Dupl.

ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

64

janeiro-fevereiro de 2007

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

95 anos 1912 | 2007

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 15 n. 64 janeiro-fevereiro de 2007

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 52.007.010/0001-45

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

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

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureiro
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
Sergio Salomão Shecaira

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica
Thaís Aroca Datcho Lacava

Internet
Heloisa Estellita

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

História
Roberto Mauricio Genofre

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

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc
Flávia DÚrso, Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriça

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

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 Gaspar 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) – Janaina Paschoal

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, Marinha Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da revista:
Adauto Alonso S. Suanes, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, 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, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João

Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangeli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS

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

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 65 – março-abril – 2007

Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências

Claus Roxin

Acerca de la crítica al "finalismo"

Hans Joachin Hirsch

Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro

Antonio Magalhães Gomes Filho

e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Direito ao processo penal no prazo razoável

Aury Lopes Júnior

Sumário

Apresentação 9

1. Direito Penal

Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo 11
Alejandro Aponte

A corrupção em uma perspectiva internacional 29
Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira 57
Elisangela Melo Reghelin

O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal 78
Fabio Roberto D'Avila

El Derecho penal español y la violencia de género en la pareja 99
Luís Arroyo Zapatero

Drogas e redução de danos 128
Maria Lúcia Karam

Dos crimes contra a ordem tributária: definição do tributo e formação do tipo 145
Rodrigo Oliva Monteiro

Límites del normativismo en Derecho penal 197
Santiago Mir Puig

Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual 222
Sérgio Salomão Shecaira

2. Processo Penal

Funções e limites da prisão processual 239
Antonio Scarance Fernandes

Investigação defensiva: o direito de defender-se provando 253
Édson Luís Baldan

Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação 274
Elmir Duclerc

A efetividade da Lei Maria da Penha 297
Maria Berenice Dias

3. Crime e Sociedade

Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais 313
Boaventura de Sousa Santos

Criminologia, neoliberalismo e controle punitivo 338
Juan S. Pegoraro

A "feijoada" e as práticas de "mediação" de conflitos em delegacias de polícia: negociando a lei e a realidade 363
Paula Poncioni

4. Índice Alfabético-Remissivo 385

Normas de publicação 391

Apresentação

O presente número da Revista Brasileira de Ciências Criminais é composto, especialmente, de textos resultantes das palestras e debates realizados no 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ocorrido em agosto de 2006.

1. Direito Penal

Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo[1]

Alejandro Aponte
Doutor em Direito Penal e Teoria do Direito da Universidade de Saarland, em Saarbrücken, Alemanha; Profesor de Directo Penal Peral e Teoria do Direito da Universidade Javeriana de Bogotá; Consultor do Conselho Superior da Juricatura de Colombia.

Sumário: Presentación – 1. Desde el caso colombiano hacia una reflexión con incidencias globales – 2. Colombia: entre la paz y la guerra – 3. El síndrome de la emergencia – 4. El enemigo siempre es un enemigo construido – 5. Enemigos absolutos y enemigos relativos – 6. Derecho penal de enemigo: ¿Dogmática o política? – 7. La desinistitucionalización de la función penal – 8. *More of the same*: la autorreproducción simbólica de las normas penales de emergencia – 9. El derecho penal de enemigo: una máquina de selectividad – 10. Hacia un derecho penal del ciudadano como derecho penal de la Constitución.

Resumen: El derecho penal de enemigo es un modelo de derecho penal de la emergencia, instrumentalizado políticamente, utilizado como *prima ratio*

1. El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia presentada por el autor al congreso anual de abogados penalistas alemanes, celebrado en la ciudad de Frankfurt en el mes de marzo de 2006. En la mesa de trabajo sobre derecho penal de enemigo, el autor expuso junto a los profesores Günther Jakobs de Bonn, Jörg Arnold de Friburgo y Frank Saligar de la ciudad de Hamburgo. La versión en alemán del presente texto, está publicada en la revista electrónica de derecho penal, *HRRS*, agosto-sept. 2006. Se presenta aquí el escrito en su formato original, adicionado con algunas notas a pie de página.

para resolver todo tipo de problemas que no le corresponden al derecho penal; es utilizado en su efecto meramente simbólico y obra en la práctica como un modelo privilegiado políticamente para reforzar respuestas ideológicas y autoritarias, ligadas a fenómenos de exclusión o a fenómenos de lucha política o ideológica. En el caso colombiano, además de estas características que son generales a los diversos países que hoy se aventuran peligrosamente a experimentar con este modelo autoritario de respuesta punitiva, el derecho penal de enemigo es fruto del conflicto armado interno que vive el país desde hace décadas. Por eso, en este país, el derecho penal de enemigo, obra en la práctica, con todos los efectos negativos que esto lleva consigo, como la continuación de la guerra a través de medios civiles.

Abstract: The enemy crime law is a model of the emergency crime law, politically instrumentalized, used as prima ratio to solve all kinds of problems that do not correspond to criminal law; it is used in its merely symbolic effect and works, in practical terms, like a politically privileged model to reinforce ideological and authoritarian answers, linked to phenomena of exclusion or phenomena of political or ideological fight. In the Colombian case, in addition to these characteristics that are general to several countries that today are dangerously taking a risk to experiment with this authoritarian model of punitive answer, the enemy crime law is fruit of the internal armed conflict that the country has been living for decades. For this reason, in this country, the enemy crime law works, in practical terms, with all the negative effects that are involved, like the continuation of the war through civil means.

Palabras-claves: Guerra – Política – Derecho penal político – Derecho penal de enemigo – Poder de definición – Selectividad penal – Chivos expiatorios – Guerra y derecho.

Keywords: War-Politics – Political crime law – Enemy crime law – Power of definition – Penal selectivity – Scapegoats – War and law.

Presentación

Es para mi un gran honor participar de este congreso anual de abogados penalistas de toda Alemania. Tuve la oportunidad de participar en el mes de septiembre del año pasado, en una discusión muy interesante patrocinada por la organización de abogados penalistas de Baden-Württemberg, junto a los profesores Hefendehl y Jörg Arnold, en un evento organizado por el Señor Klaus Malek. De igual manera, fui invitado al Dienstagsseminar en esta misma ciudad de Frankfurt. Fue una oportunidad para discutir con Cornelius Prittwits, con Wolgang Naucke, con Klaus Günther y Ulfrid Neumann, autores que he trabajado para la elaboración de mi libro sobre el tema. También, el año pasado, tuve oportunidad de compartir inquietudes con Winfried Hassemer, autor de especial interés para mi trabajo y con Günther Jakobs quien, a pesar de las diferencias evidentes en nuestras posiciones frente al tema, ha estado siempre abierto al encuentro académico sincero.

Algunas de las preguntas suscitadas en estas discusiones conjuntas, están presentes en este texto y hacen parte de la exposición. También, aquellas originadas en mi exposición en septiembre del año pasado en el Instituto Max-Planck en Freiburg, en una presentación organizada por Jörg Arnold, colega y amigo, a quien agradezco por su apoyo y solidaridad desde hace varios años, cuando aún me encontraba terminando mi disertación doctoral en Saarbrücken, en el Instituto para derecho y filosofía social de la Universidad del Saarland, dirigido por el recordado y querido profesor Alessandro Baratta.

1. Desde el caso colombiano hacia una reflexión con incidencias globales

Mi exposición tiene como punto de partida y referencia concreta, el caso colombiano, pero no se limita tan sólo a este país. Se trata de una reflexión con carácter general, que se ocupa de temas que por su propia complejidad son co-

munes a la tradición de occidente. Además, de hecho, cuando se hace referencia al caso colombiano, necesariamente surge una comunicación con Europa y, más concretamente con Alemania, ya que la ciencia penal desarrollada en este país ha ejercido notable influencia sobre Colombia; de igual manera Italia y España, han ejercido una gran influencia. Por esta razón, además, causa preocupación en nuestro país y en general en América Latina, el crecimiento hoy de las tendencias meramente eficientistas y antidemocráticas en el derecho penal, que surgen en Europa, cuando en los países de América latina, luego de regímenes antidemocráticos, de un uso instrumental y meramente político del derecho penal, se busca consolidar sistemas penales democráticos y liberales, y basados en el respeto a los derechos y garantías.

Para los latinoamericanos, la herencia liberal de un derecho penal democrático e ilustrado, desarrollado en Europa, constituye un recurso permanente frente al paso agigantado de un pragmatismo eficientista y autoritario, algunas veces ligado a ciertos regímenes de herencia anglosajona, pero que hoy son cosecha también en la tradición continental.

A partir de la reflexión ligada al caso colombiano, se plantean interrogantes generales en relación con el derecho penal de enemigo y, con ello, se proponen discusiones relacionadas en general con el derecho penal, con las posibilidades de legitimación del mismo, con el carácter que asuma éste en un futuro. Al mismo tiempo, se pueden contrastar las características que asume el derecho penal de enemigo en el caso colombiano, con otros países. Se trata, eso sí, de una reflexión que surge de un caso concreto, y no de meras divagaciones intelectuales. Precisamente, basado en la experiencia concreta que ha surgido del uso por más de cincuenta años de un derecho penal basado en la enemistad, se puede adelantar la conclusión más general de esta exposición: ningún problema serio de Colombia, ha sido resuelto ni se ha mejorado, a partir de la implementación del derecho penal de enemigo. Ni el narcotráfico, ni el secuestro, que es un problema muy serio en Colombia, ni las acciones terroristas, ni el crimen organizado, han sido

efectivamente contrarrestados por este modelo autoritario de derecho penal. Al contrario, puede decirse con claridad y basado en la experiencia fáctica, que los problemas generados por estos delitos, se han agudizado con el uso indiscriminado del derecho penal de enemigo.

2. Colombia: entre la paz y la guerra

El punto de partida para estudiar el derecho penal de enemigo en el caso colombiano, es la necesidad de contextualizarlo, de ubicar su origen y cómo se ha desarrollado. En Colombia, la característica fundamental de un derecho penal de enemigo, es la existencia de grandes conflictos sociales y políticos. El punto de partida es una sociedad extremadamente conflictiva. Pero no se trata de cualquier conflicto; se trata, particularmente, de un conflicto armado interno. De un conflicto que tiene características similares desde el punto de vista fáctico, a una guerra civil, y que vive el país desde hace más de cincuenta años y en grandes extensiones de su territorio.[2]

No se trata de una guerra civil convencional, en la que están definidos con claridad los actores o enemigos; se trata, al contrario, de un conflicto armado degradado, oscuro y difuso, en el cual se mezclan muchos actores, guerrillas, paramilitares,

2. En la discusión generada por la conferencia dictada por el autor de esta exposición en el contexto del Dienstagsseminar en Frankfurt en julio de 2005, Ulfrid Neumann formuló la siguiente pregunta: el punto de partida de un derecho penal de la enemistad en el caso colombiano sería la conflictividad, mientras que en el caso alemán o europeo, según la formulación de Jakobs, sería el consenso, "¿qué consecuencias prácticas traería esta diferencia?" Se trata de una pregunta central. A juicio del autor de esta exposición, puede ser incluso más dura, aunque suene ello en principio paradójico, la respuesta penal y menos ligada ella a los derechos y garantías, en una sociedad levantada sobre el consenso, que en una sociedad marcada por grandes conflictos sociales y políticos. En éstas, en un proceso de autoreconocimiento sincero de la participación de todos en los múltiples conflictos, puede ser, como de hecho ha ocurrido muchas veces, que tanto la respuesta penal como la respuesta militar, sean eventualmente relativizadas y los enemigos sean vistos como enemigos relativos. En cambio, en una sociedad levantada sobre grandes consensos –aunque nunca verificables empíricamente– quien se desvía de ellos, puede ser tratado como un gran traidor: el traidor de los consensos. En este caso, no había límites en el castigo, el enemigo se convierte en no-persona en un sentido absoluto.

narcotraficantes, etc. Es un conflicto armado despolitizado, desideologizado, pero que se vive como confrontación armada por apropiaciones territoriales. No son simples acciones terroristas, éstas también acompañan al conflicto colombiano; son verdaderos enfrentamientos militares con actores que buscan mantener presencia territorial en territorios apartados de las grandes capitales y que por tradición han sido abandonados por el Estado. En estos territorios los funcionarios estatales no son en la realidad quienes ejercen el poder, sino que han sido sustituidos por agentes particulares. Es un territorio feudalizado.

El Estado colombiano ha sido un Estado crónicamente sustituido en territorios alejados, en las grandes montañas, en las regiones selváticas. Incluso en territorios que no son tan apartados. No ha existido aquella condición que Max Weber, Norbert Elias, Hans Kelsen establecieron para la consolidación del Estado moderno: la monopolización efectiva del poder y la territorialización efectiva del derecho. Por esa razón, utilizo en mis trabajos y de manera general, la categoría desarrollada por el sociólogo Von Trotha en sus trabajos sobre la crisis, en el mundo entero y por diferentes razones, del monopolio estatal de la violencia. Esta categoría es: "la forma paraestatal de organización de la violencia", entendida ésta como autoridad o como poder; se trata de una sustitución paraestatal del ejercicio del poder.[3]

Pero esta conclusión hay que matizarla. Es decir, no se pueden aplicar de manera automática categorías convencionales de la ciencia política o de la ciencia jurídica al caso colombiano. No se puede afirmar simplemente que se trata de una sociedad colapsada, que no hay ninguna institucionalidad, o que la democracia es meramente formal. Se trata de una sociedad aquejada desde hace años por diferentes tipos de violencia, pero en la cual existe una institucionalidad, un régimen con una Constitución Política muy rica y se trata de un país con un

3. Sobre el uso de esta categoría en el contexto colombiano, véase el texto del autor escrito en lengua alemana y cuya versión actualizada en lengua española será publicada en el mes de sept. 2006, *Krieg und Feindstrafrecht.* Überlegungen zum 'effizienten' Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien. Baden-Baden: Nomos Verlag, pp. 54 y ss.

tribunal constitucional muy activo y muy decidido en su defensa de una mínima institucionalidad. Este hecho, las paradojas que suscita el caso colombiano, entre democracia y violencia, entre guerra y derecho, entre guerra y política, entre la guerra y la paz, son las que le otorgan gran complejidad a este país, y las que exigen su estudio con categorías propias y exigencia muy particulares.

En medio de estas paradojas, entre democracia y violencia, entre guerra y derecho, se coloca el derecho penal de enemigo. Por esta razón, no se trata de un topos difuso, de una elaboración conceptual, se trata de un caso concreto de uso del derecho penal en situaciones de guerra o de conflicto armado interno, y de violencias difusas que se retroalimentan entre sí; el enemigo en el marco de este derecho penal, no es el delincuente sexual, ni es un enemigo en abstracto, es un enemigo concreto: un enemigo de carácter militar.[4] Otra tesis se puede desarrollar para el caso colombiano: el derecho penal, en estas condiciones, se convierte en la continuación de la guerra a través de medios civiles, la justicia penal se convierte en una continuación de la confrontación violenta. Es claro que en estas condiciones, no se resuelven los conflictos, sino que éstos empeoran. En todo caso, no existe con ello la posibilidad para que el Estado actúe a través de una justicia penal neutral.

3. El síndrome de la emergencia

Para un observador extranjero del caso colombiano, causa siempre extrañeza observar que a pesar de las circunstancias de conflictividad del país, éste haya sobrevivido como un régimen democrático y que incluso experimente etapas

4. En una recensión del trabajo en alemán del autor de esta exposición, adelantada por el profesor de la Universidad de Leipzig, Hendrik Schneider, este punto se destaca de manera especial. El autor, en efecto, subraya cómo a diferencia de los trabajos del Jakobs, por ejemplo, en los cuales se aborda el tema como un "topos difuso" y en los que se cae en "divagaciones conceptuales", en el caso colombiano el derecho penal de enemigo es un hecho concreto, con consecuencias concretas y con exigencias muy reales también para la comunidad jurídica del país. Schneider, Hendrik, Schriftung – reseña del libro: Aponte, Alejandro: Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, en: *HRSS,* cuaderno 5, 2005, pp. 177-179.

claras de crecimiento económico en varios niveles. Mientas que en los años 60 o 70, otros países del continente vivieron etapas de gobiernos militares y de golpes de Estado, Colombia se mantenía como una democracia. Esto es cierto, pero también lo es el hecho de que desde hace cincuenta años, ningún gobernante ha podido gobernar, sin hacer uso del estado de sitio o del estado de excepción. No han existido gobiernos militares que hayan sustituido los regímenes democráticos, pero ha existido un uso permanente del estado de excepción, que ha suspendido las normas constitucionales que preservan los derechos y garantías y que preservan el principio de separación de poderes. Ha sido, en este contexto, el poder ejecutivo el que ha concentrado el poder político y el que ha expedido una gran cantidad de normas penales de emergencia. Éstas no han sido generadas, como es el deber en una democracia, a instancia de la discusión parlamentaria, sino que han sido directamente emitidas por el poder ejecutivo.

La forma que tomó el derecho penal de enemigo en Colombia, durante esas décadas de gran agitación política en todo el continente, fue la de los consejos verbales de guerra. Se aplicó la justicia penal militar a los civiles. En muchos tribunales militares se juzgaron a guerrilleros y subversivos. Y detrás de éstos, en numerosas ocasiones, se juzgaron a civiles que no tenían nada que ver con la lucha armada. Desde esa época se desarrolló entonces otra característica que determina un derecho penal de enemigo: detrás del "gran enemigo" – en los años 60 y 70 – el guerrillero, fueron juzgados miembros de sindicatos, abogados, miembros de organizaciones de derechos humanos, estudiantes, todos actores que no estaban ligados a la confrontación armada. Hoy, actualmente, el gran enemigo es el terrorista o el miembro del crimen organizado. Y también a su sombra, se castigan otros actores que se mueven en esa especie de "zona gris" que generan los conflictos degradados y no resueltos.

Ahora bien, el hecho histórico destacado, el uso permanente del estado de excepción, revela una característica central del derecho penal de enemigo en Colombia. Éste es expresión directa de la emergencia. Ha sido fruto de legislacio-

nes penales emitidas en virtud del estado de excepción. Es un derecho penal de la emergencia. Como tal, fruto de decisiones, sobre todo de la decisión sobre el estado de excepción, que está siempre en cabeza del poder ejecutivo. El derecho penal de la emergencia, como expresión concreta del derecho penal de enemigo, es en esencia entonces, un derecho penal político. Está ligado a decisiones políticas. La decisión sobre el estado de excepción es, sobre todo, una decisión política; lo es más aún, la decisión sobre quién será el destinatario de la norma penal de emergencia. Hay dos decisiones entonces que subyacen al derecho penal de enemigo como derecho penal político: la decisión sobre el estado de excepción y la decisión sobre el enemigo al cual se van a dirigir las normas.

Este hecho, que ha sido por tradición fundamental, debe matizarse hoy, en el sentido en que es necesario trabajar con un concepto más amplio de emergencia, no solamente ligado al uso de los estados de excepción. Es decir, también son legislaciones de emergencia, aquellas que se originan en el parlamento o que pueden tener su origen en proyectos de la Fiscalía, pero que claramente son normas paralelas, destinadas a contrarrestar o a dar tratamientos específicos y particulares a ciertos enemigos, que por ende se dirigen concretamente a algún actor de la violencia y que obedecen sobre todo a coyunturas políticas muy particulares.

4. El enemigo siempre es un enemigo construido

En virtud de las decisiones que se toman en el contexto de los estados de excepción, en virtud de la lógica de las normas de emergencia dirigidas contra actores específicos, se puede concluir lo siguiente: el enemigo siempre es un enemigo construido. Hay siempre una decisión sobre la enemistad y sobre el enemigo. Ésta no es, desde luego, una característica sólo del caso colombiano, es general. A la pregunta hecha por ejemplo por Hefendehl en un trabajo sobre crimen organizado, acerca de qué es realmente "criminalidad organizada", a la pregunta, en consecuencia sobre quién es el que comente ese crimen, se puede contestar: es

una decisión, eminentemente política además, la que define quién es el enemigo y cómo será éste tratado.[5]

Es por ello una ingenuidad pensar que el enemigo es sobre todo el que se comporta como tal. Es cierto que en el caso de un gran terrorista por ejemplo, en el caso de un suicida, de un genocida también, ellos se comportan como delincuentes extremos. Pero éstos no son los casos generales. En un ámbito tan difuso como es el que constituyen las normas contra el crimen organizado, contra el narcotráfico, contra el lavado de activos, contra el terrorismo, el contenido real de esas normas y sobre todo a quién ellas se dirigen, es definido por una decisión. El enemigo no es el que se comporta como tal necesariamente, sino el que es definido como tal.[6]

La categoría desarrollada por la criminología, la noción de "poder de definición", puede ser de ayuda en este caso. Y corresponde a cada país y a cada sociedad, ubicar en dónde se ubican los centros de definición. En el caso colombiano, es claro que por ejemplo en relación con el narcotráfico, no corresponde enteramente a nuestro gobierno definir quién realmente lo es y cómo va a ser castigado, son decisiones que se toman en centros de poder que ni siquiera están ubicados en el país.

5. Hefendehl, Roland, Organisierte Kriminalität für ein Feind- oder Täterstrafrecht? *Strafverteidiger*, año 25, cuaderno 3, marzo de 2005, pp. 156 y ss. Éste fue uno de los aspectos más discutidos en el contexto de las diversas conferencias dictadas por el autor de este escrito en Alemania, en el verano de 2005. En el Dienstagsseminar en Frankfurt, reseñado previamente, Naucke y Neumann insistieron en este aspecto central. Ello tiene que ver con el punto de partida diferenciado entre el conflicto – en el caso colombiano – o el consenso, en el caso europeo. Para Neumann, según Jakobs, el enemigo es quien se comporta como tal. Ésta es la conclusión que no se comparte en esta exposición. También y de manera especial, en el marco de la conferencia dictada en el Instituto Max-Planck para derecho penal internacional de Freiburg, en septiembre de 2005, se volvió al mismo aspecto. Ésta vez, la conclusión, desde el caso colombiano, según la cual el enemigo es ante todo una construcción, fue compartida, además, por profesores que provienen de países con problemas complejos, como es el caso de Italia. En este país, en el mes de julio de 2005, e inmediatamente después del atentado en Londres, se expidió de nuevo una Ley antiterrorista, muy criticada por sus efectos meramente simbólicos y retóricos. Es la retórica de la emergencia basada en la construcción de enemigos.

6. A la pregunta hecha por Hefendehl, él mismo contesta: "Qué es crimen organizado: no lo sabe nadie". "Se habla de la mafia china, de la camorra, pero nadie sabe a qué exactamente se refiere uno cuando alude a esto". *Hefendehl*, loc. cit., p. 156.

5. Enemigos absolutos y enemigos relativos

El hecho de que se reconozca y se sepa que el enemigo es sobre todo un enemigo construido, permite entender que el enemigo es situacional, coyuntural, el enemigo de hoy no es necesariamente el de mañana. Pero permite entender un hecho aún más interesante: hay enemigos relativos y enemigos absolutos. En un escenario conflictivo como es el caso colombiano, se permite entender esta diferencia. No siempre el derecho penal de enemigo se utiliza contra un enemigo considerado como absoluto, contra el que es considerado el gran terrorista por ejemplo. En muchas ocasiones, al contrario y esto es también derecho penal de enemigo, frente a ciertos actores que la decisión política ha llevado a un proceso de paz por ejemplo, se han utilizado amnistías e indultos y, en general, frente a ellos se han aplicado regímenes jurídicos muy benignos. Tanto para guerrilleros como hoy para los paramilitares, se han aplicado regímenes especiales más benevolentes. El principio general para esta concesión, ha sido el reconocimiento del carácter político de sus actos. Pero este reconocimiento es eminentemente político, es independiente de los actos cometidos, opera como base de una decisión política.

6. Derecho penal de enemigo: ¿Dogmática o política?

Esta conclusión anterior nos lleva a otra también fundamental: las respuestas a cómo opera en la práctica el derecho penal de enemigo como derecho penal político de la emergencia, no están dadas por la dogmática penal. Ésta es otra ingenuidad: abordar un modelo de reacción punitiva eminentemente político, a partir de categorías dogmáticas, es una operación fallida. Pero el problema es mucho más complejo y tiene que ver con una pregunta que es reiterada y que la hizo a este autor el profesor Naucke en el año 2005 y que la hicieron varios abogados en Freiburg: ¿puede ser considerado el derecho penal de enemigo, en tanto derecho penal político, derecho coyuntural, situacional y en general, alejado de

los derechos y garantías, en el cual se sustituye el delincuente por el enemigo y se lo juzga por fuera del contrato social, como derecho derecho?

Es una pregunta desde luego inquietante, pero es quizá más relativamente fácil de contestar en escenarios donde opera en la práctica este modelo y donde no se trata de una mera especulación teórica. Para contestar la pregunta, es necesario tener en cuenta lo siguiente. Ha existido en Colombia un gran esfuerzo de los abogados que han tenido que actuar durante casi diez años en la década de los 90, en el marco de un proceso penal de emergencia, denominado "justicia sin rostro". Ésta, el modelo más acabado en la historia reciente de un derecho penal de enemigo, se caracterizó por la el hecho de que todo era secreto: pruebas secretas, fiscales, jueces, testigos y peritos secretos. Se trató de un proceso penal con una severa restricción de derechos y garantías. Y sin embargo los abogados actuaron en ella tratando de preservar un mínimo de garantías procesales.

También la Corte Constitucional hizo un esfuerzo valiente por ajustar a la ley y a la Constitución Política algunas de las figuras más complejas y polémicas de la justicia sin rostro. ¿Podría decirse, en este caso y como crítica, que se trata de acto de legitimación del tribunal el esfuerzo por relativizar los efectos de una justicia especial muy severa? O se trata, más bien, de un esfuerzo valiente, en medio de toda clase de presiones. Aquí hay que aclarar que en muchas ocasiones, la Corte Constitucional de Colombia ha sido convertida por el poder ejecutivo y por el legislador de excepción, en una especie de enemigo de la "lucha contra el crimen organizado" o contra el terrorismo. Ésta es también una característica del derecho penal de enemigo: en su tendencia a ser una reacción coyuntural, incluso un sujeto institucional, como es un tribunal constitucional, puede ser convertido en "enemigo".

El dilema es: ¿o se opone el tribunal constitucional a la legislación penal de emergencia en bloque y es puesto en la picota pública por el poder ejecutivo como un obstáculo en la "lucha contra el terrorismo" o contra el crimen organizado, o hace equilibrios para minimizar los efectos de un derecho penal antiliberal y an-

tidemocrático, sabiendo que no puede oponerse totalmente? Todas las decisiones sobre estos temas del tribunal constitucional en los últimos 15 años han estado marcadas por este dilema.

Pero en este ejercicio se ha producido otra perversión: el tribunal constitucional se ha convertido en una especie de co-decisor sobre los estados de excepción y también entra a definir quién es el enemigo y qué carácter tiene, si es relativo o absoluto. Ello no es sano, desde luego, para una democracia. Surge así una intervención exagerada y en extremo politizada del juez constitucional que puede ser disfuncional. Pero así se ha dado hasta ahora esta dinámica y, para bien de un derecho penal de la Constitución, el tribunal constitucional ha limitado los efectos prácticos de la legislación de emergencia.

7. La desinstitucionalización de la función penal

La reflexión anterior se liga a una pregunta que se me ha hecho reiteradamente en los foros internacionales sobre el tema: ¿Es mejor de todas maneras, en una sociedad tan conflictiva, la existencia de un derecho penal de enemigo, incluso limitado por la tarea de los jueces, que la inexistencia absoluta de una legislación penal? Ésta es también una pregunta muy inquietante. En una nación, en la cual en muchos de sus territorios rige una especie de paradigma de la autodefensa, en los cuales el ciudadano común está abandonado a la suerte que le imponen los actores armados que sustituyen el Estado, en los cuales opera un "orden paraestatal" del poder o de la autoridad, es desde luego mucho mejor poseer un régimen penal autoritario, que no poseer ninguno. Pero ello no puede ser ningún consuelo, ya que este ejercicio de resignación trae consigo efectos perversos.

Un ejemplo concreto de ello: se presenta en un lugar apartado, en una región selvática por ejemplo, una operación de rescate del ejército y de la policía, de una persona secuestrada. Se presenta un enfrentamiento armado entre los secuestradores y las fuerzas estatales. Si no existe ningún tipo de reglamentación jurídica,

así sea mínima, es posible que los secuestradores sean por ejemplo muertos, una vez se han rendido. O es posible que sean capturados para ser torturados. Pero si existe un tipo de regulación jurídica, mínima, aunque autoritaria, los secuestradores pueden ser entregados a las autoridades y allí ser juzgados sin muchas garantías, como enemigos, pero sus vidas son por lo menos respetadas. Se trata, desde luego, de una escogencia perversa, pero esos son los verdaderos dilemas que origina hoy el derecho penal político de enemigo.

Ahondando en estos dilemas, se encuentra que la escogencia mencionada se vuelve en la práctica en una escogencia meramente formal. Es decir, el problema central del derecho penal de enemigo, es que él mismo lleva en sí siempre el peligro de convertirse en una mera respuesta de facto, en un ejercicio desinstitucionalizado de la reacción penal. Si, como lo establece Walter Benjamin por ejemplo, en todo ordenamiento jurídico existe una violencia creadora del derecho y una violencia que preserva el derecho, de tal forma que en todo sistema jurídico existe una violencia que es necesaria para mantener el mismo derecho, este tipo de violencia, puede convertirse al mismo tiempo en la amenaza del orden jurídico. El poder, necesario para preservar el derecho, se convierte en su propia amenaza, ya que es un poder que puede volverse ilimitado, desinstitucionalizado.

Este hecho fundamental, inherente a todo sistema del derecho penal como tal, sea el que sea, se torna más grave en el caso de un derecho penal de enemigo: aquí, la violencia que requiere ser ejercida para mantener este tipo de modelo, por esencia contrario a los derechos y garantías y, por lo tanto, casi ilimitado en la práctica, siempre puede excederse y reemplazar el tipo de derecho que se ha instaurado. Por esa razón, el derecho penal de enemigo, se convierte en la realidad en un instrumento ilimitado de ejercicio de poder, más allá incluso de la buena o mala voluntad que tenga un policía, un fiscal o un juez para limitar sus consecuencias.

Esta realidad se hace más grave en escenarios de conflicto, en los cuales el derecho penal de enemigo se convierte en la continuación de la guerra por otros medios. En este caso y volviendo a la situación que se acaba de comentar, el

carácter de no-ciudadano, de enemigo, se traslada a la actuación del policía o del soldado, quien puede decidir adelantar alguna acción contra la vida o integridad del secuestrador que se rinde, pues en todo caso se trata de una actuación en el marco de un régimen jurídico totalmente desinstitucionalizado.

8. *More of the same:* la autorreproducción simbólica de las normas penales de emergencia

De acuerdo con las consideraciones anteriores, es tarea de los juristas en Colombia, no sólo buscar la manera de limitar el derecho penal de enemigo, sino de instaurar un auténtico derecho penal de la Constitución. Un derecho penal que no sea la continuación de la guerra por otros medios, que no produzca víctimas que se conviertan en grandes chivos expiatorios, que no profundice los conflictos; que sea de alguna manera efectivo para la solución de los mismos. Además, que no genera falsas expectativas en la comunidad social.

Ésta es precisamente otra de las características del derecho penal político de emergencia, en tanto derecho penal de enemigo: como no alcanza a resolver de manera efectiva ningún problema grave, la respuesta ante la desilusión social, es la emisión de más y más normas. Éstas se reproducen y se legitiman de una manera simbólica, autodiscursiva; se afirman sobre sí mismas, sin ningún efecto social. A mayor desilusión, mayor inflación normativa, problema éste que es común hoy a todos los países que impulsan este modelo de derecho penal autoritario.

La tarea anunciada, ligada al impulso valiente de un derecho penal liberal y de la Constitución, la defensa de un auténtico derecho penal del ciudadano, es la tarea que hoy por ejemplo, asume con mayor vigor el tribunal constitucional colombiano. En el año 2004, con apenas una mayoría de 5 a 4, dicho tribunal declaró inconstitucional un nuevo estatuto antiterrorista para el país, que ya no se trataba simplemente de normas de excepción, sino que se trataba de una reforma constitucional: cambios radicales desde la misma Constitución, en función de

la permanencia absoluta de un derecho penal de enemigo. A pesar de todas las presiones, que eran también internacionales, la Corte tomó una decisión valiente. También, en relación con el nuevo sistema penal acusatorio, que rige desde el año 2005, la Corte y los nuevos jueces del sistema, han dado prevalencia al principio de libertad sobre el principio de autoridad. De manera general en América Latina se vienen impulsado reformas a la legislación penal, basada en los principios constitucionales y en el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de una apuesta muy concreta y en la cual están involucrados todos los sectores que conforman la comunidad jurídica.

