerá do disposto em tratado, se houver, e da legislação do Estado requerido, que determinará a forma pelo qual é aceito, em seu ordenamento, um pedido de cooperação.

33. A definição sobre quem poderá ser considerado como autoridade requerente vem contida nas disposições do tratado ou nas leis que regem a matéria. Normalmente, são as autoridades judiciais e os membros do Ministério Público. Em alguns casos, são admitidas a autoridade policial e outras administrativas com atribuição de aplicação de sanção, como a Receita Federal.

A razão do exposto reside no fato de que, na cooperação, aplica-se para a execução do pedido a lei do Estado requerido. Assim será, em um pedido passivo, a lei brasileira que irá reger a forma e o procedimento que seguirá uma quebra de sigilo bancário. Da mesma maneira, em um pedido encaminhado a outro Estado, a lei deste determinará a forma pela qual se cumprirá o pedido brasileiro.

Não obstante tal afirmação, essa regra geral pode ser mitigada. Assim ocorre porque serão aplicados os dispositivos específicos do tratado, quando cabíveis ao caso, trazendo delineamentos para o cumprimento de alguma medida.[34] Ainda, o tratado pode prever a possibilidade de aplicação de procedimentos especificados pelo Estado requerente, se não houver incompatibilidade com sua ordem interna, como é o caso do Tratado de São Luís (Mercosul).[35]

Outra especificidade da cooperação, fundamental para a sua correta aplicação, diz respeito à necessidade de observação do conteúdo do pedido e dos outros elementos já mencionados para a definição do instrumento a ser utilizado. Desta maneira, não importa em absoluto o nome que venha aposto no pedido.

Mesmo que uma solicitação seja classificada de carta rogatória pela autoridade requerente, ela será tramitada como auxílio direto se for o caso e se contiver todos os requisitos necessários. O mesmo ocorre se for classificado como auxílio direto e for, na verdade, uma carta rogatória.

Por fim, importante observar que o auxílio direto apresenta-se como instrumento extremamente vantajoso para a cooperação e para as partes integrantes do processo. Não somente por sua celeridade, mas porque, ao permitir

34. Nosso Código de Processo Penal dispõe expressamente neste sentido: "Art. 1.º. O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional."

35. Dec. 3.468, de 17.05.2000; Art. 7 – Lei Aplicável:

"1. O processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido e de acordo com as disposições do presente Protocolo.

2. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna."

uma análise total do mérito do pedido, possibilita que a autoridade judiciária do Estado requerido possa aplicar ao caso também as garantias de seu próprio ordenamento. Tal confere, sem dúvida, maior segurança ao processo, pois serão respeitadas as garantias de dois ordenamentos jurídicos: as do Estado requerido e as do requerente.

8. Observações finais

Do exposto, percebe-se que a cooperação jurídica internacional é uma matéria dinâmica, que vem sofrendo recorrentes transformações para se adaptar à mudança de contexto que acompanha a evolução da justiça penal e as novas formas de combate ao crime. Assim, é necessária a compreensão deste fato para sua correta aplicação e entendimento de seus dispositivos.

Não que esta constatação acabe por suprir a necessidade de uma lei específica no ordenamento brasileiro que discipline a matéria. Porém, é necessário ter-se em mente que mesmo tal legislação não será capaz de prever todas as nuances deste instituto, que ainda evoluirá, acompanhando a realidade da cada vez mais ampla cooperação entre os Estados.[36]

Mais ainda, para entender a cooperação jurídica internacional, é indispensável a compreensão dos fenômenos da soberania e da territorialidade da jurisdição (por mais flexibilizados que possam parecer).

Esta advertência tem seu lugar, pois não se pode compreender adequadamente o fenômeno da cooperação sem o respeito à ordem jurídica, tanto do Estado requerente como do requerido. Não haverá cooperação se um Estado quiser impor ao outro a sua própria legislação ou o seu entendimento sobre a matéria. Respeitadas as garantias individuais internacionalmente reconhecidas,

36. Assim, não abarcará imediatamente uma evolução tamanha como a da União Européia, com seu espaço comum de justiça. Nem tampouco preverá desde agora a provável situação em que as autoridades poderão cooperar entre si livremente sem, por exemplo, a intervenção de uma autoridade central ou outro canal que seja burocrático.

cada Estado é livre para aplicar suas próprias normas[37] e procedimentos em seu território, sempre visando à efetividade da medida solicitada.

Por fim, feitos breves comentários sobre o instituto da cooperação jurídica internacional, tendo em mente aspectos práticos de sua aplicação, sem porém se ter a pretensão de esgotar o assunto, uma última observação ainda tem espaço. Na realidade, não se trata de uma observação, mas de uma reflexão com relação à posição do indivíduo neste processo.

Nesta linha, a cooperação sempre foi vista como assistência entre Estados, alijando-se o indivíduo, quase que de forma completa, de participação no procedimento de cooperação. Essa afirmação pode ser comprovada tanto pelo fato de que ao indivíduo não é possibilitado solicitar diretamente medidas de cooperação como pelo fato de que sua manifestação é sempre restrita nas fases de execução do pedido.

Assim, aspectos particulares de modernos sistemas de cooperação jurídica internacional vêm sendo questionados, por inconsistentes com os diversos instrumentos que tratam de direitos humanos. Isto porque, em muitos deles, as garantias encontram-se dispostas, mas perdem espaço em face de argumentos como segurança pública e prevenção ao crime, dependendo essas garantias de argumentos como o da proporcionalidade.

Interessante notar, desta forma, que a comunidade internacional acaba por utilizar a disciplina dos Direitos Humanos para estabelecer detalhes dos procedimentos, mas não a utiliza para garantir uma efetiva cooperação, por exemplo, para combater crimes graves e o terrorismo.[38]

Neste diapasão, pode-se concluir ser premente o reconhecimento do indivíduo como sujeito da cooperação jurídica internacional, com capacidade de

37. Por óbvio que tal assertiva também não pode ser levada ao extremo, pois os Estado devem se preocupar com a validade da prova pelo Estado requerente, abrindo algumas exceções, como citado acima no caso do Tratado de São Luís, sob pena de inutilidade da cooperação.

38. MCCLEAN, David. *International co-operation in civil and criminal matters*. Reino Unido: Oxford University Press, 2002, p. 170.

solicitar medidas que atuem em sua defesa e com capacidade de interferência no procedimento de cooperação que, em última análise, interferirá em sua esfera de liberdade. Este reconhecimento, porém, não deve ser utilizado como uma maneira de tornar ineficaz a cooperação, estando neste equilíbrio entre eficácia no combate ao crime e garantia do indivíduo um dos grandes desafios na matéria.[39]

39. Apropriada a lição de Raúl Cervini nesse sentido: "nesse frágil equilíbrio dinâmico, entre eficiência da prestação assistencial e garantias dos concernidos, se encontra precisamente a funcionalidade legitimante da moderna cooperação penal internacional, a qual deve ser concebida frente a um direito de raiz antropocêntrica e garantidor dos Direitos Humanos. Isso é assim porque na cooperação judicial penal internacional está superada a época em que se associava seu funcionamento com o poder negociador dos Estados, com a igualmente difusa cortesia internacional e, inclusive, mais modernamente, com a concepção meramente instrumental do respeito e continuidade do processo. Hoje, estas últimas fundamentações vinculadas ao trato entre Estados soberanos devem estar também acompanhadas pelo imperioso reconhecimento dos direitos do concernido (sujeito afetado ou atingido pelas medidas de cooperação). Com isso estará observada a função legitimante do direito penal, tal como deve ser inexoravelmente concebido a partir da concepção do pensamento garantista". CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios da cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, cit., p. 50.

A violência nos estádios

Heloisa Helena Baldy dos Reis
Mestre e doutora em Educação Física. Pós-doutora pela Faculdade de Direito da Universidad de Murcia (Espanha). Livre docente em Estudos do Lazer pela Unicamp. Coordenadora do GEF e professora da faculdade de Educação Física da Unicamp. Atua na graduação e pós-graduação na disciplina de Sociologia do Esporte.

Resumo: Este artigo é sobre a problemática da violência relacionada ao futebol. Este é fruto de pesquisa qualitativa, com a utilização de dados bibliográficos, documental e de campo (entrevistas). O objetivo é apresentar a complexidade do problema, e desmistificar a violência como algo intrínseco ao futebol. Para tanto é apresentado desde o marco histórico desse problema no Brasil e na Europa, até os encaminhamentos dados ao problema nos âmbitos nacional e europeu, nas alçadas dos poderes legislativo e executivo.

Palavras-chave: Futebol e sociedade – Futebol e violência – Futebol espetáculo.

Resumen: Este trabajo analiza el problema de la violencia relacionada al fútbol. Basado en una investigación cualitativa con datos bibliográficos, documentos y trabajo de campo (entrevistas). El objetivo es presentar la complejidad del problema y se plantea desmitificar la violencia como algo intrínseco al fútbol. Se presenta desde el marco histórico del problema en Brasil y en Europa hasta el curso de acción tomado en los ámbitos nacional y europeo para hacerle frente al problema a nivel de los poderes legislativo y ejecutivo.

Palabras clave: Fútbol y sociedad – Fútbol y violencia – Fútbol espectáculo.

Sumário: 1. Introdução – 2. Marco histórico – 3. Referências legislativas européias e brasileiras – 4. A relação entre futebol e violência – 5. O público do futebol espetáculo – 6. Referências bibliográficas.

Área do direito: Desportivo; Penal

1. Introdução

A violência urbana nos dias de jogos de futebol transformou-se em uma questão de segurança pública em diversos países. Inicialmente, parecia um problema localizado apenas na Inglaterra, onde recebeu o nome de hooliganismo. Hoje, no entanto, é um problema quase planetário. Pensar a prevenção desta violência traz consigo a necessidade de investigar e compreender suas origens, suas causas diretas e indiretas.

A tragédia do estádio Heysel, na Bélgica, em 1985, dói o fato alarmante que atraiu atenções à esta questão e deixou 39 mortos após tumulto na final da Copa dos Campeões. Quarenta e seis países europeus adotaram políticas nacionais de prevenção elaboradas a partir de um acordo firmado no Conselho da Europa. Os primeiros participantes do Convênio Europeu sobre a violência e mau comportamento em eventos esportivos foram Inglaterra, Itália e Espanha. Na Espanha, foram constituídas duas comissões para o estudo do problema: uma de senadores, com um período de trabalho de dois anos; e outra de competência interministerial.

Os trabalhos das comissões subsidiaram a elaboração da lei de esporte espanhola de 1990, que dedica um capítulo especificamente ao tema. A nova legislação tornou ágil o julgamento dos delitos e delimitou as sanções impostas aos clubes em casos de violência de seus espectadores porque tipificou as atitudes violentas. Todos os estudos realizados concluíram que a falta de infra-estrutura

dos estádios é geradora de atos de vandalismo e de outras formas de violência. Ambientes confortáveis e seguros inibem a violência. Por isso, muitas recomendações do tratado europeu dizem respeito à modernização dos estádios.

No Brasil, as frustrações geradas com o mau funcionamento dos serviços e da falta de infra-estrutura dos estádios contribuem para manifestações violentas, inclusive como forma de protesto e enfrentamento. Aqui, o marco da intolerância foi o confronto de torcedores no Pacaembu em 1995, na final da Copa SP de juniores. O episódio chocou a sociedade pela crueldade dos jovens agressores armados com entulhos encontrados no próprio estádio (o que é inadmissível). Uma primeira explicação das raízes da violência relacionada ao esporte pode ser encontrada na gênese e no desenvolvimento do futebol moderno, visto como ambiente de produção e reprodução de valores de masculinidade. Outra explicação está relacionada ao sistema de metabolismo social do capital. Se levarmos em conta a primeira, não é de se estranhar que a "linha dura" dos grupos agressores seja formada basicamente por jovens do sexo masculino. Para eles, a valentia e a força são elementos necessários para o enfrentamento do inimigo, que pode ser o grupo de torcedores adversários, a polícia que representa ali o Estado –, os árbitros ou até os jogadores do próprio time.

A Europa vem enfrentando há alguns anos dificuldades com o racismo. Uma causa direta do problema é a intolerância dos integrantes de movimentos neonazistas que encontraram nos estádios um local para divulgar sua ideologia. Este cenário é mais um exemplo de que a violência pode se manifestar de diferentes formas.

2. Marco histórico

No Brasil, um fato em especial foi tomado como referência sobre o tema futebol e violência de torcidas: o episódio do Pacaembu, em agosto de 1995, na final da Copa de Futebol Juniores que foi denominado pela mídia como a "batalha do Pacaembu".

O problema da violência relacionada aos jogos de futebol começou a despertar maior atenção nos anos de 1990; a exemplo do que ocorreu no continente Europeu, no Brasil também tivemos um episódio trágico que chocou a sociedade brasileira, em um almoço de domingo, na disputa da final da Copa de Juniores, do Estado de São Paulo, em plena capital paulista.

Esse ocorreu no estádio do Pacaembu, no dia 20.08.1995, entre torcedores do Palmeiras e do São Paulo com um saldo de um morto e 87 feridos. Fato que despertou uma indignação geral e uma série de interpretações superficiais e preconceituosas sobre os agentes responsáveis pela violência. Isto exerceu uma pressão sob a inércia do Estado e despertou iniciativas tímidas para se pensar a prevenção da violência em dias de jogos. Entre os anos de 1995 e 2005 foram contabilizadas vinte e cinco mortes de torcedores de futebol vitimados por supostos adversários no estado de São Paulo. Todos jovens, do sexo masculino e muitos deles mortos em emboscadas de torcedores nas ruas ou em estações de metrô, local que começou a ser ponto de confrontos na capital paulista a partir dos anos de 1990. Apesar do eficiente sistema de segurança existente nas estações de metrô; os confrontos que antes se davam dentro dos estádios e nos trajetos da torcidas rivais passaram a ocorrer nas estações metroviárias.

Algumas tentativas de coibir a violência em torno dos jogos de futebol foram tomadas no ano de 1996, pela promotoria pública do estado de São Paulo em conjunto com a Federação Paulista de Futebol (FPF), as quais proibiram a entrada de torcedores nos estádios paulistas com vestimentas de sua torcida organizada,[1] com suas bandeiras, e com instrumentos de percussão. A partir de 1996 também foi estabelecida a proibição do consumo e venda de bebidas alcoólicas dentro dos estádios, medida que perdura até os dias de hoje.

Atualmente os torcedores organizados podem entrar nos estádios do estado de São Paulo com as vestimentas de suas torcidas no setor específico

1. Em 2005 a Federação Paulista de Futebol proibiu os torcedores organizados da Mancha Alviverde e da TUP do Palmeiras entrarem nos estádios com roupas que os identificassem com as agremiações torcedoras. Essa decisão foi motivada por uma briga que houve antes do clássico Palmeiras x Santos entre as duas torcidas.

para eles e apenas aqueles que se cadastraram na FPF. As restrições serviram para aproximar as torcidas organizadas do poder público, representado pela Promotoria Pública do Estado e pela Polícia Militar, para dialogarem e estabelecerem alguns pactos na prevenção da violência em dias de jogos de futebol. As reuniões com estes setores passaram a ser freqüentes na semana que antecede os clássicos.[2]

No que tange ainda à violência, têm ocorrido desde 1995[3] várias discussões sobre as responsabilidades e os deveres das diferentes instituições envolvidas na organização e na promoção de espetáculos esportivos; exemplos disso foram: 1. o Seminário de Brasília[4] ("Seminário sobre segurança nos estádios"), ocorrido nos dias 24 e 25 de março de 2003 (realização dos Ministérios do Esporte e da Justiça) e que teve como primeiro e segundo produto, respectivamente, o trabalho intitulado *Carta de Brasília – Recomendações para a Formulação e Implementação de uma Política Nacional de Prevenção da Violência e Segurança nos Estádios*[5] e a promulgação do Dec. 4.960/2004, que cria[6] a Comissão Nacional de Prevenção da Violência e Segurança nos Espetáculos Esportivos (CONSEGUE),[7] conhecida pela mídia por "Comissão Paz no Esporte", e 2.º Seminário de Belo Horizonte ("BH em paz nos estádios"), em 16.06.2003. A temática da violência em estádios de futebol tem que ser assumida como responsabilidade tanto das instituições privadas diretamente ligadas ao futebol[8] como de instituições públicas.[9]

2. Procedimento que foi interrompido no ano de 2006.

3. Ano em que ocorreu o episódio mais traumático sobre violência em estádio brasileiro: foi no Pacaembu, em uma manhã de domingo, em conflito envolvendo torcedores palmeirenses e são paulinos, na final do campeonato de juniores.

4. Proferi neste seminário a palestra intitulada: "Futebol e violência: do primitivismo ao modelo europeu".

5. Participei efetivamente da redação do texto final da carta.

6. Esta foi uma das sugestões apresentada por mim e incluída na Carta de Brasília.

7. Doravante será denominada apenas de Comissão Nacional.

8. São elas as federações regionais e a Confederação Brasileira de Futebol.

9. Que são as secretarias de Estado da Justiça, Educação e Cultura.

3. Referências legislativas européias e brasileiras

A principal referencia legislativa européia é o Tratado 120 do Conselho da Europa (*European convention on spectator violence and misbehaviour at sports events and in particular at football matches*)[10]. O referido tratado regulamenta as condições para a promoção de espetáculos esportivos com atenção especial ao futebol e determina as responsabilidades dos organizadores e participantes das competições esportivas.

Após a sua assinatura a Espanha[11] declarou o esporte como sendo de caráter privado porém de interesse público. Essa medida possibilitou ao Estado espanhol ingerir sobre a organização do futebol e sobre a responsabilidade civil e criminal das pessoas e entidades envolvidas em ocorrências de confrontos violentos relacionados aos espetáculos futebolísticos, ou mesmo de má gestão do espetáculo esportivo.

A lei espanhola de esportes denominada de "Ley de Deporte 10/1990", que regulamentou a organização de espetáculos esportivos com atenção especial ao futebol e criou responsabilidades a cada uma das instituições envolvidas na promoção de eventos dessa natureza, assim como sanções aos transgressores das normas, teve, na sua elaboração ampla participação de todos os órgãos ligados ao futebol, a justiça e a educação. Para sua a elaboração foram formadas comissões no Ministério do Interior, no Ministério de Educação e Cultura, e no Senado espanhol. Essas comissões tiveram a missão de realizar pesquisas que subsidiassem a construção e implementação da lei que seria feita e posteriormente votada no Senado espanhol (REIS, 2000).

Os organizadores dos espetáculos esportivos espanhóis tiveram que cumprir com as exigências da nova legislação e para tal foi dado um prazo para que os pro-

10. Disponível em: http://www.coe.int/t/dg4/sport/violence/convention_en.asp.

11. A Espanha será tomada como exemplo. Porém cada país firmante do convênio definiu suas ações para implementar o acordo.

prietários dos estádios realizassem as adequações pertinentes para o cumprimento da nova legislação. As reformas contaram com o apoio financeiro do governo. Todo esse processo teve a participação dos *hinchas* (torcedores organizados), da Federação Espanhola de Futebol, da Liga Espanhola de Futebol, de clubes espanhóis, de senadores, pesquisadores das universidades, do representante do sindicato dos atletas e de dirigentes esportivos, foi um empenho coletivo para a organização daquilo que viria a ser uma das mercadorias mais rentáveis do final do século XX, o espetáculo futebolístico.

Enquanto isso, no Brasil, considerado mundialmente o país do futebol ainda vivemos no primitivismo da organização desse tipo de espetáculo. Ainda hoje as leis necessárias ainda não foram elaboradas,[12] os dirigentes se eximem de qualquer responsabilidade no que tange a segurança dos espectadores em seus estádios e a infra-estrutura é inexistente. As leis aplicadas aos incidentes de violência envolvendo torcedores de futebol são as constantes do código penal brasileiro, sem um tratamento especial em termos de legislação, o que dificulta o andamento de processos e torna os casos na maioria das vezes, impunes.

Um exemplo típico da má gerência do Estado sobre a segurança pública em dias de jogos pode ser observado na atuação da Polícia Militar em eventos esportivos. Enquanto que no clássico espanhol entre Real Madrid e Barcelona a polícia espanhola destacou 269 policiais para o jogo com 80 mil espectadores no Estádio do Barcelona; no interior de São Paulo, em um clássico ("derby") entre Guarani e Ponte Preta no estádio "Brinco de Ouro" (do Guarani), foram destacados aproximadamente 700 policias militares para trabalharem no jogo que tem um público inferior a 40 mil espectadores.

No Brasil a Lei 10.671 de 15.05.2003 – que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências, foi um grande avanço para a elaboração de uma política de prevenção da violência relacionada ao esporte. Sobre ela

12. Considero que o Estatuto do Torcedor e sua aplicação ainda são precárias para uma análise mais otimista.

podemos dizer que o avanço foi a própria lei e algumas responsabilidades, ainda que difusas determinadas por ela. E os limites dela seriam:

- ✓ A limitação da capacidade de público x tipo de competição.
- ✓ A não qualificação das punições.
- ✓ A imprecisão nas responsabilidades.
- ✓ A ausência de normatizações quanto a numeração e tipo de assentos, e, a divisão dos setores das arenas esportivas.

Outro limite na implementação de uma política preventiva é o papel das autoridades e suas ações. Infelizmente no Brasil é hábito a descontinuidade de programas ou o próprio incumprimento de programas e projetos divulgados. Isso ocorreu com o concurso das torcidas organizadas, lançado em abril de 2007 pela Federação Paulista de Futebol (MALUF, 2007). O adiamento do referido prêmio comprova a predominância, no Brasil, de políticas punitivas x políticas educativas. Esse tipo de trato com a juventude tem uma percepção negativa, pois sendo os concorrentes jovens – indivíduos com alto grau de ansiedade e expectativa – eles se frustram mais com a suspensão de projetos sem maiores explicações As autoridades que deveriam ser exemplos de cidadania, civilidade e respeito acabam por reforçar nos jovens a visão apocalíptica e de pouca seriedade, descontinuidade e desconfiança das suas propostas. Vale ressaltar que essa constatação não se limita apenas à esfera privada de poder, pois inúmeros outros exemplos poderiam ser dados do poder público.[13]

Essa discussão torna-se importante devido ao conhecimento adquirido nos estudos sobre as torcidas organizadas. Os sócios dessas agremiações têm em geral uma grande disposição e vontade de participação política nas instâncias decisórias, e a grande queixa deles é sobre a falta de confiança nos dirigentes e políticos de um modo geral; e exemplificam suas críticas com dados semelhantes aos expostos anteriormente.

13. A interrupção dos trabalhos da Comissão Nacional a partir de janeiro de 2007 é um desses exemplos.

Outro marco fundamental para a implementação de uma política de prevenção no Brasil foi a criação dos JECRIMS (SP, MG e RJ). A aproximação da Justiça nos estádios de futebol deu aos assistentes uma sensação de rigor e da diminuição da impunidade. Experiência muito positiva que não deve ser abandonada até que os estádios brasileiros sejam apenas recintos de lazer e diversão.

As referências legislativas que mais contribuíram para os trabalhos sobre a prevenção da violência e da segurança em dias de jogos são:

• Dec. 4.960 de 19.01.2004 – Cria a Comissão Nacional de Prevenção da Violência para a Segurança dos Espetáculos Esportivos – CONSEGUE.

• Resolução 37/2006 – nomeia o Sr. Marcos Cabral Marinho de Moura para o cargo de Diretor de Segurança e Prevenção de Violência, da FPF. (Federação Paulista de Futebol, 2008a).

• Resolução 35/2006 – implementa várias sugestões do Relatório Final da Fase I da Comissão Nacional de Prevenção da Violência para a Segurança dos Espetáculos Esportivos. (Federação Paulista de Futebol, 2008b).

4. A relação entre futebol e violência

O futebol e a violência são parceiros desde a gênese deste esporte na Grã Bretanha nos anos sessenta do século XIX. Originário de um jogo de bola com os pés e com as mãos, o futebol se institucionalizou como um esporte, rompendo principalmente com a permissão do uso das mãos durante o jogo.

A utilização das mãos ou dos pés nos jogos esportivizados tem relação com a construção histórico-social de identidades de jogos de bola próprios para homens e para mulheres.

Os principais estudos britânicos sobre o hooliganismo no futebol (entendido aqui como a violência entre grupos rivais de torcedores de futebol) – afirmam que o futebol desde a sua gênese foi um jogo construído para homens, como um espaço reservado, eles sempre se sentiram a vontade para se auto-afirmarem, ou

melhor, o futebol foi sempre um espaço privilegiado de exacerbação de valores de masculinidade, principalmente a força e o poder (DUNNING, 2003). Esta justificativa nos ajuda a compreender a resistência da participação feminina no futebol, além de nos ajudar a compreender a cultura da relação simbiótica entre futebol e violência.

Outra contribuição dos estudos da sociologia do esporte para a compreensão da relação entre violência e futebol é a constatação de que quanto mais se profissionaliza o esporte, no seu sentido econômico, mais se exige resultados tanto de jogadores, técnicos como de times. Esta pressão induz ao uso da violência instrumental (aquela utilizada de maneira a tirar proveito de situações com uma finalidade em si mesma – exemplos: jogadores recorrem até o limite do que é permitido pela regra e na medida do possível de maneira calculada – transgridem a regra em um grau que os prejuízos não comprometam a sua continuidade na competição; se utilizam de violência simbólica sem a bola; técnicos e dirigentes se hostilizam e insultam-se sutilmente, torcedores incrementam o jogo simbólico com os rivais, e a mídia espetacularia as rivalidades, os fracassos e os sucessos).

Soma-se ao já relatado, o cenário de apatia da juventude, sendo que 1. Nos países desenvolvidos esta se deve a um estado de bem estar social e de organicidade e direitos que não possibilita a população a vivência de excitação agradável (DUNNING, 2003). Por isso a necessidade de um espaço reservado de vivências emocionais onde a expressão pública de sentimentos é permitida – como o futebol espetáculo; 2. Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, se tem a grande desigualdade e injustiça social como aliados para a criação de um sentimento de apatia, às vezes de revolta e muitas outras de impotência da juventude.

Os estádios brasileiros, assim como os europeus nos anos de 1980, tornaram-se uma "terra de ninguém", um local inóspito, sujo, portanto sem nenhum conforto e segurança.

Se por um lado criou-se internacionalmente o mito de que somos o país do futebol,[14] internamente o futebol-espetáculo nunca foi gerido de maneira minimamente aceitável. Na organização do futebol-espetáculo percebe-se nitidamente um amadorismo.

Quando se abre uma praça de espetáculos sem uma gestão profissional (competente) do evento geram-se inúmeros problemas, que se tornam fatores geradores de violência no ambiente do futebol. Exemplos desses é a corrupção, o cambismo, a depredação, o vandalismo, a frustração e a revolta. Fatores que isolados já é um grande problema e quando associados poderão resultar em tragédias.

No Brasil, alguns dos entraves cometidos no entorno do futebol-espetáculo são:

1. A não profissionalização dos dirigentes e o tipo de gestão dos clubes brasileiros. Sobre isso Galdieri e Perrone (2007) dizem que um estudo da Casual Auditores concluiu que:

"Os principais clubes brasileiros estão mais dependentes da TV e lucram menos com a venda de jogadores. E quase todos acumulam dívidas maiores do que seus patrimônios líquidos." Ainda, segundo Assumpção (2005) "O sistema brasileiro de propriedade de clubes de futebol está cada vez mais ultrapassado. Na Europa, pelo menos, onde a discussão é se o modelo ideal é lançar ações em bolsa ou concentrar o capital nas mãos de três ou quatro grupos empresariais, ele simplesmente agoniza. Dos 20 times de maior faturamento no mercado mundial, apenas três (Real Madrid, Barcelona e Schalke 04) ainda funcionam como corpo associativo, modelo que continua a reinar no Brasil, onde os clubes são 'dirigidos' por seus sócios. Os demais são empresas de capital aberto ou fechado. O Manchester United, apontado como modelo de gestão desde o final dos anos

14. Segundo o diretor do Datafolha o Brasil contava em 2007 com cerca de 18 milhões de apaixonados pelo futebol, número correspondente aos 14% de brasileiros adultos que afirmaram ter muito interesse pelo futebol e que sempre acompanham jogos pela TV e que têm o hábito de freqüentarem estádios. (*Folha online*, 06.11.2007)

80 e primeiro da lista entre os clubes com maior faturamento, é um exemplo de empresa de capital aberto."

2. A não interferência do estado na promoção do espetáculo esportivo: inexistência de leis reguladoras – até maio de 2003; a inexistência de uma comissão nacional de prevenção da violência – até janeiro de 2005; a inoperância da comissão nacional até março de 2006 e após dezembro de 2006; a falta de uma coordenação central federal ou estadual na gestão do espetáculo.

3. A violência dos agentes de segurança. Para Murad (2006) a violência da polícia, assim como a corrupção e a impunidade "devem ser combatidas e, principalmente, evitadas pela polícia. Eis sua razão constitucional e social. Do contrário, agrava o que deveria reduzir: as estatísticas do ilícito, as transgressões."

4. O cambismo e a corrupção que impedem a venda dos ingressos de maneira adequada.

5. A falta de reforma dos estádios, mantendo-os com infra-estrutura obsoleta.

6. A falta de conhecimento das mídias quanto às reais causas da violência nos dias de jogos de futebol.

Estes problemas também ocorreram nos países europeus nos anos de 1980, porém a partir de 1985 com a tragédia de Heysel, foram tomadas providencias para a melhoria do problema. O Conselho da Europa elaborou o Tratado 120 e os países firmantes tiveram um prazo para adequarem-se às normas estabelecidas neste. A partir dele o Reino Unido (1985), a Espanha (1986), a França (1986) entre outros, elaboraram suas políticas nacionais de prevenção da violência em espetáculos esportivos.

As políticas tiveram resultados positivos com praticamente a eliminação da violência nos estádios, particularmente as violências do tipo: física e vandálica. Todo o processo foi democrático, e, no caso espanhol verificou-se um pacto social para sua implementação da mesma (REIS, 2000).

5. O público do futebol espetáculo

A assistência ao futebol foi se incrementando com diferentes tipos de público na medida em que o futebol foi ganhando um grande número de adeptos e admiradores ao longo do século XX. A multiplicidade de formas de agir e torcer exigiu a categorização do público dos espetáculos futebolísticos.

Atualmente na Europa particularmente na Espanha, Holanda e Inglaterra há os seguintes tipos de públicos:

Espectadores

Peñas – fã clubes – formado por indivíduos mais velhos, instituição jurídica e reconhecida pelo clube.

Ultras – diferem-se das peñas pelo nome e por não aceitarem nenhum tipo de relação de interdependência com o clube. E pela predominância de jovens entre seus membros.

Hooligans – grupos clandestinos formados geralmente nos grupos ultras, que tem como principal característica um grande gosto pela violência e a satisfação em confrontar-se com um grupo rival.

No Brasil a configuração do público de futebol é de: Espectadores; Torcedores; Torcedores uniformizados; e Torcedores organizados.

A dificuldade em minimizar o problema da violência nos dias de jogos de futebol, no Brasil, até maio de 2003, deu-se pelos seguintes fatores (Reis, 2006):

1. O desinteresse do estado em tratar do problema.

2. A falta de compreensão do problema. Segundo Murad (2007a)

"(...) é um erro responsabilizar as torcidas organizadas pelos atos violentos praticados no estádio ou no seu entorno. Meus estudos indicam que apenas 5% dos indivíduos vinculados a essas torcidas agem de forma agressiva ou transgressora. Ou seja, trata-se de uma minoria dentro de uma minoria, visto que as organizadas constituem apenas uma parcela do público que costuma acompanhar o futebol."