9. El derecho penal de enemigo: una máquina de selectividad

Además de las razones anotadas, de los efectos perversos que causa en una sociedad un modelo de reacción punitiva basado en la enemistad, en el cual el ciudadano es sustituido por el enemigo y con base en el cual el sindicado se convierte más en un enemigo de carácter militar, que un procesado amparado en el principio de inocencia, un hecho es hoy fundamental para rechazar las tendencias que desean imponer este modelo autoritario de derecho penal. El derecho penal de enemigo es, ante todo, una máquina de producción de selectividad. Como se trata de un modelo en extremo politizado, cuyas figuras y normas no obedecen a dictados de la dogmática, como se trata de una reacción coyuntural, volátil, situacional, en él no son juzgados, realmente, aquellos que en el discurso que legitima este modelo de reacción penal, aparecen como destinatarios de sus normas.

No son los grandes terroristas, ni los grandes capos del narcotráfico ni del crimen organizado, ni los grandes secuestradores, aquellos que son juzgados en la realidad. Éstos se encuentran por fuera del alcance de la norma penal, no hacen parte del circuito de aplicación de la ley, bien sea porque se trata de actores armados que combaten al Estado y que se ocultan en terrenos apartados, o bien

sea porque se trata de grandes delincuentes que presionan de manera tal al Estado, que no son sujetos de aplicación de la norma penal. Ocurre, frente al derecho y la violencia, un hecho paradójico: entre más violencia un actor ejerza contra el Estado y la sociedad, con menor severidad será tratado; al contrario, si la violencia que ejerce no es tan grande, puede ser sujeto de una reacción más endurecida. Por esa razón, el derecho penal de enemigo no es un arma de lucha contra la gran delincuencia, ello es pura retórica. Es un modelo edificado sobre normas de carácter simbólico que terminan siendo aplicadas, selectivamente, a pequeños delincuentes o, simplemente, a personas inocentes. De hecho, en el presente gobierno, en los primeros años de mandato, fue una práctica reiterada, las capturas masivas por ejemplo. En un territorio con presencia de actores armados, se capturan a 20 o 30 personas simultáneamente con la acusación de tener nexos con la guerrilla, son presentados como auxiliadores de actores armados en los medios de comunicación y luego los fiscales o los jueces pueden ordenar su libertad, cuando el daño moral y económico se ha producido; en diversas decisiones, se ha establecido que el 90 o 95 % de estas personas, no tienen nexo con los grupos armados. Es, como se ha dicho, un motor de producción de selectividad y de generación permanente de víctimas que son chivos expiatorios.

Así, no sólo no se resuelven los conflictos y se agudizan, sino que se involucran nuevos sujetos al conflicto mismo, en razón a una aplicación selectiva de normas inconstitucionales. Cuando a un pequeño delincuente, que es un eslabón medio dentro de una banda criminal, o dentro del narcotráfico, se le trata con la severidad de normas dirigidas contra enemigos, éste puede convertirse efectivamente en un verdadero y gran criminal. De esta manera se pierde este individuo para el Estado y el derecho, no se puede recuperar. Son víctimas que luego pueden ser victimarios, por fuerza del mismo orden jurídico. Es una práctica que se hace más perversa aún, si la víctima, como chivo expiatorio, es convertida, además, en una especie de inferior moral. Se trata del proceso que he descrito como "moralización del enemigo", muy común hoy a los discursos totalizantes y absolutos ligados a las

legislaciones antiterroristas. El enemigo moral es siempre y por excelencia, recuérdese hoy frente al choque cultural atroz que se presenta en el mundo occidental, un enemigo absoluto: frente a él no existen límites en la reacción punitiva.[7]

10. Hacia un derecho penal del ciudadano como derecho penal de la Constitución

Como se dijo en un principio, desde América Latina se mira con extrañeza las tendencias que hoy parecen abrirse paso en algunos países de Europa, relacionadas con el impulso a legislaciones antiterroristas y contra el crimen organizado, que constituyen en realidad, formas del derecho penal de enemigo. Mientras en nuestro continente se lucha para ajustar el derecho penal y procesal penal a los lineamientos constitucionales y al derecho internacional de los derechos humanos, en países que han ejercido influencia desde hace años en nuestras naciones, se experimenta con sistemas autoritarios. Es una paradoja perversa en un contexto de globalización del derecho. Mi presencia en este escenario no tiene sentido tan sólo como un mero ejercicio académico e ilustrado, o como exposición de un caso útil al derecho comparado, sino que adquiere auténtico sentido, si expresa con claridad y desde un caso concreto, la necesidad de preservar un auténtico derecho penal del ciudadano como derecho penal de la Constitución, como única contribución eficaz para una aproximación más sobria, menos retórica e ideológica, a los graves conflictos que padecen en grados diversos nuestras sociedades.

7. Este aspecto, la moralización del enemigo, es un hecho destacado de manera especial en el libro ya citado del autor. Lo es aún más, con nuevos elementos involucrados a partir de discusiones muy fuertes hoy en Europa sobre los "efectos del odio", sobre las relaciones entre la maldad y el odio, etc, en la versión en español del texto próxima a publicarse. Veáse, al respecto, Aponte, Alejandro, po, cit., pp. 312 y ss.

A corrupção em uma perspectiva internacional

Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Professor Adjunto de Direito Penal da UERJ e UFRJ,
Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos, Secretário Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP).

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito e classificação dos crimes internacionais – 3. Delimitação conceitual – 4. Instrumentos legais internacionais em matéria de corrupção – 5. A organização da luta contra corrupção na esfera da União Européia – 6. As discussões durante o XVII Congresso Internacional de Direito Penal – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

Resumo: Este trabalho discute alguns aspectos relevantes do crime de corrupção e de outras infrações correlatas no direito penal internacional. Inicia definindo corrupção como um crime transnacional. Depois, traz uma definição da corrupção e a evolução dos instrumentos legais internacionais referentes à corrupção, em especial, nos últimos anos. Por fim, apresenta dois estudos internacionais sobre corrupção, um na área da União Européia e outro organizado pela Associação Internacional de Direito Penal.

Abstract: This work discusses some relevant aspects of the crime of corruption and related offences in international criminal law. It starts defining corruption as a transnational crime. After, it brings a definition of corruption and the evolution of the international legal instruments regarding corruption, specially, in recent years. Finally, it presents two international researches on corruption, one in area of European Union and other organized by the International Association of Penal Law.

Palavras-chaves: Direito penal – Direito penal internacional – Corrupção.
Keywords: Penal law – International penal law – Corruption.

1. Introdução

A idéia do presente trabalho é a apresentar as discussões que têm sido travadas no seio da comunidade internacional a respeito do tema da corrupção, que em que pese ser, há muito, criminalizada e reprimida, ganhou novos contornos nas últimas décadas e, sobretudo, a partir do fenômeno conhecido por globalização, com o qual, houve um grande interesse em reprimir tal prática.

A corrupção pode ser considerada, hoje, um dos temas que mais interesse desperta na comunidade internacional, tendo gerado diversos documentos internacionais e regionais sobre o tema, em especial, nos últimos 10 (dez) anos. Pode-se destacar, por exemplo, medidas sobre o tema, oriundas de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), além da União Européia (UE), do Conselho da Europa, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Em realidade, esse impulso legislativo recente teve origem em reivindicações das forças que podem ser consideradas protagonistas dos processos de globalização e, particularmente, no próprio mundo empresarial. Passou-se a considerar que a corrupção, além de ter efeitos nocivos ao desenvolvimento econômico, democrático e social, impede o estabelecimento da livre-concorrência e gera violações aos próprios direitos humanos.

A busca por uma harmonização das legislações penais sobre o tema da corrupção se insere no conceito de *global governance*, tão em voga contemporaneamente.

O trabalho, especificamente, tratará da corrupção e dos delitos correlatos nas transações comerciais internacionais no contexto da chamada criminalidade transnacional e, em especial, levando em conta as discussões ocorridas no seio

da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), que, em seu último Congresso, o *XVII Congresso Internacional de Direito Penal*, realizado em 2004, em Pequim, discutiu esse mesmo tema, em sua seção sobre Parte Especial do Direito Penal.

Além de menção aos trabalhos no seio da AIDP, apresentar-se-á uma outra pesquisa, desenvolvida pela Universidade de Ghent, na Bélgica, co-financiada pela Comissão Européia, dentro do Programa Falcone, denominada *The organisation of the fight against corruption in the Member States and candidate countries of the EU*, que contou com a participação de estudiosos de 24 países, a saber: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia, Suécia e Turquia.

O que se pretende, pois, com o presente trabalho é apresentar as discussões relativas ao tema da corrupção a partir de um ponto de vista internacional, que possam ser úteis ao debate no Brasil, em particular, após a inclusão, no ordenamento jurídico nacional, da Lei 10.467, de 11.07.2002, que trata justamente da corrupção em transações internacionais.

2. Conceito e classificação dos crimes internacionais

A noção de crime internacional não é fácil de ser estabelecida, havendo uma certa ambigüidade conceitual.[1]

Schabas[2] sustenta que o conceito de crime internacional tem sido tratado há séculos, já que se referia a delitos cuja repressão possuía uma certa dimensão internacional. Historicamente, talvez o maior exemplo tenha sido o da pirataria cometida em alto-mar. Essa espécie de crime necessitava, para ser objeto de

1. VERHAEGEN, Jacques. Les crimes internationaux et le droit pénal interne. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 60, n. 1-2, Toulouse: Érès, 1989, p. 127.

2. SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 21.

processo e julgamento, de regras de jurisdição especiais e, sobretudo, de cooperação entre Estados. Como outros exemplos de infrações penais que possuem essas necessidades específicas, pode-se mencionar o tráfico de escravos, o tráfico de mulheres e de crianças, tráficos de entorpecentes, o apoderamento ilícito de aeronaves, o terrorismo e a lavagem de dinheiro.[3]

Já Cassese,[4] por sua vez, menciona que crimes internacionais seriam as violações graves às regras do direito internacional que impõem a responsabilidade penal internacional individual e, assim, diferenciam-se dos casos de responsabilidade dos Estados, dentro dos quais os indivíduos atuam. Considera, ainda, este autor que o conceito de crimes internacionais precisa, necessariamente, conter cumulativamente os seguintes elementos: violações do direito consuetudinário internacional, bem como de tratados internacionais; regras que pretendam proteger valores considerados importantes pelo conjunto da comunidade internacional e, conseqüentemente, afetem todos os Estados e indivíduos; deve haver um interesse universal em reprimir esses crimes e, portanto, em princípio os pretensos autores de tais infrações devem poder ser processados e julgados por qualquer Estado; e, por fim, o autor deve ter agido como agente oficial do Estado, em nome do qual praticou a infração.

Dessa maneira, considera que seriam crimes internacionais somente as seguintes figuras delitivas: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, agressão e algumas formas extremas de terrorismo (quando patrocinado pelo Estado ou, ao menos, tolerado por este).[5]

A expressão - crimes internacionais - pode ser tomada em, pelo menos, dois sentidos, embora haja quem sustente a possibilidade de existência de uma terceira classificação.

3. Idem, ibidem.

4. CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23.

5. CASSESE, op. cit., p. 24.

Diferentemente, Sorin Moisescu e Dorin Sabau[6] afirmam que, no pensamento jurídico-penal romeno, a expressão adequada, ao invés de crime internacional, seria infração internacional. Esta consistiria em uma ação ou omissão contrárias ao direito internacional, cujo elemento essencial residiria em um evidente perigo à paz e à segurança internacional, bases para a coabitação pacífica entre os Estados.

Esses autores também entendem haver duas classificações. Uma primeira referente aos crimes cometidos pelos representantes do Estado, que ofenderiam a ordem, a legalidade e a segurança internacional. Assim, seriam infrações internacionais os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Haveria, ainda, uma outra classificação que compreenderia as infrações internacionais cometidas por particulares, que seriam, por exemplo, a pirataria, o tráfico internacional de entorpecentes e falsificação de moeda. Assim, enquanto a primeira categoria teria, fundamentalmente, objetivos políticos, na segunda tal fato não ocorreria.

Outra questão que é mencionada é a da função precípua do direito, mais especificamente, do direito penal e, também, do direito penal internacional, a proteção dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade, das condições básicas para a realização pessoal de cada um dos indivíduos que a compõem.

Dentro dessa perspectiva, há quem vincule a classificação dos crimes internacionais à natureza dos bens jurídicos violados, dentro da noção, que deve prevalecer tanto no direito penal internacional quanto no direito interno, da proteção de bens jurídicos como fonte legitimadora da incriminação.[7]

6. MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain. Trabalho apresentado na *International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives*. Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado), p. 5.

7. Sobre a questão da proteção de bens jurídicos no direito penal e a controvérsia a esse respeito, vide GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 89-147.

Quanto ao direito penal internacional, Alicia Gil Gil[8] sustenta que existem delitos que violam bens jurídicos individuais, como a vida humana e a liberdade, e outros que ofendem bens jurídicos que fazem referência ao funcionamento do sistema. Em relação a esses últimos, também faz a seguinte distinção:

• Bienes jurídicos colectivos que hacen referencia a las condiciones indispensables para el desarollo real y efectivo de los bienes individuales. Entre ellos se encontrarían, en mi opinión, entre otros, la paz internacional, la existencis de determinados grupos humanos o el medio ambiente.

• Bienes jurídicos institucionales que formalizan, según Bustos, procesos o vías en relacíon com otros bienes jurídicos, para que éstos, puntual o constatemente, puedan tener realidad y efectividad. En este grupo se encuentra el bien jurídico existencia de los Estados, que adquiere una especial relevancia en el Derecho penal internacional, pues al ser los Estados los principales sujetos del Derecho internacional, y al estar el orden internacional constituido por la comunidad de Estados, este bien jurídico, aun no siendo individual, y aun estando al servicio de los individuales, no pode excluirse de aquéllos referido a las bases de existencia del sistema, pues cuando del sistema internacional se trata, el mismo no puede concibirse, al menos hoy en día, sin la existencia de los Estados que lo integran. Por ello habremos de conceder a este bien jurídico un doble carácter.

• Biens jurídicos de control, respecto de los que únicamente se puede señalar su escasa o nula aparición en Derecho penal internacional debida al primitivo estado de desarrollo en el que se encuentra el sistema,carente hoy en día de autoridades centrales o de mecanismos autónomos para ejercer el poder. El Projecto de Crímenes contra ala Paz e la Seguridad de Humanidad, tal y como fue aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional, incluía un artículo 19 en el que se castigaban los crímenes contra las Naciones Unidas y personal asociado, pero que posteriormente no há sido asumido en el Estatuto de

8. GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional.* Madri: Tecnos, 1999, p. 35 e ss.

lo Tribunal penal internacional. Sin embargo, se han introducido en el mismo los artículos 70 y 71 en los que sí se protegen bienes jurídicos de control.[9]

De toda maneira, e em que pese haver respeitáveis opiniões divergentes, aqui se adota um conceito de crimes internacionais subdividido em três espécies: em sentido estrito ou propriamente ditos; em sentido amplo ou transnacionais; e por contaminação ou difusão.

Em sentido estrito, o conceito refere-se às infrações previstas no Estatuto do Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg), ou seja, os crimes contra a paz, os de guerra e os crimes contra a humanidade e hoje no Estatuto de Roma. Estes são crimes que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais e, com afirma Triffterer,[10] geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no direito internacional.

Em sentido amplo, além das infrações mencionadas, o conceito abrange os crimes transnacionais, isto é, aqueles que por suas características, extensão e conseqüências ultrapassam fronteiras, envolvendo, portanto mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais.[11]

Num terceiro sentido, ainda mais amplo seria aplicável à delinqüência internacional por contaminação ou difusão. Denomina-se delinqüência por contaminação ou difusão o conjunto daqueles crimes, convencionais ou não, que se manifestam aproximadamente ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, por assim dizer, epidemicamente, graças à rapidez dos meios de transporte, à instantaneidade das comunicações e à atividade dos *mass media*. Este último aspecto transformou o crime na notícia por excelência e, com isso, o potencializou.

9. GIL GIL, op. cit., p. 35-36.

10. TRIFFTERER, Otto. Commentaire du colloque tenu a Hammamet, Tunisie, 6/8 juin 1987. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 60, n. 1-2, Toulouse: Érès, 1989, p. 20.

11. No mesmo sentido, JAOTSEN, Matti; TRÄSKMAN, P. O. National report. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 60, n. 1-2, Toulouse: Érès, 1989, p. 291 e 303.

Neste contexto, a corrupção, sobretudo aquela encontrada nas transações comerciais internacionais, se insere como crime internacional em sentido amplo ou transnacional e é assim que se considerada no presente estudo.

3. Delimitação conceitual

A palavra corrupção deriva do latim *corruptus* que, numa primeira acepção, tem como significado "quebrado em peças", mas pode também significar apodrecido ou pútrido.[12]

Pode-se dizer, pois, que se trata de expressão polissêmica, já que engloba significados diversos, tanto de natureza pública como privada. Junto a comportamentos de cunho sexual se somam outros, de caráter ético, comercial ou funcional. Assim, corrupção não é um conceito jurídico em si, mas um objeto que varia de acordo com o enfoque que lhe é dado pelo observador que sobre ela se detém.[13]

Mesmo com todos os esforços de harmonização do direito penal nessa matéria, ainda assim, nos diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, a própria noção de corrupção pode ser entendida de maneira diversa. Por exemplo, em países, como França e Hungria, pode ser compreendida como o intercâmbio de uma ação ou omissão por uma vantagem indevida, em nome de uma entidade pública ou privada. Já nos Estados Unidos, a noção de corrupção cobre todas as formas de abuso de poder.[14] No presente estudo, parte-se da premissa de que corromper pressupõe a oferta de vantagem, direta ou indireta, dirigida a um funcionário público – isto é, ao detentor de determinada função pública –, com o objetivo de que ele realize,

12. Corrupção. Disponível: http://pt.wikipedia.org/wiki/Corrup%C3%A7%C3%A3o_pol%C3%Adtica. Acesso em: 27.08.2006.

13. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, no prelo.

14. DÖLLING, Dieter. Informe general. *Révue international de droit penal*. Toulouse: Érès, 74.º ano, 1.º-2.º trimestre de 2003, p. 53.

retarde ou omita um ato em favor daquele que ofereceu tal vantagem. Os demais casos devem ser considerados como formas assemelhadas.

Outro ponto interessante a ser mencionado é o fato de que não é em todas as legislações que a própria expressão corrupção é mencionada, embora seja mundialmente debatida. Em muitos casos, são previstas condutas a ela relacionadas, tais como *bribery*, mas sem utilizar a expressão corrupção.[15]

Assim, corrupção é um fenômeno complexo, que tem que ser objeto de uma análise multidisciplinar.[16] Pode ser tratado a partir de diferentes ramos do direito, como o direito civil e o direito administrativo, bem como permite análise desde a psicologia, sociologia, ética e economia, além das chamadas ciências penais: direito penal, criminologia e política criminal. Ressalte-se, desde já, que o presente trabalho discutirá, exclusivamente, medidas relativas ao direito penal, mesmo reconhecendo-se que estratégias para lidar com tal fenômeno têm que ser multidisciplinares, sob pena de fracassarem por completo.

É bem de ver que a expressão corrupção, no âmbito internacional, ganhou relevo no direito brasileiro com o advento da mencionada Lei 10.467/2002, que introduziu o Capítulo II-A, no Título XI, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que trata especificamente do tema da corrupção nas transações comerciais com o estrangeiro.

É de se notar que o legislador definiu o que considera funcionário público estrangeiro, para os efeitos da lei, que compreende não apenas o integrante dos quadros administrativos e representações diplomáticas de um outro Estado, mas, igualmente, qualquer pessoa que exerça função em empresas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações

15. KIMMAN, Edward. Netherlands: national report. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU*. Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001, p. 286.

16. HOLLÁN, Miklós. International legar instruments directed to the fight against corruption. In: LIGETI, Katalin. *Young penalists conference on corrution and related offences in international business relations*. Budapeste: MTA Jogtudományi Intézete, 2003, p. 18.

públicas internacionais, tais como a ONU, OEA e União Européia. Assim, ficou excluído o funcionário público nacional e o funcionário de empresa privada, ainda que estes, eventualmente, venham exercer funções em nome de um outro país ou organismo internacional.[17]

Os crimes correlatos à corrupção transnacional, como já mencionado, inserem-se naquilo que se convencionou denominar de criminalidade transnacional,[18] tais como o tráfico de entorpecentes, o tráfico de armas – inclusive substâncias radioativas destinadas à fabricação de artefatos nucleares –, o tráfico de seres humanos, o terrorismo, dentre outros, desde que envolvam desvio de poder por parte de detentores de funções públicas dentro de um determinado ordenamento jurídico. Em sentido estrito, crimes correlatos são considerados, pela doutrina especializada, como sendo o tráfico de influência internacional e a lavagem de dinheiro da própria prática de corrupção transnacional.

Entende-se por transação comercial internacional, por seu turno, a operação ou conjunto de operações comerciais ou de cunho econômico, cujo objeto ou o domicílio das partes envolvidas possuem elementos que vinculam a mais de um sistema jurídico.[19] Embora transação comercial possa ser tida, sob certo aspecto, como um pleonasmo, uma vez que, nos termos da lei civil, transação é a forma pela qual os interessados previnem ou terminam o litígio, "mediante concessões mútuas", tal expressão facilita o trabalho do exegeta, pois transação, em direito penal, possui outros significados, como, v.g., a o instituto contemplado no art. 76, da Lei 9.099/95 (transação penal).

Em resumo, conforme exposto por Luiz Regis Prado, define-se corrupção em transações comerciais internacionais como sendo o oferecimento ou entrega de dinheiro, bens de valor pecuniário ou outros benefícios ao funcionário público

17. SOUZA, op. cit.

18. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional:* a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26.

19. JESUS, Damásio E. *Crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31.

de um Estado estrangeiro, com o fim de conseguir que esse funcionário realize ou omita qualquer ato destinado a influir sobre uma transação de natureza econômica ou comercial vinculada ao exercício de seu cargo.[20]

4. Instrumentos legais internacionais em matéria de corrupção

O fenômeno da corrupção em transações comerciais internacionais não é recente. Ao longo dos tempos, a busca de mercados para além das fronteiras dos Estados, sempre foi secundada da necessidade de pagamentos ilegais a políticos, a intermediários e a funcionários do território que se pretendia conquistar política ou comercialmente. Da mesma maneira, tal prática invariavelmente beneficiou o patrimônio de poucos em detrimento da economia de muitos, em especial os menos favorecidos.[21]

À guisa de exemplo, vale mencionar que esta categoria de crime possui sete instrumentos internacionais relevantes de 1975 a 1983, além de outro aplicável que data de 1974, que foi classificado de acordo com a metodologia empregada, sob outra categoria de crime.[22]

Bassiouni[23] considera, todavia, que no último decênio, essa categoria de delito gerou intenso debate, pois a intensa competição em determinados mercados foi e continua sendo afetada diretamente pela corrupção de funcionários públicos estrangeiros. Exemplos das áreas mais afetadas são o comércio de armas e de produtos da aviação. Todavia, diz esse autor, interesses conflitantes entre empresários e Estados, além da falta de valores comumente aceitos, geraram documentos internacionais de questionável aplicabilidade. Crê, no entanto, que o recente

20. PRADO, Luiz Regis. O bem jurídico tutelado nos novos delitos de corrupção e de tráfico de influência internacional. *Boletim IBCCrim*, ano 10, n. 119, out. 2002, p. 13.

21. SOUZA, op. cit.

22. BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Nova Iorque: Transnational, 2003, p. 158.

23. Idem, ibidem.

processo de criminalização dessa atividade na esfera do direito internacional faz com que se acredite que tais dificuldades possam ser superadas.

As razões do aumento recente de interesse em discutir o tema, ou a "neo-criminalização da corrupção",[24] tem relação, como já foi mencionado, com idéia de livre-concorrência. Um caso bem esclarecedor é o da lei americana de 1977, o Foreign Corrupt Pratices Act, que permitia apenar os atos de corrupção praticados por empresas americanas no exterior. Ocorre que tal norma acabou por tornar a posição de suas empresas ou filiais desfavorável, em face de suas concorrentes, já que os demais Estados não adotavam a mesma medida.[25] Essa lei foi substituída por outra em 1988, mas sua essência foi mantida.

Dentre as medidas impostas às empresas norte-americanas, figuraram a exigência de transparência no aspecto contábil dos seus investimentos externos, considerando que o pagamento de suborno, em regra, é feito mediante fundos ocultos em filiais fora do alcance da jurisdição do país sede, bem como a exigência daquilo que pode ser considerado o ponto nuclear da política criminal de prevenção da corrupção internacional, qual seja, a não-dedutibilidade dos subornos pagos no estrangeiro.

Na ocasião, já se tinha a exata noção de que o aumento da corrupção nas relações comerciais internacionais decorria da debilidade dos controles de fiscalização por parte das agências públicas dos Estados, agregado ao poder das empresas multinacionais, cuja capacidade econômica era – e ainda é – maior do que o PIB de muitos países.

Após as iniciativas norte-americanas, a Europa também passou adotar medidas mais específicas para combate à corrupção. Em 1989, foi editada a Diretiva do Conselho das Comunidades Européias, a respeito da coordenação das

24. CORACINI, Celso Eduardo Faria. A neocriminalização da corrupção. *Boletim do IBCCrim,* ano 11, n. 128, São Paulo: IBCCrim, 2003, p. 6.

25. DELMAS MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 13-14.

normas relativas às operações com informação privilegiada, alcançando tanto o setor público quanto o privado. Dois anos após, mesmo Conselho elaborou outra diretiva, a 91/308, referente à prevenção da utilização do sistema financeiro para lavagem de dinheiro.[26]

Adiante, as próprias organizações internacionais começaram a adotar medidas a esse respeito. Em 1993, foi elaborada a Declaração de Arusha sobre a Cooperação e Integridade Aduaneira, no seio da Organização Mundial do Comércio, que estabeleceu medidas de combate à corrupção na área alfandegária. Como exemplo, dentre outras, podem ser citadas as seguintes medidas: "a necessária rotatividade entre os funcionários das alfândegas, a existência de critérios rígidos e objetivos de seleção, a redução da esfera de discricionariedade de tais agentes, o pagamento de remuneração compatível com a importância do cargo e a existência de mecanismos efetivos de controle, em especial na órbita disciplinar."[27]

A partir daí e, em especial, com a pressão exercida pelos Estados Unidos para que tais medidas fossem adotadas internacionalmente, acabou surgindo uma série de documentos internacionais que tratam de matéria relativa à corrupção, dentre os quais podem ser destacados: o Protocolo da Convenção para Proteção dos interesses financeiros das Comunidades Européias (1996); a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA (1996); o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção aos quais estão implicados funcionários das Comunidades Européias ou dos Estados Membros da União Européia, aprovada pelo Conselho da União Européia (1997); a Resolução 7 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que autorizou a criação do Grupo de Estados contra a Corrupção, conhecido como Greco (1998); o Convênio de Direito Penal sobre a corrupção e o Convênio de Direito Civil sobre a corrupção, aprovados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa,

26. GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 25.

27. GARCIA, op. cit., p. 26.

(1999); o Código de Boas Práticas de Transparência em Políticas Monetárias e Financeiras, Fundo Monetário Internacional (1999); a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e de Governo da União Africana (2003); a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada nas Nações Unidas (2000); e, por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

Dos documentos internacionais relativos à corrupção, talvez o que tenha adquirido mais destaque seja a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, concluída em Paris, em dezembro de 1997, e que entrou em vigor no ano de 2000.

Além de definir o delito de corrupção ativa de funcionário público estrangeiro (art. 1.1), a Convenção da OCDE tratou de regular a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela corrupção daquele funcionário público (art. 2.º); determinou a aplicação de sanções de natureza penal efetivas, proporcionais e dissuasivas da prática de corrupção ativa (art. 3.º); exigiu que os Estados partes adotassem as medidas necessárias no âmbito de suas leis e regulamentos sobre livros contábeis, para proibir que as empresas não registrassem, em contas expressas ou paralelas, operações de suborno de funcionários públicos estrangeiros (art. 8.º), além de outras medidas relacionadas com a repressão à lavagem de dinheiro proveniente daquela prática criminosa, extradição e assistência jurídica internacional. O monitoramento e acompanhamento da integral implementação dos termos contidos na referida convenção (art. 12) talvez seja a grande novidade que permitirá aquilatar o grau de seriedade dos governos que se comprometeram com os termos daquela convenção, no sentido de fiscalizar e coibir os ilícitos praticados por seus empresários e intervenientes em transações internacionais.

Atualmente, estão, em vigor, no Brasil, a Convenção da OCDE, promulgada pelo Dec. 3.678/2000, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Dec. 4.410/2002; e a Convenção da ONU contra o Crime

Organizado Transnacional, promulgada pelo Dec. 5.015, de 12.03.2004. A Lei 10.467/2002 promoveu as respectivas mudanças legislativas, no Código Penal e na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), tipificando no direito interno os crimes de corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial internacional, além do crime de lavagem de dinheiro proveniente dos ilícitos penais mencionados. Mais recentemente, em 15.12.2003, o Brasil assinou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que foi enviada ao Congresso Nacional por meio da Mensagem 183/2004.[28]

5. A organização da luta contra corrupção na esfera da União Européia

Considerando-se que, na União Européia, bem como nos diferentes Estados Membros e nos países candidatos, a luta contra a corrupção se tornou um tema central, dentro do que se convencionou chamar contexto do combate ao crime organizado. Tanto em nível nacional quanto supranacional, os professores da Universidade de Ghent, com o suporte da Comissão Européia, pretenderam estabelecer o que chamaram de melhor conhecimento mútuo a respeito do aparato legal e da organização do combate à corrupção em cada um dos Estados-Membros e dos candidatos à União Européia, a partir de um questionário que foi enviado e respondido por especialistas de 24 Estados nacionais.[29]

Dividiu-se o trabalho em duas partes: a primeira referiu-se ao nível nacional e a segunda ao nível internacional. As conclusões partiram exclusivamente das informações constantes dos relatórios nacionais, sendo que nenhum dos relatórios foi complementado por informações prestadas pelos organizadores belgas. Um dado curioso foi o de que dois países, Hungria e Turquia tiveram dois relatórios,

28. Sobre o tema, vide SOUZA, op. cit.

29. A pesquisa foi publicada no seguinte volume: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001.

um enviado pela Polícia e outro pela Transparência Internacional (TI).[30] Tais relatórios, em alguns pontos resultaram em respostas bastante diversas ao questionário formulado, em especial, no caso turco.

De uma maneira geral, pode-se dizer que corrupção é um tema fundamental na agenda da maioria dos países envolvidos. Vários deles têm políticas amplas de para lidar com a questão nos últimos anos, como, por exemplo, Bélgica (Plano de Segurança Federal, de 30.05.2000), Bulgária (Estratégia Nacional Integrada de Combate ao Crime, de 16.07.1998), Letônia (Programa de Prevenção à Corrupção, de 1998) e República Tcheca (Programa Governamental de Combate à Corrupção, de 17.02.1999). Outro dado interessante é que, já em 2001, países como Chipre, Dinamarca e Reino Unido, viam a corrupção como uma questão internacional, mais que nacional, e reiteraram a necessidade de enfrentá-la na esfera da crescente globalização.

Quanto à legislação repressiva, como regra, a palavra corrupção não é encontrada nas leis nacionais, embora condutas relacionadas têm sido objeto de previsão e de punição. Por exemplo, em alguns países, corrupção é entendida especialmente como categoria de concorrência desleal. Por outro lado, há quem considere também como hipótese de abuso de autoridade ou de poder.

De toda maneira, essas diferentes visões de quais regras lidam com o fenômeno da corrupção gerou algumas dificuldades comparativas, mas, ainda assim, pôde-se estabelecer algumas linhas gerais.

Em todos os países, as formas ativa e passiva de corrupção de funcionário público são criminalizadas. A conduta de corrupção pública ativa é entendida como a de oferecer (unilateral) ou dar (bilateral) uma vantagem a um funcionário público, enquanto a modalidade passiva se refere a funcionário público

30. SIRON, Nathalie; VANDER BEKEN, Tom. Comparative report. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001, p. 13.

solicitar (unilateral) ou receber (bilateral) uma vantagem,[31] em disposições, em muito, assemelhadas às figuras constantes dos arts. 317 e 333 do Código Penal brasileiro.