3. A responsabilização exclusiva das torcidas organizadas pela violência nos dias de jogos. Segundo Murad a (2007b)

"(...) segurança não pode se resumir a repressão: pesquisa, inteligência e prevenção, eis o que se faz necessário. E mais ainda em realidades como a brasileira, com práticas de violência estruturais e históricas, decorrentes de mais de 350 anos de escravidão e de uma sociedade altamente concentradora de riqueza, poder e oportunidade."

4. A falta de dados fidedignos sobre as torcidas, a respeito das ocorrências policiais e das mortes etc.

5. A falta de apoio dos clubes, da confederação e das federações estaduais às pesquisas acadêmicas e a implementação de uma política de prevenção da violência.[15] Na reportagem da *Folha de S.Paulo* de 01.12.2005 aparece que:

"A polícia Militar alertou, a CBF não aceitou e a cidade de São Paulo viverá um domingo de alto risco em meio à última rodada do Campeonato Brasileiro. A Confederação Brasileira de Futebol não atendeu ontem o pedido do Comando do 2.º Batalhão de Choque para que os jogos Palmeiras x Fluminense, no Parque Antarctica, e São Paulo x Atlético-PR, no Morumbi, marcados para o próximo domingo, fossem antecipados para o sábado."

Um novo cenário surgiu a partir de 2006:

1. A partir dos trabalhos da Comissão Nacional – "Paz no Esporte";

2. A partir da Criação e do trabalho desenvolvido pela Câmara Técnica dos Desportos – pelo Procon de São Paulo;

3. A partir do apoio da Federação Paulista de Futebol à Comissão Nacional. E, às pesquisas do GEF[16] desde o segundo semestre de 2006;

4. A partir da participação do Ministério Público na implementação da política construída pela Comissão Nacional;

15. Exceção feita nos últimos dois anos à Federação Paulista de Futebol que por meio de seu Diretor de Segurança tem contribuído para ambos.

16. Grupo de Estudos e Pesquisas de Futebol da Faculdade de Educação Física da Unicamp.

5. A partir da implementação das sugestões da Comissão Nacional pela Federação Paulista de Futebol a partir de setembro de 2006;

6. A partir da co-participação das torcidas organizadas na implementação desta política pública setorial;

7. A partir da nomeação de profissionais especialistas no tema para coordenar a Comissão Nacional e da nomeação do Diretor de Segurança e Prevenção da Violência da Federação Paulista de Futebol.

Em dezembro de 2007 completou-se um ano sem mortes no futebol paulista.

Os limites da prevenção atual circunscrevem-se ao seguinte:

1. Na morosidade de implementação de medidas sob responsabilidade do Ministério do Esporte.

2. Na interrupção dos trabalhos da Comissão Nacional desde janeiro de 2007.

3. Na falta de legislação específica para delitos no esporte.

4. No baixo nível de instrução da população jovem – comprovada pelos resultados de 2005 do Sistema Nacional de Avaliação Básica, do "(...) Ministério da Educação que testa os conhecimentos de Português e Matemática dos alunos de 4ª e 8ª séries do ensino fundamental e 3.º ano do ensino médio. Na comparação com 1995, os estudantes brasileiros, em todas as séries, têm desempenho pior que há dez anos." (Aranha, Cotes e Azevedo, 2006, p. 38)

Além dos dados da queda de qualidade a pesquisa demonstra que 97% das crianças com idades entre 7 e 14 anos estão matriculadas na escola, e destas apenas aproximadamente 32% concluem o ensino médio (Aranha, Cotes e Azevedo, 2006). E São Paulo é dos estados brasileiros que lideram a queda de desempenho na década.

Acredita-se que a situação da educação pública seja um dos problemas que estão na raiz da violência no estado. Escolas que não atendem às necessidades da população juvenil, não os educa para a cidadania e provoca uma grande evasão

escolar; neste grau de ensino 18% dos jovens em idade de freqüentá-la estão fora da escola. Soma-se a esse quadro da educação a desestruturação familiar nas classes mais pobres oriunda da pobreza e do baixo nível de instrução dos responsáveis pela família – fator que contribui para a desvalorização da escolarização de seus filhos, ou mesmo da falta de recursos para cobrar das autoridades uma escola de qualidade para seus dependentes. Ou mesmo, o "abandono" nos cuidados com os filhos fruto de cargas horárias excessivas de trabalho e de deslocamento para esses locais. Desta forma as crianças e adolescentes são recrutados para o mundo do crime (principalmente tráfico e prostituição) em idades cada vez mais novas.

Nas classes sociais média e alta as crianças e adolescentes podem não viver as necessidades primárias materiais das suas congêneres, porém a dinâmica social do capital nas últimas décadas, gerou uma permanente insatisfação, e constante ambição por posses de todos os tipos de bens, tornando as relações fúteis e superficiais, levando grande parte das famílias a uma desestruturação emocional, e um câmbio de valores que não têm dado conta de suprir suas crias com as necessidades afetivas, e com valores que os levem a formação de um adulto equilibrado, e não comprometido com vícios e dependências. A ação das substâncias químicas, utilizadas geralmente pelos jovens para suprirem a dor da falta de atenção e de limites, gerados pelos próprios pais, vitimados de uma sociedade globalizada e sem limites para o consumo, ou daqueles privados de condições mínimas para uma vida digna.

Pesquisa recente realizada por Reis e Romera (2007) com um grupo de 116 jovens torcedores organizados de São Paulo, em idade entre 15 e 25 anos, constatou que 41,4% usam álcool em uma quantidade e freqüência considerada como de risco, dado que demonstra a necessidade de programas direcionados para a prevenção do uso de álcool para menores de idade, assim como um programa educativo para o uso consciente e limitado para os maiores de 18 anos.

Entre estudantes do ensino médio do estado de São Paulo, "o álcool aparece com destaque entre as drogas utilizadas pela população consultada, sendo a droga

mais consumida no Brasil" (Romera, 2006, p. 41), panorama social apontado nos últimos levantamentos epidemiológicos desenvolvidos pelo CEBRID[17] junto à população juvenil, mais especificamente alunos do ensino médio, realizados nos anos de 1989, 1990, 1994, 1997 e 2005. Muitos dos freqüentadores de estádios no estado de São Paulo estão nessa faixa etária.

Com o quadro acima descrito somado a cultura fútil e efêmera criada pela sociedade de consumo no final do século XX, um número significativo de jovens acabam por suprir sua necessidade vital de vivenciar emoções, em eventos de multidão que podem dar a eles a sensação do anonimato e da impunidade. Os dias de jogos de futebol nas grandes cidades são apropriados para o envolvimento na massa e para extravasar frustrações e opressões, vividas na sociedade brasileira e no dia do jogo. Sociedade essa que prova sua desigualdade, veiculando na mídia insistentemente a necessidade de consumo desde bens materiais até momentos de prazer. Para aqueles que construíram uma identidade comprometida e/ou para outros que se construíram enganados pelos efeitos das substâncias químicas, as transgressões em dias de jogos ganham a força da massa e a grande possibilidade da impunidade. Parece que para estes o jogo vale a pena! Para outros basta o sucesso fruto do estudo e ou do trabalho. Porém têm também outros que têm sucesso no estudo e no trabalho e que acabam envolvidos em conflitos violentos pelo ímpeto do momento (mimetismo) ou mesmo pela indignação dos maus tratos ao espectador que freqüenta nossos decadentes estádios.

6. Referências bibliográficas

ARANHA, Ana; COTES, Paloma e AZEVEDO, Solange. Reprovado: os mais novos números da educação mostram que não dá mais para esperar. É preciso ter o mesmo senso de urgência que houve para enfrentar a inflação. *Revista Época*, fev. 2006.

17. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas.

ASSUMPÇÃO, João Carlos. Outro mundo; Levantamento mostra que entre os 20 clubes mais ricos do mundo apenas três têm modelo de propriedade semelhante ao dos times brasileiros. *Lance!A+*, São Paulo, 11.06.2005.

FOLHA DE S.PAULO. A Polícia Militar alertou, a CBF não aceitou e a cidade de São Paulo viverá um domingo de alto risco em meio à última rodada do Campeonato Brasileiro. Acesso em: 01.12.2005.

GALDIERI, Paulo e PERRONE, Ricardo. Auditoria esmiúça balanços dos 21 times que mais arrecadaram em 2006. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 06.07.2007.

MALUF, Eduardo. Torcidas organizadas. FPF oferece R$ 100 mil por boa conduta. *Folha de S.Paulo.* São Paulo, 22.04.2007.

MURAD, Mauricio. Violência no futebol não é um fenômeno próprio do esporte. Disponível em: <http/www.unicamp.br/unicamp/divulgação/BDNUH/NUH_8026.html>. Acesso em: abr. 2007a.

_____. Violência até quando? *Jornal do Brasil.* Rio de Janeiro, 20.02.2007c.

_____. Brasil x Brasil na Copa de 2014. Disponível em: <http/www.revistadehistoria.com.br/v2/home/?go=detalhe&id=1183>. Acesso em: 15.10.2007b.

DUNNING, Eric. *El fenómeno deportivo*: estudios sociológicos en torno al deporte, la violencia y la civilización. Barcelona: Paidotribo, 2003.

REIS, Heloisa Helena Baldy dos. *A violência nos estádios*. Relatório de pesquisa (Pós-doutorado) – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp): São Paulo, 2000.

REIS, Heloisa Helena Baldy dos e ROMERA, Liana Abrão. *Os hábitos de consumo de álcool por torcedores organizados de São Paulo*. Projeto de pesquisa em andamento. Campinas: Unicamp, 2007.

ROMERA, L. A. *Juventude, lazer e uso abusivo de álcool*: o caso dos torcedores organizados. Texto de qualificação de doutorado em Educação Física, Unicamp. 2006.

Reforma do Poder Judiciário

J. J. Calmon de Passos
Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFBA,
Procurador de Justiça aposentado, Conselheiro Nato
da OAB-BA. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia,
do IAB, do IBEPE, do Instituto Ibero-Americano
de Direito Processual e Coordenador do Curso de Especialização
em Processo do Centro de Cultura Jurídica da Bahia.

Resumo: Em sua primeira parte, tenta-se demonstrar o irrealismo e a quase nula operacionalidade a par da grave disfuncionalidade da Constituição Federal de 1988. A ela se segue uma segunda parte em que são analisados os problemas do Poder Judiciário no Brasil, demonstrando-se que sem uma reforma do próprio Estado brasileiro nada será obtido em termos satisfatórios. No específico do Poder Judiciário, indica-se o mínimo a ser constitucionalizado e o quanto é reclamado com urgência e seria deferido ao legislador ordinário. A terceira parte é uma breve justificação do pensamento jurídico do autor que não aceita seja o Direito desvinculado do poder econômico e do poder político, aceitando-o apenas como fundamental para delimitar e tornar segura e acessível ao homem comum a fronteira que delimita a dominação legítima da resistência legítima. Enfim, entender o Direito sempre como um produto do processo político em cada país e em cada momento histórico.

Palavras-chave: Reforma do Poder Judiciário – Constituição – Direito – Poder político – Economia.

Abstract: In the first part of the book, the author tries to demonstrate that the Federal Constitution of 1988 is unrealistic, non-operational and non-

functional. In the second part of the book, the author analyzes the Brazilian Judicial Branch's inherent problems. He concludes that satisfactory judicial reform will only be achieved after the Brazilian State itself undergoes a reform; it discusses which judicial reforms should be addressed constitutionally and which should be addressed through the legislative branch. The third part of the book is a brief justification of the author's judicial philosophy, whereby the Law cannot be isolated from economic and political power, the Law defines and ensures men's access to the legal means of both domination and resistance. The Law is a byproduct of the political processes in each country and in each historical moment.

Keywords: Judicial power reform – Constitution – Law – Political power – Economy.

Área do direito: Penal

I

Acredito já tenha tido oportunidade de tratar do problema da reforma do Poder Judiciário, após a EC 45/2004, por mais de dez vezes e para auditórios bem diferenciados. Nada de novo será aqui acrescentado por motivo de meu convencimento se manter inalterado. Acredito, inclusive, não sei se pretensiosamente, vê-lo confirmado a cada dia que passa.

Minha primeira e sólida convicção é a de que inexiste uma crise específica do Poder Judiciário. A crise é do Estado brasileiro como institucionalizado constitucionalmente em 1988. Outro convencimento é o de que será de todo inoperante qualquer tentativa de solução parcial abrangendo apenas o Judiciário, dado que sua crise ocorre, como já afirmei reiteradamente, em conseqüência de uma *infecção externa*. Acrescentaria um terceiro: ignorar (ou ocultar) a maioria dos juristas a força determinante do econômico e do político sobre o Direito, o que necessariamente significará ingenuidade, omissão grave ou perversidade ideológica

de quem assim procede. Infelizmente num desses pecados incidiram os membros da Assembléia Constituinte em 1988.

São antigas e renitentes minhas restrições à Constituição de 1988. Ainda em 1990, no Rio de Janeiro, em congresso cujo objeto era uma reflexão sobre ela, fui impiedoso e corri o risco de ser considerado uma voz inconveniente e irresponsável no conclave. Que razões me levaram a criticar a nova Carta e permanecer-lhe hostil até hoje? Sem querer liberar-me da responsabilidade do que penso, sempre invoco dois nomes respeitáveis: Giovanni Sartori[1] e Przeworski.[2] E invoco-os porque enfatizam dois modos de entender o problema: um, contundente, mas realista; outro, pretendendo afirmar o mesmo, mas de modo suave e diplomático. Ato de irresponsabilidade ou momento de catarse, pouco importa, a Constituição de 1988 já nasceu incapaz de realizar quanto promete por absoluta falta de condições materiais para isto, a par do modo atípico e anárquico como regulou a cidadania e a independência e harmonia dos poderes, tidos como essenciais em uma democracia.

Institucionalizamos uma democracia social, a mais ambiciosa do Mundo, quando jamais fôramos sequer uma incipiente democracia social. Constitucionalizamos valores e objetivos já agredidos de modo selvagem pela globalização plenamente triunfante em fins da década de oitenta e lhes emprestamos o caráter de cláusulas pétreas. Aprisionamos tudo na camisa de força da constitucionalização, transformando nosso Pacto Máximo em um caleidoscópio de pretensões ingênuas.

Fizemos de nossa Constituição um código do trabalho, um estatuto do servidor público, uma lei orgânica da previdência social, um código tributário, uma lei orgânica da magistratura e do ministério público e outros apêndices, um mini

1. Giovanni Sartori. *Engenharia constitucional. Como mudam as Constituições.* Brasília: UNB, 1996, p. 211.

2. Adam Przeworski. *Democracia e mercado no Leste Europeu e na América Latina.* Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 1991, p. 54.

direito de família, nem esquecemos os silvícolas, os idosos, os deficientes físicos, as mulheres, os infantes. Só deixamos de fora os mortos, por não termos tido a suficiente fé de que nosso poder constituinte seria capaz de ressuscitá-los.

Como salientado por muitos dos analistas de nossa história, somos, milagrosamente, o único país do mundo em que o sistema capitalista se consolidou sem ter havido o prévio da revolução burguesa. Por força disso, permanecemos, até hoje, não uma sociedade de classes, sim uma sociedade estamentária. E é típico de sociedades desse modelo determinados setores poderem assegurar-se privilégios, criando obstáculos dificilmente transponíveis para que a competição se dê à base da competência.[3] Resultado: a quase total impossibilidade da responsabilização de agentes políticos, todos eles protegidos por privilégios que lhes asseguram seu próprio autocontrole, o que equivale a nenhum controle social. E isso inclui os integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público particularmente blindados pela Constituição de 88.

Inviável cuidar com profundidade, neste artigo, de quanto acima afirmado. É possível, entretanto, indicar o mais significativo. Em primeiro lugar, é fato hoje unanimemente aceito que a década de 70 sinaliza a grande virada ocorrida no sistema capitalista com repercussões decisivas no espaço político e na vida social de todos os povos. O Estado do Bem Estar social, mesmo nos países que o instituíram com solidez, entrou em crise e teve iniciada sua desconstrução.[4] Pois bem, no fim da década de 80, nós, brasileiros, que nunca tivemos um Estado dessa natureza, constitucionalizamos o mais avançado, ousado e abrangente Es-

3. Ver artigo de Gabriel Cohn; Florestan Fernandes. A revolução burguesa no Brasil. *Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico.* Org. Lourenço Dantas Mota. São Paulo: Senac, 1999, p. 395 e ss. Também Raymundo Faoro. *Os donos do poder.* v. 1. Globo. Coleção Grandes nomes do pensamento brasileiro.

4. Entre dezenas, indicamos especificamente José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006 e Boaventura de Sousa Santos. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo* especificamente o tópico Fascismo social. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI.* Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 33 e ss.

tado do Bem Estar Social que o mundo já conheceu. Limitamo-nos a instituí-lo apenas formalmente, sem criar os instrumentos e propiciar os recursos para tão ambicioso projeto. A velha e incrustada elite da Casa Grande, dos Sobrados e agora dos Condomínios Fechados permaneceu com os mesmos privilégios e solidamente preservada. Talvez por acreditar que a solução "viria do Alto", dado ser notoriamente sabido que Deus é brasileiro. Ou, o que é mais aceitável, para mantermos a estratégia que vem sendo usada pelo setor hegemônico em nosso Brasil, desde sua descoberta: adiar para o futuro as reformas necessárias desde ontem.[5]

Foi esta matreirice ou imaturidade política que nos levou a promulgar, em 1988, uma Constituição em total descompasso com a nossa realidade e a do panorama mundial já perfeitamente delineado nessa época. Formalizamos a imagem de uma Nação edênica em termos de justiça social, quando o país era o que Hobsbawman qualificou, com irrecusável acerto, de *um monumento de injustiça social.*[6] À semelhança de Josué, que obteve a graça de paralisar o Sol para assim vencer os filisteus, também pretendemos alcançar o milagre de fazer parar o tempo para consagrarmos no papel o que jamais logramos institucionalizar socialmente em cinco séculos de nossa história. O resultado foi o mesmo: Josué não passa de um mito e a Constituição de 88 não vai além de um conto de fadas. Para dizer dela algo menos indelicado.

Esses mesmos motivos permitiram que em nosso Brasil a ordem jurídica jamais tivesse a nossa cara. Ela sempre foi conformada via importação, para cobrir o nosso verdadeiro rosto com a máscara da civilização vinda de fora, macaqueada pela elite e ignorada pelo povo e sempre aplicada em termos de manutenção dos privilégios dos segmentos estamentários. Para invocar Marcelo Neves: excluindo

5. Ver análise feita por Alberto da Costa e Silva da obra de José Honório Rodrigues. *Conciliação e reforma no Brasil*, em publicação citada na nota 3 supra.

6. Eric Hobsbawm. *A era dos extremos. O breve século XX.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

muitos brasileiros dos benefícios prometidos (subordenação) e assegurando aos poucos da elite libertarem-se da submissão ao Direito (sobreordenação).[7]

Daí nossa ousadia legislativa. Podemos tudo formalizar em termos de lei, pois sempre haverá uma distância quilométrica entre o que ela diz na sua forma e a aplicação que dela se fará nas relações sociais efetivamente travadas na sociedade. Somente por isto é que temos uma Constituição como a de 1988, que ousa o que nenhuma outra Constituição do mundo ousou, e assim faz por saber que está prometendo o que jamais será compelida a conceder, pois os escravos e os índios de ontem e os Jecas Tatus infestados de vermes sobrevivem, hoje, nos analfabetos funcionais, formalmente capazes de ler e de pensar, na realidade incapazes de uma e outra coisa, expulsos para as periferias das cidades, e integrantes da multidão dos que deixaram de ser desempregados e passaram a ser excluídos e vegetam sem encontrar nenhum sentido para suas vidas, nem esperança para se manterem vivos.[8]

Continuamos a constitucionalizar em favor de estamentos da sociedade brasileira, não em favor do povo brasileiro. Engessamos a nação e tornamos nosso país ingovernável, salvo com alto custo político, econômico e social. Vivendo-se a indecisão entre presidencialismo e parlamentarismo até ao último momento, optamos por um presidencialismo centralizador, ainda quando definidos como um país federativo, porém instituímos, em compensação, um processo político que faz do tal poderoso presidente um prisioneiro do Parlamento, mediante a estratégia da irracionalidade e anti-cidadania de nosso processo político, sem esquecer o poder da mídia colocada acima do bem e do mal e voltada exclusivamente para a obtenção de lucros, o que pede audiência e enseja rendas publicitárias. Prometemos aos despossuídos tudo e o céu também, tendo, porém, o cuidado de constitucionalizarmos um Judiciário e de quebra um Ministério Público que tudo podem, ainda

7. Marcelo Neves. *Entre Themis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, particularmente p. 244 e ss.

8. Zygmunt Bauman. *Tempos líquidos.* Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 61 e ss.

quando prescindam de legitimação democrática e tenham sido colocados imunes a todo e qualquer controle social, substitutos, hoje, do antigo "pai dos pobres" do paternalismo getuliano.

Com esta aparente fragilização do poder econômico e do poder político, o que fizemos foi canalizar para aquelas instituições as esperanças e demandas dos desprivilegiados, desmobilizando-os para a luta política, única via capaz de determinar transformações relevantes na sociedade. Constitucionalizamos um sistema tributário que privilegia os impostos indiretos e fragiliza os diretos, o que importa em tributar mais perversamente os que menos têm, favorecendo os privilegiados. Mediante cláusulas pétreas asseguramos a todos os homens, particularmente aos trabalhadores, tudo, inclusive trivialidades sujeitas às mudanças impiedosas que o tempo impõe a quanto existe. E fizemos isto quando o chamado capitalismo financeiro, ou de cassino ou da pós-grande indústria já fragilizava os sindicatos, mesmo nos países centrais, e transformava cidadãos em consumidores, ao tempo em que colocava de joelhos os Estados nacionais.

Assim como Getúlio, genialmente, concedeu em termos formais todos os direitos reclamados pelos trabalhadores, desmobilizando-os e inviabilizando-lhes uma organização sólida, também os constituintes de 88 concederam formalmente tudo quanto se pode almejar para uma democracia perfeita, desmobilizando mais uma vez o povo brasileiro para a luta política. Ontem, Getúlio se fez o pai dos pobres, este papel os constituintes de 88 reservaram para o Ministério Público e para o Judiciário. O paternalismo de ontem desembocou na derrocada de 1964. O de hoje desembocará no que me escuso de profetizar por incapacidade, mas agradeço à morte que me privará de estar presente quando isso ocorrer.

Os constitucionalistas menos românticos e os cientistas políticos costumam dizer que três coisas são fundamentais para que se possa afirmar viver-se em uma democracia: que o povo tenha efetivamente condições de eleger seus dirigentes, que os dirigentes eleitos tenham poder para governar e que a responsabilização dos que foram eleitos e puderam governar seja assegurada com o máximo de am-

plitude e de efetividade.[9] Pois bem, a Constituição Federal de 1988 inviabiliza todas estas três exigências.

O certo é que somente aquilo que se consegue com luta e se institucionaliza com solidez produz frutos políticos e econômicos juridicamente efetiváveis. Quando os benefícios vêem na bandeja, o benfeitor pode esvaziá-la sempre que lhe for conveniente.

II

Creio haver dito o suficiente e posso voltar ao tema específico da reforma do Poder Judiciário. Apenas vou reproduzir o que em muitos artigos e várias conferências já afirmei. Se meu entendimento permanece o mesmo, por que não redizer o que já pensei e proclamei? Correria o risco de incidir no ridículo daquele personagem de um conto de Monteiro Lobato, tão necessitado de ser diferente que, devolvendo um livro ao emprestador, escreveu agradecendo: "Li. Muito gostei."

Os reformadores, antes de perceberem o "novo", e novo é a grande virada ocorrida a partir da segunda metade da década de 70, continuam a ignorá-lo, apelidando de "novo" o que é a persistência de uma visão de Mundo que só foi compatível com a breve Era de Ouro, um momento histórico cujos condicionamentos emergiram do após Segunda Guerra Mundial e começaram a ser erodidos em fins da década de 70 e desmoronaram na década de 80.[10] Este estrabismo político foi confessado pelo Ministro Nelson Jobim, há pouco tempo, ao declarar que, infelizmente, os constituintes de 1988 olharam pelo retrovisor. No discurso político, sim, na decisão política, não, porquanto em verdade, com as falácias de hoje, só pretendiam assegurar os privilégios de ontem.

9. Ver Guy Carcassone. Um derecho para la democracia moderna. *Transformaciones del derecho publico.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.

10. A bibliografia é extremamente rica. Suficientes os autores mencionados na nota 4 supra.

Nossa leviandade ou matreirice política tornou inoperante todas as Emendas constitucionais promulgadas depois de 1988. Quando a doença está na raiz da árvore, nem a salvam podas, nem enxertos, nem adubagem. É indispensável ir às raízes para salvar a árvore, ou simplesmente abatê-la e lançar novas sementes no solo do qual a extirpamos. É o nosso caso. Já foram oferecidas mais de 50 emendas à Constituição de 1988 e elas em nada abrandaram a crise grave de governabilidade que temos vivido nesses últimos anos. Ou se quisermos negar a ingovernabilidade, teremos que admitir, no mínimo, estarmos administrando uma governabilidade precária com elevado custo financeiro, econômico, político e social.

Nada diferente poderia acontecer com a Emenda da reforma do Poder Judiciário. Um faz de conta que favorece alguns setores do Judiciário e seus vizinhos e nada soma em favor do cidadão e da democracia brasileira. A reforma inadiável era a de se enxugar o Capítulo III do Título IV de nossa Constituição pertinente ao Poder Judiciário. Será isto possível sem que este seja feito no tocante à organização dos demais Poderes? E fica ainda a indagação: de que valeria essa racionalização constitucional da organização dos poderes se tarefa de igual natureza não fosse empreendida no tocante ao inteiro teor da Constituição Federal de 88? E será politicamente possível esta empreitada? Conclui-se com facilidade que, nessa perspectiva, minha posição em face da EC 45/2004 somente pode ser a de um cético impenitente. Não melhoramos nada e talvez tenhamos agravado a situação, colocando problemas novos no cipoal dos que já nos afligiam.

Como já afirmado precedentemente, é de todo inviável uma reforma do Poder Judiciário dissociada de outras reformas básicas. Impossível melhorá-lo mantendo-se nosso "catálogo telefônico constitucional". Há mais, entretanto. Reformou-se para quê? Para obter-se uma prestação jurisdicional mais célere e mais efetiva, é o que dizem. Para isto será de todo inócua qualquer reforma constitucional, salvo aquela que enxugasse o capítulo da Constituição pertinente ao Poder Judiciário, quase com tantos artigos quantos os de toda a Constituição da Alemanha. Tínhamos 44, hoje são 47. As alíneas cresceram assustadoramente;

nem ficaram atrás os parágrafos. Conservamos disposições ridículas: morar o juiz na Comarca, delegação de atos a serventuários, distribuição imediata de feitos, particularização de procedimentos e princípios só aceitáveis em leis de organização judiciária. Para compensar, entretanto, conservamos e ampliamos os privilégios, que nada somam para os cidadãos e tudo asseguram aos que, com maior ou menor poder, se vinculam à função jurisdicional. A chamada crise do Poder Judiciário, segundo já afirmei, é crise por infecção *externa*. Suas causas são estranhas à função jurisdicional no que lhe é mais específico e a mais relevante é a nossa constitucionalização desabrida.

Como evitar a sobrecarga do STF quando tudo foi por nós constitucionalizado e insistimos num casamento com incompatibilidade de gênios: associar o controle concentrado ao controle difuso de constitucionalidade? Resposta óbvia: criando óbices para os jurisdicionados e eles foram instituídos.

A sobrecarga do STJ é outro problema insolúvel. Num país de violenta centralização política, o que acarreta a centralização legislativa, tudo é "questão federal". Teríamos que corrigir os desvios do nosso federalismo para resolvermos o problema do recurso especial. Some-se a isto o nosso atavismo de senhor de engenho investido de autoridade. Enquanto em países de menor população os tribunais que exercem a mesma função do nosso STJ têm mais de cem integrantes, o nosso permanece com seus trinta e poucos, *porque aumentar o número deles significaria para os Ministros perda de prestígio.* Solução viável; criar óbices para admissibilidade do recurso especial. Eles foram instituídos.

A sobrecarga na justiça local e nas federais especializadas resulta da elevada litigiosidade que se institucionalizou em nossa sociedade e é incentivada a cada dia. Nenhum empenho existe no tocante a criarmos instituições sociais capazes de gerar consenso e fazer a triagem dos conflitos sociais. Até mesmo a Administração Pública é algo menor, porquanto se pode prescindir dela e ir-se diretamente ao Judiciário. E o mais curioso é que se invoca para esta grave deformação uma de nossas famosas cláusulas pétreas: a de que nenhuma lesão de direito ou ameaça a

direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Deduziu-se (o Judiciário) desta cartola de mágico um entendimento que dá primazia a todos os juízes frente ao Executivo, em detrimento do que seja efetivamente uma democracia e da inocultável realidade da impotência do Poder Judiciário para operar a nível macro, tanto em termos políticos quanto em termos econômicos, somando-se a isto sua vocação natural de alheamento a tudo que ultrapassa os estreitos limites dos micros conflitos de interesses com os quais lida diariamente. Sufocado sob a montanha de milhões de processos, como resolver o impasse? Fragilizando as garantias processuais das partes e proliferando antecipações de tutela como epidemia, fertilizando o solo para os corruptos, apressados ou pouco escrupulosos.

Fomos adiante. Com flagrante inconstitucionalidade, até hoje não reconhecida por artimanhas políticas, criamos os juizados especiais, uma arena gratuita para brigas de galos jurídicas, custeada a diversão com os recursos arrecadados do pagamento de impostos pelos contribuintes. Agora, com a Emenda recente, ousamos ir adiante. Vamos ter a justiça itinerante. Como a montanha não veio até Maomé, Maomé irá até a montanha.

Ao invés de juizados especiais com alçada escandalosa (40 salários mínimos num país em que 75% de sua população não desfrutam dessa renda anual) cumpria introduzirmos a exigência da tentativa prévia de conciliação, criando juizados compostos por técnicos sem poder de julgar, mas juridicamente aptos para deferir ao contencioso, já definidos, os pontos controvertidos da causa.

Impunha-se instituir controles políticos e sociais contra os erros inescusáveis de julgamento e comportamento social e funcional incompatíveis com a função jurisdicional, o que nenhuma semelhança tem com o arremedo dos atuais Conselhos Nacional de Justiça e Superior do Ministério Público.[11]

11. Os que criticam a necessidade do controle, invocando o brocardo latino – *quis custodiet ipsos custodes?* deslegitimam a própria função jurisdicional e mais que tudo o controle de constitucionalidade das leis: a institucionalização do juiz das leis. Por que, se vale o brocardo, deve valer também para o controle deferido ao Poder Judiciário. Mais grave que o controle social dos

Conclusão: o que deveria ter sido feito não foi feito, isto é, libertar a função jurisdicional da camisa de força de sua prolixa constitucionalização e institucionalizarem-se controles democráticos da sociedade sobre aqueles aos quais se deferiu o julgamento dos cidadãos.

Sem este prévio nada mais terá sentido. Dever-se-ia constitucionalizar apenas o pertinente ao Supremo Tribunal Federal, eliminando-se o controle difuso de inconstitucionalidade; libertá-lo de competências e participações que apenas o desfiguram, revendo-se a sua constituição. Eliminar o Quinto constitucional que em nada beneficiou a prestação dos serviços da Justiça e serviu apenas para minar a independência da Ordem dos Advogados e do Ministério Público.

A par disto, extinguir-se a dependência aos Tribunais dos juízes do primeiro grau, institucionalizando-se uma primeira instância independente e responsabilizável social e politicamente, o que ensejaria a eliminação de recurso das interlocutórias, a retirada do efeito suspensivo da apelação, limitando-se sua admissibilidade às hipóteses de nulidade da sentença ou de sua invalidade em virtude de errada aplicação do Direito aos fatos (erro inescusável no tocante a sua verificação e valoração).