Diferentemente, diversos países prevêem como figura típica a corrupção do setor privado, o que, ao tempo da pesquisa, não era o caso da Áustria, da Bulgária, da Dinamarca, da Itália, Itália, Letônia, Polônia, Portugal, República Tcheca e Turquia. Todavia, em alguns casos, embora não houvesse expressa previsão legal a esse respeito, era possível punir a corrupção na esfera privada lançando mão de outros instrumentos jurídicos. Era o caso da Seção 153 do Código Penal Austríaco, aplicável ao setor público e ao privado, e que se refere à hipótese de alguém que, sabendo, abusa da autoridade conferida a ele por lei, ordem pública ou contrato, dispõe da coisa que não lhe pertença ou obriga outra pessoa a causar dano a outrem ("violação de confiança"). Na Bulgária, corrupção passiva privada pode ser punida com base no art. 225-B do Código Penal, que trata de pessoas que recebem vantagem material indevida por trabalho feito ou serviço prestado. Na República Tcheca, por sua vez, a corrupção do setor privado somente seria punível se relacionada com procedimentos que levem à falência.

Em outro tema que causa interesse, discutiu-se se haveria dispositivos que contivessem a previsão de punição de funcionários de instituições que não sejam nacionais, tais como funcionários de outros Estados e de organizações internacionais. Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, Hungria e Reino Unido já previam que os dispositivos referentes à corrupção pública poderiam ser aplicados a funcionários de outros Estados nacionais, não importando se seriam pertencentes à União Européia ou não, da mesma maneira que referentes às organizações internacionais, seja em nível europeu ou na esfera das Nações Unidas. Já na Alemanha e na Suécia, seria diferente apenas no que se refere a funcionários públicos internacionais de organizações que não a União Européia, que não seriam atingidos por tais regras.

31. SIRON et alii, op. cit., p. 17.

Na Eslovênia seria justo o inverso, pois somente os funcionários da União Européia é que não seriam atingidos pela legislação penal. Já na Áustria, na Bulgária e na Estônia, somente em alguns casos a legislação penal seria aplicável, como no caso de corrupção passiva.

No que se refere às sanções penais, em todos os países pesquisados, as legislações penais previam penas privativas da liberdade para crimes relativos à corrupção. Todavia, o mínimo e o máximo de pena variava imensamente entre os Estados. A título exemplificativo, no que se refere à pena máxima para corrupção passiva, a legislação holandesa previa 4 anos e a búlgara 30 anos. Pode-se estabelecer que a duração média da pena, na Europa, era de 6 a 8 anos e a punição para corrupção pública era sempre maior que a da corrupção no setor privado.[32]

Outras penas encontradas foram a prestação de serviços à comunidade, a multa e outras sanções de natureza patrimonial, além da interdição de determinados direitos, como o que chamaram de *blacklistng* – a exclusão da participação em determinados procedimentos licitatórios.

Quanto à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, havia uma grande divergência entre os Estados. Na Bélgica, no Chipre, na Finlândia, na França, na Eslovênia, na Suécia, na Turquia e no Reino Unido, a legislação penal admitia a aplicação do direito penal no caso de pessoas jurídicas envolvidas em crimes relacionados com a corrupção. No entanto, Alemanha, Áustria, Bulgária, Espanha, Estônia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Polônia, Portugal, República Tcheca e Romênia não apresentavam previsão legal nesse sentido.

Há, ainda, Estados nos quais, embora a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em casos de corrupção não fosse aplicável, admitia-se aplicação de sanções administrativas, o que seria o caso, por exemplo, de República Tcheca e Itália. Tais medidas seriam, entre outras, multas administrativas, medidas de confisco e diferentes formas de restrições de direitos, tais como a suspensão do

32. SIRON et alii, op. cit., p. 20-21.

acesso a financiamento público, a proibição de contratar com instituições públicas e a proibição de fazer anúncios de produtos ou serviços.[33]

Quanto às medidas preventivas, a sua inclusão nos diversos relatórios analisados dependeu diretamente da percepção da corrupção. Para aqueles que a consideraram como mecanismo que deturpa a noção de livre concorrência, as medidas preventivas mencionadas se referiam à esfera econômica. Para os que faziam referência à questão política, uma das medidas mais referidas seria o controle e a transparência dos recursos dos partidos políticos. Havia, também, aqueles Estados que se referiam à corrupção a partir de uma perspectiva ética. Para estes, o ponto fundamental seriam medidas incentivando a integridade. Se a questão se referisse a aspectos organizacionais, eram sugeridas medidas tais como rotatividade de funções, treinamento e critérios de seleção. Por fim, se a análise se orientasse por aspectos econômicos, recomendava-se que fossem adotadas medidas contra a lavagem de dinheiro.

Um outro aspecto relevante diz respeito à obrigação de declarar situação econômica e financeira. Na França, por exemplo, membros do Governo, do Parlamento nacional ou europeu, além de outros membros do alto escalão da estrutura estatal, incluindo os presidentes e os principais diretores de estatais, têm que declarar sua situação econômica, no começo e no final do exercício da função.[34] Na Letônia, funcionários públicos são obrigados a declarar, anualmente e quando entram ou saem da função, seus rendimentos, bens e recursos.[35]

Numa avaliação que foi proposta durante a pesquisa, foram apresentados problemas organizacionais e processuais existentes na Europa para lidar com a corrupção.

33. SIRON et alii, op. cit., p. 22-23.

34. BUEB, Jean-Pierre. France. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001, p. 187.

35. VOLKA, Inese. Latvia. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001, p. 264-265.

Em relação aos primeiros, os principais seriam os seguintes: falta de cooperação e coordenação entre os diversos órgãos relacionados com o tema; falta de instrumentos que possibilitem contato com as autoridades competentes em casos de corrupção; frágeis estruturas de controle; necessidade de uma autoridade independente, para a qual reclamações possam ser feitas, tais como um *ombudsman*; necessidade de estabelecer registros nacionais sobre corrupção; falta de recursos humanos especializados e de recursos técnicos.[36]

Já quanto às dificuldades processuais, foram apresentadas: falta de ordenamento jurídico adequado; pequenas condenações; dificuldades de provar casos de corrupção; falta de possibilidade de aplicar técnicas especiais de investigação; impossibilidade de proteger testemunhas e arrependidos; demora do processo penal e restrições de direitos muito curtas.[37]

Ao final da pesquisa, recomendou-se o estabelecimento de uma política internacional e multidisciplinar de combate à corrupção, que inclua medidas preventivas e medidas repressivas.[38] Tal assertiva partiu da observação que o tema da corrupção é fundamental hoje nos diversos Estados europeus e da constatação que, para ser enfrentado, necessita de medidas organizacionais e estruturais, ao lado de sanções individuais.

Um dos mais importantes aspectos mencionados foi a necessidade de um bom ambiente político, que seria um pré-requisito indispensável. Um compromisso político de combate à corrupção foi considerado fundamental.[39]

Ao lado desse, também foi referida a importância da educação e da informação sobre corrupção para a população em geral, pois estratégias no sentido de enfrentar esse delito não são possíveis sem apoio popular. Assim, a utilização dos

36. SIRON et alii, op. cit., p. 30.

37. Idem, ibidem.

38. VANDER BEKEN, Tom. *General conclusions and recommendations*. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU*. Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001, p. 409.

39. Idem, ibidem.

chamados códigos de conduta seria recomendável. Mais especificamente, no que se refere ao aspecto organizacional, a rotatividade em funções importantes e sensíveis deveria ser considerada como uma estratégia preventiva anticorrupção.

Recomendou-se também a elaboração e a aplicação de uma legislação ao setor privado, além do controle ao financiamento dos partidos políticos, que constituiriam medidas preventivas relevantes.[40]

Por fim, dentre as medidas úteis à prevenção do delito em tela, sugeriu-se uma mais genérica: a coleta de dados comparáveis e estatísticas. Considerou-se não ser possível lidar com o fenômeno da corrupção sem que se possua informação suficiente a respeito do tema, sobretudo para poder mensurá-lo.

No que se refere a medidas repressivas, a primeira delas seria a incorporação dos documentos internacionais sobre o tema às legislações nacionais. Assim, seria recomendável que o processo de ratificação e implementação dos tratados fosse completado o quanto antes.

Além disso, constatou-se a importância de haver legislações compatíveis entre si que permitam a necessária cooperação internacional. Assim, a harmonização do direito e do processo penal seria desejável para que fosse atingido o objetivo pretendido. Ao mesmo tempo, fez-se referência à possibilidade legal da utilização das técnicas especiais de investigação.[41]

6. As discussões durante o XVII Congresso Internacional de Direito Penal

A Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)[42] é uma organização não governamental, órgão consultivo da Organização das Nações Unidas, do

40. VANDER BEKEN, op. cit., p. 410.

41. Idem, ibidem.

42. Sobre história da AIDP, vide JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Evandro Lins e Silva, AIDP e o direito penal internacional. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva* (criminalista do século). São Paulo: Método,

Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, atuando em mais ou menos 60 países por meio de seus grupos nacionais.

A AIDP é sucessora da União Internacional de Direito Penal (IKV), fundada em Viena, em 1889, por três eminentes professores: Gérard Van Hamel, de Amsterdam (Holanda), Franz Von Liszt, de Marburgo (Alemanha) e Adolphe Prins, de Bruxelas (Bélgica). A IKV, todavia, se dissolveu durante a Primeira Guerra.

Assim, em 24.03.1924, foi fundada, em Paris, a AIDP, tendo entre seus fundadores Donnedieu de Vabres, catedrático de Direito Penal da Universidade de Paris e juiz no Tribunal de Nuremberg, e Carton de Wiart, que foi seu primeiro presidente. Desde então, a AIDP tem se notabilizado pela sua atuação em áreas como a política criminal e a codificação do direito penal, o direito penal comparado, o direito penal internacional e os direitos humanos na administração da justiça penal.

Quanto às publicações, inicialmente, a IKV teve o *Bulletin de l Union internationale de droit pénal*, entre 1889 e 1913. A partir de 1924, a AIDP passou a publicar a *Revue internationale de droit pénal* e, desde 1976, os *Nouvelles études pénales*.

A vida científica da AIDP tem como ponto alto a realização do Congresso Internacional de Direito Penal, que se iniciou em 1926, em Bruxelas, na Bélgica, e caminha para a sua 18ª edição, que acontecerá na cidade de Istambul, na Turquia, no ano de 2009.

Os Congressos da AIDP são organizados em quatro seções temáticas, sobre parte geral do direito penal, parte especial do direito penal, direito processual penal e direito penal internacional. No último, realizado em Pequim, na China, em 2004, o tema da Seção II foi justamente o da corrupção e os delitos a ela relacionados nas transações comerciais internacionais. No caso, como é a praxe da AIDP, foi elaborado um questionário pelo relator geral, professor Dieter Dölling, da Universidade de Heidelberg, Alemanha. A partir dele, foram elaborados 16 relatórios nacionais (Alemanha, Argentina, Áustria,

2001, p. 99-101; Association Internationale de Droit Pénal. Recueil de l'Association Internationale de Droit Penal. *Nouvelles études pénales*, n. 18, Toulouse: Érès, 1999.

Bélgica, China, Eslovênia, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irã, Japão, Polônia, República Tcheca e Suécia) e 13 relatórios individuais (Arzebaijão, Bangladesh, Butão, Geórgia, Kirguizistão, Laos, Malásia, Ilhas Maldivas, Paquistão, Paraguai, Romênia, Tailândia e Venezuela). Antes, houve um Colóquio Preparatório em Tóquio, Japão, nos dias 11 e 12 de novembro de 2002, em que foi aprovado um Projeto de Resoluções, que veio a ser discutido durante o Congresso de Pequim.

Dentre as resoluções adotadas, afirmou-se que a corrupção, isto é, o abuso de autoridade em troca de vantagem, assim como os demais delitos que com ela se relacionam, causa um dano efetivo. A relevância da corrupção decorreria do fato de gerar um grave dano econômico, de atentar contra a integridade e o funcionamento eficiente da administração pública, de frustrar a confiança da população nos órgãos estatais, afetar a democracia, o estado de direito, a livre concorrência e o desenvolvimento econômico. Mais que isso, a corrupção seria especialmente perigosa quando levada a cabo de maneira sistemática e transnacional. Seria, pois, indispensável combater com medidas eficientes a corrupção nas relações econômicas internacionais.[43]

Reiterou-se a noção de que lidar com a corrupção pressupõe um enfoque multilateral. Em primeiro lugar, seriam necessárias medidas efetivas de prevenção à corrupção. Defendeu-se também a adoção de normas penais eficazes para pôr de manifesto o caráter reprovável desta conduta e intimidar os potenciais delinqüentes. Mais que isso, as leis nacionais devem estar de acordo com os padrões internacionais mínimos.

Dentre as medidas preventivas sugeridas, estavam a seleção cuidadosa de pessoal com competência e integridade para o serviço público; remuneração adequada dos funcionários públicos; a aprovação de códigos de conduta para o serviço público, com regras sobre conflitos de interesses e incompatibilidades;

43. Association Internationale de Droit Pénal. Resoluciones. *Revue Internationale de Droit Penal,* ano 74. Toulouse: Érès, 1.º/2.º trimestre, 2003, p. 577.

a participação de mais funcionários no processo de tomada de decisões críticas; estritos controles internos e externos, com a existência de auditorias aleatórias; a existência de *hotlines* para a corrupção; *ombudsmen* independentes e comissões independentes anticorrupção; a elaboração dos *sinais de alerta* de corrupção.

Dentre as medidas penais recomendadas estava a criminalização da corrupção no setor privado. Sustentou-se que executivos e agentes de empresas que violem o interesse em uma competição leal. Frisou-se que poderia ser lesiva mesmo para as empresas onde o executivo ou empregado é corrompido.[44]

Sugeriu-se que o tipo penal deveria ser definido como oferecer, prometer ou dar, a qualquer tempo, vantagem indevida a empregado ou representante de qualquer empresa em troca da prática de um ato ilícito ou de uma omissão ilícita de uma ação relacionada com as atividades que lhe foram confiadas pela posição que ocupa.

Além disso, deve haver previsão legal de punição para casos de corrupção no setor privado, cometido no estrangeiro, por um nacional.

Quanto às penas, utilizaram-se expressões tais como efetivas, proporcionais e dissuasivas. O fato de o indivíduo ter atuado em favor de uma organização criminosa deveria ser considerado como circunstância agravante. No caso de corrupção passiva, deveria haver a perda de cargo, função ou mandato eletivo, bem como, no caso de corrupção ativa, uma das conseqüências seria a impossibilidade de contratar com o setor público. Outra sanção recomendada seria a perda de bens ou valores.

Foi sugerida a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas que, por ventura, tenham sido beneficiadas pela corrupção, ao lado de medidas disciplinares, que devem ser previstas.

No campo da investigação, processo e julgamento, sugeriu-se, a possibilidade da utilização de métodos apropriados, tais como investigações encobertas e

44. ASSOCIATION, op. cit., p. 579.

interceptação de comunicações, ressalvando-se a necessidade do estabelecimento das garantias necessárias, inclusive o controle jurisdicional, para a proteção dos direitos humanos, em especial, do direito à intimidade.

Além disso, defendeu-se que os Estados estabelecessem incentivos para aqueles que cooperassem na investigação ou persecução dos delitos de corrupção. Para os investigados ou acusados, poder-se-ia incluir a extinção ou diminuição de pena. Ressalvou-se que, caso tais medidas sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional, dever-se-ia, ao menos, garantir a imunidade das testemunhas para poder compeli-los a testemunhar.

Por fim, os Estados devem considerar a criação e a manutenção de unidades especializadas para a investigação e persecução dos delitos de corrupção. Os funcionários dessa unidade deveriam receber recursos e formação adequada.

7. Conclusão

No presente trabalho, pretendeu-se apresentar o delito de corrupção dentro da lógica do direito penal internacional, sobretudo com o advento do fenômeno da globalização, em que tal prática se tornou nociva à idéia de livre concorrência.

Assim, com a recente e intensa produção de documentos internacionais, ao lado de recentes acontecimentos, tem sido dada muita atenção à corrupção.

Dessa maneira, considerou-se que é útil a análise de experiências internacionais e estrangeiras, que sirvam para a reflexão e que permitam a análise e as escolhas em eventuais reformas da legislação brasileira, seja penal, processual ou administrativa.

De toda maneira, não se deve esquecer que não é razoável lidar com a questão da corrupção sem uma perspectiva multidisciplinar, sem iniciativas de diversos aspectos, até porque, como tanto já se disse, não serão as iniciativas penais as únicas e nem as mais indicadas para a matéria.

8. Bibliografia

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL. Resoluciones. *Revue Internationale de Droit Penal,* ano 74. Toulouse: Érès, 1.º/2.º trimestre, 2003.

_____. Recueil de l'Association Internationale de Droit Penal. *Nouvelles études pénales*, n. 18. Toulouse: Érès, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Nova Iorque: Transnational, 2003.

BUEB, Jean-Pierre. France. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU*. Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. A neocriminalização da corrupção. *Boletim do IBCCrim*. ano 11, n. 128. São Paulo: IBCCrim, 2003.

DELMAS MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DÖLLING, Dieter. Informe general. *Révue international de droit penal*. Toulouse: Érès, 74.º ano, 1.º/2.º trimestre, 2003.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 12, fascículo 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HOLLÁN, Miklós. International legar instruments directed to the fight against corruption. In: LIGETI, Katalin. *Young penalists conference on corrution and related offences in international business relations.* Budapeste: MTA Jogtudományi Intézete, 2003.

JAOTSEN, Matti; TRÄSKMAN, P. O. National report. *Revue Internationale de Droit Pénal.* v. 60, n. 1-2. Toulouse: Érès, 1989.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Evandro Lins e Silva, AIDP e o direito penal internacional. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva* (criminalista do século). São Paulo: Método, 2001.

_____. *Tribunal Penal Internacional:* a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESUS, Damásio E. *Crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais.* São Paulo: Saraiva, 2003.

KIMMAN, Edward. Netherlands: national report. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001.

MOISESCU, Sorin; Sabau, Dorin. Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain. Trabalho apresentado na *International Experts Conference on International Criminal Justice*: Historic and Contemporary Perspectives, Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado).

PRADO, Luiz Regis. O bem jurídico tutelado nos novos delitos de corrupção e de tráfico de influência internacional. *Boletim IBCCrim*, ano 10, n. 119, out., 2002.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SIRON, Nathalie; VANDER BEKEN, Tom. Comparative report. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TRIFFTERER, Otto. Commentaire du colloque tenu a Hammamet, Tunisie, 6/8 juin 1987. *Revue Internationale de Droit Pénal,* v. 60, n. 1-2, Toulouse: Érès, 1989.

VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001.

_____. VANDER BEKEN, Tom. General conclusions and recommendations. In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001.

VERHAEGEN, Jacques. Les crimes internationaux et le droit pénal interne. *Revue Internationale de Droit Pénal,* v. 60, n. 1-2, Toulouse: Érès, 1989.

VOLKA, Inese. *Latvia.* In: VANDER BEKEN, Tom; DE RUYVER, Brice; SIRON, Nathalie. *The organization of the fight against corruption in the member states and the candidates countries of the EU.* Antuérpia-Apeldoorn: Maklu, 2001.

Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira

Elisangela Melo Reghelin
Delegada de Polícia no RS e Diretora da Escola de Gestão da Justiça e da Segurança do RS. Mestre em Ciências Criminais PUC-RS. Ex-Pesquisadora da Universidade da Califórnia/UC Berkeley. Doutoranda em Direito Penal e Criminologia pela UPO/Sevilla. Ex-Presidente do Conselho Estadual de Entorpecentes do RS. Associada do IBCCrim e da ABPCP.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. O novo art. 28 e o Direito Penal de Autor – 3. Supremacia constitucional e discussões sobre o bem jurídico tutelado – 4. Princípios constitucionais ofendidos pela nova legislação – 5. Breves considerações sobre a hipótese descriminalizadora – 6. Tendências político-criminais adotadas – 7. Considerações finais.

Resumo: O artigo tem a pretensão de abordar, de forma crítica e interdisciplinarmente, dois grandes modelos que lidam com a saúde pública e que, a par disso, interferem sobremaneira na consideração criminal quanto ao usuário de drogas: a redução de danos e a justiça terapêutica. Sabidamente, as legislações anteriores nada ou quase nada tratavam sobre tais tendências hoje internacionalmente adotadas. Entretanto, vemos na adoção de ambas, simultaneamente, uma contradição eis que a primeira embasa-se numa perspectiva garantista, de respeito (e tolerância) a um uso cuja criminalização, sob o prisma constitucional, não possui razão de ser e, a segunda, conhecida por sua "pseudo" benevolência, é uma verdadeira medida de segurança disfarçada de pena, aplicada a sujeitos imputáveis. Fazemos, pois, uma análise de ambos os modelos destacando que a nova legislação de drogas fez a opção correta, evitou a incoerência da simultaneidade utilizada na lei anterior

(Lei 10.409/2002), apesar de ter mantido a criminalização do usuário, numa eterna recorrência ao Direito Penal de Autor.

Abstract: After waiting for more than 30 years, today Brazil has a drug law that comprises some new trends. Some small excerpts are saved, such as the one where Harm Reduction is finally inserted as a public health strategy and the other one about Therapeutic Justice, which does not exist anymore. But the fact is that the new Brazilian drug legislation once again confirmed drug use as being a crime. One cannot decide that which is not decidable: there exists a sphere that is constitutionally removed from the determination of the majority, such as the equality of people whether they be deviant or otherwise, and their fundamental rights. The "emergency legislation" driving contemporaneous judicial systems is often informed by an antipodal principle whereby ends justify means, by using merely symbolic Criminal Law for producing astonishing [legal] processes. The day that Criminal Law abandons the security of guarantees, it will have lost its reason to exist.

Palavras-chave: Drogas – Redução de danos – Justiça terapêutica – Políticas públicas – Descriminalização.

Keywords: Drugs – Harm reduction – Therapeutic justice – Public policies – De-criminalization.

"Una nueva orientación de las políticas de intervención tendría que suponer, para asegurar su desarrollo coherente, el cuestionamiento del paradigma sobre las drogas hoy por hoy hegemónico" – ROBERTO BERGALLI.

1. Considerações iniciais

Alessandro Baratta, grande criminólogo italiano já falecido, denominava a política vigente de drogas como um sistema fechado e autopoiético, auto-referencial, que se auto-reproduz ideológica e materialmente de modo permanente. Defendia, com total racionalidade, a descriminalização geral, tanto do uso quanto

da produção e da venda, mantido o controle estatal, o quê seria uma "utopia mais concreta que a perseguida por nossas legislações proibicionistas".[1]

Países signatários de grande parte dos acordos internacionais firmados em convenções promovidas pela Organização das Nações Unidas apresentam, em suas legislações, uma relativa hegemonia no tratamento proibicionista dado à questão da droga, a começar pela Convenção Única de 1961.[2] Tal Convenção foi referendada pela de Viena, a qual estabeleceu as diretrizes que, em linhas gerais, têm ditado a política internacional de controle de drogas. De acordo com o art. 4.º desta Convenção, os países signatários têm o dever de cooperar fazendo um controle severo das substâncias mediante uma "ação coordenada e universal".[3]

Dentro desse panorama internacional destacam-se os Estados Unidos, ocupando a liderança das posições mais repressivas, e, por outro lado, a Holanda, contrapondo a tendência "universal", adotando desde o início da década de 70 uma política tolerante em relação a drogas como a maconha. É bom lembrar que, nesse mesmo período, os EUA, ainda no governo Nixon, declararam "guerra às drogas", nome pelo qual se convencionou chamar, desde então, a política norte-americana de combate. Contraditoriamente às pretensões dessa prática, a amplitude do consumo de drogas lícitas e ilícitas e dos problemas a ele associados naquele país ainda são os maiores do mundo.[4]

A maioria dos países é signatária da Convenção de Viena sobre Drogas, realizada em 1988. Essa Convenção tem um enunciado diplomático e genérico que ressalva a soberania dos países quanto à legislação interna sobre o assunto. No Brasil, algumas leis foram redigidas com base nessa Convenção, tais como as que versam sobre crime organizado, interceptação telefônica (regulamentando a Constituição

1. BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal.* Buenos Aires: IBDF, 2004, p. 137-138.

2. REALE, Diva. *O caminho da redução de danos associados ao uso de drogas:* do estigma à solidariedade, cit., p. 11.

3. REALE, Diva. Op. cit.

4. BUCHER, R. *Drogas e drogadição no Brasil.* Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

Federal) e lavagem de dinheiro. Em se tratando do Brasil, faz-se necessário retroceder no tempo para esclarecermos as origens da nossa política repressiva.[5]

A primeira proibição no âmbito penal a respeito de algum tipo de substância tóxica constou do art. 159, do Código Penal republicano, de 1890. Previa a seguinte conduta como criminosa: "Expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários. Pena: multa de 200 a 500 mil réis".

Após alguns decretos regulamentando a matéria, sobreveio o Dec.-lei 891/38, associando o Brasil ao modelo internacional de combate às drogas. Foi elaborado de acordo com a Convenção de Genebra de 1936.

Em 1940, com a entrada em vigor do novo e ainda vigente Código Penal, alterou-se novamente a redação legal, que passou a prever no art. 281: "Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar a consumo substância entorpecente (...) Pena: 1 a 5 anos, e multa, de 02 a 10 contos de réis".

Em 1961, com a Convenção Única de Entorpecentes, o Brasil passou a integrar o cenário mundial numa política de combate às drogas, e em 1971 entrou em vigor a Lei 5.726, modificando a redação do art. 281 do CP vigente, e prevendo uma pena mais severa para traficantes e usuários (dependentes ou não). A nova redação passou a ser: "Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência. Pena: 1 a 6 anos de reclusão e multa de 50 a 100 vezes o maior salário mínimo do País. Nas mesmas penas incorre quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica".

5. HARTMANN, Arlete. *Uso de drogas:* crime ou exercício de um direito? Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 202.

Em 1976, nascia a Lei 6.368, finalmente distinguindo a figura do traficante em seu art. 12 e a do usuário no art. 16, embora a resposta continuasse sendo repressiva. Enfatizou a necessidade de medidas preventivas e terapêuticas. Rezava o art. 16: "Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos, e pagamento de 20 a 50 dias-multa".

Importa destacar que em 2002 entrou em vigor uma nova "Lei de Drogas", a Lei federal 10.409/2002. Entretanto, como o capítulo que trata dos tipos penais foi vetado, permaneceu em vigor, na parte material, a Lei 6.368/76. Daí surgiu a necessidade de se rediscutir no Congresso Nacional novos projetos, dentre os quais o PL 7.134/2002, prevendo inicialmente a criminalização das seguintes condutas: "adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, substância que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". As penas previstas eram denominadas de "medidas educativas e de segurança",[6] como se de penas não se tratasse, o que configuraria evidente aberração jurídica. Eram elas: advertência, prestação de serviço à comunidade, internação e tratamento para dependentes de droga ou substância entorpecente, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico, comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico, suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo, cassação de licença para porte de arma, cassação de licença para dirigir veículos, multa, interdição judicial, suspensão da licença para exercer a profissão. Visto isto, percebe-se que a intenção era agravar, ainda mais, a situação do usuário de drogas, pois se previa, inclusive, a aplicação cumulativa das medidas penais. Para os defensores dos movimentos de lei e ordem, o entendimento é de que o crime permaneceria sendo o lado patológico da sociedade, onde a criminalidade

6. FLACH, Luiz Mathias. *Drogas*: sejamos razoáveis – Uma conversa franca com um especialista liberal. São Bernardo do Campo: Centro de Educação Bezerra de Menezes, 1999.

é uma doença infecciosa e o criminoso um ser daninho a ser extirpado, em uma perspectiva pampenalista, que acredita ser esta a melhor forma de solucionar o problema em foco.[7] E esse tem sido um dos principais fatores a fomentar a idéia da manutenção da criminalização do uso de drogas, punindo-se o indivíduo com base em um estereótipo e no seu potencial de periculosidade, porquanto "poderá" vir a cometer um crime. Elabora-se uma presunção de periculosidade social que reflete ainda certos resquícios da escola criminológica positivista, do século XIX, lembrança de um verdadeiro Direito Penal do Autor, hoje totalmente conflitante com um modelo garantista, baseado em um Direito Penal mínimo e no princípio da culpabilidade. Vale lembrar que o PL 7.134/2002, antes de ser sancionado e transformado na Lei 11.343/2006, previa a imposição de tratamento como uma das penalidades passíveis de serem aplicadas judicialmente. Determinava, no § 6.º do art. 22, a possibilidade de internação compulsória em caso de desatendimento.

2. O novo art. 28 e o Direito Penal de autor

Ousamos afirmar que a nova lei de drogas revive o Direito Penal do Autor ao impor sanções em relação a condutas habituais, privadas e relativas à opção individual, pois o senso comum acredita que o usuário ou é um dependente, ou é responsável pela existência do tráfico (como se fosse possível uma sociedade sem consumo de drogas), ou é um futuro traficante em potencial, razão pela qual deveria ser obrigatoriamente internado ou preso, a fim de ser tratado e ressocializado. São esses os resquícios dos sistemas inquisitoriais e ditatoriais estruturados a partir de ideologias totalitárias, os quais ainda encontramos em nosso Direito Penal contemporâneo.[8] Aliás, Zaffaroni[9] menciona que o usuário de drogas permanece

7. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 155. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: do discurso oficial às razões da descriminalização. 2. ed. São Paulo: Luam, 1997.

8. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 60-69.

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. *Fascículo de Ciências Penais*: Drogas – Abordagem interdisciplinar. Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 16-25, abr.-maio-jun., 1990.

visto segundo a perspectiva do binômio doente-criminoso.[10] No mesmo sentido, o saudoso mestre gaúcho Luisi[11] entendia que, em relação à produção e ao tráfico, o Direito Penal tem uma função a desempenhar, porém relativamente ao usuário a resposta penal é imprópria. Como diz Karam,[12] o tratamento penal das drogas é "incompatível com os postulados da racionalidade que devem informar os atos do governo em um Estado Democrático de Direito (...) ao se inserir no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado e, portanto, ao Direito – penetrar. Sob este ângulo, a descriminalização é um imperativo nascido do indispensável respeito à liberdade individual. Outra forte razão para o rompimento com a irracional política legislativa, é que explicitando a intenção de proteger a saúde pública, contraditoriamente cria, com a proibição, maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores daquela substância proibida. Impondo a clandestinidade à distribuição e ao consumo, a criminalização favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando a possibilidade de adulteração, impureza e desconhecimento de sua potência, com riscos maiores daí decorrentes. As condições clandestinas em que se realiza o consumo geram, ainda, maiores tensões, podendo acentuar a problemática original sintomatizada por uma eventual adição, funcionando, assim, freqüentemente, como um realimentador na busca da droga. A isto se somam as

10. Para o modelo médico-sanitarista, a droga (tanto a lícita como a ilícita) é o agente que se apodera do sujeito que a hospeda. São os defensores desse modelo que utilizam expressões como "flagelo", "epidemia", "contágio" e, para denominar aqueles que são atingidos por esse agente, "enfermos". Apesar de suas limitações, esse modelo já foi um avanço em relação ao ético-jurídico, para o qual o usuário de drogas ilícitas é um delinqüente que merece, portanto, ser apenado. Tanto um modelo como o outro são muito reducionistas, não reconhecendo a complexidade do assunto, do ser humano e do meio. Sobre o tema, M. E. R. Blengio, Fernando Erosa. Psicología del consumidor de drogas. *Fascículo de Ciências Penais:* Drogas – Abordagem interdisciplinar, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 70-75, abr.-maio-jun. 1990.

11. LUISI, Luiz. A legislação penal brasileira sobre entorpecentes. Notícia histórica. *Fascículo de Ciências Penais:* Drogas – Abordagem interdisciplinar, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. inicial-final, abr.-maio-jun., 1990.

12. KARAM, M. L. Drogas: o processo legislativo. In: RIBEIRO, M. M., SEIBEL, S. *Drogas:* a hegemonia do cinismo. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 1997, p. 346-348.

limitações ao controle terapêutico-assistencial, a clandestinidade do consumo, pela revelação da prática de uma conduta tida como ilícita, sendo um natural complicador à procura do tratamento, cujo êxito, por outro lado, se condiciona, como é sabido, à voluntariedade de sua busca, o que é contrariado pela concepção expressa tanto na legislação vigente quanto nos projetos que pretendam alterá-la, a trabalhar com a imposição do tratamento". Verifica-se que o discurso da criminalização do usuário e sua inserção na esfera penal permanecem mais fortes do que nunca, embora a roupagem do texto seja sempre benévola e protetiva à sociedade.