Mais ainda: eliminar os juízes enciclopédia que transitam do cível para o direito penal e do direito privado para o direito público, bem como a famigerada "carreira" prevendo-se melhorias pessoais em termos de tempo de serviço e de qualificação, a par do veto ao exercício de atividades outras, de qualquer espécie, salvo eventuais. Mais ainda: possibilitar a diversidade de juízes para, com menos

magistrados é deferir-se a alguns homens, escolhidos mediante critérios políticos, sem nada de especial que os privilegie do ponto de vista técnico ou ético, a se tornarem o *super ego* da sociedade e também diria seu *super-soberano*. Aquilo que se nega ao Parlamento (com membros eleitos e não vitalícios) e aos cidadãos (únicos titulares permanentes do poder constituinte) é deferido a este pequeno grupo de homens sem justificativa plausível quer política quer de natureza técnica.

Há os que afirmam dever-se efetivar o controle do Judiciário, numa democracia, deve ser feito mediante a atividade crítica das partes, fora dos processos judiciais, pela doutrina, pela imprensa, que não pode ser sufocada pela imposição de condenações, inclusive as pecuniárias altíssimas, toda vez que censurar a Justiça. Foram abusos de órgãos judiciais que levaram à idéia do controle externo, que reaparecerá se o Judiciário não controlar a si próprio (Sérgio Bermudes).

gastos e menos pompa, atender-se às reais necessidades do povo brasileiro. Prever-se a máxima destecnificação da solução de conflitos sociais, retirando-se da esfera do Poder Judiciário o que a maioria das nações desenvolvidas já excluiu. Recuperar organismos intermediários na sociedade transferindo para eles o poder de composição dos conflitos. Instituir controles políticos e sociais contra os erros inescusáveis de julgamento e comportamento social e funcional incompatíveis com a função jurisdicional.

Não somamos, dividimos. Não pacificamos, instigamos a litigiosidade. Não nos empenhamos com a igualdade material, mas erguemos templos suntuosos à igualdade formal.

Diante disso, nosso dever será o de negarmo-nos a ser cúmplices no crime que se vem praticando contra nossa cidadania e em detrimento de nosso futuro. Não será o bom desempenho de nossa economia que nos salvará. A riqueza produzida é cada vez mais concentrada e mais injustamente distribuída.[12] O investimento terá que ser político e com prioridade no homem e em sua qualificação. O fator de produção deste século é o conhecimento. E se não investirmos nele seremos cobiçados, seremos a caça e os sinais de que isto é possível e está sendo cogitado estão bem visíveis.

Os juristas e suas matrizes, as Faculdades de Direito e os estudantes que nela militam, têm o dever de reassumir o papel que sempre desempenharam: o de serem a consciência política da Nação. Esta tarefa é urgente e já basta de sermos sufocados por uma avalanche de livros estritamente dogmáticos, submissos, repetitivos, louvaminheiros, improvisados, produtos de uma geração que parece ter aceito o papel de pigmeu a serviço de gigantes, ao invés de se tornar outro Davi capaz de derrubar Golias com certeiros e mortíferos golpes de funda. Fora disso, apenas estaremos fazendo um discurso que peca pelo encobrimento maldoso ou pelo idealismo ingênuo ou pela deformada compreensão da realidade.

12. Ver Zygmunt Bauman, ob. cit., p. 12.

E por que essa hipertrofia do Judiciário tem sido possível e aceita pelo setor hegemônico da sociedade? Os que recusam adesão ao pós-modernismo celebratório comprovam com sólidos argumentos que, no seu atual estágio, o capitalismo se sobrepõe aos Estados nacionais, prescindindo, destarte, do consenso popular. Consequentemente, Executivo, Legislativo e Judiciário apenas podem se divertir ou se angustiar a nível micro, mal podendo administrar problemas presentes e urgentes, deixando-se a cada cidadão a pesada tarefa de administrar sua própria sobrevivência.

O Judiciário benevolente e protetor e seu apêndice, o Ministério Público vigilante incansável dos interesses acompanhados de todos os qualificativos imagináveis, associados à mídia e garantidos por um Estado acentuadamente criminalizante e policialesco são os guardiões do novo Estado do Mal Estar Social que é o filho gerado pelos acontecimentos que escapam a cada dia e em termos crescentes tanto de nossa previsão quanto de nosso controle.

III

Ainda algumas palavras para deixar mais claros os fundamentos do meu pensar.

Dizer-se que a aplicação da lei (mero texto) não é atividade dotada de acentuado poder criativo sendo desnecessária a institucionalização de instrumentos asseguradores, ao máximo, da correção do processo hermenêutico, suscetível de ser distorcido por incompetência e por improbidade, é pretender-se, contraditoriamente, negar o que se invoca para legitimar o controle pelo Poder Judiciário dos atos da autonomia privada e dos agentes investidos nas demais funções do Estado.

Muitos e sólidos argumentos já autorizam podermos afirmar que saber é poder e o chamado "discurso competente" uma forma perversa e dissimulada de seu exercício, além de constituir um valioso suporte da ideologia tecnocrática, a maior inimiga de toda aspiração genuinamente democrática. Ela desqualifica o

político na sua versão mais nobre, que é a do direito dos indivíduos discutirem sobre a valia ou desvalia do saber competente para suas vidas como as programaram e desejam vivê-las.[13]

O chamado discurso competente representa a mais poderosa ameaça a qualquer projeto humano de emancipação e chegou ao Direito, hoje um cipoal indecifrável de algo cujo destinatário privilegiado deveria ser o homem comum. Fez-se ininteligível o discurso jurídico para dissimular a dominação a que ele serve.

Há um empenho acentuado, máxime em nossos dias, com particular ênfase em nosso Brasil, de se tentar desvincular, a qualquer custo, o Direito do político e do econômico. Aceitar este casamento, dizem os juristas adeptos do ocultamento, será subtrair do Direito toda sua dignidade e transformá-lo em mero servo dos personagens mais sombrios dentre os que povoam a existência humana. Por mais que me esforce, contudo, já ultrapassando meio século de atividade como estudioso e operador do Direito, não consigo realizar essa separação, nem amigável nem litigiosamente. E explico minha dificuldade.

Ninguém ousará dizer que o homem, à semelhança dos outros animais, pode descartar a tarefa de decidir sobre o que deve ou não deve fazer, liberar-se da necessidade de formular um juízo sobre os fins que persegue, associado a um outro de natureza instrumental, sobre os melhores meios para lograr o fim escolhido, o que implica em juízos éticos e juízos técnicos.

Mesmo quando se pretenda entender como sendo uma grande ilusão acreditarmos em nossa liberdade e poder de decidir, o certo é que, diante do nosso desamparo em termos de informação pelos instintos sobre como devemos agir, diversamente do que ocorre com os outros seres vivos, no mínimo temos que aceitar que somos determinados para decidir sobre o que devemos fazer ou não fazer. Acreditar em nossa liberdade é a nossa irremediável condenação. E só por isso ousamos responsabilizar e julgar nossos semelhantes.

13. Ver Zygmunt Bauman, ob. loc. cit.

Inevitavelmente obrigados a decidir, quando o fazemos no tocante ao nosso comportamento e no limite da repercussão que ele determina apenas sobre nós mesmos, menor relevância tem o problema. Quando, entretanto, queremos decidir sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito em situações que configuram relações intersubjetivas, vale dizer, quando o que deve ser feito ou não deve ser feito interfere na esfera do outro, situações diversas se configuram. E três situações são possíveis. O destinatário da prescrição aceita o que lhe é exigido e podemos falar em "consenso". Ou ele nega seu assentimento e o emissor tenta, dialogando, persuadi-lo, obtendo, como resultado final, sua "aquiescência", que equivale ao consenso, ainda quando alcançado com maior dispêndio de tempo e mediante um procedimento mais complexo. É possível, contudo, e isto ocorre com freqüência, que o destinatário resista ao que dele se pretende como devendo fazer ou não fazer. Esta resistência só pode ser vencida pela "coerção". E diante dessa ameaça, o destinatário da ordem obedece para evitar o maior incômodo que seria efetivar-se a coerção materialmente, caso não se submetesse. Ele não dá seu consentimento, mas "obedece", porque sabe que se resistir será "submetido pela força". Sua resistência, portanto, se torna inviável em face de todo o aparato institucional em que está inserido, visto como existe, no grupo social, um agente político institucionalizado em termos de poder usar legitimamente da força para tornar efetiva sua decisão sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito. Aqui se fala em violência simbólica ou violência legítima, em contraposição ao que se configuraria como violência socialmente deslegitimada. E isto é necessário a toda convivência humana, para que se possa falar de ordem social.

Só imperdoável leviandade intelectual levará alguém a dizer que essa decisão coercitiva sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito pode existir ou ser pensada antes que algum homem *diga*, com legitimidade e poder, aquilo que deve ou não deve ser feito pelo outro submetido a sua decisão. Sem dispor de poder político ninguém está apto para dizer o que deve ser feito ou não deve ser feito, salvo como conselho, tentativa de persuasão, esforço no sentido de obter o

consenso ou aquiescência do interlocutor. E persuasão e conselho são mecanismos de pouca serventia social, porque lentos e precários, para garantir a convivência humana em termos de eficácia.

Por outro lado, jamais se viu na história humana o poder político ser viável sem que se case ao poder econômico. Foi assim na Antiguidade oriental e clássica, na Idade Média, na Idade Moderna e é assim na já tão falada Pós-Modernidade;

Pouco importa a fundamentação que o poderoso utilize para legitimar seu poder de coerção. O "fundamento" não operará sem a intermediação do "dizer" de homens com poder de decidir. Se afirmarmos haver um fundamento absoluto, prévio, de matriz divina, que submete os homens, mesmo aqueles investidos socialmente do poder de decidir, esse Absoluto não se "revela" a todos os homens, do mesmo modo e com a mesma intensidade, sempre se exigindo homens dotados da especial faculdade de serem os "intermediários" do Absoluto divino. E se tais intermediários não dispuserem de poder político, não tiverem a sua disposição instituições aptas para "impor" aos não privilegiados o Direito Natural Divino, eles apenas estarão "pregando no deserto". Se não dispuserem do poder de deslegitimar a resistência a quanto decidirem terão decidido inocuamente.

Caso desloquemos o fundamento absoluto para a Razão humana (pouco importa que nele inculcada por um Deus ou fruto de sua própria constituição biológica) o mesmo fenômeno se reproduzirá. Também esta "razão transcendental" carecerá do poder de se revelar igual para todos os homens e se impor a todos os homens, pelo que, também aqui, serão necessários homens dotados da especial faculdade de serem os "porta-vozes" do absoluto transcendental. E se tais intermediários não dispuserem de poder político, não tiverem a sua disposição instituições aptas para "impor" aos não privilegiados o Direito Natural Racional, eles apenas estarão, como aqueles primeiros, "pregando no deserto". Se não dispuserem do poder de deslegitimar a resistência a suas decisões terão decidido em vão.

O mesmo poderá ser dito a respeito de toda e qualquer matriz transcendente ou transcendental que busquemos para o Direito. Nenhuma delas prescindirá dos

intérpretes privilegiados, os que dispõem do poder de impor quanto decidirem a quem seja destinatário de sua decisão.

Sendo assim, nada muda quando eu digo que a matriz legitimadora do Direito é a Constituição. Ela não é mais do que o "dizer" de alguns homens, num determinado momento histórico, que se pretende permanentemente institucionalizado e dotado de eficácia fundamentadora. Permanece ainda a exigência de homens dotados da especial faculdade de serem os "porta-vozes" do Absoluto Constitucional. E se tais intermediários não dispuserem de poder político, não se inserirem em instituições aptas para "impor" aos não privilegiados o querer da Constituição, eles apenas estarão, como os dois primeiros, "pregando no deserto". Se não dispuserem do poder de deslegitimar a resistência a suas decisões, terão decidido em vão.

Esta verdade tão simples e tão irrecusável torna evidente que só o Poder cria o Direito. Por mais que nos repugne este casamento, que talvez seja o casamento que desejaríamos não se consumasse, infelizmente é o único que se revela possível para a condição humana. Todo discurso que tente escamoteá-lo apenas objetiva "ocultar" as relações de poder que estão na matriz de toda e qualquer regulação social.

Não há, portanto, um Direito dissociado do ato de sua criação, dissociado do processo que o materializa como um prescrever dotado de coercitividade inelutável, vale dizer, um prescrever para cuja efetividade se está legitimado a utilizar a força, excluindo-se qualquer possibilidade de resistência daquele que seja obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa.

Daí sustentar, com tranqüilidade, que toda tentativa de apontar um fundamento para o Direito dissociado do poder político nada mais é que inaceitável manipulação ideológica perversa, ou um equívoco epistemológico, ambos pretendendo, em verdade, colocar no lobo uma pele de cordeiro.

Concluo, assim, que se algum dever moral é imputável aos juristas, nenhum será mais exigente que o de desvelar para si mesmo e para todos os homens a per-

cepção de que, sem a conquista prévia, em termos políticos, de alguma vantagem social, nenhum dizer jurídico tem condições de assegurar seja lá o que for, a quem quer que seja, com eficácia a nível macro. Isto é, todo dizer jurídico sem respaldo em ganhos políticos prévios efetivos é de todo impotente para alterar a correlação de forças institucionalizadoras de um sistema de hegemonia que, inclusive, e somente ele, é capaz, também, de institucionalizar o "dizer o Direito" com a garantia do uso legítimo da força.

Daí ter afirmado sempre que o sistema jurídico não é e não pode ser senão o demarcador dos limites entre o território dos dominadores e o dos dominados. Sendo apenas essa linha instável e dependente da confrontação permanente entre dominadores e dominados, ele oscila em função dos ganhos e das perdas políticas que ocorram na sociedade que pretende regular. Essa oscilação tanto se dá a nível macro, com repercussão profunda e ampla, ou a nível micro, em termos quase irrelevantes. Ali e aqui, entretanto, sempre o elemento político e a sombra do poder estarão presentes. A dignidade e relevância de nosso ofício consistem apenas no dever de sermos fiéis soldados que asseguram a eficácia da fronteira traçada entre a dominação legítima e a resistência legítima. E já é muito e tanto nos basta.

Bibliografia

ARAÚJO, José Antonio. Estévez. *El revés del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos.* Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CARCASSONE, Guy. Un derecho para la democracia moderna. *Transformaciones del derecho publico.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.

COHN, Gabriel; FERNANDES, Florestan. A revolução burguesa no Brasil. *Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico.* (Org. Lourenço Dantas Mota). São Paulo: Senac, 1999.

FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder.* v. 1. Coleção Grandes nomes do pensamento brasileiro. São Paulo: Globo, 2000.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos.* O breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NEVES, Marcelo. *Entre Themis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PRZEWORSKI, Adam Przeworski. *Democracia e mercado no Leste Europeu e na América Latina.* Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI.* Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional.* Como mudam as Constituições. Brasília: UNB, 1996.

SILVA, Alberto da Costa e. *Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico.* (Org. Lourenço Dantas Mota). São Paulo: Senac, 1999.

3.1 Sistema Prisional

Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil

Fernando Salla
Sociólogo, Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Professor da Universidade São Francisco e membro da Comissão sobre o Sistema Prisional do IBCCRIM.

Resumo: O presente trabalho localiza historicamente a emergência do debate sobre o crime organizado no Brasil. Identifica os principais aspectos que integram os conceitos de crime organizado e criminalidade organizada. Com base na experiência brasileira analisa a formação de grupos criminosos organizados nas prisões. Discute o papel das políticas penais e as deficiências na gestão do sistema prisional do país na constituição e fortalecimento daqueles grupos. E por último discute a dimensão política de sua atuação.

Palavras-chave: Crime organizado – Prisões – Políticas penais – Presos.