3. Supremacia constitucional e discussões sobre o bem jurídico tutelado

É necessário esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro é elaborado como um sistema escalonado de normas, ou seja, as normas constitucionais, enquanto superiores, são as diretrizes que devem nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico. É o que se chama de princípio da supremacia imanente. É a Constituição quem dá o embasamento a todas as demais leis elaboradas sob sua égide, e não o contrário. A não ser assim, teríamos de admitir uma Constituição Federal atrelada e subordinada a leis hierarquicamente inferiores. Também é em razão desse princípio que as normas infraconstitucionais, para serem válidas, devem estar em consonância com aquelas da Carta Federal, sob pena de serem consideradas inconstitucionais. Do mesmo modo quando sobrevém nova Constituição, todas as regras anteriores a ela e que forem incompatíveis devem ser consideradas não-recepcionadas. A finalidade do princípio da supremacia constitucional, no dizer de Hartmann,[13] é garantir a liberdade da pessoa contra os abusos do poder estatal. Qualquer intervenção nessa área deve ser feita de forma proporcional (princípio da proporcionalidade) e de acordo com o princípio da dignidade, ou seja, respeitando-se o livre desenvolvimento da personalidade. É

13. HARTMANN, Arlete. Op. cit.

exatamente em função deste princípio que trazemos à colação a redação do inciso X do art. 5.º da CF/88: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". O direito constitucional à privacidade permite a liberdade de atuar nessa esfera, excluindo a intromissão do Estado. Interpreta-se a lei ordinária à luz da Constituição Federal, e não o contrário. Por fim, há que se lembrar que o Estado Constitucional, para ser reconhecido como tal, deve incorporar, como característica do próprio constitucionalismo,[14] o conteúdo humanitário naquilo que pretenda ser seu documento constitucional (o chamado catálogo de direitos).

Nesta linha de raciocínio, há que se falar no bem jurídico tutelado pelo malfadado art. 28 da Lei 11.343/2006. A noção de bem jurídico é extremamente relevante, pois a ciência penal não pode prescindir de uma base científica, nem do vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Cabe analisar quais os bens jurídicos que têm relevância para o Direito e quais o Direito infraconstitucional pode e deve proteger.[15] O cerne da tipicidade reside no bem jurídico e somente a partir dele é que se pode dar um conteúdo ao injusto, pois a tipicidade é bem mais do que a mera adequação da conduta ao tipo penal.[16] Por isso, o marco da pena é uma condição imposta pelo caráter valioso do bem.[17] Dessa forma, os bens jurídicos fundamentais devem ser tutelados pelo Direito Penal, e é a Constituição Federal quem define quais são esses valores, e não a legislação infraconstitucional. O princípio da intervenção mínima[18] preconiza que só se legitima a criminalização de um fato se este for o meio necessário para a proteção de um determinado bem

14. SANTOS, André Leonardo Copetti/MORAIS, José Luis Bolzan de. O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito. *Diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

15. HARTMANN, Arlete. Op. cit.

16. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 91.

17. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal*. São Paulo: RT, 1996, p. 40.

18. O uso de drogas é uma questão a ser trabalhada no âmbito educacional e médico, caso necessário. O tráfico ilícito de drogas deve ser tratado no âmbito repressivo jurídico-penal.

jurídico.[19] Esse princípio é complementado por outro, o da ofensividade ou da lesividade,[20] ou seja, o Direito Penal não se deve ocupar de bagatelas.[21] De nada adianta uma lei penal vigente, porém ineficaz (lembre-se o clássico exemplo do crime de adultério, enfim revogado). A vigência está no âmbito do "dever-ser", tem a ver com a validade da norma; a eficácia, na ordem do "ser", da realidade.[22] As normas penais devem ter eficácia, pois aí reside seu valor.

De mais a mais, há quem sustente tratar o art. 28 de um delito de perigo abstrato, violando o princípio da ofensividade e a própria presunção constitucional de inocência. Ora, com isto tampouco se pode concordar. Ao presumir legalmente o perigo afastar-se-ía o julgador da realização do exame probatório tendente a demonstrar a culpabilidade do indivíduo, desestruturando direitos e garantias fundamentais.[23]

O único bem jurídico a ser tutelado pelo art. 28 seria a saúde privada, não fosse a inconstitucionalidade, já referida. *In casu*, não há que se questionar se o comportamento em apreço é proibido ou permitido juridicamente ou moralmente, nem se a droga é "pesada", nem o tipo de uso que se faz: o Direito simplesmente não o alcança.[24] Assim, verifica-se que, sob o direito fundamental à privacidade, existem outros princípios constitucionais: o princípio do direito à diferença e o princípio de manter exclusividade nas escolhas pessoais,[25] tais como opções sexuais, preconceitos etc., sempre respeitados os direitos de terceiros. Concordamos com

19. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 25.

20. CARVALHO, Salo de. Op. cit.

21. O chamado princípio da bagatela ou da insignificância versa sobre a exclusão da tipicidade penal, inviabilizando a aplicação da pena. Até que a norma do art. 16 da Lei de Drogas venha a ser adequada ao sistema global do nosso ordenamento jurídico, e quando a quantidade de droga apreendida com o usuário for pequena, insignificante, este princípio pode e costuma ser invocado por tribunais de todo o país.

22. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Coimbra: Arménio Amado, sucessor, 1979.

23. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 92.

24. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias.* Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 122.

25. MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada.* São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 80 e ss.

Hartmann:[26] "Parece-nos que o direito fundamental à liberdade é flagrantemente superior, supremo, analisado sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, onde democracia, numa concepção moderna, significa respeito às diferenças. Mais ainda, quando é exercido sequer atingindo direitos de terceiros". Assim, no Brasil, tentativa de suicídio e autolesão não são condutas puníveis, exceto no caso da autolesão para fraudar seguro ou o serviço militar, casos em que o bem jurídico protegido não é a saúde individual. Além disso, o uso de álcool é regulamentado no país, a ponto de serem previstas condutas criminosas para aqueles que se embriagam e cometem delitos, como aqueles previstos no Código de Trânsito.

Disto concluímos que o novo art. 28 carece de bem jurídico constitucional-penal e, assim esvaziado, possui conteúdo de Direito Penal simbólico, o que o levará ao descrédito e ao escárnio público dentro em breve.

4. Princípios constitucionais ofendidos pela nova legislação

Inúmeros são os princípios constitucionais violados pela legislação brasileira de drogas, em conformidade com o Direito Penal do terror que possuímos hoje, como, por exemplo:[27]

- princípio da taxatividade, mediante o excessivo emprego de elementos sem precisão semântica e tipificações genéricas;
- princípio da humanidade, por meio da isenção de racionalidade e proporcionalidade das penas, especialmente em relação ao novo delito de tráfico;
- princípio da ofensividade ou da lesividade, pela incriminação de atitudes internas que não ultrapassam o âmbito do autor e que não afetam bens jurídicos (crime sem vítima, autolesão); e
- presunção de inocência, valendo-se da consideração de crimes de perigo abstrato, presumindo a culpabilidade do agente.

26. HARTMANN, Arlete. Op. cit, p. 110.
27. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 244.

Quanto ao princípio da legalidade, no que tange à questão da reserva legal pela utilização constante de normas penais em branco ousamos discordar da doutrina majoritária, posto que existem matérias em Direito Penal que necessitam do complemento, ainda que de caráter administrativo, já que nem tudo pode ser previsto pela lei penal, principalmente quando requer especificidades técnicas próprias de outros setores que não o jurídico, como é o caso.

Conforme Zaffaroni,[28] temos uma legislação latino-americana com uma tendência marcadamente autoritária e irracional na tipificação dos delitos, que propõe a equiparação dos atos tentados aos consumados, o tratamento idêntico dado a partícipes e autores, um esvaziamento dos bens jurídicos tutelados, chegando-se aos tipos penais de autor, com a inversão da máxima *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*, a violação à racionalidade e à humanidade das penas, mediante a fixação, na lei, de mínimas altíssimas, as quais impedem os juízes de quantificá-las em consonância com o conteúdo do injusto e com a culpabilidade. No plano processual, observam-se tendências na ampliação das faculdades dos órgãos de repressão, maiores limitações à defesa dos acusados, forte pressão sobre os juízes quando absolvem (mas não quando condenam) e, por fim, a tendência em subtrair as causas judiciais referentes a drogas dos juízes comuns para instâncias especiais ou especializadas.[29]

Se por um lado a política federal estadunidense (a mais repressiva do mundo ocidental) convive com o mais alto consumo de drogas (incluindo as lícitas), paradoxalmente vale lembrar que políticas como as de redução de danos tiveram e têm, localmente, em estados como a Califórnia, mais precisamente em San Francisco e Berkeley, fortes incentivos, sendo responsáveis por avanços incríveis em termos de saúde pública. Como exemplo, o San Francisco General Hospital, em parceria com a University of Califórnia/SF oferecem, gratuitamente (leia-se, com o apoio do Estado) à população, a substituição do uso de heroína pela metadona oral,

28. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit.

29. COLMANETTI, Cibelle, REY, Valquíria. Filhos e droga – o que fazer. *Correio Braziliense*, Brasília, 02.07.2000, p. 22-24.

um tratamento de substituição que troca uma droga por outra, mas cujos efeitos e conseqüências sobre o organismo e em relação à sociedade, são bem diversos. Por outro lado, o continente europeu tem avançado, a passos ainda mais largos, na descriminalização (que não se confunde com liberalização ou descontrole) do consumo de drogas. Na Espanha, há muito o uso de drogas não é crime, configurando o caso de multa administrativa, desde que tal consumo ocorra em público. Na Austrália, berço da redução de danos, milhões de dólares têm sido economizados ao evitar-se a criminalização do uso, posto que a redução de danos, ao admitir o usuário de drogas sem exigir-lhe a abstenção, consegue minimizar prejuízos em termos de saúde pública que só seriam conhecidos (e, possivelmente não tratados), diante de situações muito graves, em todos os sentidos.

Não cabe alegar que o consumo estimula o tráfico como se fosse possível uma sociedade sem consumo. Saindo da utopia, temos no plano pragmático que a venda ilegal poderia resultar imensamente reduzida se o mercado lícito e o próprio Estado a regulamentasse, tributando e controlando a venda e o uso, como se faz através das narcossalas, bastante utilizadas em âmbito europeu. Aliás, programas de trocas de seringas, por exemplo, já são realidade em parte do sistema penitenciário de países como Espanha e Portugal. Se o Brasil poderia ou não fazer da mesma forma é questão a ser estudada sem que deixemos de, pelo menos, conhecer e acompanhar as tendências do mundo contemporâneo.[30]

Apesar do uso de drogas permanecer previsto na novel legislação de drogas – que tem o mérito de unificar a parte material e a parte processual da matéria, revogando os retalhos das Leis 6.368/76 e 10.409/2002 – inexiste qualquer previsão de sanção privativa de liberdade. Isto significa uma nova (mas não suficiente) despenalização a partir do próprio diploma, e enseja a aplicação de medidas, dentre as quais, a "advertência", novidade nesta seara, a prestação de serviços à comunidade e a medida de comparecimento a programa ou curso educativo. As medidas

30. Dados a respeito das políticas de redução de danos e seus efeitos em termos de saúde pública e de economia aos Estados podem ser consultados em nossa obra: REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos:* prevenção ou estímulo ao uso de drogas injetáveis? São Paulo: RT, 2002.

poderão ser aplicadas isolada ou conjuntamente, mas em caso de descumprimento, caberá admoestação verbal e/ou multa, nada mais. Mesmo assim, lamentamos que o legislador não tenha avançado extirpando, definitivamente, o tipo penal em apreço, eis que carente de dignidade penal. A nosso juízo, o mais grave é o fato de tal tipo incriminador ter sido elaborado sob a égide de nosso vigente Diploma Maior (ao contrário da Lei 6.368/76, cuja redação era anterior a 1988) em uma cabal demonstração de ignorância em matéria constitucional. Portanto, todas as nossas críticas já feitas em trabalhos anteriores permanecem válidas, e o tipo penal do art. 28, ainda que vigente, está eivado de inconstitucionalidade.

Apenas para não deixar passar *in albis*, também aquele que semeia, cultiva ou colhe planta destinada à preparação de pequena quantia de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica teve seu tratamento jurídico previsto expressamente pelo § 1.º do artigo em comento. Antes, pairava a dúvida se a conduta era equiparada a tráfico, se era uma forma de uso, ou ainda, se era atípica. Agora, com a previsão, ao menos se evita à equiparação ao tráfico, o que era, infelizmente, uma praxe. Outra novidade que merece destaque é o tratamento do chamado "usuário-traficante". Ainda que se possa argumentar problemas que poderão advir, é interessante, sob o ponto de vista dos princípios constitucionais penais da legalidade, da lesividade e da proporcionalidade, que o usuário que compartilha um cigarro de maconha com alguém de suas relações não venha a sofrer a incidência do mesmo tipo legal que poderia ser aplicado a um poderoso traficante. Esta tipificação (art. 33, § 3.º) com uma pena mais adequada era uma necessidade dos nossos tempos.

5. Breves considerações sobre a hipótese descriminalizadora

A ilegalidade cria um poderoso fetiche a respeito das drogas.[31] Um outro problema derivado desta ilegalidade é a própria qualidade desta. Na Europa, as

31. PROCÓPIO, Argemiro. *O Brasil no mundo das drogas*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 204-205.

próprias máfias zelam por ela, basicamente por temerem que o *Drug Enforcement Administration* (DEA)[32] utilize a baixa qualidade das substâncias como mais um argumento contrário à sua utilização, pois quanto pior o produto tanto melhor para a política contra as drogas nocivas. Nos Países Baixos, autoridades no setor de saúde pública cuidam para que dependentes não se envenenem com drogas injetáveis adulteradas e perigosas.[33] Não é à toa que a violência brutal e a macro-criminalidade giram ao redor do nacotráfico, hoje de feições transnacionais. E isto lembra a conhecida observação feita por Kurt Schmoke, ex-Prefeito de Baltimore, que dizia: "Decriminalization would take the profit out of drugs and greatly reduce, if not eliminate, the drug-related violence that is currently plaguing aour streets".[34] Na Alemanha, uma das maiores autoridades em Direito Penal e atualmente ocupando a Vice-Presidência do Tribunal Constitucional, Winfried Hassemer[35] não hesita em defender a destruição dos mercados negros mediante a total descriminalização. Sustenta a idéia de que o assunto não é da alçada do Direito Penal, mas de política sanitária e de política de mercado, ou seja, "secar o mercado", torná-lo desinteressante.

Paradoxal e "coincidentemente", a macrocriminalidade relacionada ao tráfico de drogas (especialmente homicídios, verdadeiras execuções) encontra-se naqueles países cujas legislações são extremamente repressivas, como Venezuela (1984), República Dominicana (1988), Argentina (1989), Colômbia (1986), Paraguai (1988), Chile (1985), Bolívia (1988), Costa Rica (1989) e Brasil (agravada pela Lei 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos). Nesses países, costuma-se associar todo usuário a delinqüente e a traficante em potencial. Não se está punindo uma ação, mas uma personalidade.[36] Também chama a atenção que estes países

32. *Drug Enforcement Administration*, criado em 1973, nos Estados Unidos, e sucessor do *Federal Bureau of Narcotics* – FBN.

33. PROCÓPIO, Argemiro. Op. cit., p. 216-217.

34. SCHMOKE, Kurt L. Drugs: a problem of health and economics. *The crisis in drug prohibition*. Waschington D.C., Cato Institute, 2003, p. 11.

35. HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 96.

36. HARTMANN, Arlete. Op. cit.

são, geralmente, percebidos mundialmente como os vilões, enquanto que famosos produtores de ópio, como a Birmânia, o Vietnã, Laos, Camboja, Paquistão e Turquia, entre outros, não são tratados com a mesma política aplicada aos latino-americanos. A imprensa ocidental pouco comenta sobre o papel do Paquistão na produção de drogas, mais forte do que o da própria Colômbia. Quase ninguém escreve sobre os poderosos cartéis de Peshawar e de Lahore.[37]

Posições radicais, hermeticamente fechadas, como as adotadas em nível federal pelos Estados Unidos,[38] por exemplo, têm levado vários países a deixar de discutir as vantagens ou desvantagens de outros modelos, priorizando tão-somente as ações repressivas e de controle da oferta. Como acabamos de demonstrar, cada país elege uma determinada forma para tratar esse dilema. Quando mencionamos a idéia da descriminalização, não estamos dizendo que a legalização da conduta significará a total liberação do consumo, muito menos o descontrole estatal. Também precisamos esclarecer que a estratégia de redução de danos não pressupõe a descriminalização do uso de drogas. A partir do momento que instituições tais como a Organização Mundial da Saúde passaram a defender a idéia da redução de danos, sobre a qual teceremos alguns comentários em seguida, restou evidente que essa estratégia não possui um vínculo absolutamente necessário com a posição legalizadora.

6. Tendências político-criminais adotadas

Com certo matiz histórico e jurídico, passamos a analisar as duas grandes vertentes político-criminais que foram apresentadas como possíveis e complementares na legislação anterior (Lei 10.409/2002) e que foram objeto de uma nova

37. LABROUSSE, Alain. *La drogue, l'argent et les armes*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1991, p. IV.

38. Wodak refere que nos Estados Unidos estão proibidas verbas federais para programas de trocas de seringas (PTS), havendo, no entanto, 55 PTS que realizam essas trocas e são responsáveis pela distribuição de oito milhões de seringas estéreis. Sobre o assunto, WODAK, Alex. Redução de danos e programas de troca de seringas. In: BASTOS, Francisco Inácio, MESQUITA, Fábio, MARQUES, Luiz Fernando (Org.). *Troca de seringas:* ciência, debate e saúde pública. Brasília: Ministério da Saúde – Coordenação Nacional de DST e AIDS, 1998, p. 66.

tomada de rumos, muito mais interessante, na Lei 11.343/2006. Falamos aqui nos modelos chamados de Justiça Terapêutica e Redução de Danos.

Já no início do século XX havia uma concepção sanitária do controle do tráfico, sendo que o consumo de drogas não era massivo, mas ligado a grupos exóticos, a um "universo misterioso", sem significação econômica. O usuário era intermediado pelos saberes higienistas, tratado como doente, com técnicas similares às utilizadas em relação ao contágio e infecção da febre amarela e varíola. O usuário não era criminalizado, mas era objeto de notificações compulsórias para internação com decisão judicial informada com parecer médico. Afora isso, medidas de segurança pré-delitivas baseavam-se em juízos de periculosidade social (não criminal) como no caso dos ébrios, das prostitutas, dos "drogados" e vagabundos.

Hoje, na chamada pós-modernidade ou modernidade tardia, encontramos a réplica (e o retrocesso) ao modelo referido na chamada Justiça Terapêutica, atuando na contramão das políticas descriminalizantes. Zaffaroni[39] menciona que o usuário de drogas permanece visto segundo a perspectiva do binômio doente-criminoso. De qualquer maneira, seja por meio de uma pena, seja mediante uma medida de segurança, o usuário acaba submetido a uma sanção penal. Diz Mathias Flach, magistrado gaúcho aposentado e ex-presidente do antigo Conselho Federal de Entorpecentes, hoje SENAD (sob o comando de um General do Exército), comentando o modelo de Justiça Terapêutica: "Sob uma aparência de liberalidade, ele apenas reitera o sistema existente, a visão do crime e castigo. Se o dependente químico não se recupera com o tratamento, o que ocorre em grande parte dos casos, e é apanhado novamente com drogas, acaba indo para a cadeia de qualquer jeito. Cria-se uma estrutura cara e pesada, com uma série de organismos para chegar aos mesmos resultados. O modelo força usuários de drogas não dependentes, que são a maioria, a fazerem um tratamento de que não precisam. É um simulacro, um faz-de-conta que não mexe no essencial: perceber que a Justiça e a Polícia têm pouca contribuição a dar no combate

39. ZAFFARONI, Eugênio Raul. La legislación 'anti-droga' latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. *Fascículo de Ciências Penais*: Drogas – Abordagem Interdisciplinar. Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 16-25, abr.-mai.-jun., 1990.

ao consumo de drogas. O papel delas é combater o tráfico organizado. Consumo de drogas é uma questão de saúde pública e prevenção. Enquanto o usuário não representa uma ameaça social, não tem porque ser condenado pela Justiça e ir para a cadeia".[40] Bastante claro o posicionamento do ex-Ministro da Justiça, José Carlos Dias: "Quando o mundo começa a se inclinar – não digo os Estados Unidos, que são outra coisa – e ver que a questão da droga deve ser encarada com inteligência, e que o uso da droga é um problema de saúde, de educação, e não um problema de polícia, o que é defendido no Brasil? Que o usuário seja submetido a tratamento. Então, nesse caso, vou ser submetido a tratamento porque bebo álcool? Não, só se eu for alcoólatra. Aí me submeto a tratamento por vontade própria. E depois, eu faço da minha vida, do meu corpo, o que eu quero, desde que não atrapalhe os outros. Isso é um trabalho de convencimento. Não é pena que resolve".[41]

Ainda em relação ao assunto, diz Franco que a Constituição Federal consolidou o princípio da secularização, incompatível com o modelo de "tratamento", pois o direito de não ser tratado é parte integrante do direito de ser diferente. Com o tratamento compulsório, a preservação da interioridade (verdadeira esfera do inegociável e inatingível) fica profundamente abalada pela imposição legal da recuperação do condenado, não podendo ser admitida sua assimilação pelo ordenamento jurídico desde um processo necessário de filtragem constitucional.[42] Ademais, desde a Reforma Penal de 1984, não se pode aplicar medida de segurança a sujeitos imputáveis, pois foi exatamente esta uma das grandes conquistas que obtivemos com o câmbio de um sistema de duplo binário para o vicariante.

Gomes, recentemente, referiu que se tem posicionado em favor da redução de danos e contrariamente ao modelo de Justiça Terapêutica, eis que aquela respeita a dignidade humana, o direito a ser diferente, além de ser muito mais sensata e

40. Tratamento para viciados substitui penas. *Zero Hora,* Porto Alegre, 08.06.2001, p. 36.

41. BARROS E SILVA, Fernando de. Dias vê retrocesso político na segurança. *Folha de S. Paulo*, 27.01.2002, A10.

42. Apud FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal:* breves anotações sobre a Lei 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 106.

razoável.[43] Ademais, segundo Carvalho:[44] "O indivíduo que necessita tratamento e educação (sistemas 'informais') somente os terá se não for selecionado pelas agências estatais. O dependente somente poderá optar por tratamento se, durante o processo de drogadição, o sistema penal não criminalizar sua conduta, caso contrário, ou o tratamento será obrigatório, rompendo com a perspectiva da prevenção, ou o dependente sofrerá processo de rotulação pela incidência do controle formal. Tratamento e prevenção são totalmente incompatíveis com a lógica da criminalização". Reitera o mesmo autor: "Desde uma visão garantista (jurisdicionalizada) inconcebível obrigar o sujeito a qualquer tipo de medicina, eis se preserva, na otimização da estrutura secular, seu direito à perversidade, seu direito de ser e continuar sendo quem deseja (livre arbítrio), sua capacidade de autodeterminação".[45]

Adotar o modelo da Justiça Terapêutica significa reafirmar a criminalização do usuário, ainda que o discurso esteja protegido sob um manto de benevolências, algo estratégico e inteligentemente criado e realizado dentro da política proibicionista da guerra às drogas norte-americana e que, infelizmente, tem convencido muitas pessoas a acreditar nesta ilusão perniciosa e violadora de direitos fundamentais. A propósito, vale referir que nos Estados Unidos o modelo de Justiça Terapêutica, constantemente revisado através da Proposition 36, votada popularmente, apresenta peculiar razão de ser. É que num país com uma das legislações mais repressivas do mundo, o fato de a população passar a enxergar o usuário não mais como um delinqüente, é bastante significativo e promissor. Entretanto, no Brasil, onde a opção político-legislativa já está mais avançada, tal passo seria um enorme retrocesso.

Por fim, o novo instrumento legal permitirá ao juiz que aplique uma medida de comparecimento a programa ou curso educativo. Com isso, restará proibida qualquer possibilidade de internar o usuário como se doente fosse, em âmbito criminal. A Justiça Terapêutica, enquanto meio de tratamento, está descartada.

43. GOMES, Luiz Flávio. Nova competência dos juizados criminais e seus reflexos práticos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 9, n. 110, p. 3-4, jan. 2002.

44. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 204-205.

45. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 286-288.

No fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas (art. 19, III, da legislação ora em comento) encontra-se o resumo político-criminal da opção legislativa. A autonomia do indivíduo será mais respeitada, de acordo com os ditames constitucionais e com os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito, que permite a tentativa de suicídio e a autolesão (como regra), mas que por razões nada laicas, teima em situar o usuário de drogas dentro de um binômio delinqüente-doente, muito aproveitado pelos discursos demagógicos e de Direito Penal simbólico. Diante de legislação incriminatória severa, o legislador convence a sociedade de que o problema está resolvido, criando uma sensação de segurança, quando, na verdade, a população deveria estar exigindo do Poder Legislativo a melhoria na qualidade dos serviços prestados pelo Estado.[46] Assim, políticas de tolerância zero, discursos reducionistas (e obsoletos) como o "diga não às drogas[47] e modelos que exigem abstinência total e a qualquer preço possuem uma nota comum: buscam a "cura" do sujeito através da imposição de uma verdadeira medida de segurança travestida de sanção penal (Justiça Terapêutica), aplicando tratamento a sujeitos imputáveis, solapam com a categoria da culpabilidade, construída e permanentemente reestudada ao longo de mais de duzentos anos.

Além do êxito que isto significa em termos de secularização do Direito Penal brasileiro, a redução de danos veio contemplada em inúmeros artigos da nova lei, cabendo destacar que, dentre as atividades de prevenção do uso indevido de drogas os seguintes princípios e diretrizes deverão ser respeitados, conforme redação da nova legislação:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a *redução dos fatores de vulnerabilidade e risco* e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

46. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 199.

47. Sobre programas preventivos como o DARE (também chamados de "*feel good programs*" e sua pouca efetividade, com custos elevadíssimos aos cofres públicos americanos, vide nossa pesquisa: REGHELIN, Elisangela Melo. *DARE e prevenção de drogas nas escolas*: um caso de polícia? Anais do X EDUCAIDS – Encontro Nacional de Educadores na Prevenção da DST/AIDS e Drogas. São Paulo, junho 2006.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

VI – *o reconhecimento do "não-uso", do "retardamento do uso" e da redução de riscos* como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à *redução dos riscos e dos danos* associados ao uso de drogas.

7. Considerações finais

Como se pode observar, apesar da nova lei de drogas distar, no plano político criminal, do ideal da descriminalização, *tomou duas* importantes decisões: a exclusão da justiça terapêutica e a adoção do modelo de redução de danos. A redução de danos finalmente é reconhecida pela legislação especial brasileira de forma bastante solidificada. Tal política criminal e de saúde pública vem sendo adotada oficial e internacionalmente desde a década de 60, porém seus princípios remontam à Antigüidade grega, desde o juramento socrático. Admitindo o usuário de drogas sem exigir comportamentos radicais, os programas de saúde tendem a obter resultados mais efetivos e de longo prazo, economizando os parcos recursos públicos em termos de saúde e de justiça e segurança pública, sem adentrarmos aqui os benefícios humanitários e de (re)inserção social daí decorrentes.

Não restou dúvida de que o legislador brasileiro, depois de sofrer duras e merecidas críticas ao longo das últimas três décadas, finalmente proclamou a adoção, completa e integral das políticas de redução de danos, e o abandono de práticas de Justiça Terapêutica. Não é função do Direito Penal curar ou tratar; seu papel é limitador das funções punitivas estatais, e por isso mesmo, sua legitimação (bem como a legitimação das penas) deve ser buscada na própria legitimidade do Estado. Um Estado democrático e de índole secular não poderia fundar seu Direito Penal em fins morais ou religiosos, nem meramente preventivos (muito menos em fins puramente preventivos gerais), nem renunciar às discussões e tendências mais modernas em política criminal.

O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal[1]

Fabio Roberto D'Avila

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Alemanha). Bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (AvH Stiftung/Ano 2006).

"Freude, schöner Götterfunken
Tochter aus Elysium,
Wir betreten feuertrunken,
Himmlische, dein Heiligtum!
Deine Zauber binden wieder
Was die Mode streng geteilt;
Alle Menschen werden Brüder,
Wo dein sanfter Flügel weilt."
(SCHILLER, *An die Freude*, 1785)[2]

Sumário: 1. Palavras prévias – 2. O nosso tempo e o nosso direito penal – 3. Política criminal. Lugar de chegada? – 4. Da crítica hermenêutico-aplicativa a uma nova dogmática penal – 5. Considerações finais.

1. Este artigo corresponde, no essencial, ao painel por nós apresentado em 30.08.2006, por ocasião do 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo.

2. "Alegria, formosa centelha divina, /Filha de Elíseo, /Ébrios de fogo entramos, /Oh, divina, em teu santuário! /Tua magia volta a unir /O que o costume rigorosamente dividiu; /Todos os homens tornam-se irmãos, /Ali onde teu doce vôo se detém" (Ode à Alegria, *Nona Sinfonia de Beethoven* (Friedrich Schiller, 1785)).

Resumo: Em tempos de ascensão da política criminal no âmbito da ciência conjunta do direito penal e de exponencial incremento da complexidade das relações sociais, a presente reflexão propõe o fortalecimento da ciência normativa do direito penal, constitucionalmente informada, diante dos interesses político-criminais, como tarefa indispensável para a manutenção da racionalidade no direito penal contemporâneo. Não o retrocesso à uma insípida normatividade formalista, em que o jurista é mero fazedor de silogismos, mas, antes, o fortalecimento da ciência normativa do direito penal, enquanto lugar por excelência de convergência e afirmação dos direitos e garantias fundamentais. De uma ciência normativa constitucionalmente orientada, atenta a elementos de legitimidade formal e material, e cujo conhecimento deva servir à vida.

Abstract: In times of criminal policy ascension in the field of joint sciences, criminal law and exponential increase of social relations complexity, this reflection seeks to strengthen the normative science of criminal law, constitutionally informed, in the face of criminal-political interests, as an indispensable task for rationality maintenance of contemporary criminal law. Not the retrocession to an insipid formalist normativity, in which the jurist is merely a maker of syllogism, but, first, the strengthening of the normative science of criminal law, while there is room for excellence of convergency and the affirmation of fundamental rights and guarantees. From a normative constitutionally oriented science, it considers the elements of formal and material legitimacy, and whose knowledge should serve for life.

Palavras-chave: Ciência conjunta do direito penal – Política criminal – Direito penal normativo – Dogmática penal – Direito penal secundário – Funcionalismo – Limites normativos do direito penal – Legitimidade penal – Bem jurídico – Ofensividade.

Keywords: Joint science of the criminal law, criminal politics, normative criminal law, penal dogmatic, secondary criminal law, functionalism, normative limits of criminal law, criminal legitimacy, legally protected interest, offensivity.

1. Palavras prévias

Uma qualquer reflexão, minimamente comprometida, sobre o espaço do direito penal no século XXI deve começar, já em suas primeiras linhas, e assumidamente, por defraudar expectativas. Quer a amplitude do conceito de direito penal, quer o ecletismo, ainda que dentro de um mesmo espaço de juridicidade, da atual ciência jurídico-penal conduziria um discurso breve, como o que ora nos propomos, a níveis tais de abstração e superficialidade que muito distante estaria de algum, ainda que ínfimo, contributo. Também as particularidades sociais e culturais de cada comunidade, uma vez ignoradas em favor de uma ingênua unidade e uniformidade de análise, levariam, por certo, a descrições e prognósticos mais românticos que propriamente condizentes com a realidade social e o desenvolvimento das idéias penais. O que, todavia, e diga-se desde já, não significa, de modo algum, reconhecer a inexistência de problemas e respostas comuns ou, mais propriamente, de linhas capazes de marcar com traços fortes o direito penal no nosso tempo. Pelo contrário, indica, isso sim, a inafastável necessidade de circunscrevermos a nossa análise, a fim de tornar possível o denotar destes traços, mas também compreendê-los em seu contexto e significado, para, só então, aos poucos, surpreendermos, no direito penal contemporâneo, algumas feições.

Conscientes e obrigados por este preciso e comedido propósito, não nos resta senão uma análise pontual da problemática penal no século XXI, centrada no que acreditamos ser uma de suas linhas mais expressivas: o papel da ciência normativa do direito penal diante das atribuições que lhe são impostas, com cada vez mais frequência e insistência, pela política criminal contemporânea.

2. O nosso tempo e o nosso direito penal

Já suficientemente noticiadas nos mais diversos âmbitos do conhecimento e vivenciada, de forma irrestrita, por todas as comunidades, as transformações so-

ciais das últimas décadas têm sido intensamente marcadas por uma incomum e, de regra, preocupante profundidade e velocidade. Quer queiramos chamar o conjunto destas transformações de contemporaneidade, pós-modernidade, modernidade tardia, ou, ainda, identificar determinados quadros sociais como sociedade do risco, sociedade de consumo, sociedade de informação, ou qualquer outra coisa do gênero – conceitos, aliás, frequentemente referenciados a elaborações teóricas, no mais das vezes, abertas a críticas de diversas ordens –, o fato é que, e isso sim é indiscutível, tais transformações operam em um contexto social fortemente caracterizado pelo aumento da complexidade das relações e, por consequência, também dos respectivos espaços de conflitualidade, aos quais, acrescente-se, tem sido invariavelmente chamado a intervir o direito penal.[3]

As razões e o aprofundamento teórico de uma tal constatação não podem, todavia, por razões óbvias, ser aqui considerados. Mais vale neste momento, e à luz do nosso preciso objetivo, destacar algumas de suas repercussões jurídicas. E, para tanto, basta tomarmos, a título de ilustração, dentre tantos exemplos que poderiam ser aqui mencionados, um fato de particular característica ocorrido no último ano, na cidade de Porto Alegre, o qual conjuga elementos, até pouco tempo atrás, irrelevantes ao direito penal, pela simples razão da sua inviabilidade prática.

3. Ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal.* Parte geral. t. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 126 ss.; BORGES, Anselmo. O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *RPCC*, 1 (2000), p. 7 ss.; WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts* – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker e Humblot, 2000, p. 29 ss. e p. 43 ss.; HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *ZRP*, 10 (1992), p. 378 ss.; PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko.* Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993, passim; HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *RPen*, 4 (1999), p. 56 s.; STELLA, Federico. *Giustizia e modernità.* La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 3 ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal. *RPen*, 5 (2000), p. 48 s.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 149 ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001, p. 64 ss. Ver, também, D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. *Stvdia Ivridica* n. 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 23 ss.

No mês de julho de 2006, um jovem de 16 anos anunciou o seu suicídio no *blog* que mantinha na Internet e obteve, através de fóruns de discussão na rede mundial de computadores, para além de apoio e incentivo ao suicídio, dicas para a sua realização. Um mês antes do fato, o adolescente já havia pedido informações sobre os melhores métodos para cometer suicídio e quatro pessoas haviam se manifestado, dando-lhe sugestões. Durante a sua realização, que fora anunciada, inclusive, com hora de início em seu *blog*, internautas de diversos lugares do mundo, acompanhavam em tempo real, fazendo perguntas e dando dicas de como proceder, para que o suicídio obtivesse êxito. Enquanto isso, uma canadense, que obteve, também através da Internet, o endereço residencial do adolescente, entra em contato com a polícia de seu país que, por sua vez, comunica a polícia federal de Porto Alegre. Em minutos, a Brigada Militar é informada e envia uma equipe ao local, que, todavia, já encontra o adolescente sem vida. Em torno de 40 minutos após a primeira comunicação, a canadense obtém a notícia do falecimento.[4]

A expressividade do exemplo deixa pouco a ser dito. Como se pode facilmente perceber, o presente caso não só retrata uma realidade apenas possível nos dias de hoje, como, e principalmente, põe à mostra elementos novos com os quais são tecidas as relações sociais no nosso tempo. Uma tessitura social de tamanha complexidade e velocidade que nem tanto em perguntas ou respostas abertas revela o que possui de mais característico, e sim já no próprio reconhecimento jurídico, difícil reconhecimento jurídico, diga-se, dos fenômenos sociais por ela desencadeados.[5] Certo, porém, é que, apesar disso, esta nova realidade social toca,

4. Mais informações podem se encontradas em www.denunciar.org.br/twiki/bin/view/SaferNet/Noticia20060810224501, acesso 26.12.2006.

5. Não há dúvida de que a raiz da norma penal descansa no reconhecimento e compreensão de fenômenos sociais. A isso, já referia-se, e com razão, Max Ernst Mayer. As normas penais, observa Mayer, garantem a defesa de certos interesses – entendidos, aqui, como sinônimo de bens –, nomeadamente aqueles que ao Estado aparecem como dignos de proteção e carentes de tutela. Interesses cuja lesão deve e pode ser evitada e punida através do mais energético instrumento estatal de proteção. A função do Direito não é, pois, "a produção, mas o reconhecimento de interesses" (MAYER, Max Ernst. Der allgemeine Teil des deutschen

desde logo, sensivelmente, em muitos pontos de tradicional interesse do direito penal, dotando, também eles, de igual complexidade. Mas não só. Faz também surgir espaços de conflitualidade absolutamente novos, nos quais o chamamento, às pressas, do direito penal tem sido, lamentavelmente, uma constante. Daí não surpreender as dificuldades da ciência jurídico-penal, com seu peso teórico, em reconhecer adequadamente os novos problemas que lhe são apresentados e, quando efetivamente necessário, formular respostas penais minimamente ajustadas.

Esta é uma realidade que parece bem demonstrar, *v.g.*, (a) o esvanecer de conceitos fundamentais como vida e morte, a transitar de um espaço de razoáveis certezas a um âmbito estritamente técnico, no qual as linhas que tradicionalmente demarcaram as suas fronteiras se desfazem diante dos avanços tecnológicos e descobertas científicas; (b) a política criminal de entorpecentes, epicentro de um sem número de outros crimes como homicídios, tráfico de armas, corrupção, lavagem de capitais, etc., que, já algum tempo, abandonou o circunscrito terreno da saúde pública, para se afirmar como um dos principais problemas sócio-econômicos não apenas em nosso país; (c) no âmbito do direito penal econômico e ambiental, o surgimento e incremento de bens jurídicos espiritualizados, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, e as sérias, muitas vezes insuperáveis, dificuldades enfrentadas na imputação do fato criminoso; (d) no âmbito do direito penal internacional, a aproximação de duas tradições jurídicas diversas, a *common law* e a tradição européia continental,[6] na qual mesmo conceitos fundamentais

Strafrechts. *Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923, p. 21). E exatamente deste preciso e matricial momento, isto é, do correto "reconhecimento" (*Annerkenung*), por parte do Estado, dos respectivos interesses (bens) em questão, que depende a igual correção dos juízos de dignidade (*Schutzwürdigkeit*), carência (*Schutzbedürftigkeit*) e possibilidade de tutela (*Schutzfähigkeit*). De sorte que mesmo a mais ligeira incompreensão dos fenômenos sociais podem resultar, no âmbito da normatividade penal, em desvios de muito difícil correção, o que, por certo, cresce em relevo quando, à luz do nosso tempo, tais contornos perdem, significativamente, em intensidade e nitidez.

6. Ver CADOPPI, Alberto. Civil law e common law: contrapposizione sistemica o culturale? In: *Il diritto penale nella prospettiva europea*. Quali politiche criminali per quale Europa? Org. por Stefano Canestrari e Luigi Foffani. Milano: Giuffrè, 2005, p. 99 s.

como bem jurídico não encontram lugar seguro;[7] (e) e, por fim – certamente não o maior, mas, ao menos, o mais mediático problema da atual política criminal em âmbito internacional – o terrorismo, cuja política de combate é responsável pela instituição de práticas penais arbitrárias, restrição e supressão de direitos, entre outros tantos desdobramentos práticos e teóricos que, reunidos, representam, ao nosso sentir, uma das maiores crises já experienciadas pelo modelo de Estado Democrático de Direito.

Estas transformações, tomadas em seu conjunto, significam, dentre outras coisas, um aumento significativo da tutela penal, normalmente coincidente com o que se costumou chamar de "direito penal secundário" (*Nebenstrafrecht*), isto é, com um direito penal que se forma ao lado do direito penal tradicional, codificado, a partir da previsão de normas penais em leis extravagantes, avulsas, *rectius*, não codificadas.[8] Mais. Significam também, com toda a ressonância que isso implica nos quadros da teoria do crime, uma profunda alteração da matéria de proibição e das técnicas de tutela adotadas. Para tanto, basta perceber as diferenças estruturais que caracterizam, de um lado, tipos penais tradicionais como o homicídio, a lesão corporal e o furto, em que se dispõe de um bem jurídico individual, um o

7. Contudo, e isso bem assinala Fiandaca, muito embora a noção de bem jurídico seja uma construção da doutrina penal européia continental, é possível surpreender fortes traços de semelhança com o "princípio de dano ao outro" (*Harm principle to others*) da tradição anglo-saxônica, a qual remete aos estudos de John Stuart Mill (FIANDACA, Giovanni. Nuovi orizzontti della tutela penale della persona. In: *Il diritto penale nella prospettiva europea*. Quali politiche criminali per quale Europa? Org. por Stefano Canestrari e Luigi Foffani. Milano: Giuffrè, 2005, p. 176 s.). Sobre a relação entre o conceito de bem jurídico e denominado *Harm principle*, ver, principalmente, HIRSCH, Andrew von. *Fairness, Verbrechen und Strafe*: Strafrechtstheoretische Abhandlungen. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 69 ss.

8. Sobre a distinção entre "direito penal clássico ou codificado" e "direito penal secundário", consultar FARIA COSTA, José de. Noções fundamentais de direito penal. *Fragmenta Iuris Poenalis*. Lições proferidas ao 3.º Ano 2006/2007 (policopiado), p. 20 ss.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., [n. 101], p. 115 s.; e, do mesmo autor: Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português, In: *Direito penal secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Org. por Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13 ss.

sujeito ativo identificado na pessoa física, e uma relação de imputação verificável a partir dos critérios teóricos já desenvolvidos, e, de outro, tipos do direito penal secundário, como, *v.g.*, o crime poluição (art. 54 da Lei 9.605/98), de extração não-autorizada de minerais (art. 44 da Lei. 9.605/98) e de depósito para venda de produtos impróprios para o consumo (art. 7.º, IX, Lei 8.137/90), em que o bem jurídico perde em densidade ao assumir uma dimensão supra-individual, o sujeito ativo se confunde com a pessoa jurídica, o sujeito passivo é difuso, e os critérios de imputação se vêem diante de relações de causa e efeito, em que a cumulatividade de fatores, a ocorrência de efeitos sinergéticos,[9] a dilação temporal entre conduta e resultado ou mesmo o caráter, muitas vezes, transfronteiriço deste último,[10] fazem-nas de difícil, senão mesmo, impraticável verificação.

Há, nesta medida, a todas as luzes, um inequívoco afastamento do modelo de direito penal que assinalou o iluminismo e, com isso, também fundadas dúvidas tanto sobre a presença do direito penal nestes novos espaços, logo sobre a dignidade penal dos referidos bens, quanto sobre a forma como se tem dado esta presença, isto é, sobre a forma através da qual o direito penal tem oferecido esta tutela. E é exatamente por estes dois questionamentos fundamentais, *pela crítica responsável, juridicamente comprometida, da existência e estruturação do direito penal secundário, que passa o papel do direito penal no novo milênio.* Tarefa irrenunciável de todos aqueles que, de forma empenhada e responsável, se debruçam sobre as coisas do direito penal.

9. O conceito de efeito cumulativo ou, simplesmente, cumulação é normalmente empregado, na literatura penal, como supraconceito referente a efeitos que resultam do somatório de inúmeros fatores, sem, todavia, expressar a forma específica como se dá esta interação (RONZANI, Marco. *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht.* Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1992, p. 45). A noção de efeitos sinergéticos, por outro lado, destaca a existência de uma interessante especificidade no que se refere a forma de ocorrência da referida cumulação, nomeadamente o fato do efeito conjunto dos múltiplos fatores ser maior que a soma do prejuízo de cada um deles (DAXENBERGER, Matthias. *Kumulationseffekte.* Grenzen der Erfolgszurechnung im Umweltstrafrecht, Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 17).

10. MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen.* Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, passim.

Todavia, partindo do acerto de uma tal proposição, uma pergunta se coloca desde pronto, assumindo-se como verdadeiro *Leitmotiv* das reflexões que seguem: *seria esta crítica, uma crítica de acento político-criminal?*

3. Política criminal. Lugar de chegada?

Desnecessário é aqui demonstrar, já que as evidências falam por si, que a "ciência conjunta do direito penal"[11] vive, como nunca antes, dias de forte ascensão da política criminal, de uma política criminal expansionista e irresponsável. Habituamo-nos a receber leis elaboradas de forma apressada, sem, sublinhe-se, qualquer participação da comunidade acadêmica, e cuja aplicação, no mais das vezes, se revela senão difícil, mesmo inviável. O resultado é, pois, o somatório de papéis a um já grande número de leis que não aspiram qualquer aplicabilidade. E isso, devemos salientar, está longe de ser um problema estritamente brasileiro. Parece-nos apenas que, entre nós, particularmente, nem mesmo a crítica a um direito penal simbólico encontra hoje algum sentido. Mesmo o malogrado simbolismo penal, o tão criticado, e com boas razões, simbolismo penal, parece haver se esvaído diante da excessiva falta de racionalidade da política criminal brasileira.

Neste sentido, referindo-se, porém, ao contexto político-criminal alemão, observa Hassemer que "enquanto no nosso campo, ainda nos anos cinqüenta e sessenta, foram realizadas reformas pensadas e ponderadas – como hoje também ocorre em alguns âmbitos do direito, como, por exemplo, no direito das obrigações –, as reformas das leis penais tem se caracterizado já há algum tempo pela sua precipitação e hermetismo. Só um pequeno círculo sabe o que irá ocorrer, antes

11. A expressão "ciência conjunta do direito penal" (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) remonta ao trabalho de Franz von Liszt, o qual, com ela, pretende reunir, sob um mesmo conceito, a criminologia, o direito penal normativo (dogmática penal) e a política criminal (ver LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. v. 1. Berlin: Guttentag, 1905 (reimp. por Walter de Gruyter, 1970), p. 290 ss., principalmente, 293 s.).

que ocorra, e os penalistas não fazem parte dele. A crítica de cada penalista *post festum* não tem nenhum efeito nos políticos".[12]

Mas, se isso é verdade, se tanto a promoção político-criminal, quanto o seu desacerto são, em realidade, fatos sensíveis não a um único e delimitado espaço de juridicidade ou afeitos a uma específica estrutura social, ainda mais fácil é de perceber que outra não poderia ser a sua repercussão em âmbito normativo-principiológico, senão a abertura de largas faixas de oposição, de zonas de forte tensão entre os interesses político-criminais e os princípios e regras reitores da normatividade penal. Isso, porém, por um lado.

Por outro, não se pode esquecer que o fortalecimento da política criminal nos dias de hoje não encontra assento apenas na prática política dos Estados. Pelo contrário, encontra igualmente forte apoio em orientações teóricas de já consolidado significado teórico-científico, caracterizadas, predominantemente – resguardadas, por óbvio, as suas diferenças em termos de conformação e intensidade –, pelo tom funcionalista. Sentido em que podemos surpreender, entre outros,[13] o entendimento de Figueiredo Dias, segundo o qual, o predomínio e a transcendência da política criminal, por ele propostos, no âmbito da ciência conjunta do direito penal, encontram particular expressão em duas significativas consequências. Primeiro, no fato de que as categorias e os conceitos básicos da dogmática penal passam não mais a serem apenas "penetrados" ou "influenciados" pelas orientações político-criminais, mas "devem ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema". Segundo, que a política criminal "torna-se em ciência competente para, em último termo, definir os

12. HASSEMER, Winfried. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit. In: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende. Rückbesinnung und Ausblick*. Org. por Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. München: Beck, 2000, p. 41.

13. Também, ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. v. 1, 4. ed. München: Beck, 2006, p. 227 ss.

limites da punibilidade".[14] O que, todavia, como busca salientar o autor, deve se dar dentro do quadro de valores e interesses estabelecido pela Constituição, eis que também a política criminal, embora extra-sistemática em relação ao direito penal normativo, é imanente ao sistema constitucional.[15]

Outras orientações funcionalistas, porém, não parecem conhecer qualquer limite que seja, quando se trata de atender aos interesses políticos estabelecidos pelo Estado. E outro não poderia ser aqui o exemplo, exceto a já tão debatida doutrina de Günther Jakobs, com seu direito penal do inimigo.[16]

A proposta de Jakobs, no ponto que ora nos interessa, é bastante clara e pode ser, em traços grossos, assim traduzida: certos interesses do Estado devem ser perseguidos independente do custo que eles impliquem. É dizer, identificada a guerra contra o terrorismo como um objetivo a ser perseguido pelo Estado, esta deve ser conduzida mesmo a custo não apenas do mais elementar direito fundamental em qualquer Estado Democrático de Direito, mas do direito sobre o qual a própria noção de Estado de Direito se constrói: o direito de nascer indiferenciado, o direito de deter, como atributo do simples nascimento, os mesmos direitos e garantias de qualquer outro cidadão, o direito de nascer como e ser sempre, indistintamente,

14. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., [n.101], p. 32 s.

15. Idem, p. 34.

16. Sobre o tema, ver JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Org. por Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt. München: Beck, 2000, p. 47 ss.; JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003; PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências atuais em direito penal e política criminal. *RBCCrim*, 47 (2004), p. 31 ss.; JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW*, 117 (2005), p. 839 ss.; ALBRECHT, Peter-Alexis. 'Krieg gegen den Terror'. Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. *ZStW*, 117 (2005), p. 852 ss.; HEGER, Martin. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2005 in Frankfurt/Oder. *ZStW*, 117 (2005), p. 882 ss.; D'AVILA, Fabio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: *Sistema penal e violência*. Org. por Ruth Maria Chittó Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95 ss.

pessoa.[17] Em outras palavras ainda, um tal objetivo, isto é, a guerra contra o terrorismo, legitimaria o Estado até mesmo a cindir seus cidadãos em dois, a admitir, como a história da civilização já tristemente testemunhou na escravatura e no holocausto, mais uma vez, a figura de uma "não-pessoa" (*Unperson*), a qual caberia apenas um direito penal "de guerra", um direito penal do inimigo.[18]

Ora, um tal contexto, resguardadas as suas proporções, não nos parece muito diferente daquele que levou Liszt, no final do séc. XIX, a manifestar-se a favor do direito penal normativo, no que se refere à sua relação com a política criminal – entendida como o conjunto ordenado de princípios, segundo os quais o Estado deve conduzir a luta contra o crime[19] –, através de uma de suas mais célebres e paradigmáticas proposições: "o direito penal é a barreira intransponível

17. Afirma Jakobs: "eu volto novamente à questão inicial: a guerra contra o terror pode ser conduzida com os meios de um direito penal do Estado de direito? Um Estado de direito que compreende a tudo não poderia conduzir esta guerra, pois precisaria tratar o seu inimigo como pessoa, não lhe sendo permitido, por esta razão, considerá-lo uma fonte de perigo. Mas em um Estado de direito praticamente otimizado, isso se dá de forma diferente, trazendo-lhe a chance de não sucumbir ao ataque do seu inimigo" (JAKOBS, Günther. Terroristen..., ob. cit., [n. 114], p. 851).

18. Irretocáveis são, neste sentido, as palavras de Pedro Caeiro que, não por outra razão, são trazidas em sua íntegra por Figueiredo Dias: "ao sustentar que o inimigo não deve ser tratado como pessoa, Jakobs normativiza por completo aquele que é o arrimo último do Estado de Direito: a pessoa deixa de ser *substantiva*, dotada de realidade própria por força do nascimento, para passar a ser um *atributo eventual*, algo de semelhante à *persona* romana e ao *subjectum* medieval – pessoa é, então, não a pessoa humana, mas aquilo que se predica de cada indivíduo na cidade. Ora, foi precisamente este discurso que legitimou a escravatura e o holocausto. E é, evidentemente, uma ruptura civilizacional intolerável" (CAEIRO, apud, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., [n. 101], p. 35).

19. LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. v. 2. Berlin: Guttentag, 1905 (reimp. por Walter de Gruyter, 1970), p.78 s. Ou, de forma mais minuciosa, política criminal, em sentido amplo, "é o conjunto sistemático de princípios baseados na investigação científica das causas do crime e conseqüências da pena, segundo os quais o Estado, por meio da pena e mecanismos a ela análogos [casas de correção, educacionais, etc.], deve conduzir a luta contra o crime" (LISZT, Franz von, ob. cit., [n. 109], p. 292). Conforme observa Liszt, "nós queremos combater o crime" e, com isso, surge o conceito de política criminal. Ela apoia-se na criminologia social, pois não é possível tal combate sem se conhecer o crime enquanto fenômeno. Todavia, o conhecimento científico é para ela apenas meio para alcançar o seu objetivo prático: a luta contra o crime (LISZT, Franz von, ob. cit., [n. 117], p. 78 s.).

da política criminal".[20] Um contexto em que se questionava se as diretrizes político-criminais da chamada Escola Sociológica do direito penal, no que tange, nomeadamente, a inocuização de todo o ser humano perigoso à comunidade, deveriam suplantar a estrutura normativa do direito penal, de modo a fazer valer tais interesses.[21] E eis, pois, a resposta de Liszt. Uma resposta pela afirmação do direito penal normativo, enquanto espaço por excelência dos direitos e garantias fundamentais, no âmbito da ciência conjunta do direito penal.[22] O que, se bem vemos, é mais do que suficiente para reconhecer que, ainda hoje, contrariamente ao que afirma Roxin,[23] o espaço de tensão entre direito penal e política criminal, já àquele tempo percebido e assinalado por Liszt, ainda se faz sentir como iniludível constante.

Não há dúvida, todavia, que, embora longe de representar um caso isolado no atual contexto político-criminal, a persecução de interesses políticos do Estado através de um instrumento penal de exceção, como é o direito penal do inimigo, representa, por certo, uma evidente incompreensão e subversão do significado e limites da política criminal contemporânea. E, por essa precisa razão, é também natural que a tendência seja estabelecer um diálogo crítico na mesma dimensão do problema, ou seja, em âmbito político-criminal, e, prin-

20. Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik (LISZT, Franz von, ob. cit., [n. 117], p. 80).

21. Assim, ROXIN, Claus, ob. cit., [n. 111], p. 227 s.; também FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., [n. 101], p. 20.

22. Daí afirmar Liszt, em outra célebre frase, que o "Código penal é a Magna Carta do criminoso" (*das Strafgesetzbuch [ist] die magna charta des Verbrechers*). Ou seja, que é através do direito penal normativo que se obtém a garantia de que a aplicação da lei penal e, portanto, o exercício do poder punitivo do Estado, deverá se dar em estrita obediência a determinados pressupostos e dentro dos limites da lei. Em outras palavras: muito embora a política criminal de então estivesse voltada à inocuização de indivíduos que constituem um perigo à coletividade, afirma Liszt que, por certo, não a simples periculosidade, mas apenas a realização de condutas descritas como perigosas à coletividade estaria sujeita às sanções penais do Estado. Garantia esta, dentre outras, decorrente do direito penal normativo. *In verbis*: "no direito penal [normativo], nós defendemos a liberdade individual diante dos interesses da coletividade" (LISZT, Franz von, ob. cit., [n. 117], p. 80 s.).

23. ROXIN, Claus, ob. cit., [n. 111], p. 228.

cipalmente, se essa crítica parte de orientações funcionalistas, de sorte a, por fim, demonstrar, de uma parte, o equívoco de tal elaboração e, de outra, o que se deveria entender por e como se deveria proceder para uma "boa" ou, ao menos, "ajustada" política criminal.

Julgamos que uma crítica que assim se oriente é, sem dúvida, correta e digna de mérito. O espaço político-criminal é não só um espaço de análise que, como qualquer outro, permanece aberto a críticas juridicamente fundadas, como, em verdade, nunca esteve tão carente delas. O que, se bem vemos, permitiria afirmar, sem qualquer elemento de dúvida, que a crítica à legitimidade e estruturação do direito penal contemporâneo, em especial, secundário, passa pela (re)elaboração, cientificamente ajustada, do espaço político-criminal.

Contudo, uma tal conclusão ainda não responde a nossa proposição inicial. Não é aqui, em realidade, que se coloca a nossa interrogação. Preocupa-nos, isso sim, saber se a reflexão crítica acerca do direito penal contemporâneo deve ser uma reflexão de acento político-criminal ou, o que é o mesmo, se deve ela estabelecer, nesta precisa dimensão, o seu mais forte núcleo de problematicidade.

Uma resposta positiva a esta interrogação enfrentaria problemas como aqueles já corretamente salientados por Hassemer, problemas atinentes a falta de ressonância do discurso científico na esfera política, o que, vale ressaltar, já há tempo, constitui uma realidade bastante conhecida dos penalistas brasileiros. Porém, não é tanto em dificuldades práticas que reside a nossa maior preocupação. Acreditamos que a colocação da crítica nestes termos acaba por descuidar um momento prévio e prejudicial, no qual, aí sim, reside o verdadeiro núcleo do problema em questão: antes de discutirmos acerca dos interesses políticos em jogo, antes de questionarmos sobre a utilidade ou adequação prática desta ou daquela política, é preciso, inapelavelmente, interrogar sobre a possibilidade quer jurídico-penal, quer jurídico-constitucional da sua formulação já enquanto pergunta. Em outras palavras, em um primeiro momento não importa saber sobre a bondade dos interesses político-criminais em questão, mas se há condições jurídicas mínimas

para que estes interesses se coloquem como possibilidade no campo político. É dizer, por fim, e para valer-nos da força incisiva que só os exemplos dispõem, antes mesmo de perguntarmos pela utilidade política da figura do inimigo, de uma "não-pessoa" (*Unperson*),[24] é preciso saber sobre a sua possibilidade jurídica em um Estado Democrático de Direito. Porquanto *antes de se perfazer como pergunta política, como pergunta de utilidade e adequação, como querer político, é ela sempre interrogação que deve se fazer jurídica, enquanto pergunta de possibilidade e legitimidade, enquanto poder jurídico que se abre ao político.*

Nesse horizonte compreensivo, as coisas do direito penal encontram uma outra acomodação. Temos aqui um claro reposicionamento do centro propositivo da crítica científica para o âmbito da normatividade penal e constitucional, do qual decorre, de imediato, um significativo fortalecimento da crítica acadêmica. Porém, não só. Para além disso, e como já ficou insinuado, trata-se, mais bem, de uma revalorização da ciência normativa do direito penal diante da política criminal, de um resgate do direito penal normativo, enquanto centro de convergência de direitos e garantias fundamentais inalienáveis, para o lugar que um dia já lhe propôs Liszt, e do qual nunca deveria ter saído: para o *lugar de prevalência* no âmbito da ciência conjunta do direito penal.

E isso não significa, diga-se desde já, suprimir a autonomia da política criminal na determinação do seu objeto ou negar os benefícios já obtidos e ainda por obter com a sua justa e adequada aproximação com o direito penal, mas que, reitere-se, a tensão eventualmente estabelecida entre eles deve se resolver sempre em estrita obediência aos limites de legitimidade reconhecidos pela ciência normativa do direito penal. E não significa, igualmente, retroceder a uma insípida normatividade formalista, em que o jurista é mero fazedor de silogismos. Mas, antes, fortalecer a normatividade penal enquanto lugar por excelência dos direitos e garantias fundamentais, em âmbito penal, vale dizer: uma normatividade

24. JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis..., ob. cit., [n. 114], p. 53.

penal constitucionalmente orientada, atenta a elementos de legitimidade formal e material, e cujo conhecimento deva servir à vida.[25]

4. Da crítica hermenêutico-aplicativa a uma nova dogmática penal

Como se percebe, a reflexão que temos até aqui desenvolvida transfere o foco da crítica científica da adequação da política criminal brasileira para os limites do direito penal em um Estado Democrático e Social de Direito. É esta reflexão que ao perguntar pelo fundamento, função e limites do direito penal enquanto tal – logo, independente de se tratar de um direito penal secundário ou nuclear – permite demarcar o seu espaço legítimo de movimentação e, por conseguinte, também o espaço possível de toda discussão político criminal que, sobre a normatividade penal, gere efeitos. Ou seja, vale reiterar, não estamos a afirmar ou mesmo sugerir que a discussão político-criminal não seja de fundamental relevo, e sim que, quando se tratar do uso do direito penal pela política criminal, esta discussão deve se dar dentro, e apenas dentro, do espaço de legitimidade previamente reconhecido ao direito penal. O possível em termos de legitimidade é, pois, questão prejudicial para se discutir estratégias de política criminal.

Uma forma de pensar que, uma vez concretizada, se afirma, por tudo até então considerado, em assumida oposição às elaborações funcionalistas. Mais. Afirma-se também em manifesta antítese ao sempre corrente formalismo penal. Não estamos, pois, apenas em desacordo com a afirmação de Koriath, o qual, ao tratar da dicotomia entre ilicitude formal e ilicitude material, propõe que "do mesmo modo como o geómetra deve investigar não o material da sua figura, mas

25. Afinal, como bem salienta Duttge, em crítica a dogmática tradicional no âmbito dos crimes culposos, se queremos um direito penal que sirva à vida, não podemos nos satisfazer com construções puramente normativistas, com simples cascas conceituais (DUTTGE, Gunnar. Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit. Erwiderung auf Rolf D. Herzberg GA 2001, 568 ff. *GA*, 2003, p. 462).

apenas a sua forma, deve o jurista colocar, em primeiro plano, o estudo das relações formais".[26] O nosso modo de inteligir se perfaz, em realidade, em sua mais completa e absoluta antítese. A forma despida de seu conteúdo, como a história já bem demonstrou, não se faz entender e, não raramente, torna-se irracional.

O que se propõe, enfim, é uma forma de compreender o direito penal que, em termos concretos e muito simples, se abre para uma dogmática e prática penal revistas, é dizer, constitucionalmente orientadas, rigidamente estabelecidas dentro dos seus limites de legitimidade formal e material, e que se projetam, acentuadamente, no espaço hermenêutico-aplicativo, onde o papel da judicatura surge como elemento fundamental no reconhecimento e concretização destes limites.

A título de ilustração, tomemos, de forma muito breve, a questão atinente ao conteúdo material do crime, *rectius*, ao conteúdo material da ilicitude penal.

É por todos sabido que, impulsionado pelo aumento da complexidade das relações sociais e dos espaços de conflitualidade – elementos por nós já considerados –, houve um incremento significativo na elaboração de tipos legais de crime cuja ilicitude restringe-se – ou, ao menos, é assim interpretada – a uma mera violação de dever, em que o ilícito se confunde com a mera desobediência aos interesses políticos do Estado. Basta, para tanto, referir: (a) o grande número de crimes de perigo abstrato nos novos espaços de intervenção penal cuja interpretação ainda segue, estritamente, o padrão tradicional, isto é, tomados como crimes de perigo presumido de forma absoluta (*juris et de jure*), em que sequer a prova da sua inocorrência encontra lugar;[27] (b) a presença significativa de tipos

26. KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 312.

27. Concepção que pode ser surpreendida já no trabalho de Binding (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Deliktes. v. 1, 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916, p. 372 s.) e que ainda se faz predominante na literatura brasileira. Para uma crítica a tal compreensão, ver o nosso *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 102 ss.

de ilícito recepcionados, ao menos tacitamente, na forma de crimes de acumulação, vale dizer, em que o desvalor do ilícito sequer alcança o patamar de um perigo que se coloca abstratamente, mas é construído a partir da hipótese de sua repetição por um grande número de agentes;[28] (c) a existência de tipos de ilícito, assumidamente, de mera desobediência, como em inúmeros crimes omissivos próprios que se esgotam no simples e puro deixar de fazer, o que bem demonstram os arts. 68 da Lei 9.605/98 e 307, parágrafo único, da Lei 9.503/97, ou, ainda, a, no mínimo, curiosa disposição do art. 304, parágrafo único, da Lei 9.503/97, que sanciona a omissão de socorro de uma pessoa já falecida; (d) e, por fim, para ficarmos em apenas alguns exemplos, o contínuo resgate teórico de orientações acintosamente formalistas, como é, dentre outras, a proposta de Heiko Lesch, em que ilícito identifica-se, sem mais, com a mera violação de dever.[29]

Ora, é conhecimento corrente que a teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos afirmaram-se, ao longo do tempo, como critérios de delimitação não só da matéria de incriminação, senão também da forma de tutela desta mesma incriminação. A ninguém escapa saber que estes dois elementos chegam hoje a nós como um dos mais preciosos legados do pensamento ilustrado

28. Ver KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB). *GA*, 1986, p. 389 ss.; e, do mesmo autor, Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105 (1993), p. 697 ss.; HERZOG, Félix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich. Heidelberg: v. Decker, 1991, p. 144; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 131; HIRSCH, Andrew von, ob. cit., [n. 105], p. 99 ss.; SILVA DIAS, Augusto. 'What if everybory did it?': Sobre a '(in)capacidade de ressonância' do direito penal à figura da acumulação. *Revista portuguesa de ciência criminal*, 13 (2003), p. 303 ss.

29. Opondo-se, expressamente, ao reconhecimento do ilícito penal como ofensa a bens jurídicos, Lesch propõe uma compreensão da ilicitude acintosamente formal, como mera violação do dever, enquanto símbolo da expectativa de validade contrafática (LESCH, Haiko. *Der Verbrechensbegriff*. Grundlinien einer funktionalen Revision. München: Carl Heymanns, 1999, p. 204). Para uma atenta análise crítica da obra de Lesch, ver SILVA DIAS, Augusto. O retorno ao sincretismo dogmático: Uma recensão a Heiko Lesch, der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision. Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 11 (2001), p. 323 ss.

que, levantando-se, historicamente, e de forma insistente, contra os modelos de Estado autoritários e o arbítrio estatal dissimulado,[30] quer como índice crítico da existência da norma penal, quer como índice crítico da sua aplicação, conferem forma e feição ao, em nosso sentir, único modelo de direito penal legítimo aos Estados que se desejam democráticos de Direito.