Abstract: This paper historically places the rise of the debate on organized crime in Brazil. It identifies the main factors that comprise the concepts of organized crime and organized criminal activity. Based on the Brazilian experience it analyses the formation of organized criminal groups inside prisons. It discusses the role of criminal policies and the deficiencies in the administration of the country's prison system in the formation and strengthening of these groups. Lastly, it discusses the political dimension of their actions.

Keywords: Organized crime – Prisons – Criminal policies – Prisoners.

Sumário: 1. Introdução – 2. Questões conceituais – 3. O viés da criminalidade organizada no Brasil – 4. Nas celas, as células – 5. Papel das políticas penais: 5.1 Encarceramento massivo; 5.2 Endurecimento da legislação penal – 6. Dimensão política – 7. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal; Direitos humanos

"...cada sistema penitenciário cria as 'falanges' e 'serpentes' que merece" (Paixão, 1987)

1. Introdução[1]

De maio a agosto de 2006, o estado de São Paulo foi palco de uma das maiores crises já vividas no país na área da segurança pública. Foram mais de 70 rebeliões nos presídios do estado. Houve agressões e ataques contra civis mas sobretudo contra agentes públicos, principalmente policiais e agentes penitenciários; prédios privados, como bancos e supermercados; e públicos como postos policiais foram alvos de atentados; além disso, foram incendiados veículos de transporte público como ônibus e peruas. A crise se desdobrou em três ondas com um total de 1.325 ataques e 172 mortos.[2]

Em fevereiro de 2001, uma outra grave crise havia explodido também em São Paulo, quando cerca de 30 estabelecimentos prisionais do estado, envolvendo 29 mil presos, entraram simultaneamente em rebelião e deixaram um rastro de 29 mortes entre os encarcerados. Tais acontecimentos foram nomeados pela imprensa

1. O texto é versão ampliada da apresentação feita pelo autor no Painel "Crime Organizado ou Organizações Criminosas", dentro do 13.º Seminário Internacional do IBCCRIM, realizado em São Paulo, em outubro de 2007.

2. Jornal *O Estado de S.Paulo*, 13.05.2007, p. C06. Os números divulgados na época dos acontecimentos e os divulgados posteriormente apresentam muitas vezes divergências.

de 'megarrebelião' de 2001. Ela abalou fortemente os sistemas penitenciário e policial, mas ficou circunscrita a eles.

A novidade e o mais surpreendente na crise de 2006 foi o transbordamento dos fatos para além das organizações policiais e penitenciárias. Houve a paralisação temporária das atividades na maior cidade do país, São Paulo. Os sentimentos de medo e insegurança, já presentes há muito entre os habitantes, ganharam novos patamares com a crise de 2006.

A megarrebelião de 2001 foi liderada pelo grupo de criminosos auto-denominado Primeiro Comando da Capital (PCC), formado no interior das prisões do estado de São Paulo desde 1993 e que até aquele momento não tinha a sua existência reconhecida publicamente pelas autoridades. As ondas de violência de 2006 foram logo associadas à ação daquele grupo.

A mobilização dos presos, a capacidade de organização das suas ações, a articulação de pessoas dentro e fora dos presídios evidenciaram, em 2001 e sobretudo em 2006, a presença de uma criminalidade organizada nas prisões e as dimensões capilares dessa criminalidade na sociedade. Nesse sentido, coloca-se um complexo desafio para as ciências sociais no Brasil: compreender o fenômeno do crime organizado ou da criminalidade organizada[3] no país, seus diferentes espaços de constituição e atuação, sua composição social e formas de recrutamento, suas articulações com agências e agentes públicos, sua ocultação no interior de atividades empresariais legalmente organizadas. O que implica buscar compreender também, embora não seja o objetivo deste artigo, a trama de relações sociais, as formas de sociabilidade, que proporcionam no Brasil a emergência e o enraizamento da criminalidade organizada e das várias formas de atividades ilícitas por todas as camadas sociais.

3. Até que se tenha uma reflexão mais profunda sobre o assunto, usarei ao longo de texto de forma indistinta os conceitos de criminalidade organizada e de crime organizado, embora, como se verá mais adiante, o conceito de criminalidade organizada parece ser mais adequado para a descrição do fenômeno.

O artigo apresenta algumas contribuições para a interpretação desse desafio tendo como foco o crime organizado que se forma a partir das prisões em São Paulo desde o início da década de 1990 e no Rio de Janeiro desde os anos 1970. Analisa os aspectos de funcionamento do sistema penitenciário brasileiro que contribuíram para a constituição de grupos criminosos organizados no seu interior, assim como os efeitos das políticas penais na mesma direção. E aponta ainda alguns caminhos de análise sobre os aspectos políticos da ação desses grupos criminosos organizados.

Escapa, portanto do interesse deste trabalho discutir o chamado crime do colarinho branco, a criminalidade organizada que atravessa o sistema financeiro, as práticas ilegais das grandes corporações, enfim os crimes praticados na esfera das elites.

Igualmente não se constitui interesse específico do artigo analisar as disposições legais sobre a criminalidade organizada no país e suas possíveis limitações no trato da questão. Nem mesmo pretende-se avaliar a reação das autoridades à crise, o posicionamento e desempenho de instituições como a polícia, o ministério público, o poder judiciário. Trata-se apenas de um esforço para analisar sociologicamente o fenômeno da criminalidade organizada que se forma no interior do sistema prisional, indicando as condições favoráveis proporcionadas pelas políticas penais e pela gestão do sistema prisional. Portanto, o argumento principal é dado pela frase acima em epígrafe de Antônio Luiz Paixão.

2. Questões conceituais

Em língua inglesa há uma predileção pelo uso da expressão *organized crime*, enquanto a tradição da literatura francesa sobre esse tema utiliza-se com mais freqüência da expressão *criminalité organisée*. Daniel Fontanaud (2002) que organizou um dossiê na França sobre o tema sugere que a predileção pela expressão criminalidade organizada tem uma justificativa quanto ao seu significado, pois crime se refere em língua latina à esfera dos comportamentos individuais. A

'vantagem' do conceito de criminalidade, segundo ele, é que se reportaria a um *conjunto heterogêneo de crimes* (cometidos ou sancionados) que ao mesmo tempo estão inseridos nos *processos de confrontação social* entre os mecanismos de controle e os atores delinqüentes (Fontanaud, 2002, p. 13)

De qualquer modo, ambos os conceitos referem-se aos níveis mais complexos de estruturação e organização de determinados indivíduos para a prática de ações ilegais. Em sentido oposto, o conceito de *associações criminosas* e mesmo o de *organizações criminosas* seriam mais indicados para caracterizar os estágios iniciais na constituição de estruturas mais complexas da criminalidade organizada. Esta distinção entre os conceitos de criminalidade organizada e associações criminosas permite perceber que diversas atividades ilegais requerem estruturas mínimas organizacionais para a sua efetivação, ainda que muitas não devam ser denominadas de criminalidade organizada em razão da simplicidade de sua estruturação.

O contexto histórico de utilização do conceito de crime organizado é o dos anos 1920 no século XX, nos EUA, a partir das práticas policiais para se referir especificamente às atividades ilegais relacionadas à proibição do álcool. Sempre teve um toque de conspiração, pois estava associado a fenômenos que eram lidos como praticados por pessoas não-americanas. O conceito era utilizado, sobretudo para identificar a máfia de origem siciliana que atuava naquelas atividades clandestinas (Fontanaud, 2002, p. 11).

O debate sobre a criminalidade organizada voltou a tomar corpo a partir dos anos 1970 quando o fenômeno assumiu novos contornos. Os principais fatores que são apontados para essa presença mais expressiva do crime organizado/criminalidade organizada são bastante conhecidos e dizem respeito a novas configurações políticas, econômicas e sociais nas últimas décadas do século XX: a mundialização das trocas econômicas e financeiras; a maior mobilidade de bens e pessoas; o desenvolvimento da comunicação; a maior interdependência entre os estados; a maior abertura das fronteiras, a queda do mundo soviético.

Nicolas Queloz (Fontanaud, 2002, p. 16) sistematizou os principais aspectos que geralmente integram o conceito de criminalidade organizada. É um agrupamento (de tipo familiar, clânico ou étnico) ou associação de criminosos (gangues profissionais, organizações terroristas, grupos secretos, seitas), que deliberadamente está voltado para o cometimento de atos ilícitos seja exclusivamente ou em associação com atividades legais; cuja preparação, método e execução das tarefas se caracteriza por uma organização rigorosa, estratégica e profissional; constituindo um empreendimento ou indústria do crime que tem uma estratégia racional de expansão internacional. Além disso, tem estreita relação com o crime de rua, com a pequena criminalidade, mas opera em três grandes domínios: a) crime violento (atentados terroristas, seqüestros, ameaças); b) tráfico e atividades ilícitas: prostituição, casas de jogos, tráfico de pessoas, drogas, medicamentos, armas, materiais tóxicos e radioativos, obras de arte, veículos roubados; c) crimes de colarinho branco, ou seja, os da esfera econômica. Envolve grandes ganhos. Sua estruturação em filiais e redes nacionais e internacionais (e sua movimentação de grandes capitais) dá à criminalidade organizada grande capacidade de adaptação e mobilidade em relação às mudanças políticas e econômicas.

Letizia Paoli (2002) aponta para duas limitações que os conceitos de crime organizado costumam apresentar: a *questão da organização* e as *atividades ilícitas* perseguidas. Para ela, a ênfase que se tem dado à racionalização da organização (hierarquia, complexidade etc.) e às finalidades de muitas organizações não são facilmente constatáveis. Ela aponta que as organizações podem ter estruturas muito mais fluidas, em rede, que se adaptam a situações diversas sem necessariamente possuírem pirâmides hierárquicas rígidas ou complexas relações de mando. Afirma também que há organizações que atualmente se associaram a atividades criminosas mas que podem ter uma estrutura e finalidades não necessariamente associadas a um mercado ilícito (dá como exemplo a Yakuza). Historicamente tiveram finalidades distintas daquelas atualmente desenvolvidas. Portanto, o aspecto da organização não é tão potente como esperam os que formulam as definições de

crime organizado. Este pode apresentar arranjos muito mais complexos em termos de articulação de grupos e pessoas nas fronteiras do legal e ilegal.

Em relação às atividades ilícitas, segundo Letizia Paoli, não haveria uma tendência imanente na economia ilegal para se consolidar como uma moderna burocracia operando em larga escala, o que aponta para as possibilidades de efetivação de redes de atuação mais no plano local e não necessariamente voltadas para expansão no mercado mundial. Não se pode também ignorar, segundo ela, as limitações de operação no mercado ilegal, pois os dispositivos legais acabam sendo responsáveis pela restrição de muitos negócios no plano territorial.

3. O viés da criminalidade organizada no Brasil

É sem dúvida curioso que a discussão sobre o crime organizado ou criminalidade organizada no país só tenha sido colocada no debate público, especialmente nos anos 1990, quando formas de ilegalidade – em particular o tráfico de drogas, pequeno contrabando, comércio ilegal de rua – passaram a envolver consideráveis contingentes das camadas pobres da população. A existência de traficantes e contrabandistas que abasteciam (e abastecem) o consumo de drogas e objetos ilícitos na esfera das elites brasileiras, e que sempre recorreram a arranjos organizacionais para o sucesso de suas atividades, nunca mereceu atenção mais substantiva das forças repressivas, da mídia e também dos estudiosos.

É igualmente curioso que os cenários e atores relacionados ao que se denomina crime organizado sejam prisões, favelas, bairros miseráveis, no caso do tráfico de drogas, ou bairros decadentes e camelôs no caso de contrabando. Se tivermos presente que qualquer atividade ilícita de maior porte e valor (especialmente tráfico de drogas, armas, pessoas, contrabando etc.), envolve uma ampla e complexa rede de grupos e indivíduos que atuam em territórios diversos e em variados setores e momentos na cadeia operacional da atividade (produção, transporte, armazenagem, distribuição etc.), é interessante que só esses segmentos

'populares' e seus espaços de vida e trabalho recebam destaque e sejam identificados como responsáveis pelo crime organizado no país.

Alguns exemplos históricos de formas de criminalidade organizada nunca foram incisivamente reconhecidos como tal, nunca receberam o rótulo de 'crime organizado': é o caso do próprio jogo do bicho envolvendo ampla rede de atores inclusive no poder público municipal, na polícia, no legislativo; é o caso também de quadrilhas de empresários que sistematicamente praticam fraudes fiscais, financeiras, adulteram produtos, promovem evasão fiscal contando com ampla e bem montada rede de relacionamentos no mercado legal e junto às autoridades.

Uma hipótese a ser considerada é que o debate sobre o crime organizado no Brasil se encaixa nas estratégias do que Foucault sugeria como gestão política das ilegalidades: é "necessário" que algumas ilegalidades sejam claramente identificadas e alcançadas pelas forças repressivas, assim como seus autores sejam igualmente selecionados e vistos como delinqüentes, para que outras ilegalidades possam ser praticadas e seus responsáveis não sejam reconhecidos como delinqüentes. Banqueiros, empresários, governantes envolvidos em ações ilícitas e por vezes muito bem organizadas jamais foram ou são apresentados como delinqüentes pela mídia ou mesmo pelos operadores do direito. Esse rótulo cabe aos que praticam crimes, mas que são provenientes das camadas pobres da população e são alcançados pelas malhas do sistema de justiça criminal com mais intensidade.

Assim, mais uma vez se atribui peso político (e em conseqüência repressivo) sobre o crime organizado/criminalidade organizada nas esferas populares, em detrimento de um reconhecimento de formas de criminalidade organizada que se estruturam nas esferas empresariais e políticas do país. É de se notar que até mesmo a denominação de formas de criminalidade organizada mais recentes nestas esferas não recebem a pecha de crime organizado mas sim o de máfia: "máfia dos fiscais" (1999), "máfia dos combustíveis" (2005), "máfia das sanguessugas" (2006). Parece que a expressão "crime organizado" está sendo destinada à criminalidade que envolve membros das camadas pobres da sociedade. Ficam nessa mecânica

preservadas dos investimentos repressivos profundos e continuados as formas de criminalidade que envolvem interesses econômicos de empresários, policiais corruptos e outros agentes públicos como fiscais, políticos, que movimentam atividades econômicas que mesclam legalidade e ilegalidade.

Fica para uma outra oportunidade a análise desse relevante segmento da criminalidade organizada que se desenvolve no âmbito dos grupos sociais que possuem riqueza material, prestígio e poder, e que em função disso se revestem de mecanismos de proteção política, econômica e ideológica para as suas ilegalidades. Cabe aos pesquisadores dar a ela a devida dimensão em termos da gravidade econômica e social, do efeito corrosivo e danoso para a sociedade e suas instituições, e mesmo para a qualidade da democracia brasileira.

Abordo aqui a criminalidade organizada de natureza popular procurando discutir a sua trajetória histórica nas últimas décadas do século XX e as suas especificidades. A modalidade de crime organizado que aqui interessa, com sua origem nas prisões, se formou nos anos 1970 e 1980 no Rio de Janeiro e principalmente nos anos 1990 em São Paulo. É de base popular e tem no tráfico de drogas uma de suas principais atividades ilícitas.

4. Nas celas, as células

Embora venha aumentando nos últimos anos, a reflexão em torno do crime organizado no Brasil é ainda modesta (Zaluar, 2004; Misse, 2006; Mingardi, 1998; Schilling, 2001; Misse, 2007; Mingardi, 2007). Muito menores foram as preocupações sobre as organizações criminosas que têm suas bases em unidades prisionais. Mesmo assim, no curso do processo de redemocratização, nos anos 1980, e dos intensos debates surgidos sobre a área da segurança pública, dois trabalhos pioneiros de Antônio Paixão (1987) e Edmundo Campos (2005) inauguraram a reflexão sobre aquelas organizações. Tais contribuições, no entanto, não tiveram de imediato na área acadêmica uma continuidade.