E, se isso é assim, se é verdadeira essa premissa, e se a aceitarmos, para além disso, como exigência constitucional – o que, para nós, por razões que não podem aqui ter lugar, é uma conclusão inarredável[31] –, chegaremos, necessariamente, a duas proposições:

Primeiro, que esta exigência se impõe, por força normativa, independente dos interesses político-criminais em jogo, sua importância ou gravidade, e, ainda, independente de se tratar de um direito penal secundário ou nuclear.

Logo, equivocado estaria Mantovani ao reconhecer a ofensividade como requisito constitucional de legitimidade do ilícito criminal e, simultaneamente, admitir a sua derroga no âmbito do direito penal secundário, quando diante de interesses político-criminais de significativo relevo.[32] Do mesmo modo, Roxin incorreria em erro, ao, de um lado, defender um direito penal de tutela de bens jurídicos e, por outro, reconhecer a existência legítima de normas de caráter pedagógico.[33] E, para não nos delongarmos, já que a literatura penal é, neste âmbito, rica em exemplos, também Horst Schröder incidiria no mesmo engano, ao defender uma

30. Sobre a questão, ver o nosso O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: *Direito penal secundário.* Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74 ss.

31. Sobre a constitucionalidade da exigência de ofensividade, ver D'AVILA, Fabio Roberto, ob. cit., [n. 125], p. 63 ss.; e, também, o nosso ob. cit., [n. 128], p. 83 ss.

32. MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2 (1997), p. 323. Ver, também, do mesmo autor, *Diritto penale.* Parte generale. 4. ed. Padova: Cedam, 2001, p. 196; Il principio di offensività tra dogmática e politica criminale. In: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio.* Org. por Stafano Canestrari. Torino: Giappichelli, 1998, p. 251.

33. ROXIN, Claus, ob. cit., [n. 111], p. 430.

releitura do ilícito nos crimes de perigo abstrato, em razão da incompatibilidade da sua interpretação enquanto perigo presumido *juris et de jure* com "os princípios elementares de direito penal em um Estado de Direito"[34] e, concomitantemente, aceitar a mesma interpretação por ele criticada para crimes, como, *v.g.*, o porte ilegal de arma, explosivos, trânsito e drogas, em que a prova em sentido contrário a existência do perigo seria de difícil verificação.[35]

Segundo, que, além de aprofundar a noção de bem jurídico-penal em seu viés crítico, é preciso conhecer melhor a noção de ofensividade, porquanto é o conjunto dessas duas idéias, e apenas o seu conjunto, que permitirá afirmar o que está e o que não está dentro do espaço de legitimidade do direito penal contemporâneo. E não se trata aqui, nunca é demais frisar, de uma substituição da teoria do bem jurídico por uma qualquer teoria da ofensividade. Trata-se, isso sim, sublinhe-se, de uma complementação da função crítica do bem jurídico-penal, no sentido da sua efetivação para além de uma função meramente referencial.

Enfim, a partir de uma tal forma de ver as coisas, chegaríamos a uma ciência normativa do direito penal renovada, que, longe de se perfazer em um ultrapassado esquema de silogismo lógico ou de ser cunhado por um determinado programa político-criminal, encontra sentido e função dentro do espaço que lhe é próprio, encontra sentido e função nas linhas fundamentais que lhe subjazem. Um direito penal que, assim conformado, se bem vemos, estaria melhor preparado para ocupar o seu espaço no século XXI.

5. Considerações finais

Em síntese, e aqui encaminhamos as nossas palavras finais, o que propomos, na brevidade da reflexão que aqui se levou a cabo, é o fortalecimento da ciência normativa do direito penal, constitucionalmente informada, enquanto lugar por

34. SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *ZStW*, 81 (1969), p. 15.
35. SCHRÖDER, Horst, ob. cit., [n. 132], p. 16.

excelência de convergência e afirmação das garantias fundamentais em matéria penal, diante dos interesses de política criminal, como tarefa indispensável para a manutenção da racionalidade do direito penal no novo milênio. Ponto de chegada que convoca a todos nós. Que convoca a academia em seu agir responsável e comprometido para com a manutenção de conquistas que lhe dão sentido, mas também para com um tempo e uma sociedade que se perfaz em novos, nem sempre bem compreendidos, traçados. Afinal, nas lúcidas palavras de Mia Couto, através da figura do Barbeiro de Vila Longe, "não é fácil sair da pobreza. Mais difícil, porém, é a pobreza sair de nós".

El Derecho penal español y la violencia de género en la pareja

Luís Arroyo Zapatero
Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social
y Director del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional.
Universidad de Castilla – La Mancha Ciudad Real. España.

Sumário: 1. Introducción – 2. Las reformas penales 1989, 1995 y 1999: el descubrimiento del problema – 3. Las reformas de 2003: creación de delito contra la integridad moral, la orden de protección y ampliación de la prisión provisional – 4. Balance de 15 años en las vísperas de la Ley Integral de 2004 – 5. La contradicción principal: la incomprendida esencia del problema del tratamiento penal de los malos tratos y de las violencias de los hombres contra las mujeres: el déficit del conocimiento criminológico y la poca voluntad de reconocerlo – 6. La Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género de 2004 – 7. Constitucionalidad de las novedades punitivas de la ley – 8. Conclusiones.

Resumen: El presente artículo aborda las reformas penales ocurridas en España referentes a la represión de la violencia domestica y familiar contra la mujer, partiéndose de la evolución de la legislación española sobre el tema, vinculada a los contextos moral y cultural de la sociedad, con enfoque mayor en la L.O. 11/2003 y en la *Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género* de 2004, efectuándose la defensa de su constitucionalidad.

Abstract: This article deals with the criminal reforms which occurred in Spain regarding the repression of family and domestic violence against women, starting from the evolution of the Spanish legislation about this subject, linked to society´s cultural and moral contexts, mainly focusing on the Organic Law 11/2003 and on the *Ley Orgánica de protección contra la violencia de género* of 2004

(Organic Law of protection against gender violence), completing the defense of its constitutionality.

Palabras-claves: Violencia domestica contra la mujer – Criminología – Reformas penales en España.

Keywords: Domestic violence against women – Criminology – Criminal reforms in Spain.

1. Introducción[1]

La cuestión de los malos tratos a las mujeres presenta gran complejidad por razones culturales, jurídicas y criminológicas.

En lo antropológico cultural baste decir que aunque hoy en día – salvo los imanes radicales – no hay nadie que se atreva a afirmar que la mujer debe estar sometida al marido, incluso por la fuerza, como proclamó nuestra tradición por boca

1. El origen de éste texto se encuentra en mi Dictamen para el Congreso de los Diputados presentado el 08.09.2004, durante el debate parlamentario de la que terminaría siendo Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género, ver en Diario de Sesiones del congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales de los días 19 de julio 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a la sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión. Mi texto se encuentra en páginas. 11 a 29, de la sesión 9. Puede verse, así como los de los restantes comparecientes, en la página web del Congreso (www.congreso.es /publicaciones/Diario de sesiones de Comisiones) de la citada comisión de ese día y del los posteriores. De destacar son los de Fernando VALDES DAL RE, p. 36 y ss; Gregorio PECES BARBA, p. 1 a 11 de la sesión. 5, Enriqueta CHICANO, p. 22 a 35, J. M. ASENCIO MELLADO, p. 49 a 60. Mi texto ha sido reelaborado con el debate e informes posteriores a la aprobación de la Ley, así como la última literatura publicada hasta julio de 2006, pero el nudo de la argumentación más relevante y quizá mas original de mi planteamiento, como es el relativo a la constitucionalidad de la incriminación agravada de las conductas de los varones sobre mujeres, se mantiene plenamente. De la más reciente literatura que debe darse cuenta en esta nota introductoria especialmente David GIMËNEZ GLÜCK e Isabel VALDECABRES (Coordrs.) *La administración de justicia en la Ley Integral de violencia de género.* Madrid: Ministerio de Justicia, 2005, 282 p., y M. A. BOLDOVA y M.A. RUEDA, (coords.). *La reforma penal en torno a la violencia de doméstica y de género.* Barcelona: Atelier, 2006; P. ALAMBRA, M. COMAS et al., Guía práctica de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género, en www.poderjudicial.es/Observatorio contra la Violencia Domestica y de Genero/El Observatorio /Actividades del Observatorio/Información y documentación; Monografico de la *Revista Jurídica de Igualdad de Género Themis,* 2006, en www.mujeresjuristasthemis.org/novedades. Consulta 12.08.2006.

de Santo Tomás y nuestra modernidad ilustrada por la de Rousseau, remachada por el propio Napoleón, de cuyo Código civil se acaba de cumplir el 200 aniversario.[2] Apenas a finales de los años 60 comienza a afirmarse la idea de la radical igualdad de hombres y mujeres en la pareja. En otro orden de cosas se plantea al filo del 68 la necesaria retirada del Derecho penal en las relaciones homosexuales entre adultos, la primera victoria contra el derecho penal moralizante, bien es verdad que tuvo lugar en Alemania y que en España requirió veinte años más y una sentencia manipulativa de Tribunal Constitucional para acabar por vía procesal con la Ley de "peligrosidad y rehabilitación social".

En España la vigencia de la tradición llega –por razones bien conocidas– hasta antes de ayer. Sólo en 1963 se deroga el privilegio del varón de la cuasi impunidad para dar muerte a su mujer sorprendida en adulterio.[3] Y sólo ayer mismo, en los albores de la democracia, en 1977 ser despenalizaba el adulterio y se suprimía la discriminación que el código penal hacía de la mujer al requerir para el adulterio masculino el público amancebamiento. A la mujer le bastaba con un único descuido revelado por el marido, mientras que para incriminar a éste se requería la pública exhibición. Debe recordarse también que la legalización del divorcio llegó solamente en 1981 y la parcial despenalización del aborto comenzó tan sólo en 1985 y, como sabemos, no hemos superado aquí el sistema de indicaciones, que no permite la libre decisión de la mujer en el período ordinario europeo de los tres primeros meses de la gestación. El privilegio del infanticidio y el aborto *honoris causa* tienen la misma raíz masculina que todo lo anterior.[4]

2. Como nos lo recuerda Robert BADINTER en un hermoso opúsculo conmemorativo del Código civil: *Le plus grand bien,*. Fayard, Paris 2004. El régimen de subordinación es obra suya, no en vano presidió personalmente 55 de las 107 sesiones de la Comisión de Codificación v. p. 57.

3. La evolución histórica del tratamiento de la mujer por los códigos penales está muy bien desarrollada por M. J. CRUZ BLANCA. Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal, In: L .MORILLAS. *Estudios penales sobre violencia doméstica.* Madrid: Edersa 2000, p. 19 y ss.; Maria ACALE SANCHEZ. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar.* Valencia: Tirant, 2000, p. 23 y ss. Para Portugal, pero con valor general, v. Teresa Pizarro BELEZA. *Mulheres, direito, crime, ou a perplexidade de Cassandra.* Lisboa, 1990.

4. Vid. Eduardo DEMETRIO CRESPO. El uxoricidio en la legislación española, lamentablemente publicado de momento sólo en turco y alemán como Der Gattenmord wegen Ehebruch. In:

Es más, resulta muy significativo que en la legislación histórica se hayan previsto de modo constante dos tipos de faltas[5] singulares: la del marido que maltratare a su mujer, aún cuando no le causare lesiones, y la de "la mujer desobediente a su marido que le provocare o injuriare" previstas en el art. 483,1 del Código de 1848, que se reproducen en el art. 603, 2 y 3 del Código de 1870 y que se mantiene en el Código de 1932, perdiendo la referencia a la desobediencia y sustituyendo la provocación y la injuria por el maltrato de palabra y obra, y que continúa supérstite hasta la reforma del Código de 1983, que crea la falta – bilateral – de malos tratos. Para lo que sirve la referencia histórica es para poner de relieve la sabiduría de los legisladores de los códigos del siglo XIX frente a algunos contemporáneos: *los maridos maltratan y las mujeres desobedecen y se rebelan.*[6]

El sometimiento de la mujer estaba explícito en la moral oficial y en la legislación vigente hasta nuestro tiempo cercano. No es de extrañar que esa moral oficial histórica esté todavía bien presente y vigente en la cabeza de muchos hombres, e incluso de sus victimas mujeres, y que esa concepción de dominio natural sobre la mujer que tantos tienen a flor de piel, o escondida en el reservorio mas profundo de la memoria emocional, rebrote ante la vida en una España moderna

International symposium on issue of custom and honour killing. Diyarbakir: Akader, 2003, p. 214 y ss. De mucho interés al respecto ver una síntesis del debate parlamentario de la discusión del Código de 1822 en J. F. LASSO GAITE. Crónica de la Codificación penal española. *Codificación penal*, I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1970, p. 127-129. Sobre el proceso de reformas penales en cuestiones de libertad personal y, por lo tanto, en lo que a la condición de la mujer se refiere a lo largo de la transición española a la democracia v. ARROYO ZAPATERO. La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria. In: *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*. Milan: Giuffre y Centro Nazionale de Prevencione e difesa sociale, 1988, p. 188 y ss. Sobre la transición "penal" en Portugal, v. T. P. BELEZA, cit., p. 211 y ss., sobre el uxoricidio v. p. 212 y s.

5. En la legislación penal española histórica y actual son faltas las infracciones penales mas leves, que se castigaban hasta 1995 con pena privativa de libertad de hasta un mes, y desde el nuevo código solo con multa y restricciones de derechos que no privan de libertad, v. art. 33.4. Se juzgan en un proceso diferente del de los delitos.

6. Sonoras referencias de género en el debate del Código de1822 pueden verse en Emilio CORTÉS BECHIARELLI. *Delito de malos tratos familiares*. Nueva regulación. Madrid-Barcelona, 2000, p. 9.

en la que la mujer se abre paso como ser autónomo e igual, a pesar de todas las limitaciones sabidas y por aprender.[7]

Pero junto a la moral oficial y a las leyes está siempre la concepción del mundo de los aplicadores del derecho penal y, al margen de un porcentaje todavía relevante de mentalidades más próximas a Santo Tomás que a Rouseau, no es menos cierto también que hasta la actual crisis la idea general preponderante consistía en que lo mejor y más prudente era la mínima intervención en los conflictos de la vida doméstica, de la esfera de *lo privado.*[8] Con ello, lo que no se veía se acompañaba del no querer ver.

Pero un buen día todo lo que era invisible o no se quería ver se coló lo en la primera página de los periódicos y en las ediciones de los telediarios, sin soltarla, y la ilusión del paraíso de la igualdad de hombres y mujeres de la joven democracia española se quebró al mostrar un infierno radicalmente intolerable. Una idea completa no la dan los datos anuales de mujeres muertas por sus parejas, sino el número de denuncias de hechos de violencia de género que hemos conocido después de establecerse los mecanismos de las órdenes de protección.

Para el año 2004 el Consejo General del Poder Judicial registra 91.865 denuncias por violencia *doméstica* sobre la mujer, así como la adopción por los jueces de 26.020 de las 33.766 órdenes de protección solicitadas por las víctimas y se constatan 72 mujeres muertas por su pareja o ex-pareja, todo lo cual resulta una barbaridad.[9]

7. Una amplia visión jurídica y económica del cambio de posición de la mujer v. Alberto PALOMAR OLMEDA (Coord.). *El tratamiento del género en el ordenamiento español.* Valencia: Tirant y Comisiones Obreras, 2005, 652 p.

8. Vid. Enrique RUIZ VADILLO. La violencia física en el hogar. In: *Actualidad Aranzadi.* 22.01.1998, p. 2.; v. asimismo JJ RUIZ RICO. El sexo de sus señorías. Madrid, 1991. Resultan de mucho interés los informes anuales que publica la Federación de Mujeres Progresistas sobre las los reparos de genero sobre sentencias, parcialmente recogidas en los periódicos, v. en www.mujeresprogresistas.org, el IV alcanza el año 2003, aun cuando sería necesario un examen pormenorizado sobre las propias sentencias.

9. La estadística criminal es miserable en España, como en buena parte de los países, y por ello resulta incomparable. En los últimos cuatro años y en materia de violencia doméstica el

2. Las reformas penales 1989, 1995 y 1999: el descubrimiento del problema

La frecuencia y gravedad de la situación comenzó a convertirse en problema de opinión pública a finales de los 80 y con ello comenzaron las tentativas de abordar el problema con políticas públicas y, naturalmente, con la política criminal. De especial relevancia institucional es el Informe del Senado sobre la mujer maltratada, cuyos trabajos preparatorios se inician en 1986 y se concluyen 1989[10] con un amplio abanico de recomendaciones a las Administraciones Públicas. Por vez primera en 1998 se adopta el primer plan del Gobierno de Acción sobre la violencia contra las mujeres para 1998-2000, al que seguiría un II Plan integral contra la violencia doméstica.[11]

1. Las primeras reformas legales se centraron en el Código penal y abordaron la cuestión como si el asunto fuera de lesiones y de homicidio. La reforma del código de 21 de junio de 1989 introdujo en el art. 425 la incriminación con prisión de seis meses a seis años de quien habitualmente ejerciera violencia física sobre los miembros del grupo familiar. El precepto no contemplaba la violencia psíquica

Consejo General del Poder Judicial ha realizado un esfuerzo que no tiene comparación, ni con la estadística criminal española ni con ningún país europeo que yo conozca, aunque sigue sin poder distinguir de modo neto la violencia de género de otras violencias domésticas. Pueden verse los informes sobre los respectivos años 2002 a 2005 en www.poderjudicial.es/ obsevatorio contra la violencia doméstica y de género. He utilizado el informe 2004 porque se identifican mejor los parámetros que deseo destacar. De gran interés también las que elabora el Instituto de la Mujer del Ministerio de trabajo y asuntos sociales que puede verse en la web http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/index.htm y sobre cuyos datos, de origen en la información del Ministerio del Interior, el Diario El Mundo elabora unos buenos cuadros, todo lo cual puede verse en anexo a este trabajo .y en www.elmundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/cifras.html. Un buen análisis de estadísticas. A. I. CEREZO DOMINGUEZ. La violencia en la pareja: prevalencia y evolución. In: BOLDOVA/RUEDA (coord.) La reforma penal en torno a la violencia de género. Barcelona: Atelier, 2006, p. 307 y ss.

10. Informe de la Comisión del Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del Estudio de la mujer maltratada. *Boletín oficial de las Cortes*, Senado, serie I, n. 313, de 12.05.1989, p. 12.182 a 12.211.

11. V. en Elena NUÑEZ CASTAÑO. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant, 2002, p. 29 y ss., 65 y s.

y daba pié a una concepción cuantitativa y formal de la habitualidad, para lo que terminaron requiriéndose tres o más episodios concretos de violencia, frente a la tesis que luego intentó imponer el Tribunal Supremo, en sentencia del 07.07.2000, en el sentido de que lo relevante era el que la víctima "viva en un estado de agresión permanente". El nuevo Código penal de 1995 mejoró la figura del anterior art. 425, incrementó la severidad de la pena y precisó la compatibilidad concursal del maltrato habitual con las faltas y delitos de lesiones concretos producidos. Pero daba lo mismo, pues como reconociera el propio Consejo General del Poder Judicial los jueces seguían calificando los hechos principalmente como faltas,[12] con el efecto trágico de que entonces las faltas no habilitaban para dictar la prisión provisional ni en los casos de mayor peligro de repetición de la agresión, que era la única medida cautelar sobre el acusado de que se podía entonces disponer por el juez, desprotección que daba pie a que el maltratador terminara por acabar con la vida de la mujer delante del juzgado, sumido en culpable impotencia las mas de las veces.[13]

Pero en el infierno se avivó el fuego y el problema se convirtió en radicalmente insoportable, en especial con él asesinato de Ana Orantes en 1997.[14] Sólo desde

12. Un 76% de los casos de violencia en la pareja estudiados se califican como falta, v. M. CALVO GARCÍA. *El tratamiento de la violencia doméstica en la administración de justicia.* Universidad de Zaragoza, 2001, p. 204, v. en www.poderjudicial/ Observatorio/ informes elaborados. Una puesta al día y conclusiones sobre 2000 a 2002, el mismo. El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia 2000-2002, resultados y conclusiones, en el mismo lugar, lo cito como *Informe II.* (Consultados 24.08.2006). La organización "Themis" estimaba que el 50% de los casos calificados por los jueces como faltas constituían en verdad delito de malos tratos habituales. En el mismo sentido con reseña críticas de sentencias v. Mirentxu CORCOY BIDASOLO. Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones. La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos. *Cuadernos de Derecho Judicial.* Madrid: CGPJ, 2001, p. 251 y ss., esp. 187 y ss.

13. Para el régimen penal del Código de 1995 ver, por todos Luis GRACIA MARTIN, en la coedición con J. L. DIEZ RIPOLLÉS. *Comentarios al Código Penal.* Parte especial. Valencia: Tirant, 1997, p. 413 y ss.

14. Vid. I. MONTALBAN HUERTAS. *Perspectiva de género:* criterio de interpretación internacional y constitucional. Madrid: CGPJ, 2004, p. 47 y s., describe el caso, cuasi retransmitido en directo por televisión, con efectos similares al de Maria da Penha en Brasil .Sobre la situación brasileña hasta la nueva ley de 07.08.2006 v. Alice BIANCHINI, nota sobre Brasil en el monográfico de derecho comparado sobre violencia en el ámbito doméstico y familiar

entonces muy en numerosas las iniciativas de todo orden, entre ellas, muy especialmente la ley de Castilla–la Mancha cuya presentación en el otoño de 2000 dio lugar a un gran debate institucional y social y que terminó aprobándose el 17.05.2001.[15]

La Ley Orgánica de 1999 abordó el problema de modo más decidido que en las anteriores ocasiones: crea las penas y medidas cautelares de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima,[16] reconoce a la violencia psíquica junto a la física en el delito de maltrato habitual – cuyo concepto precisa positivamente – y amplía el espacio temporal de las violencias típicas al tiempo posterior a la ruptura de la convivencia.[17]

En el año 2001 el Consejo General del Poder Judicial presenta un informe de gran interés sobre toda la materia y, tras un examen crítico del marco legal, pone de relieve el desamparo de las víctimas y la impunidad de los agresores derivado de

en *Revista Penal*, n. 10, julio 2002, p. 193 a 196, y tras la reforma de 2004 v. Erika MENDES DE CARVALHO. Consideraciones críticas sobre la nueva regulación del delito de violencia doméstica en Brasil. In: BOLDOVA/RUEDA. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 405 y ss.

15. El Área de Derecho Penal y Criminología de la UCLM, dirigido por Rosario DE VICENTE, presentó un *Informe jurídico y criminológico sobre los malos tratos a la mujer en Castilla-La Mancha*, sobre más de 323 sentencias judiciales dictadas en la Comunidad Autónoma entre 1995 y 1998. Albacete, 2000.

16. Que es el primer paso hacia la orden de protección, aunque no hay previsión de penalidad por el incumplimiento – salvo la multa por quebrantamiento de condena del art. 468 C. P.– y seguía bloqueada la prisión provisional para esto último y, en general, para las faltas, v. Ester E. RUBIALES BEJAR. Penas y medidas cautelaras para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica. In: L. MORILLAS (coord.). *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid: Edersa, 2002, p. 411 y ss. Señala la insuficiencia legislativa para asegurar un cumplimiento efectivo de las medidas cautelares Montserrat COMAS. Novedades legislativas introducidas por la L.O.14/1999, en materia de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares, en La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2001, p. 221 y s. Sobre las reformas de derecho penal material v. Maria ACALE SANCHEZ. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant, 2000.

17. En torno al 35 % de los homicidios se producen entre el momento del planteamiento de la ruptura y posterior, así se advierte en el Informe del Instituto de la Mujer de 2005: http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W805b.XLS. En el de M. CALVO GARCÏA. El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de justicia, cit. y en el *Informe II*, citado, alcanza el 52%, p. 19.

la falta de posibilidad legal de recurrir a la prisión provisional o cualquiera otras medidas cautelares ante las faltas, que siguen siendo las calificaciones jurídicas preponderantes en sede judicial, apunta la posibilidad de ampliar el delito de malos tratos habituales renunciando a la exigencia de la habitualidad, lo que supone absorber buena parte de las faltas de lesiones y malos tratos, e incluso sugiere la supresión de la falta de malos tratos entre parientes, para garantizar su calificación como delito.[18]

3. Las reformas de 2003: creación de delito contra la integridad moral, la orden de protección y ampliación de la prisión provisional

A las alturas de la preparación de la contrarreforma del Código penal de 1995, que se realizó mediante varios instrumentos legales durante 2002 y 2003,[19] las medidas penales no parecían servir gran cosa para atajar la epidemia. Con la intervención penal a partir de los tipos de homicidio y lesiones los jueces llegaban manifiestamente tarde, y cuando se les presentaba el problema en una fase inicial, de lesiones leves y maltratos, no sólo se llegaba tarde, sino que el proceso y las consecuencias jurídicas de las faltas –lo limitado de la pena y la exclusión de la prisión provisional, además de no proteger, parecían envalentonar a los maltratadores y generaban en las víctimas mayor desvalimiento y desconfianza en la justicia.[20]

18. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica, p. 62-64, se localiza a través del buscador de www.poderjudicial.es. Consultado 24.08.2006. También Montserrat COMAS. Novedades legislativas introducidas por la L. O. 14/1999 en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares, en La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2001, p. 203 y ss, esp. p. 246.

19. Sobre la disparatada política criminal de los dos últimos años de las legislaturas conservadoras vid. Luis ARROYO ZAPATERO. As reformas penais españolas entre os anos de 2003 e 2005. *Ciencias Penais.*, v. 2. Sao Paulo, 2005, p. 60 y ss.

20. Vid. el amplio Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la administración de justicia de Manuel CALVO GARCÍA, cit., y su *Informe II*, de donde se desprende que para

Se debe recordar que la figura jurídico penal de las faltas no permitía adoptar sobre el imputado la prisión provisional, ni otras cautelares mínimamente eficaces, por lo que, siendo la calificación judicial del hecho más frecuente la de falta, la denunciante no encontraba casi nunca la protección que esa u otra medida cautelar pudieran ofrecer frente al peligro de realización o reiteración de las violencias. De tal manera que lo que generaba mayor impotencia era que, frente la evidencia de los indicios de grave peligro que los hechos denunciados manifestaban, se terminaba en lo peor, sin modo ni forma de poder ofrecer a la víctima una tutela eficaz.[21]

Todo ello madura y tiene un resultado en tres tiempos. En primer lugar la Ley 27 de 2003, relativa a la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, de 31 de julio, la reforma de la prisión provisional por la L. O. 13/2003, de 24 de octubre, y la reforma del Código penal que se adopta por la Ley Orgánica 11 de 2003, de 29 de septiembre.[22]

a) La *Orden de protección*. La orden judicial de protección de la víctima frente al agresor, consistente en la prohibición de comunicación o de aproximación o exigencia de alejamiento del agresor respecto de la víctima es, curiosamente, un "descubrimiento" moderno, de matriz norteamericana, desarrollado específicamente para las violencias contra la mujer, que desde su aparición allí hace poco mas de 25 años[23] ha tenido un éxito de difusión extraordinario, descendiendo en la primera mitad de los 90 por todo el continente hasta cubrir América Latina,[24]

esos años 2000-2002 se trataban como delitos el 24.3% de los casos, con un 16% de absoluciones y como faltas el 75.6%, y en los procedimientos por estas resultaba entre un 71 y un 75% de absoluciones, datos en los que el autor identifica la fuente de la "la impresión generalizada sobre la ausencia de condenas en los casos de violencia doméstica", cfr. p. 30 y 31.

21. Cfr. el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica, cit, , p. 41 y s.

22. Sobre el conjunto vid. Patricia LOURENZO COPELLO. Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada. *Articulo 14*, v. 4, dici., 2003. Instituto Andaluz de la Mujer, p. 4 y ss.

23. Vid. Juan J. MEDINA. *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*. Valencia: Tirant, 2002, p. 482 y también para su introducción en Gran Bretaña e Irlanda.

24. V. referencias en I. MONTALBAN. *Perspectiva de género*... cit., p. 76 y ss.

con un salto no leve sobre la Republica mexicana, atravesando el océano Atlántico y penetrando en la Europa continental y latina en la segunda mitad de dichos años, ya con carácter civil como en Austria, Alemania e Italia[25] o penal como en España. La orden aparece como un instrumento capital, pues con la atribución de la competencia concentrada en el Juez a quien llega la denuncia, tanto para las medidas penales como para la civiles, proporciona el mecanismo de intervención más necesario ante el peligro de los malos tratos o de su reiteración y hace posible interrumpir el "ciclo de la violencia" en que suele estar inmersa la víctima, como veremos más adelante. A la Ley debe seguir la práctica, con organización y con medios, pero también la disciplina conceptual por parte de los órganos judiciales. Baste hacer una referencia en este aspecto a la demanda de ampliación espacial de la Orden de alejamiento que en los primeros meses de vigencia se venían estableciendo en distancias mínimas y espacios incompletos que no evidencian mucho sentido común, o cuando menos, lo que sería también cierto, poco conocimiento de las características del problema que se sometía a conocimiento del juez, lo que era prueba manifiesta de la necesidad de especialización.

Por el momento los datos que podemos deducir de los informes del CGPJ sobre órdenes de protección solicitadas por mujeres y las efectivamente adoptadas por el juez son: 2.003: 16.725; 2004: 35.040/26.20; 2005: 30.131/24.509. En el informe sobre el 2003, con vigencia de la orden de protección propiamente dicha sólo el segundo semestre el Consejo indica 906 incumplimientos de las pertinentes órdenes, lo que representa un 5% de quebrantamientos.[26]

25. Amplia referencia al derecho continental europeo en Virginia MAYORDOMO. *La violencia contra la mujer.* Un estudio de derecho comparado. Madrid: Dilex, 2005 para Francia e Italia, además de para los países anglosajones; DEARING/FÖRG (hg) *Konferenzdokumentation Polizeiarbeit gegen Gewalt an Frauen.* Viena: Verlag Österreich, 1999. Para Iberoamérica v. I MONTALBAN. *Perspectiva de género...* cit., p. 76 y ss., con distinción entre sistema civil y penal de medidas. En todo caso conviene precisar que la distinción entre uno y otro sistema no es tajante, pues, como ocurre en el sistema austriaco o alemán, el derecho punitivo aparece para la desobediencia de la orden de protección, o como también ocurre en el primero de los citados y en los anglosajones, las medidas resultan ser medidas de seguridad policiales, sin intervención judicial más que a posteriori.

26. Sobre la orden de protección v. Ester E. RUBIALES BEJAR. Penas y medidas cautelaras para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica. In: L.

b) La reforma de la *prisión provisional* en lo que aquí interesa incorpora expresamente al elenco de los fines que la autorizan (art. 503.1.3.º LECrim.) el "evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de algunas de las personas a las que se refiere el art. 173.2 con exclusión en estos casos de la limitación de que el delito por el que se disponga tenga prevista pena privativa de libertad igual o superior a dos años de prisión, bastando que tenga pena privativa de libertad, es decir, prisión de tres meses o, incluso, en el tenor literal cabe la de localización permanente, que es propia de las faltas. Esta modificación levanta el bloqueo anteriormente existente ante situaciones de evidente riesgo de reiteración delictiva o realización del delito con el que se amenaza a la víctima en los supuestos de denuncia por delitos "leves" de violencia doméstica, de pena de "sólo" dos años de prisión. A partir de la reforma "entre la prisión provisional y la nada" están las órdenes de protección, por lo que la necesidad material de la prisión provisional se reduce en proporción.

c) La reforma del Código que en violencia doméstica opera la L. O. 11/2003 consta de los siguientes elementos:

1. Por una parte amplía el campo del delito de la violencia doméstica a costa de las faltas, extendiendo el delito sobre las lesiones no constitutivas de delito y los malos tratos de obra, así como las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, que seguirán siendo faltas (arts. 617 1 y 2 y 620.1.º) de no mediar las relaciones "domésticas".[27] Por otra, lleva las violencias domésticas *habituales*, que se situaban en el art. 153, al *delito contra la integridad moral* del

MORILLAS (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica.* Madrid: Edersa, 2002, p. 417 y ss.; Jesús A. BONILLA CORREA. La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n. 2002, de 01.12.2005, p. 4.829 y ss.; José L. RODRIGUEZ LAIN. *Juzgado de Violencia sobre la mujer y juzgado de guardia.* Barcelona: Bosch, 2006, esp. p. 227 y ss.