À medida que foram se agravando os problemas de segurança pública nos anos 1990, a questão do crime organizado despertou, de um lado, amplo interesse no campo jurídico (Borges, 2002), em meio aos debates que alteraram a Lei 9.034/95 e redundaram na adoção da Lei 10.217/2001. Por outro lado, o debate sobre o crime organizado também se tornou objeto de diversos trabalhos jornalísticos (Amorim, 1993 e 2004; Jozino, 2005; Souza, 2006). No terreno acadêmico surgiram algumas contribuições para a análise do crime organizado e sua atuação dentro das prisões (Caldeira, 2003; Salla, 2006; Lima, 2003, Barbato, 2007; Azevedo, 2004).

A origem no interior das prisões é sem dúvida uma característica fundamental do fenômeno no Brasil e que a distingue das formas mais comuns de emergência desses grupos no mundo. Os elementos raciais ou étnicos são fundamentais para criar os laços de identidade entre os membros de uma organização criminosa. O fenômeno da máfia italiana e sua disseminação pelos Estados Unidos é um exemplo (Lupo, 2002). No entanto, a criminalidade organizada no Brasil que emerge nas prisões sugere a limitação da caracterização dos grupos criminosos com base em identidades étnicas ou raciais, por exemplo. No Brasil, a criminalidade organizada que se estabeleceu no interior dos presídios teve como elemento agregador a prática das ações criminosas, a condição dos indivíduos como encarcerados e ainda uma certa identificação social em razão da maioria dos presos pertencerem às camadas pobres da população.

Embora quase não existam estudos sobre a questão, parece certo que no Brasil os vínculos de natureza nacional ou regional só tiveram alguma relevância na história do crime no Brasil, como articuladores e estruturadores de grupos criminosos, no final do século XIX e começo do século XX, em razão das intensas correntes imigratórias (Monsma, 2003).

A criminalidade que se organiza nas prisões brasileiras surge nos anos 1970 no Rio de Janeiro e ao longo dos anos 1980 (Comando Vermelho). Em São Paulo, ao longo dos anos 1990 (Primeiro Comando da Capital – PCC). Até então, existiam

nos territórios prisionais líderes individuais, quadrilhas, que se impunham muitas vezes à massa carcerária, mas que não possuíam uma identidade que mantivesse o bando por muito tempo.

Uma leitura muito presente nos meios jornalísticos (Amorim, 1993), é de que o Comando Vermelho no Rio de Janeiro teria surgido em decorrência do contato de presos comuns com presos políticos nos anos 1970. No entanto, Antônio Luiz Paixão (1987, p. 77) sugeriu que os primeiros grupos organizados que passaram a ser conhecidos nos anos 1980 (Falange Vermelha, no Rio, e Serpentes Negras em São Paulo), resultavam antes de um processo que denominava "modernização da criminalidade metropolitana" e menos como resultado da convivência entre presos políticos e presos comuns. Ou seja, o sucesso para realização de novas modalidades de crime (como o assalto a bancos, tráfico de drogas, seqüestro) dependia cada vez mais de ações organizadas "como requisito de eficiência" (Paixão, 1987, p. 77). À medida que se sofisticavam os mecanismos de prevenção e contenção dos crimes (como alarmes, dispositivos eletrônicos etc.), também se sofisticaram as ações criminosas, a começar pela maior capacidade de organização dos grupos. Ao mesmo tempo, essa mesma capacidade de organização redundava não apenas em ganhos econômicos, mas também em prestígio no mundo do crime. Na medida em que os criminosos envolvidos em tais atividades (mais sofisticadas, mais ousadas) eram presos levavam esse prestígio para o interior das prisões e passavam a ter considerável ascendência sobre os demais presos. Paixão aponta que essa foi uma das principais bases para a constituição de lideranças mais duradouras no meio prisional e mesmo para a formação de grupos criminosos que passaram a proclamar uma identidade para o grupo.

O ambiente prisional, onde eram (e continuam sendo) recorrentes as deficiências da autoridade para a manutenção da ordem interna, também favoreceu o fortalecimento das lideranças e dos grupos que se constituíam. Estes souberam ainda se aproveitar das oportunidades de ganhos no interior das prisões (como o tráfico de drogas, a extorsão de outros presos e de familiares, controle de locais

e atividades), para consolidar seu poder sobre os presos (Paixão, 1987). A estes restou aceitarem aquelas lideranças e grupos, seja pelo medo, pelo cálculo ou pela resignação (Paixão, 1987).

Nesse sentido, a precariedade do sistema penitenciário em atender às necessidades básicas dos presos proporcionou também as condições para que as lideranças, os grupos organizados, oferecessem assistência material a muitos presos em troca de lealdade dentro e fora das prisões. As falhas da autoridade na manutenção da ordem prisional permitem que os grupos organizados imponham sua liderança em diversos aspectos do cotidiano prisional, controlem os mínimos movimentos e ações dos presos, imponham a muitos deles a relação de dependência pela venda de proteção.

A violência física, imposta ou presumida, é um dos mais importantes recursos de opressão dos grupos criminosos organizados sobre os demais presos. Porém, a dominação ocorre também por um processo de legitimidade que é conferida a ela. Edmundo Campos (2005) notou que o poder dos presos conhecidos como *Leis de Segurança* (depois denominados de *Falange Vermelha* e *Comando Vermelho* no Rio de Janeiro), vinha tanto do prestígio que as lideranças tinham no mundo do crime pela natureza da atividade criminosa que praticavam (assalto a banco) como também por não se isolarem e constituírem um grupo fechado, mas serem permeáveis e aceitarem novas adesões. Aqueles presos cultivavam o respeito às regras criadas pelos próprios presos, a fidelidade "de cada um e de todos em relação à 'sociedade dos cativos'" (Campos, 2005, p. 344-345).

Em praticamente todos esses aspectos, o mesmo se deu com a formação do PCC em São Paulo. Sua consolidação junto à massa carcerária teve por base o estabelecimento de uma malha de solidariedade entre os presos, que envolvia a imposição da violência e do medo, mas também pela construção de uma percepção de pertencimento, revelada na expressão própria aos membros do grupo como 'irmãos'.

O surgimento de comandos, facções no interior das prisões e sua presença no controle da massa carcerária requerem a reflexão sobre o papel que aqueles grupos

passaram a ter sobre as áreas e atividades criminosas lucrativas nos bairros pobres do Rio de Janeiro e São Paulo. À medida que sobretudo o tráfico de drogas foi se impondo como atividade altamente lucrativa, os conflitos entre as quadrilhas que controlavam o tráfico local passaram a ser mais intensos. Uma vez que estabeleciam algum vínculo de identidade entre os seus membros, é muito provável que os comandos, as facções tenham sido mais capazes de se impor a essas quadrilhas ou então de estabelecer uma liderança sobre o que Michel Misse chama de rede de quadrilhas (Misse, 2007). Em suma, a crescente competitividade do mercado de drogas ampliou os conflitos e disputas territoriais entre os traficantes individuais e seus grupos locais. As facções e comandos ganharam relevância para o controle dessas atividades de mercado tanto como fonte de proteção para seus membros e negócios como para a melhor estruturação de suas atividades.

Cabe ainda aguardar que estudos aprofundados possam esclarecer o aspecto 'defensivo' das organizações criminosas que se formaram como recurso de autoproteção dos indivíduos contra as arbitrariedades policiais antes, durante e depois da ditadura militar. Talvez não seja possível avaliar ainda todos os desdobramentos no âmbito da criminalidade da atuação de grupos de extermínio envolvendo policiais no Rio de Janeiro no final dos anos 1950 e depois no final dos anos 1960 em São Paulo com o Esquadrão da Morte (Bicudo, 1978).

5. Papel das políticas penais

As políticas penais desenvolvidas no Brasil nas últimas décadas do século XX, assim como as medidas administrativas adotadas no âmbito do sistema policial e penitenciário, tiveram um papel direto e indireto importante na constituição do crime organizado nas prisões (Paixão, 1987). Não é possível desvincular o surgimento da Falange Vermelha e do PCC em São Paulo das medidas de isolamento de presos adotadas para a Ilha Grande no Rio de Janeiro e para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, em São Paulo. Da mesma forma, que é necessário anali-

sar a atuação desses e outros grupos na dinâmica de adoção e implementação do Regime Disciplinar Diferenciado.[4]

De modo geral, as políticas voltadas para a área penitenciária desde os anos 1950 seguiram um padrão que até os dias atuais se renova: são concebidas como respostas às emergências provocadas por rebeliões, fugas, pelas graves condições de encarceramento, instabilidades das instituições pertinentes a essa esfera. Nem sempre as ações e intervenções do poder público são planejadas para responder satisfatoriamente, no médio e longo prazos, aos motivos que provocaram uma determinada crise. A tendência principal e quase que única das políticas na segunda metade do século XX foi de expansão da base física do sistema prisional, através da construção de novas unidades (Fisher e Abreu, 1987). Outros aspectos, inclusive legais, como os estabelecidos na Lei de Execução Penal (LEP), 7.210/84, em termos de tratamento penal, foram sistematicamente negligenciados. O cenário recorrente das prisões no Brasil, assim, é o das condições precárias de habitabilidade com superlotação, privações materiais, violência e arbitrariedades.

A ditadura militar instalada a partir de 1964 favoreceu a expansão de arbitrariedades, tortura e maus tratos aos criminosos comuns, que já eram constatadas nas prisões havia décadas (Salla & Alvarez, 2006). O perfil autoritário do governo militar impregnou profundamente as políticas voltadas para a área penitenciária. Com a redemocratização do país nos anos 1980 essas políticas se movem num campo de contradições, onde de um lado, ainda são fortes as raízes de arbítrio e violência na gestão prisional. As prisões são locais sem transparência e com baixos controles sobre a sua administração. Mas, por outro lado, são presentes

4. Unidades prisionais existiram na Ilha Grande desde o final do século XIX. Ao longo dos anos 1930 foi intensa sua utilização como presídio político. Tal como a Ilha Anchieta em São Paulo, era recurso de castigo e isolamento para os presos. O Anexo da Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté foi inaugurado em 1985, depois se tornou Centro de Readaptação Penitenciária (Dec. Estadual 23.571, de 17.06.1985). Destinado a líderes de rebeliões, violentos, mantinha os presos em condições duras de encarceramento. Esse sistema duro de isolamento e imobilização dos presos foi formalizado numa Resolução SAP 26, de maio de 2001, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A Lei 10.792, de 01.12.2003 o revestiu de legalidade.

nas instituições políticas e na sociedade civil as demandas associadas ao estado de direito e sobretudo ao enquadramento dos sistemas policial e penitenciário na agenda da democracia.

Ao longo dos anos 1990, essas tensões e contradições continuaram a fazer parte do perfil da área penitenciária. Numa direção, são criadas novas secretarias, de administração penitenciária, desvinculadas da segurança pública ou mesmo da justiça; são formadas as ouvidorias do sistema penitenciário em alguns estados; novas vagas são geradas para amenizar as condições de encarceramento; noutra direção, persistem os casos de tortura e maus tratos, a impunidade em relação a estes casos e aos de corrupção e outras atividades ilegais de agentes públicos; os locais de encarceramento ainda são insuficientes e violam os princípios mais elementares da dignidade humana.

Em 1996, o governo lançou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) que trazia um conjunto de propostas de ações governamentais para o sistema prisional. Colocou na agenda política do governo federal compromissos explícitos com a promoção e proteção aos direitos humanos (Adorno, 2000). Em junho de 2000, o governo federal realizava uma ação inédita no campo da segurança pública ao lançar o Plano Nacional de Segurança Pública. Havia neste plano uma série de iniciativas voltadas para as necessidades do sistema penitenciário. Porém, essas iniciativas conviveram com as dificuldades de recursos para a sua implementação e eram constantemente desfiguradas pela pressão do encarceramento massivo que a legislação brasileira favorece e pelas inúmeras rebeliões decorrentes não apenas das deterioradas condições das prisões, mas agora também pela atuação cada vez maior dos grupos criminosos organizados nas prisões.

5.1 Encarceramento massivo

Dentro das políticas penais adotadas no país, nas últimas décadas do século XX tiveram forte impacto sobre a formação da criminalidade organizada nas prisões o encarceramento massivo que se evidenciou mais acentuadamente

nos governos Covas e Alckmin. A população encarcerada no Brasil em dezembro de 2006 era de 401.236 presos, enquanto em 1993 eram 126.152.[5] Em treze anos ela triplicou. São Paulo em 2006 tinha 144 unidades prisionais para cerca de 150 mil presos.

Um dos mais relevantes problemas do Brasil, nas últimas décadas, tem sido o expressivo crescimento de suas taxas de encarceramento. Em 1969, o Brasil tinha 30 presos por 100 mil habitantes. Atingia, em 1995, a taxa de 95,4 presos por 100 mil habitantes. No ano 2000, foi a 134,9, indicando que houve um crescimento de 41% na taxa de encarceramento no período de 5 anos. Em dezembro de 2006, a população presa ultrapassa 400 mil pessoas e a taxa por 100 mil habitantes atinge 214,8. Ou seja, a população encarcerada, entre 2000 e 2006, quase que dobrou. O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) calculava em 103.433 vagas o déficit só no sistema penitenciário.

Esse ritmo frenético de crescimento da população encarcerada aprofundou as deficiências do sistema prisional por todo o país. As já deterioradas condições de habitabilidade, os déficits nos serviços e na assistência (judiciária, à saúde e social) ao preso só se ampliaram. Em São Paulo, no sistema penitenciário, em 1994, a proporção era de um funcionário para 2,17 presos. Para esse ano, eram 14.702 funcionários para 31.842 presos. Em 2006, a proporção era de um funcionário para 4,99 presos. Eram 25.172 funcionários para 125.523 presos. Ou seja, a população presa quase que havia quadruplicado enquanto a de funcionários (cerca de 80% deles são agentes de segurança) nem mesmo havia duplicado, tornando a manutenção da ordem interna das prisões bastante enfraquecida. Pelo Brasil, a situação não é diferente e por vezes ainda mais grave em alguns estados.[6]

5. Dados do Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Acessível www.mj.gov.br/depen.

6. Ver as tabelas com os dados reunidos por Julita Lemgruber relativos a 2003. No Ceará por exemplo, eram 13 presos por funcionário e no Espírito Santo, 14. Ver http://www.segurancahumana.org.br/home.htm.

O funcionamento do sistema penitenciário apresenta problemas crônicos em São Paulo e no Brasil como um todo. A Lei de Execução Penal prevê que diversos órgãos fiscalizem a execução penal: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o juiz da execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o Departamento Penitenciário Nacional e o Conselho da Comunidade. No entanto, a atuação desses órgãos é bastante limitada e não chega a ter um papel preventivo em relação aos problemas mais agudos que as prisões apresentam. Alguns órgãos são de âmbito nacional e, portanto distantes das realidades dos estados e municípios; outros têm pouco compromisso em fiscalizar as condições carcerárias, não obstante as determinações legais. O Conselho da Comunidade é o órgão que envolve maior participação de representantes da sociedade civil. Deveria existir e atuar em cada Comarca. Porém, são poucos os conselhos que realizam efetivamente as tarefas previstas na legislação, sendo muitos constituídos formalmente, mas sem qualquer atuação prática. Segundo a Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, o estado tinha, em 2004, 97 conselhos da comunidade, o que correspondia a menos da metade das comarcas existentes (225). Dentre os estados brasileiros, 47,8% informavam que não tinham conselhos da comunidade monitorando as unidades prisionais (Julita Lemgruber, 2004).

A gestão do sistema penitenciário é também agravada pelos constantes conflitos e desencontros entre os diversos órgãos envolvidos, sendo baixos os níveis de cooperação entre eles para um funcionamento mais eficiente de todo o conjunto do sistema de justiça criminal. Polícia, ministério público, poder judiciário, sistema penitenciário, cada qual tende a atender aos interesses internos e promover pouca articulação com os demais. Em São Paulo, além dessas dificuldades, em 2006, no curso da crise, as divergências entre a Secretaria da Administração Penitenciária e a Secretaria da Segurança Pública, que já vinham se arrastando havia alguns anos, veio à tona e expôs claramente os desentendimentos.