27. Francisco MUÑOZ CONDE. *Parte especial.* Valencia: Tirant, 2004, p. 126 y s., quien considera este punto lo mas relevante de la reforma.

art. 173, en el n. 2.[28] Todo ello se castiga con pena de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y otras penas accesorias. Las principales se imponen en su mitad superior si concurren las circunstancias enunciadas antes al hacer referencia al 173.2. En todos los casos, la conexión doméstica impone al juez acompañar las penas principales, como accesorias, con las medidas de seguridad de alejamiento (art. 57.2) y faculta para hacerlo por las faltas contra las personas (art. 57.3).

Sin embargo, no termina de suprimir la falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve producidas en el ámbito doméstico a las que castiga como falta agravada con localización permanente de cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días (art. 620.2.º).

Tampoco renuncia el Legislador del 2003– por razones que luego se esclarecerán – a ampliar aún más el elenco de lo doméstico hasta extremos ridículos y difícilmente comprensibles: además del cónyuge y análogos, los padres, hijos, hermanos, tíos, tíos políticos, del cónyuge o del conviviente, los menores o incapaces que con el convivan, los que por cualquier otra relación estén integrados

28. Como había demandado un relevante sector doctrinal, cfr. Ochi DIAZ PITA. El bien jurídico protegido en los delitos contra integridad moral. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1997; Muñoz CONDE. *Parte especial...* cit., p. 185; J. M. TAMARIT. *Comentarios a la Parte especial de Código Penal.* Gonzalo QUINTERO (dir.). Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 105 y s.; J. C. CARBONELL y J. L. GONZÁLEZ CUSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995.* VIVES ANTÖN (Coord.). Valencia: Tirant, 1996, p. 801; Maria ACALE SANCHEZ. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar.* Valencia: Tirant, 2000, p. 89 y ss.; Carmen GOMEZ RIVERO. Algunos aspectos del delito de malos tratos. *Revista Penal*, v. 6, 2002, p. 67, donde, por cierto, por vez primera veo emplear en texto a un penalista el concepto de trastorno de estrés postraumático, p. 74; M. OLMEDO CARDENETE. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico.* Análisis teórico y jurisprudencial, Barcelona: Bosch, 2001, p. 42. L. MORILLAS CUEVA. *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, por él mismo coordinado. Madrid: Edersa, 2002, p. 672. Fue un gran acierto la creación por el Código de 1995 de este delito autónomo respecto de los malos tratos y torturas por parte de funcionarios públicos. V. dos monografías con amplias referencias: Ana Isabel PÉREZ MACHÍO. *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal.* Aproximación a los elementos que lo definen, Bilao: Universidad del País Vasco, 2004; Jesús BARQUIN SANZ. *Delitos contra la integridad moral.* Barcelona: Bosch, 2001.

en la *convivencia familiar* y, además, *los guardas o custodios de centros de acogida de personas vulnerables.*[29]

2. Declara al nuevo delito contra la integridad moral punitivamente compatible con las penas de los delitos o faltas que se hubieren podido cometer en el curso del maltrato, es decir, admite expresamente el concurso de delitos frente a la hipótesis de la consunción que se había impuesto.

3. Las penas se agravan desde la básica de 3 meses a tres años a su mitad superior cuando las violencias se hayan realizado en el domicilio común o en el de la víctima, en presencia de menores, portando armas, o, lo que resulta muy relevante, con quebrantamiento de la novedosa pena u orden cautelar de alejamiento.

4. A su vez, el art. 153 se aprovecha para incorporar en él los malos tratos que hasta el momento se consideraban faltas, en concreto todos los malos tratos violentos – los que causan menoscabo psíquico o lesiones no constitutivas de delito, los golpes y maltratos de obra sin causar lesión y las amenazas leves con armas, proyectado estas conductas sobre el elenco de víctimas incorporado en el 173.2.

Posiblemente estas conductas que constituían faltas de lesiones y malos tratos se elevaron a delito para "forzar" a los Jueces poco rigurosos a "hacer justicia", dificultándoles la calificación de falta y posibilitando así también el recurso a la prisión provisional. Pero sería mejor que se hubiera hecho así por la plena conciencia de que estas conductas presentan un grado de injusto y culpabilidad mayor que la propia de las faltas, como veremos más adelante, pero el maremagnun de situaciones y relaciones del autor y las víctimas impide entenderlo así. Con todo, la reforma en este punto es globalmente positiva, salvo en el mantenimiento de todo el elenco de víctimas a que se ha hecho referencia que dificulta captar debidamente el problema de las violencias de género en la pareja.

29. Puede hablarse de una auténtica obsesión, que en unos casos puede ser de orden "sistemática" y en otros puramente ideológica, por la ampliación de ese circulo de sujetos., v. L. MORILLAS, ob. ult. cit., p. 673 y ss., con las referencias al Consejo General de Poder Judicial, la Fiscalía General, entre otros, inclusive él mismo.

4. Balance de 15 años en las vísperas de la Ley Integral de 2004

Desde que se abordara la primera reforma penal para afrontar la violencia doméstica contra la mujer y hasta 2004 se ha consolidado un estatuto jurídico que ha pretendido resolver varios problemas:

El primero ha sido la definitiva ubicación en la opinión pública, la opinión "legislada" y en la de los operadores jurídicos de que el fenómeno de las violencias domésticas queda excluido del manto de "lo privado", y queda acuñado definitivamente como cuestión de "orden público", lo que se plasma en la consideración de los delitos y faltas en esta materia como públicos, no condicionada su persecución a la denuncia o querella de la víctima.

El segundo es la captación con pena criminal relevante de las conductas de "malos tratos", especialmente en la dimensión que afecta a la salud, particularmente la psíquica, y a la dignidad personal o integridad moral de la víctima: Su adecuada incriminación es un problema común a la generalidad de los países, pues no se describen claramente como delito y no hay intervención penal al menos hasta que no haya al menos delito de lesiones , lo que tiene que ver con un concepto mecanicista de lesión muy decimonónico y todavía no bien superado, o bien las penas son muy leves, ya se trate de figuras propiamente de delito ya, como ocurre en España, de "faltas", contravenciones, etc. Esto se ha resuelto de modo sustancial con la creación del delito de *maltrato* entre las lesiones (art. 153 C. p.), en las que incluye la amenaza con armas, y con el delito de *maltrato habitual* entre los delitos contra la integridad moral (art.173.2 C. p.). Sin embargo, quedan en la esfera de las faltas las amenazas leves y las coacciones leves, que son hechos frecuentes en las violencias domésticas

A su vez, las razones de la insuficiencia sancionadora puede derivar de un tratamiento procesal penal que favorece la débil respuesta jurisdiccional, lo que se produce en unos países por la singularidad del procedimiento especial de las

faltas, contravenciones, etc, o por la vigencia en el país de que se trate del principio procesal de persecución de "oportunidad", que en la práctica prefiere ocuparse de otros delitos "más graves".

Se dotó a la justicia del instrumento de las órdenes de protección (art. 544 bis y ss. LECrim), un mecanismo novedoso que en la experiencia se ha revelado imprescindible en este tipo de violencias compulsivas de la esfera de la convivencia, y las pertinentes plasmaciones de ésta – alejamiento, prohibición de comunicación etc. – han sido incorporadas al elenco de penas accesorias (art. 57 C.p.).

Se ha habilitado a los jueces a dictar la prisión provisional en los supuestos de violencia doméstica hasta, por lo menos, por delitos castigados con prisión de más de tres meses, es decir, para todos los delitos de violencia doméstica, quedando solamente fuera de ello la falta del art. 620 de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas leves.

Los déficits de la reforma son pocos pero muy claros, uno político criminal y otros técnicos. El déficit político criminal radica en el mantenimiento de las faltas con exclusión de la pena de prisión para las amenazas leves y las concordantes coacciones injurias y vejaciones leves del 620, pues si tal tratamiento puede resultar adecuado paras las violencias domésticas en general, resulta evidente que no lo son para las de género, o sea las del varón sobre su pareja, pues son esta categoría de las violencias "domesticas" calificadas de faltas – y no las otras, de padres sobre hijos, hijos sobre padres o abuelos etc.– las que histórica y sistemáticamente el sistema judicial ha utilizado para el "lavado" de las violencias sobre la mujer. También debe considerarse una deficiencia político criminal el que la pena mínima en l forma delictiva más leve de las lesiones es insuficiente para captar el desvalor de las violencias domésticas que son *de género.*

Entre los déficits técnicos se deben señalar el de no haber previsto que un sistema tan capital para esta materia como es el de la orden de protección, tanto cautelar y como sancionatoria, no dispusiere de un mecanismo suficientemente disuasorio de su incumplimiento, particularmente en la hipótesis de la penal para

la que el delito de quebrantamiento de condena, inspirado todavía en antiguos prejuicios decimonónicos como mero delito contra la administración de justicia, solo se le había dotado en la reforma de 2003 de una pena de multa con alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad para e quebrantador de las órdenes penales de protección .

Tanto o más importante que lo anterior era la pervivencia de un laberinto jurisdiccional penal y civil que dificultaba gravemente el acceso de la víctima a la justicia. Ninguna de las propuestas institucionales del Consejo, de la Fiscalía o la de los Planes gubernamentales había pasado de modo efectivo más allá de la de la coordinación "voluntaria entre jurisdicciones y operadores jurídicos, por vía de los "protocolos" de colaboración.[30] Nadie se había atrevido a proponer la superación del dogma de la separación de órganos jurisdiccionales penales y civiles,[31] representaba un esfuerzo superior a la creación en su día de la jurisdicción laboral o más recientemente la de la jurisdicción mercantil. Bien es cierto que tamaña innovación no podía justificarse para las violencias de de padres sobre hijos, o de hijos sobre padres o sobre abuelos o sobre tíos sobre sobrinos ni sobre encargados de residencias de ancianos, para lo que realmente era necesaria una reforma de este calado era para unas violencias que no se querían reconocer como tales: las violencias de género, pues son las que plantean epidemiológicamente el problema de la necesaria e inmediata coordinación de lo civil y lo penal.

Y con esta referencia procesal podemos llegar a desarrollar la exposición sobre la deficiencia más principal y determinante en el combate jurídico de la violencia sobre la mujer como problema distinto y más grave que las restantes violencias domésticas durante más de quince años de reformas y esfuerzos colectivos.

30. Vid una excelente síntesis de de desesperante situación jurídica procesal penal y civil hasta 2005 en Jose Luis RODRIGUEZLAÍN, Juzgado de violencia sobre la mujer y juzgado de guardia. Barcelona: Bosch, 2005, p. 23-30.

31. Solamente el partido socialista, pero estaba en la oposición: Proposición de Ley 122 de 21.12.2001.

5. La contradicción principal: la incomprendida esencia del problema del tratamiento penal de los malos tratos y de las violencias de los hombres contra las mujeres: el déficit del conocimiento criminológico y la poca voluntad de reconocerlo

Más allá de todo déficit normativo o funcional para abordar el fenómeno de los malos tratos a las mujeres,[32] lo que encuentro más relevante es la incomprensión de que esa violencia de hombres sobre mujeres en la pareja presenta caracteres materiales, sociales y psicológicos bien distintos de las demás violencias interpersonales, inclusive de aquellas a quienes se tiende a tratar del mismo modo: las violencias sobre menores y ancianos, a todo lo cual se le cubre incluso bajo un mismo título, "violencia doméstica", como si lo único singular de todo ello fue la relación parental y la comunidad del espacio domiciliario.[33] Aún más, se tiende

32. La bibliografía criminológica española sobre la violencia de género en la pareja propiamente dicha no se extiende mucho más allá de Maria José BENITEZ JIMÉNEZ. *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar*. Cambios sociales y legislativos. Madrid: Edisofer, 2004; F. J. LABRADOR/ Paulina Paz RINCON/Pilar de LUIS//Rocío FERNANDEZ-VELASCO. *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación, Pirámide*. Madrid 2004; Juan J, MEDINA, *Violencia contra la mujer en la pareja:* Investigación comparada y situación en España. Valencia: Tirant, 2002, con una excelente información y bibliografía cerrada a 2001; GANZENMÜLLER, ESCUDERO y FRIJOLA. *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Barna: Bosch. 1999; M. y J. A. LORENTE ACOSTA. *Agresión a la mujer*: maltrato, violación y acoso. Madrid: Comares, 1998; muy divulgativo Miguel LORENTE ACOSTA. *Mi marido me pega lo normal*. Agresión a la mujer realidades y mitos. Barcelolna: Crítica, 2001; El mismo. *El rompecabezas*: anatomía del maltratador. Barcelona: Crítica, 2004. Enrique ECHEBURÚA. *Personalidades violentas*. Madrid: Pirámide, 1994; Ana I. CEREZO DOMINGUEZ. *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*. Valencia: Tirant, 2000; y la misma. La violencia en la pareja: prevalencia y evolución. In: BOLDOVA/RUEDA (Coord.) *La reforma penal en torno a la violencia de género*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 307 y ss.; Maria José JIMÉNEZ DIAZ. Mujer víctima doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable. In: L. MORILLAS (Coord.) *Estudios penales sobre la violencia doméstica*. Madrid: Edersa, 2002; Peer STANGELAD, malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005, p. 241 y ss.; Elena LARRAURI. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?. *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 12, 2003, p. 271 y s.

33. En el año 2005 del total de 82.750 denuncias por violencia doméstica sólo 2.915 casos son de víctimas menores de 18 años, es decir, el índice de victimización de menores respecto del

a creer que en la pareja la violencia es bipolar, y ello por el mero hecho de que las estadísticas de resultados de muerte y lesiones arrojan un porcentaje – que no llega al 10% – de autores mujeres, sin que hasta ahora se haya procurado completar la pobreza informativa de nuestra estadística judicial con dato tan relevante como el de en qué medida esa violencia femenina – más allá de ese 5% de participación genérica de la mujer en la criminalidad registrada – es puramente reactiva, es decir, de retorsión o de defensa.[34]

Las razones del déficit de comprensión criminológica singularizada del fenómeno de la violencia de género estriban en lo tardío de la elaboración criminológica del "síndrome de la mujer maltratada" y en las dificultades añadidas a la propia dificultad de la materia para su comprensión general, toda vez que, además, su elaboración vino de la mano, en buena parte, de la criminología "feminista", que como cualquier otro tipo del movimiento no podía carecer de manifestaciones o propuestas extremadas en otros aspectos, como aquéllas que identifican fenómenos como la pornografía o la prostitución con la violación misma, con lo que al obstáculo de las mentalidades "tradicionales" se añadía la confusión y el rechazo en las mentalidades más "modernas" de estas propuestas neomoralizantes.[35]

La esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas no es otra que la necesidad – deseo de dominio sobre la mujer. La acción violenta

total es 28.3 veces menor que el de adultos, lo que pone de manifiesto el despropósito de tratar igual el problema de las violencias sobre los adultos y sobre los menores, sin que las cifras sobre menores carezcan de relevancia. A su vez de las víctimas mayores se refieren a víctimas mujeres 73.109 denuncias y a hombres 11.904, es decir siete veces más víctimas mujeres que hombres. En lo que a órdenes de protección se refiere las víctimas son 859 menores frente a 29.272 víctimas mujeres mayores y 2. 588 hombres, es decir, 11.3 veces más victimas mujeres que hombres. V. Cuadros del Observatorio de la violencia doméstica y de género del CGPJ citados en nota 9.

34. Vid. Elena LARRAURI. *Violencia doméstica y legítima defensa, un caso de aplicación masculina del derecho.* In: E. LARRAURI y D. VARONA. *Violencia doméstica y legítima defensa.* Barcelona: EUB, 1995, p. 9 y ss.

35. Que en mi opinión ha tenido acogida, por ejemplo en la reforma de los delitos de violación operada por la L.O. 12/2003 en el art. 179. Sobre todo este asunto, en particular sobre el argumento de la pornografía, y en modo muy centrado v. una presentación de autoras y argumentos en T. P. BELEZA. *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*... cit., p. 353-362.

del hombre está psicológicamente orientada a someter a la mujer mediante un combinado de agresiones físicas y psíquicas que integran el elenco de las infracciones penales constitutivas de homicidio lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones. El sometimiento se persigue a través de la producción del miedo en la mujer, miedo a seguir sufriendo daños físicos y psicológicos en sí misma o sobre sus hijos, todo lo cual constituye ese denominado síndrome de la mujer maltratada.[36] En las conductas violentas y de malos tratos hay, por supuesto, dolo de lesionar – en su caso, de matar – pero lo más relevante es la voluntad más o menos intelectualmente elaborada – o incluso meramente atávica – por el autor de someter a su pareja.[37]

Las violencias contra la mujer por parte del marido no son tanto un hecho como un proceso y lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a la humillación, que es la esencia del atentado a la integridad moral. Los golpes y el dolor duran más o menos, pero el miedo, en no pocos casos verdadero terror, la humillación, la impotencia, la destrucción de la personalidad, la quiebra de la integridad moral hacen que estas violencias y malos tratos sean continuados y permanentes. El proceso y la dinámica de la violencia de género en la pareja están hoy perfectamente identificadas en el "ciclo de la violencia" del "síndrome de la mujer maltratada": voluntad de dominación y sometimiento, acumulación de la tensión, explosión violenta, reconciliación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo.[38]

Siendo así las cosas, resulta que la denuncia o la intervención penal no se produce casi nunca en el primer tiempo del ciclo, sino tras la fase de explosión violenta de cualquiera de los sucesivos ciclos. La formulación de la denuncia ante

36. Vid M .L ORENTE ACOSTA. Agresión a la mujer... cit., p. 113, M .J. BENITEZ JIMENEZ, cit., p. 31 y ss., JIMENEZ DÍAZ, cit., p. 289 y ss. LABRADOR y otros, cit. 24 y ss.

37. Vid. Miguel LORENTE ACOSTA. *El rompecabezas.* Anatomía del maltratador. Barcelona: Ares y Mares, 2004.

38. Vid. especialmente BENITEZ JIMÉNEZ. Violencia contra la mujer... cit., p. 44 y ss. y M. LORENTE ACOSTA. *Agresión a la mujer*... cit., p. 96 y ss.

la policía o el juez nunca llega a producirse con ocasión de la "primera vez". Esta circunstancia tiene varias consecuencias muy relevantes:

1.º El hecho que llegará a ser objeto de denuncia por la víctima o de conocimiento por la autoridad tiene siempre un previo proceso de hechos de lesiones y peligros que no sólo es fundamental captar en la investigación y en la prueba, sino también en el propio momento de la denuncia, pues sólo así se puede apreciar el grado de exposición al peligro en que se encuentra la mujer y la propia naturaleza y gravedad del peligro que la amenaza, para tomar así las medidas cautelares pertinentes. Así lo ha asumido perfectamente la Ley de la orden de protección, cuyo presupuesto es, además de los indicios fundados de comisión de un delito o falta, el de "una situación objetiva de riesgo para la víctima" (art. 544 *ter*, 1 in fine LECrim).

2.º Es esa situación de peligro – que quien mejor la capta es, naturalmente, la víctima – la que convierte en graves hechos aparentemente menores, que de producirse por "primera vez" podrían tratarse como leves. Y esto es lo que ocurre precisamente en el espacio de las amenazas y coacciones: lo que violenta más a la víctima no es tanto el grado objetivo de la coacción o amenaza "leves", sino la significación que en verdad tiene para la víctima ese hecho leve en el contexto del proceso del síndrome de los malos tratos. Lo que para el observador externo y superficial resulta leve, para la mujer, por las circunstancias del proceso de conflicto, puede tener un grado de credibilidad y de inexorable que la resultará bien grave, así como para un observador atento. Esto es lo que creo que acontece en la vida práctica judicial: la lesión leve o el maltrato aparecen como hecho aislado, con desconocimiento de la dinámica general y concreta de la violencia de género en la pareja y, más allá de operadores jurídicos extravagantes, se termina calificando como falta lo que es grave, y que debería ser, por tanto, delito.

El debate sobre el originario art. 153 del Código de 1995 y la posterior creación del delito de maltrato habitual contra la integridad moral en el art. 173.2, y la nueva y distinta dimensión que toma la cuestión con la integridad moral como bien jurídico, lógicamente de contornos no muy precisos, han inducido

erróneamente a no captar la dimensión de daño efectivo y real que presentan no sólo los delitos y faltas de las lesiones leves y los maltratos de obra, sino también las coacciones y amenazas leves en la salud física y psíquica y la integridad moral que son los bienes jurídicos que tales delitos tutelan. Y hay que proclamar que son delitos y faltas de *lesión* de los respectivos bienes jurídicos y no meras puestas en peligro, ni abstracto ni concreto, aunque además de lesión se incorporen en los tipos y en la vida peligros concretos y lesiones efectivas.[39]

Por otra parte, merece observarse que mientras que en la generalidad de las violencias interpersonales la denuncia y la subsiguiente intervención policial o judicial ordinaria basta para interrumpir la acción criminal, no ocurre lo mismo en la violencia de género. La compulsión del varón al maltrato está preordenada a la dominación y tiende a superponerse a las motivaciones ordinarias que suele producir la mera intervención de la autoridad. La consecuencia de ello es la extraordinaria necesidad de disponer de las medidas cautelares de protección, desde la orden de alejamiento a la prisión provisional, lo que, a su vez, nos muestra lo largo que resulta el ciclo de la violencia y del sometimiento al terror de la víctima, poco propicio a ser bien entendido por la ideología mecanicista que todavía pesa en la dogmática de los delitos de violencia.[40]

Por todas estas razones estimo que está bien fundamentado tanto el sistema de la orden de protección como la conversión de la falta de lesiones y de malos tratos en delito operada por la Ley Orgánica 11 del 2003 en el art. 153, y por las mismas razones estimo que resulta razonable convertir en delitos las faltas de coacciones y amenazas leves cuando se trata de las cometidas en el marco de la violencia de género, es decir, por el hombre sobre la mujer, tal y como ha configurado la Ley Integral de 2004.

39. Vid. exhaustivamente sobre esta polémica L. GRACIA MARTIN, ob. cit., p. 418 y ss, quien es, por otra parte, el que ve más acertadamente esta cuestión en aquél momento. Vid sobre el delito del 173 v. las monografías de Jesus BARQUÍN SANZ. *Delitos contra la integridad moral*, y Ana I. PEREZ MACHÍO, *El delito contra la integridad moral...*, citados en nota 29.

40. V. Jose Miguel SANCHEZ TOMÁS. *La violencia en el Código Penal.* Barcelona: Bosch, 1999.

6. La Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género de 2004

Lo primero y principal es que por vez primera nos encontramos con una ley integral que fija y articula todas las políticas sociales y jurídicas para la lucha contra la violencia de género. Una ley de esta clase integral es reclamo fundamental de la política criminal ante problemas complejos. Se complementa así el principio de codificación con acciones y disposiciones horizontales coordinadas y con dotaciones presupuestaria que lo soporten. Por vez primera no nos encontramos con una ley que no confía todo al derecho penal.

Y lo que al derecho penal se refiere es lo siguiente:

a) Agrava la pena de los delitos de lesiones añadiendo a las causas de agravación de las mismas previstas en el art. 148 (empleo de armas, ensañamiento, minoría de edad o incapacidad de la víctima) la circunstancia de que la víctima "fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia".

Incorpora otra causa de agravación consistente en que la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor" (n. 5 del art. 148). Nada tiene que ver este supuesto ni con la violencia de género ni con las consecuencias jurídicas, civiles administrativas, laborales etc. Que dispone el general de la Ley pero en mi opinión resultó el punto de encuentro para hacer posible en consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final, lo que sin ser bueno para la coherencia intelectual y política de todos resulta buenísimo para la causa de la lucha contra la violencia de género.

b) En el delito de malos tratos no habituales previsto en el art. 153, redactado por la L. O. 11/2003, la Ley eleva el marco mínimo de la pena privativa de libertad de 3 a 6 meses cuando se trate de violencia sobre la mujer o conviviente especialmente vulnerable, manteniendo la de 3 meses para las demás violencias domésticas.

Al incremento del mínimo de la pena de prisión se acompaña de una cláusula de atenuación facultativa: el juez podrá imponer la inferior en grado – que coincide con la común de 3 meses – "en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho" sin olvidar el legislador condicionar tal efecto a que el juez lo razone expresamente en la sentencia, curándose en salud frente a lenidades. Esta cláusula la va a repetir en las restantes agravaciones que introduce. Viene a significar que cuando los hechos no representen en el caso concreto la mayor gravedad que representa la violencia de género frente a las domésticas comunes las podrá castigar el juez con la pena de éstas. No hay pues obligatoria e inevitable desigualdad en el trato de lo único que varía – el marco inferior de la pena privativa de libertad – entre la violencia de género y la doméstica común.

c) Configura como delito de amenazas las amenazas leves constitutivas ordinariamente de falta, cuando estas se profieran contra la esposa o mujer que..., como en el 148.[41] La pena se incrementa sobre la falta de multa de 10 a 20 días (conforme a la nueva redacción del art. 620. 2 de la LO 15/2003) a prisión de seis meses a un año o trabajos al servicio de la comunidad de 31 a 80 días. Esta pena se acompaña de la cláusula de atenuación facultativa a la que se ha hecho antes referencia.

El nuevo delito parte pues de la consideración de que las amenazas leves cuando sen de género son conductas más graves que las demás, conforme al saber empírico y criminológico. Pero para permitir correcciones por el injusto y la culpabilidad prevé la cláusula de reducción de la pena en un grado, es decir, por seguir la argumentación antes expuesta, para cuando excepcionalmente en la práctica el hecho denunciado fuere propiamente "la primera vez" y sin situación la de riesgo propia del desarrollo de síndrome.

41. De menor relevancia para lo que ahora nos ocupa es que como n. 4 del art. 171 sitúa las amenazas leves con armas u otros objetos peligrosos frente a las personas del círculo del 173.2, que desde la LO 11/2003 se había residenciado en el art. 153, pero excluye las proferidas contra el cónyuge que considera implícitas en el apartado anterior.

d) Configura como delito de coacciones en el art. 172, 2, con pena de seis meses de prisión a un año o trabajos de 31 a 80 días, la coacción leve, normalmente constitutiva de falta, cuando se efectúe sobre la esposa o...etc., que en los demás casos se regirá por lo dispuesto por la falta regulada por la L. O.15/2003 en el art. 620.2 y las realizadas sobre los sujetos de la relación doméstica del art. 173.2 se penan con localización permanente de 4 a 8 días, con alejamiento respecto de la víctima o con trabajos de 5 a 10 días.

e) La ley dispone la modificación del delito de quebrantamiento de condena, que en la versión de la LO15/2003 también se modificó con un incremento punitivo. Pero ahora de eleva el minino de la pena a prisión de tres a seis meses para el que quebrantare las penas y así como las medidas de la orden de protección en los casos relativos al círculo de víctimas de art. 173.2 Este incremento resulta necesario y justificado desde el principio de proporcionalidad pues los quebrantadores de la pena y la medida de protección de alejamiento, etc., no sólo lesionan el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que pone en peligro la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, generando en ella el fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peligros Esa pérdida psicológica y material de la seguridad que proporciona la orden de protección no es un mero peligro abstracto o concreto, sino un daño efectivo para la mujer. Bien es cierto que el asunto se plantea así en la realidad la violencia de género y no con demás violencias domésticas.

f) La Ley aborda la regulación de la suspensión de penas que se condiciona en las violencias de género al cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares, a la orden de alejamiento y prohibición de comunicación con la victima y participar en programas formativos específicos (art. 83,1 in fine). A su vez se dispone que el incumplimiento de las condiciones antes mencionadas durante el periodo de suspensión de la pena privativa de libertad comporta la revocación de automática de ésta si se trata de delitos de violencia de género (art. 84.3 C.P.). En el mismo supuesto de estos delitos sólo se permite sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad acompañados

de programas de reeducación y tratamiento psicológico,[42] excluyendo la multa (art. 88.1 dos ult. párrafos)

g) Concluye la parte penal sustantiva de la ley con una cláusula dirigida a que la Administración penitenciara incorpore programas específicos de violencia de género y programas específicos para los maltratadores, que es una experiencia clínicamente recomendada aunque extraordinariamente compleja.[43]

7. Constitucionalidad de las novedades punitivas de la ley

1. Tras lo expuesto creo que no se puede razonablemente ni pensar que nos encontremos ante un tratamiento desproporcionado de la punición penal específica y diferenciada de la violencias de género de las demás violencias domésticas. Bien al contrario, esas lesiones y coacciones y amenazas que en las relaciones interpersonales pueden ser leves, y seguir siendo faltas, si se produce en el marco de conflicto de género en la pareja y en los términos que describe el síndrome de la mujer maltratada, deben convertirse en más graves y por lo tanto, ser tratadas como delito, procesal y materialmente, es decir, con pena de delito y con posibilidad de prisión provisional por delito.

Puede razonablemente alegarse que aunque la regla general sea la mantenida no se puede excluir el que al juez pueda llegar una amenaza o coacción propiamente leve, aislada por completo de toda situación de conflicto, y por lo tanto carente del desvalor de acción y de resultado que he expuesto como común u ordinario. Para eso se ha incorporado en todos los supuesto en los que se ha incrementado la pena mínima la cláusula de atenuación facultativa las suspensiones de la pena y la solución.

42. Asunto este que además de su carácter científicamente crítico va a representar el camino de huida del Derecho peal de estos penados, ver algunas referencias críticas, por ejemplo, www,observatoriodelaviolencia.com, con referencias a los más pioneros.

43. Vid. ECHEBURUA, FERNANDEZ MONTALVO, y DE LA CUESTA. Articulación de medidas penales y de traamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar. *Psicopatología clínica, legal y forense*, I, 2, 2001, p. 19 y ss.

Ante esta observación, si así se desea puede asegurarse la presencia del grado de desvalor añadido de la violencias de género mediante la incorporación a los diferentes tipos de las nuevas amenazas y coacciones la necesaria concurrencia de la "situación objetiva de riesgo" para la víctima, que es además el concepto que utiliza la Ley de la Orden de protección y va ser merecedor de desarrollo y utilizable en la Orden y en a interpretación de los tipo penales.

Procede, ahora que según mi criterio se ha expuesto la naturaleza propia de la violencia de género en la pareja, el abordar la cuestión de la constitucionalidad de la creación de tipos que tienen por sujeto activo al varón y por víctima a la mujer. Creo que tras lo descrito nadie puede pensar que nos encontremos en la reforma penal realizada ante un supuesto de discriminación positiva o negativa alguno. Estamos ante el propósito de tipificar de modo autónomo un tipo de comportamiento con las dosis de gravedad que nos preocupan y que sólo se da por parte del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre. Los daños que sobre la salud y libertad de la mujer se producen en el contexto del síndrome de la mujer maltratada por vía de lesiones, amenazas y coacciones son más graves que cualquiera otras lesiones, amenazas y coacciones interpersonales comunes de mujeres sobre hombres dentro de la pareja, o de hombres sobre mujeres con quienes no tengan ni hayan tenido la relación de pareja, o de hombres y mujeres contra cualesquiera otras víctimas.

Puede alegarse que son también mas graves que las lesiones, amenazas y coacciones comunes las infligidas a menores y mayores dependientes. Esto es cierto sólo si tales personas se encuentran en una especial situación de desvalimiento, y en ese caso lo que procede es castigar mas gravemente a los que lesionan o maltratan a personas desvalidas del círculo doméstico, pero no incluir a menores o ancianos, o primos y tíos, huéspedes temporales y ancianos que se valen por si mismos y para no dejar fuera a quien siendo mayor, resulta estar desvalido por ser, p. ej., parapléjico. Pero estos tipos de violencias interpersonales no están provistos de las mismas características materiales de gravedad y de relaciones de peligro que las violencias

sobre las mujeres,[44] como se manifiesta en la práctica de la orden de protección, y en especial de las variantes de alejamiento y prohibiciones de comunicación, pues no son relevantes las aplicaciones a las violencias sobre menores y ancianos. Con todo el legislador ha sido prudente y ha incluido con el mismo grado de protección las víctimas de género a las personas desvalidas que convivan en el domicilio. Con todo no deja de ser procupante el descabellado número de cuestiones de constitucionaslidsd presentados por jueces y tribunales, que suelen argumenta con los mismo parámetros empleados mas desaforadamente por quiens denberían ser exponentes de judicial self *restreint* ante un legislador que ha tomado su acuerdo por unanimidad del arco parlamentario, es decir, con acuerdo entre carlistas y liberales, lo que en materia penal no ocurría des de la Ley Penitenciaria de 1977. Pero claro está, alguien tenía que seguir el informe por los pelos mayoritario del Consejo del Poder judicial cuyo sector mayoritario es el de mayor sectarismo y despropósito que la joven Democracia ha conocido.

Frente al derecho vigente me parece imprescindible tratar separadamente la violencia de genero doméstica de las demás violencias domesticas, y todas estas referenciadas única y exclusivamente a las ejercidas sobre personas desvalidas o en situación de vulnerabilidad.