Tais conflitos entre as instituições assim como as omissões em relação à fiscalização das prisões contribuíram também para que as lideranças e grupos criminosos organizados proliferassem pelo sistema prisional do país.

5.2 *Endurecimento da legislação penal*

Uma das principais bases para a verdadeira explosão de encarceramento no Brasil foi a mudança no perfil da economia global e as conseqüentes mudanças na sociedade do trabalho, já apontadas acima, e que acabaram provocando a adoção de novas políticas de controle social (Garland, 2001; Bauman, 1999; Wacquant, 2001). Novas percepções no campo das punições provocaram a adoção gradativa de legislação mais rigorosa, ampliando em geral o tempo de permanência dos condenados nas prisões. São exemplos dessa tendência no Brasil, a Lei 8.072, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, de 25.07.1990, que provocou a ampliação do número de encarcerados, ao prever aumento do tempo das penas privativas de liberdade e por impossibilitar a progressão de regime.[7] As Leis 8.930/94, 9.677/98 e 9.695/98, ampliaram as condutas consideradas hediondas (Teixeira, 2006).[8] Paralelamente à adoção de medidas legislativas mais duras, o judiciário contribui para esse encarceramento em massa, seja pela aplicação rigorosa da lei seja também pela baixa aplicação de penas alternativas (Teixeira & Bordini, 2004).

Um dos efeitos dos acontecimentos de maio a agosto de 2006 foi ter provocado nova onda de projetos de lei que propunham penas mais rigorosas, rebaixamento da idade para responsabilidade penal. O presidente da República sancionou em 29.03.2007 duas leis que rapidamente tramitaram no Congresso Nacional referentes à segurança pública (Leis 11.466 e 11.464).

O endurecimento da legislação também alcançou a gestão administrativa dos presídios. Na tentativa de manter a ordem interna foram sistematicamente desrespeitados os dispositivos da Lei de Execução Penal e adotadas

7. A lei foi aprovada às pressas e era a expressão de fortes pressões da sociedade em face do sentimento de insegurança que avançava no final dos anos 1980. O estopim para a aprovação da lei foi o aumento do crime de extorsão mediante seqüestro, especialmente o de dois empresários um do Rio e outro de São Paulo.

8. O Supremo Tribunal Federal, em 2006, no HC 82.959-7, reverteu a disposição da lei de cumprimento integral da pena em regime fechado.

medidas disciplinares sem qualquer amparo legal. Alas de presídios e mesmo unidades especialmente destinadas a presos rebeldes, violentos, líderes de rebeliões foram surgindo no Brasil e culminaram em 2003, com a aprovação da Lei 10.792 que passou a regulamentar o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Por esta lei, presos que provoquem rebeliões, atos de indisciplina podem ser mantidos até 360 dias em presídios ou alas especiais de presídios, confinados 22 horas por dia em celas individuais, sem atividades e com severas restrições de visitas.

As unidades destinadas a esse regime rigoroso e a existência do próprio Regime Disciplinar Diferenciado ocultam o completo fracasso da gestão dos presídios na maior parte dos estados brasileiros. São criadas unidades especiais dotadas de recursos de segurança sofisticados muitas vezes, caros financeiramente, e que servem para abrigar uma parcela ínfima de presos (ainda que potencialmente mais perigosos). São unidades que se constituem verdadeiras 'ilhas' nos sistemas penitenciários que são caracterizados predominantemente por um 'mar' de unidades de 'segurança máxima' incapazes de manter um mínimo de controle e ordem interna, com falta de recursos humanos e sem os requisitos mais elementares para o cumprimento da pena como determina a lei em termos de atividades de trabalho, educação, lazer etc.

Em suma, em meio a essa incapacidade de gerenciar com eficiência as unidades prisionais, dois caminhos aprofundam a falência do sistema e agravam as condições que em grande medida favorecem a presença do crime organizado nas prisões: brotam as unidades especiais de RDD como 'solução mágica' ou então as transferências de presos para unidades federais que aplicam aquele regime; avança no Brasil a prática de manter a ordem interna dos presídios com policiais militares da ativa ou da reserva uma vez que não se aparelha adequadamente as unidades prisionais.[9]

9. Segundo Julita Lemgruber (2004), 45,8% dos estados brasileiros tinham policiais militares trabalhando na segurança interna das prisões.

6. Dimensão política

Os acontecimentos de maio de 2006 em São Paulo, além de provocarem um impacto na população, em termos de medo e insegurança, levantaram o debate sobre seu caráter político. No entanto, em razão de ser um ano eleitoral, as atenções foram direcionadas para um possível perfil de disputa político-partidária que envolveria de um lado os presos e de outro o governo do Estado de São Paulo. Cabe aqui fazer algumas reflexões sobre a dimensão política das ações dos grupos criminosos organizados dentro e fora das prisões no contexto mais geral das lutas políticas na sociedade contemporânea.

Parecem ser inconsistentes as dúvidas em relação à dimensão política das ações do crime organizado/criminalidade organizada, especialmente do Comando Vermelho no Rio de Janeiro e do Primeiro Comando da Capital em São Paulo, dentro e fora das prisões. Elas são políticas. Esse ponto de vista segue o que Michel Foucault (2006, p. 63), ao militar nas prisões francesas com o GIP (Group d'Informations sur les Prisons), havia destacado: a dimensão da ação política dos presos não estava no perfil desses mesmos presos (se políticos ou comuns), nem nos objetivos propostos pelas revoltas, mas na organização dos presos, na sua capacidade de agir coletivamente. Ou seja, a dimensão política se expressa na forma, organizada, coletiva, pela qual se enfrenta o governo, a autoridade. Nesse sentido, não tem relevância se esses grupos conflitam com as autoridades com ações *hard* como motins, atentados, fugas violentas, ou por meios pacíficos como a greve de fome, a 'greve branca' (recusa no comparecimento às audiências no fórum), a apresentação de cartas de denúncia das condições prisionais para a OAB, parlamentares ou entidades de defesa dos direitos humanos.

Para Foucault, ainda, o conteúdo propriamente das denúncias, das reivindicações, também assumia a dimensão política, uma vez que a prisão e as condições de encarceramento se constituem novos campos de relações que se tornavam

"objeto de uma ação política" (Foucault, 2006, p. 64), ao lado das 'tradicionais' lutas no campo político e sindical.

Nesse sentido, é necessário observar que a história recente das prisões no Brasil apresenta diversos exemplos desse perfil político da ação dos presos, especialmente a partir dos anos 1990, sobretudo por meio de rebeliões. Em São Paulo, rebeliões já haviam sido provocadas na Casa de Detenção de Hortolândia e na Penitenciária I de Tremembé, em 1995, que além de terem forte organização questionavam as condições de encarceramento no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté. No Rio, a rebelião em Bangu em 03.11.2001 e outra em outubro de 2002 também demonstraram considerável grau de organização e enfrentamento da autoridade.

No entanto, quando tais enfrentamentos dos presos em relação às autoridades ocorreram fora das prisões é que mais se evidenciou a dimensão política das ações. Antes mesmo dos acontecimentos de maio a agosto de 2006 em São Paulo, no Rio de Janeiro em setembro de 2002 boa parte da cidade havia sido paralisada pela intimidação do Comando Vermelho ao comércio e outras atividades (Caldeira, 2004, p. 45). A história voltaria a se repetir ali em fevereiro de 2003, com uma série de atentados a prédios públicos. Em São Paulo, o noticiário da imprensa aponta uma série de atentados que vinham sendo realizados desde 2001.

Não existem ainda estudos consistentes sobre a horizontalidade dos contatos entre grupos criminosos organizados que se formaram nas prisões em termos de circulação do saber sobre as suas experiências de enfrentamento das autoridades. Ao repassar os acontecimentos do sistema prisional brasileiro nos últimos vinte anos pode-se perceber que os principais grupos criminosos organizados do Rio de Janeiro e de São Paulo tiveram membros que circularam por prisões em diversos estados e acabaram influenciando a constituição de outros grupos; pode-se também pensar num acúmulo de conhecimentos, de experiências, de memória sobre os êxitos e fracassos das ações de presos que a imprensa faz circular e só raramente resgata, mas que parece estar na base da adoção pelos grupos

desta ou daquela estratégia de ação em determinados momentos. Por exemplo, paralisar a cidade ou parte dela com atentados, ameaças a comerciantes foi feito no Rio de Janeiro em setembro de 2002, quando parte da cidade parou pela ação de intimidação do CV, fechando lojas inclusive nos shoppings, escolas fecharam, milhares de passageiros ficaram sem ônibus (ver Caldeira, 2004). É provável que as lideranças mais capacitadas façam uma 'leitura' das ações cometidas por outros grupos, e adotem ou não essas estratégias. É o caso além do mencionado acima, também, da greve de fome em Bangu 3, em 2003 (Caldeira, 2003) que foi usada como estratégia pelos membros do PCC em 2007.

Enfim, para além das propostas e soluções mágicas, simplistas e por vezes antidemocráticas, para se lidar com a questão desse tipo de criminalidade organizada, o que está em pauta é um cenário complexo que combina: uma criminalidade cada vez mais 'modernizada' na esteira da modernização das atividades econômicas, do mercado; políticas penais que se prestam apenas a uma sede de vingança e para a punição dos setores mais pobres da população; situação prisional pelo país de completo fracasso no gerenciamento dos estabelecimentos de molde a cumprir minimamente o que estipula a lei; fiscalização deficiente das prisões pelos órgãos responsáveis; em meio ao descontrole ou incapacidade de manutenção da ordem interna, aliado a problemas correlatos como a corrupção, lideranças e grupos se impõem sobre a massa carcerária; sua força no interior das prisões se nutre também dos vínculos que estabelecem com os habitantes dos bairros pobres, igualmente territórios de abandono por parte das autoridades e suscetíveis de serem controlados por esses criminosos.

A partir desse esboço inicial de olhar as contribuições "estruturais" para a formação do crime organizado no Brasil, talvez se possa dar um passo adiante e aprofundar os instigantes estudos de Michel Misse (2007) e Vera Telles (2007) sobre as articulações desse tipo de crime organizado com as estratégias de sobrevivência das camadas pobres da população. E, por fim,

talvez mereça reflexão maior a experiência política e social presente nessa composição de grupos criminosos, população pobre e vulnerável e seu comportamento político.

7. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. *Revista USP*, n. 9, pp. 65-78, mar.-mai. São Paulo, 1991.

_____. Insegurança *versus* direitos humanos: entre a lei e a ordem. *Tempo social*, v. 11, n. 2, p. 129-153, São Paulo, 2000.

AMORIM, Carlos. *CV-PCC*: a irmandade do crime. Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. *Comando Vermelho*: a história secreta do crime organizado. Rio de Janeiro: Record, 1993.

AZEVEDO, José Eduardo. As relações de poder no sistema prisional. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, v. 3, n. 1, pp. 109-120, Pelotas, 2004.

BARBATO JR., Roberto. *Direito informal e criminalidade*: os códigos do cárcere e do tráfico. Campinas: Milennium, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BICUDO, Helio Pereira. *Meu depoimento sobre o esquadrão da morte*. 7. ed. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1978.

BORGES, Paulo César Corrêa. *O crime organizado*. São Paulo: Unesp, 2002.

CALDEIRA, César. Bangu 3: desordem e ordem no quartel-general do comando vermelho. *Insight inteligência*, n. 22, pp. 91-115, Rio de Janeiro, 2003.

_____. Bangu 1: a política do cárcere duro. *Revista de Estudos Criminais*, n. 13, pp. 34-56, Porto Alegre, 2004.

_____. Segurança pública e política penitenciária no Rio de Janeiro: estudo do caso do Presídio Ary Franco. *Revista Rio de Janeiro*, n. 1, v. 1, pp. 11-38, Rio de Janeiro, 2004.

CAMPOS, Edmundo. Da falange vermelha a escadinha: o poder nas prisões. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade.* Rio de Janeiro: Record, 2005, pp. 337-350.

CHRISTINO, Márcio. *Por dentro do crime* – corrupção, tráfico, PCC. São Paulo: Fiúza, 2001.

CLEMMER, Donald. *The prison community*. 2. ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1958.

FISHER, Rosa M.; e ABREU, Sérgio F. Adorno de. *Análise do sistema penitenciário do Estado de São Paulo*: o gerenciamento da marginalidade social. São Paulo: Relatório de Pesquisa CEDEC, 1987.

FONTANAUD, Daniel (Org.). La Criminalité Organisée. Problèmes politiques et sociaux – dossiers d'actualité mondiale, n. 874-875. *La documentation Française*, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber. Ditos e Escritos IV*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GÓES, Eda Maria. *A recusa das grades*: rebeliões nos presídios paulistas, 1982-1986. Dissertação de Mestrado em História. Unesp: Fac. de Ciências e Letras de Assis, 1991.

JOZINO, Josmar. *Cobras e lagartos* – a vida íntima e perversa nas prisões brasileiras. Quem manda e quem obedece no partido do crime. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

LECLERC, Marcel (Org.). *La criminalité organisée*. Paris: IHESI – La Documentation Française, 1996.

LEMGRUBER, Julita (Coord.). *Arquitetura institucional do SUSP/Sistema Penitenciário*. Firjan/Pnud, 2004. Disponível em: http://www.segurancahumana.org.br/home.htm.

LIMA, Regina Campos. *A sociedade prisional e suas facções criminosas*. Londrina: Edições Humanidades, 2003.

LIMA, William da Silva. *Quatrocentos contra um*: uma história do Comando Vermelho. Petrópolis: Vozes/ISER, 1991.

LUPO, Salvatore. *História da máfia*: das origens aos nossos dias. São Paulo: Unesp, 2002.

MINGARDI, Guaraci. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: Ibccrim, 1998.

_____. O trabalho da inteligência no controle do crime organizado. *Estudos avançados*, n. 61, p. 51-69, São Paulo, 2007.

MISSE, Michel. Crime e violência no Brasil contemporâneo. *Estudos de Sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, n. 61, p. 139-157, São Paulo, 2007.

MONSMA, Karl; TRUZZI, Oswaldo Mário Serra; e CONCEIÇÃO, Silvano da. Solidariedade étnica, poder local e banditismo: uma quadrilha calabresa no Oeste Paulista, 1895-1898. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 53, p. 71-96, 2003.

NAIM, Moisés. *Ilícito*: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

PAIXÃO, Antonio Luiz. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez, 1987.

RAM, Christopher. The United Nations convention against transnational organized crime and its protocols. *Forum on Crime and Society*, v. 1, n. 2, pp. 135-145. New York: United Nations, 2001.

RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime*: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

RAYAN, Patrick J. e Rush, George E. (Orgs.). Understanding organized crime in global perspective. *A reader*. London: Sage Publications, 1997.

_____. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. *Sociologias,* n. 16, pp. 274-304, Porto Alegre, 2006.

_____. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 1, n.1, p. 72-90, São Paulo, 2007.

_____; e ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história das práticas da tortura no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 63, p. 277-308. São Paulo: RT, 2006.

SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, pp. 401-409. São Paulo: RT, 2001.

SOUZA, Percival de. *O sindicato do crime*: PCC e outros grupos. São Paulo: Ediouro, 2006.

SYKES, Gresham. *The society of captives*. Princeton: Princeton University Press, 1974.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao estado de exceção*: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. Dissertação de Mestrado em Sociologia. São Paulo: USP, 2006.

_____; e BORDINI, Eliana B. T. Decisões judiciais da vara de execuções criminais: punindo sempre mais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 66-71, São Paulo, 2004.

TELLES, Vera da Silva. Trajetórias urbanas: fios de uma descrição da cidade. In: TELLES, Vera da Silva; e CABANES, Robert (Orgs.). *Nas tramas da cidade. Trajetórias urbanas e seus territórios*. São Paulo: Humanitas, 2006.

THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976.

U.S. DEPT. OF JUSTICE. Census of state and federal correctional facilities, 1995. *Office of Justice Programs*. Bureau of Justice Statistics, Washington, 1997.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZALUAR, Alba. *Integração perversa*: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime*. São Paulo: Record, 2003.