Todo lo anterior se puede formular en los términos más propios de la dogmática penal en del modo siguiente: El principio constitucional de igualdad requiere en las incriminaciones penales, en la configuración típica y en la pena que no se traten de modo desigual, privilegiada o agravatoriamente, conductas cuyo valor de acción y de resultado sean iguales. Se dice lo mismo cuando los penalistas se expresan con la fórmula de que no se pueden hacer distingos de incriminaciones o de pena ante conductas lesivas del mismo bien jurídico que ofrecen el mismo grado de injusto y de culpabilidad. A su vez, resulta legítimo constituir tipos agravados sobre los comunes o básicos de lesiones, amenazas y coacciones, para captar en ellos

44. Cfr. M. J., BENITEZ, p. 27 y s. con referencias y Miguel LORENTE ACOSTA, en todos los lugares.

en mayor desvalor de acción en los tres supuestos y el mayor desvalor de resultado en las amenazas y coacciones que representan los casos de violencia masculina generadora del síndrome de la mujer maltratada. En estas conductas el grado de injusto es mayor, pues el daño sobre la libertad, la seguridad y la integridad de la mujer es mayor, y también es mayor el grado de culpabilidad, pues resulta más reprochable la motivación que inspira al autor de la violencia de género.

8. Conclusiones

La Ley Orgánica representa el cierre del largo e intenso proceso legislativo para afrontar el problema de los malos tratos fundamentalmente a través de una ley de carácter integral, que abarca todos los aspectos institucionales, asistenciales, económicos penales y procesal penales. En lo penal mediante la creación de tipos autónomos agravados para los supuestos de violencia de genero, de hombres sobre sus parejas, que es una realidad criminológica material, conocida como síndrome de la mujer maltratad, y que presenta mayor desvalor de acción y de resultado que en las demás violencias interpersonales, por lo que este tratamiento no resulta ni discriminatorio ni inconstitucional y mediante la protección penal singularizada y agravada del cumplimientos del sistema de medidas de protección y con un nuevo delito de quebrantamiento de condena. En lo procesal porque concentra todas la competencias penales y civiles en el mismo órgano judicial que permitirá una mas eficaz coordinación interinstitucional, de la investigación y de la protección inmediata a la víctima en sus bienes jurídicos propios y en lo que se refiera la aplicación del derecho de familia.

Drogas e redução de danos[1]

Maria Lúcia Karam
Juíza de Direito aposentada.

Sumário: 1. Os danos do proibicionismo – 2. Proibicionismo, criminalização e expansão do poder punitivo – 3. Proibições, criminalizações e danos aos direitos fundamentais: os dispositivos criminalizadores das Convenções da ONU em matéria de drogas e sua reprodução na legislação brasileira – 4. O rompimento com o proibicionismo e a preservação da democracia.

Resumo: Ocultando o fracasso de seus objetivos explícitos, ocultando paradoxos e promovendo a violência, o proibicionismo voltado contra as drogas alimenta a expansão do poder punitivo. As convenções da ONU nessa matéria e as legislações internas dos mais diversos Estados nacionais, como a nova lei brasileira 11.343/2006, sistematicamente violam princípios e normas das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas. Os danos relacionados às drogas ilícitas não provêm delas mesmas, mas sim do proibicionismo. São danos a direitos fundamentais, que ameaçam a preservação da democracia. É tempo de efetivar uma ampla reforma das convenções internacionais e das legislações internas, para legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas.

Abstract: Hiding the failure of its explicit goals, hiding paradoxes and promoting violence, prohibition on drugs nourishes the expansion of the punishing power. The UN conventions on this issue and the internal laws of the most

1. Palestra proferida no *12.º Seminário Internacional do IBCCrim*, São Paulo, agosto 2006.

different national States, like the new Brazilian law 11.343/2006, systematically violate principles and rules of universal declarations of rights and democratic Constitutions. Harms related to illicit drugs do not come from themselves, but from prohibition. They are harms to fundamental rights and they threaten the preservation of democracy. It's time to put in effect an ample reform of the international conventions and the national laws on drugs, in order to legalize the production, distribution and consumption of all psychoactive substances.

Palavras-chave: Drogas – Proibicionismo – Danos – Direitos fundamentais – Legalização.

Keywords: Drugs – Prohibitionism – Harms – Fundamental rights – Legalization.

1. Os danos do proibicionismo

Para discutir redução de danos relacionados a drogas é preciso refletir sobre os danos causados pelo proibicionismo e sobre a urgente necessidade de concretização da proposta de legalização da produção, da distribuição e do consumo de todas as substâncias psicoativas assim qualificadas. É preciso refletir sobre repressão e sobre liberdade, partindo da indispensável afirmação da liberdade de expressão e informação.

A liberdade de expressão e de informação pressupõe a ampla possibilidade de manifestação de qualquer opinião, de discussão de qualquer tema, de qualquer assunto. Nenhum tema pode ser excluído do debate. Nenhum tema pode ser proibido. A garantia da liberdade de expressão e de informação e a garantia da democracia não conhecem temas tabus.

A comunicação no Estado de Direito Democrático deve garantir a ampliação da possibilidade de conhecer, de saber, de estar informado sobre os mais diversos aspectos da vida, sobre os mais diversos assuntos. Essa possibilidade é fundamental para que o indivíduo possa ser independente, possa ter suas próprias

idéias e opiniões para, assim, se manter livre e realizar a democracia, periodicamente elegendo os que vão exercer o poder do Estado, influenciando sua atuação, avaliando e controlando seus atos.

A proibição da livre circulação de idéias é um dos principais ou talvez mesmo o principal instrumento de dominação. Censuras, explícitas ou não, são sempre impostas por quem detém algum tipo de poder e que, por dispor desse poder, pretende estabelecer o que é bom ou ruim e ditar o que pode ou não pode ser visto, escutado, lido ou vivido pelo conjunto dos indivíduos. Geralmente, a dominação exercida com a censura ou com um discurso único que a ela se assemelha é disfarçada por apontadas boas intenções, que apresentam a proibição da livre circulação de idéias como um meio de proteger de coisas "ruins", "obscenas", "feias", "imorais", que não devem ser vistas, escutadas, lidas ou vividas.

Valendo-se dessas apontadas boas intenções, o proibicionismo voltado contra as drogas qualificadas de ilícitas – como acontece também em outras posturas proibicionistas –, impõe um discurso único que, permanecendo inquestionado, censura, desinforma e deseduca, ocultando fatos, demonizando substâncias e pessoas que com elas se relacionam e moldando opiniões conformistas e imobilizadoras.

Informar-se e questionar as proibicionistas leis internacionais e nacionais nessa matéria é um passo fundamental para, rompendo com o discurso único, perceber os riscos, os danos e os enganos causados pela política criminalizadora de "guerra às drogas". E assim percebendo, lutar pela superação de tal enganosa e danosa política.

2. Proibicionismo, criminalização e expansão do poder punitivo

O proibicionismo em matéria de drogas se expressa nas três Convenções das Nações Unidas sobre a matéria, vigentes e complementares: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, que revogou as convenções anteriores e foi revista

através de um Protocolo de 1972; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena).

Tais diplomas internacionais, contendo as diretrizes seguidas pela legislação brasileira, como pelas legislações dos mais diversos Estados nacionais, pretendem restringir a fins exclusivamente médicos e científicos a produção, a distribuição (aí incluído não só o comércio, mas qualquer forma de fornecimento ou entrega a terceiros) e o consumo das selecionadas substâncias e matérias-primas tornadas ilícitas, mediante a criminalização de condutas relacionadas àquelas atividades que se realizem com quaisquer outros fins.

As tendências repressivas se aprofundam com a Convenção de Viena de 1988, refletindo, de forma eloqüente, a tendência de expansão do poder punitivo, que se consolida a partir das últimas décadas do século XX. Os funcionais discursos proibicionista e criminalizador, globalmente se encontrando na política de "guerra às drogas" – guerra que, aliás, não é apenas contra as drogas, dirigindo-se sim, como quaisquer guerras, contra pessoas, aqui contra as pessoas dos produtores, distribuidores e consumidores das substâncias e matérias-primas proibidas – forneceram o primeiro fundamento legitimador dessa tendência expansionista do poder punitivo. Embora, após os atentados de 11.09.2001, o terrorismo tenha se transformado em uma nova e mais fácil fonte de legitimação, aquele primeiro fundamento não foi abandonado. Ao contrário, são freqüentes as tentativas de associação entre os dois fenômenos.

Assim legitimado, o controle social exercido através do sistema penal, mais e mais, incorpora estratégias e práticas que identificam o anunciado enfrentamento de condutas criminalizadas à guerra tornada preventiva ou ao combate a dissidentes políticos nos remanescentes Estados totalitários. A figura do "inimigo" ou de quem tenha comportamentos vistos como diferentes, "anormais" ou estranhos à moral dominante, se confunde nos perfis do "criminoso", do "terrorista" ou do "dissidente".

Autoritárias legislações de emergência ou de exceção são sistematicamente produzidas, abandonando princípios garantidores, criando vácuos, que progressivamente se ampliam, nos quais é indevidamente desprezado o imperativo primado dos princípios e normas contidos nas declarações universais de direitos e nas Constituições dos Estados democráticos. Embora mantidas as estruturas formais do Estado de Direito, vai se reforçando o Estado policial sobrevivente em seu interior, vão sendo instituídos espaços de suspensão de direitos fundamentais e de suas garantias, acabando por fazer com que, no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracias e Estados totalitários vá se tornando sempre mais tênue.

3. Proibições, criminalizações e danos aos direitos fundamentais: os dispositivos criminalizadores das convenções da ONU em matéria de drogas e sua reprodução na legislação brasileira

O desautorizado abandono de princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições dos Estados democráticos faz-se claramente presente na nova lei penal especial brasileira – Lei 11.343, de 23.08.2006, em vigor a partir de outubro do mesmo ano.

A nova lei não traz qualquer alteração substancial na política oficial do Brasil, até porque, como suas antecessoras Leis 6.368, de 21.10.1976, e 10.409, de 11.01.2002, por ela revogadas, naturalmente reproduz as diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais em matéria de drogas de que o Brasil, como quase todos os demais Estados nacionais, é signatário.

A violação a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas, que caracteriza essas diretrizes, nitidamente se revela em diversos dispositivos da Convenção Única de 1961 e, ainda mais especialmente, da Convenção de Viena de 1988. Dado o tempo limitado dessa exposição, serão aqui destacados apenas alguns desses dispositivos.

Em ambas as convenções, a violação a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas logo aparece na antecipação do momento criminalizador da produção e da distribuição das substâncias e matérias-primas proibidas, antecipação que se revela tanto pela tipificação de meros atos preparatórios como a associação ou a "confabulação" para cometer o chamado "tráfico", quanto no abandono das fronteiras entre consumação e tentativa, com a tipificação autônoma de condutas como a posse, o transporte ou a expedição das substâncias e matérias-primas proibidas.[2] A criminalização antecipada, reproduzida na legislação brasileira,[3] como em legislações dos mais diversos Estados nacionais, viola o princípio da lesividade da conduta proibida, que é expressão do princípio da proporcionalidade extraído do aspecto material da cláusula do devido processo legal.[4]

A Convenção de Viena ainda considera autonomamente a organização, a gestão ou o financiamento de qualquer dos crimes identificados ou relacionados ao "tráfico". A vulneração do princípio da proporcionalidade aqui se repete na previsão, como tipos autônomos, de condutas inseridas no âmbito de um tipo de crime já definido, que poderiam, quando muito, funcionar como circunstâncias agravantes da pena a esse cominada. Repete-se ainda nas penas delirantemente altas, igualadas ou mesmo superiores às previstas para um homicídio, encontradas em diversas legislações, como na nova lei brasileira,[5] em que a indevida consideração da associação, da organização, da gestão ou do financiamento voltados para o dito "tráfico" como tipos autônomos de crimes serve como suposta manifestação da propagandeada mas sempre indefinida e indefinível "criminalidade organizada".

2. Art. 36 da Convenção Única de 1961 e art. 3 da Convenção de Viena.

3. Arts. 33, 34 e 35 da Lei 11.343/2006.

4. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 9, 1), Constituição Federal brasileira (art. 5.º, LIV).

5. Art. 36 da Lei 11.343/2006, prevendo penas de reclusão de 8 a 20 anos para as condutas de financiar ou custear a prática dos crimes identificados ao "tráfico".

Adicionando tipificações, a Convenção de Viena introduz a figura de uma receptação específica ou "reciclagem", origem das tipificações em legislações de diversos países do chamado "branqueamento" ou "lavagem" de capitais, que se tornaram campo fértil para o excesso punitivo, inclusive na criminalização de pós-fatos absorvíveis pelo crime antecedente.

A Convenção de Viena introduz ainda como figuras autônomas a instigação ou a indução em público, por qualquer meio, ao cometimento das condutas relacionadas ao "tráfico" ou à utilização das drogas qualificadas de ilícitas. Tipificações assim vagas, que também aparecem em diversas legislações, como na legislação brasileira,[6] equivalem à indefinição da conduta proibida, o que conflita com o princípio da legalidade.[7]

Nos diplomas internacionais, o rigor penal se expressa desde a recomendação de aplicação preferencial de pena privativa de liberdade, que já aparece na Convenção de 1961. No aprofundamento da repressão, a Convenção de Viena de 1988 introduz um extenso rol de circunstâncias qualificadoras,[8] que, também adotadas na legislação brasileira,[9] elevam as penas previstas para os tipos básicos de crimes do dito "tráfico", freqüentemente já fixadas em quantidade excessivamente alta. Na nova lei brasileira, a pena mínima para o tipo básico do "tráfico", que na Lei 6.368/76 era fixada em reclusão de 3 anos, passa a ser de reclusão de 5 anos.[10]

Na previsão daquelas causas de aumento da pena, a Convenção de Viena inclui a reincidência, assim não só se incompatibilizando com o princípio da culpa-

6. Veja-se a regra do § 2.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que tipifica as condutas de "induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de drogas". A indefinição também aparecia nas regras dos incisos I e III do § 2.º do art. 12 da Lei 6.368/76.

7. Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XI, 2), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 15, 1), Constituição Federal brasileira (art. 5.º, XXXIX).

8. Art. 3, parágrafo 5 da Convenção de Viena.

9. Art. 40 da Lei 11.343/2006, adicionando novas circunstâncias às previstas no art. 18 da Lei 6.368/76.

10. Art. 33 da Lei 11.343/2006 e art. 12 da Lei 6.368/76.

bilidade pelo ato realizado, que se vincula à afirmação da dignidade da pessoa, como conflitando com a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato.[11]

Na Convenção de 1988, o rigor penal se expressa ainda em recomendações de restrições ao livramento condicional e adoção de prazos diferenciados para uma prescrição que se quer prolongada.[12] Assim estabelecendo um tratamento diferenciado para apontados autores de crimes relacionados às drogas qualificadas de ilícitas, a partir tão somente da consideração desta espécie abstrata de crime, sem qualquer relação com a finalidade e os fundamentos dos institutos considerados, a Convenção de Viena conflita com o princípio da isonomia.[13] A legislação brasileira não prevê prazos diferenciados para a prescrição, mas adota as recomendadas restrições ao livramento condicional, em dispositivo introduzido no Código Penal pela Lei 8.072/90 e reproduzido na nova Lei 11.343/2006.[14]

Em matéria processual, a Convenção de Viena recomenda expressamente que as partes se esforcem para que faculdades legais de seus ordenamentos jurídicos sejam voltadas para a investigação e a repressão.[15] A função maior do ordenamento jurídico no Estado de direito é limitar o exercício do poder estatal, submetendo à lei aqueles que o exercem, com vista a garantir a dignidade e, assim, a liberdade e o bem-estar de cada indivíduo. A prevalência da tutela da liberdade sobre o poder punitivo está na origem de todos os princípios garantidores enumerados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas. Pretender voltar as "faculdades legais de ordenamentos jurídicos para a investigação e a repressão" significa pura e simplesmente inverter as bases do ordenamento processual penal do Estado de direito.

11. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, 7).
12. Art. 3, parágrafo 7 da Convenção de Viena.
13. Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. VII) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, 1).
14. Art. 83, V do CP brasileiro e art. 44, parágrafo único da Lei 11.343/2006.
15. Art. 3, parágrafo 6 da Convenção de Viena.

Essa inversão proposta na Convenção de Viena se espraia em legislações de diversos Estados nacionais, que, desprezando a garantia do estado de inocência,[16] invertem o princípio da excepcionalidade da prisão imposta no curso do processo, para tornar a prisão preventiva ou outras formas de prisão processual a regra ou uma imposição. A nova Lei brasileira 11.343/2006 insiste na vedação da liberdade provisória,[17] assim insistindo na criação de modalidade de prisão processual obrigatória, assim insistindo na violação à garantia do estado de inocência.

Ainda em matéria processual, a Convenção de Viena prevê a quebra do sigilo bancário e a "técnica de entrega vigiada",[18] meios de busca de prova invasivos da pessoa e contraditórios com a transparência e a ética exigidas das atividades estatais no Estado de Direito Democrático.

Legislações dos mais diversos Estados nacionais, aí incluído o Brasil, ampliam o rol desses insidiosos meios de busca de prova, contemplando a quebra do sigilo de dados pessoais (onde se inclui a quebra do sigilo bancário), a interceptação de correspondências e de comunicações telefônicas, as escutas e filmagens ambientais, a infiltração e a ação controlada ou retardada de agentes policiais (onde se inclui a "técnica de entrega vigiada") e a delação premiada.

Para insidiosa e indevidamente obter a verdade através do próprio indivíduo que se pretende venha a sofrer a pena, o expandido poder punitivo assim espalha instrumentais de escuta, de interceptação de comunicações, câmeras ocultas, intensificando o controle e atingindo a liberdade e a intimidade, não apenas daquele que está sendo investigado ou processado, mas de todos os indivíduos.

Para insidiosa e indevidamente obter a verdade através do próprio indivíduo que se pretende venha a sofrer a pena, o expandido poder punitivo, infiltrando seus agentes, instigando, promovendo ou retardando a interrupção de condutas tidas

16. Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XI. 1), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14. 2), Constituição Federal brasileira (art. 5.º, LVII).

17. Art. 44 da Lei 11.343/2006.

18. Art. 5, parágrafo 3 e art. 11, parágrafo 1 da Convenção de Viena.

como criminosas, faz da obtenção de maiores informações e provas um obsessivo objetivo que, paradoxalmente, incentiva, realiza ou prolonga as próprias ações proibidas que anuncia querer controlar. A irracionalidade, inerente ao sistema penal, aqui chega a seu auge.

Para insidiosa e indevidamente obter a verdade, para obter a colaboração do indivíduo investigado ou processado, em "negociações" de direitos que não conseguem ocultar seu parentesco com a chantagem, o expandido poder punitivo elogia e premia a delação, deseducando e transmitindo valores tão ou mais negativos do que os valores dos apontados "criminosos" que diz querer enfrentar.

Esses novos meios de busca de prova – expressão no campo do controle social dos avanços da revolução científico-tecnológica – revelam, no entanto, um antigo objetivo: o de fazer com que, através do próprio indivíduo, se obtenha a verdade sobre suas ações tornadas criminosas. Desta forma, o processo penal retrocede no tempo, acabando por reconduzir a confissão ao trono de rainha das provas e acabando por violar, direta ou indiretamente, a garantia do direito a não se auto-incriminar.[19]

Seguindo orientação que parece tirada dos manuais da inquisição, este processo penal da "pós-modernidade" faz lembrar das bruxas e hereges, que, se não persuadidos, deviam se submeter à tortura, para, de uma forma ou de outra, revelar a verdade através da confissão. O toque "pós-moderno", mais "civilizado", apenas substitui a tortura oficial por formas mais "científicas" e fisicamente indolores de intervenção sobre a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo de viabilizar a pena através de revelações ou da colaboração daquele que irá sofrê-la.

A Convenção de Viena explicita a imposição da criminalização da posse para uso pessoal das substâncias e matérias-primas tornadas ilícitas.[20] Ao tratar das

19. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, g).
20. Art. 3, parágrafo 2 da Convenção de Viena.

penas,[21] admite, como já o fazia a Convenção de 1961, a aplicação ao consumidor de medidas de tratamento, educação, pós-tratamento, reabilitação ou reinserção social, substitutivas ou complementares à condenação.

O aparente abrandamento, que estaria a se contrapor ao rigor punitivo destinado ao dito "tráfico", não esconde, porém, a violação ao princípio da lesividade. Tampouco esconde o conflito com as normas das declarações universais de direitos que asseguram o respeito à vida privada.[22] Tais regras se vinculam ao enunciado genérico do princípio da legalidade[23] que submete o exercício do poder estatal a determinações legais e assegura a liberdade individual como regra geral, situando proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do livre exercício de direitos de terceiros.

No Brasil, a nova Lei 11.343/2006 mantém a criminalização da posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, apenas afastando a imposição de pena privativa de liberdade,[24] o que, na realidade, não constitui nenhuma mudança significativa, na medida em que, dada a pena máxima de detenção de 2 anos prevista na Lei 6.368/76, a indevidamente criminalizada posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo aplicáveis as regras contidas na Lei 9.099/95, que prevêem a imposição antecipada e "negociada" de penas não privativas da liberdade.

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Não

21. Art. 3, parágrafo 4 da Convenção de Viena.

22. Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XII) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 17).

23. Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXIX, 2).

24. Art. 28 da Lei 11.343/2006. As penas previstas são advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, admoestação e multa.

estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza, ainda mais através da imposição de uma sanção, qualquer que seja sua natureza ou sua dimensão. Enquanto não afetar concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser.

A desautorizada interferência na vida privada manifesta-se, portanto, não só em legislações nacionais que reproduzem a imposição explicitamente criminalizadora da Convenção de Viena, como a legislação brasileira, mas também em legislações que, aparentemente mais liberais, administrativizam a proibição, sem, no entanto, afastá-la.

Ao promover a artificial diferenciação entre drogas lícitas e ilícitas, selecionando algumas dentre as inúmeras substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção e tornando-as objeto de proibição, as Convenções da ONU incluem dentre as substâncias e matérias-primas proibidas plantas tradicionalmente cultivadas e utilizadas por comunidades indígenas, como é o caso, na América Latina, da folha de coca nos Andes.

As permissões extremamente limitadas para seu uso lícito e o objetivo de erradicação das plantações, além de afetarem o ambiente e as condições materiais de vida dos integrantes daquelas comunidades, resultam na restrição ou mesmo no impedimento de atividades significativas no âmbito de suas tradições e seu patrimônio cultural. A proibição assim entre em conflito direto com a norma do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que assegura às minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas o direito a usufruir sua própria cultura.[25]

4. O rompimento com o proibicionismo e a preservação da democracia

As Convenções da ONU e as legislações dos Estados nacionais, como a legislação brasileira, que expressam o proibicionismo voltado contra as drogas

25. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 27).

qualificadas de ilícitas, alimentando e sendo alimentadas por um enganoso discurso que apresenta especialmente os produtores e distribuidores das drogas qualificadas de ilícitas como um "inimigo" entrincheirado em uma indefinida e indefinível "criminalidade organizada", para cujo "combate" não bastaria a utilização de meios tradicionais ou regulares, pautam-se por uma excepcionalidade que se traduz, como visto, na sistemática violação de princípios e normas proclamados nas declarações universais de direitos e nas Constituições dos Estados democráticos, ilegitimamente criando verdadeiros espaços de suspensão de direitos fundamentais e de suas garantias.

Os maiores riscos e danos relacionados às drogas qualificadas de ilícitas não provêm delas mesmas. Os maiores riscos e danos relacionados às drogas qualificadas de ilícitas provêm sim do proibicionismo. São danos aos direitos fundamentais, que estão a ameaçar a própria preservação do modelo do Estado de Direito Democrático. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que aproxima democracias de Estados totalitários.

É, pois, a própria necessidade de preservação do modelo do Estado de Direito Democrático que está a exigir que se retirem da ordem jurídica internacional e interna de cada país as legislações proibicionistas em matéria de drogas, totalitariamente negadoras de direitos fundamentais.

O exercício de poder, consubstanciado na proibição criminalizadora de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo das drogas qualificadas de ilícitas, se viabiliza através da artificial distinção efetuada pela intervenção do sistema penal, que permite apresentar as substâncias e matérias-primas proibidas (como a maconha, a cocaína, a heroína, a folha de coca) como se fossem diferentes de outras substâncias psicoativas não proibidas (como o álcool, o tabaco, a cafeína), permitindo, assim, que as substâncias e matérias-primas proibidas e condutas a elas relacionadas sejam identificadas, como no preâmbulo da Convenção Única de 1961, como um "flagelo", ou, como no preâmbulo da Convenção de Viena de 1988, como um "perigo de incalculável gravidade".

O discurso emocional, assustador, demonizador, ocultando a funcionalidade política e a finalidade real do sistema penal, oculta ainda o perene fracasso de seus objetivos explícitos. Não há como deixar de classificar como fracassado um sistema que promete a proteção dos indivíduos, a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, o fornecimento de segurança, paz e tranqüilidade e que, hoje, depois de séculos de funcionamento, busca a legitimação de um maior rigor e um maior alcance em sua aplicação exatamente no anúncio de um aumento incontrolado do número de crimes, de uma diversificação e de maiores perigos advindos desta criminalidade apresentada como crescentemente poderosa.

O fracasso do proibicionismo, não só no campo das drogas qualificadas de ilícitas, mas em suas diversas manifestações, também poderia ser facilmente percebido, não fora a enganosa publicidade que igualmente o sustenta. Nesse campo das drogas qualificadas de ilícitas, é a própria ONU que aponta para o inegável fracasso na obtenção do inviável – e, na realidade, indesejável – objetivo explícito de construir "um mundo sem drogas", ao reconhecer em relatórios elaborados por seu Escritório para as Drogas e Crimes (UNODC) que, depois de quase meio século de aplicação de suas Convenções, a circulação mundial das proibidas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, não só não teria se reduzido, como, ao contrário, teria se expandido.[26]

Ocultando o fracasso dos anunciados objetivos explícitos, a enganosa publicidade oculta ainda os paradoxos, como o fato da proteção da saúde pública, que estaria a formalmente fundamentar a criminalização das condutas relacionadas às drogas qualificadas de ilícitas, ser afetada por esta mesma criminalização.

Impondo a clandestinidade à produção, à distribuição e ao consumo, o proibicionismo criminalizador impede o controle de qualidade das substâncias

26. No relatório de junho de 2005, elaborado pelo Escritório das Nações Unidas para as Drogas e Crimes (UNODC), afirmava-se que o uso de drogas em todo o mundo crescera cerca de 8% no último ano, crescimento este liderado pela *cannabis* e que cerca de 200 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos – 5% da população mundial – teriam usado drogas ilícitas nos últimos 12 meses e seu mercado, movimentando em torno de 320 bilhões de dólares, superaria os produtos internos brutos de 90% dos países.

comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, de impureza e de desconhecimento de sua potência, com os riscos maiores daí decorrentes. A intervenção do sistema penal, estendendo-se ao momento do consumo das drogas tornadas ilícitas, igualmente repercute sobre as condições em que tal consumo se realiza. Além de dificultar a informação e a assistência, a clandestinidade conseqüente à intervenção do sistema penal cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas conseqüências aparecem de forma mais dramática na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite.

Desvinculando-se de reais preocupações com a saúde pública, que enganosamente anuncia pretender proteger, o proibicionismo criminalizador, demonizando as substâncias proibidas, ainda impõe obstáculos até mesmo a seu livre emprego com fins terapêuticos, como no uso da maconha para aliviar dores, náuseas e perda de apetite em pacientes com Aids ou sob tratamento quimioterápico. E isto acontece não obstante a produção, a distribuição e o consumo com este fim terapêutico estarem, da mesma forma que as ações de redução de danos, fora do campo de incidência de qualquer norma criminalizadora, na medida em que não afetam a saúde pública, mas, ao contrário, reduzem os riscos àquele bem jurídico. O paradoxo é tal que isto acontece não obstante tais ações estarem situadas ainda fora do campo de incidência da proibição traduzida nas Convenções da ONU, na medida em que se realizam exatamente com o fim médico a que aqueles diplomas internacionais pretendem condicionar a legalidade da produção, da distribuição e do consumo das substâncias e matérias-primas proibidas.

Ocultando a funcionalidade política e a real finalidade de proibições e criminalizações, ocultando o fracasso de seus anunciados objetivos explícitos, ocultando paradoxos, o proibicionismo criminalizador oculta não só os riscos e os danos aos direitos fundamentais e à subsistência do modelo do Estado de Direito Democrático, oculta não só os próprios riscos e danos à saúde pública,

mas também o fato de que a intervenção do sistema penal no mercado produtor e distribuidor das substâncias e matérias-primas proibidas traz a violência como um seu corolário.

Ao contrário do que propaga o proibicionismo, não são as drogas que geram violência. É sim o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto de que devem se valer não apenas para o enfrentamento da repressão, mas também, dada a ausência de regulamentação e a conseqüente impossibilidade de acesso aos meios legais, como forma necessária de resolução dos naturais conflitos surgidos no decorrer de suas atividades econômicas.

Sempre vale repetir que o proibicionismo somente se sustenta pelo entorpecimento da razão.

Somente uma razão entorpecida pode crer que a criminalização das condutas de produtores, distribuidores e consumidores de algumas dentre as inúmeras substâncias psicoativas, artificialmente selecionadas para serem objeto da proibição, sirva para deter uma busca de meios de alteração do psiquismo, que deita raízes na própria história da humanidade.

Somente uma razão entorpecida pode admitir que, em troca de uma ilusória contenção desta busca, o próprio Estado fomente a violência, que só se faz presente nas atividades de produção e distribuição das drogas qualificadas de ilícitas porque seu mercado é ilegal.

Somente uma razão entorpecida pode autorizar que, sob este mesmo ilusório pretexto, se imponham restrições à liberdade de quem, eventualmente, queira causar um dano à sua própria saúde.

Somente uma razão entorpecida pode conciliar com uma expansão do poder de punir, que, crescentemente desrespeitando clássicos princípios garantidores, ameaça os próprios fundamentos do Estado de Direito Democrático.

Já é hora, pois, de recobrar a razão e romper com o proibicionismo. Já é hora de propor e efetivar uma ampla reformulação das Convenções internacionais

e das legislações internas dos Estados nacionais, para legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, regulando-se tais atividades com a instituição de formas racionais de controle, verdadeiramente comprometidas com a promoção da saúde pública, respeitosas da dignidade e do bem-estar de todos os indivíduos, livres da danosa intervenção do sistema penal.

Reduzir riscos e danos associáveis às drogas hoje qualificadas de ilícitas não é apenas desenvolver ações terapêutico-assistenciais. Reduzir danos associáveis às drogas hoje qualificadas de ilícitas não é apenas defender direitos de usuários.

A efetiva redução dos riscos e dos danos associáveis às drogas hoje qualificadas de ilícitas só se fará com a legalização da produção, da distribuição e do consumo de tais substâncias, assim libertando das grades das prisões milhões de pessoas em todo o mundo, assim contendo o poder punitivo, assim resgatando o primado dos princípios e normas contidos nas declarações universais de direitos, assim assegurando a efetivação dos direitos fundamentais e preservando a democracia.

Dos crimes contra a ordem tributária: definição do tributo e formação do tipo

Rodrigo Oliva Monteiro
Procurador do Município de São Paulo.

Sumário: Introdução – 1. Premissas iniciais: 1.1 A unidade do ordenamento jurídico; 1.2 Direito penal tributário; 1.3 Instância administrativa – 2. Da relação entre as instâncias penal e administrativa: teorias: 2.1 Autonomia científica *versus* independência das instâncias; 2.2 Teoria da dependência das instâncias: 2.2.1 Crítica; 2.3 Teoria da autonomia das instâncias: 2.3.1 Crítica; 2.4 Teoria da relativa autonomia das instâncias: 2.4.1 Lançamento tributário: elementar do tipo; 2.4.2 Lançamento tributário: condição objetiva de punibilidade – 3. Condição objetiva de punibilidade: breve noção: 3.1 Considerações iniciais; 3.2 A punibilidade; 3.3 Condição objetiva de punibilidade – 4. A natureza jurídica do lançamento tributário: 4.1 Premissa: crime tributário é crime de resultado ou crime formal?; 4.2 Lançamento tributário: elemento do tipo ou condição objetiva de punibilidade?: 4.2.1 Da atribuição para definir o tributo; 4.2.2 A natureza jurídico-penal do lançamento tributário definitivo – 5. A persecução penal dos crimes tributários: 5.1 Inquérito policial e indiciamento; 5.2 Pressupostos da ação penal e da sentença condenatória relativa aos crimes tributários; 5.3 A prescrição dos crimes tributários: termo inicial – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

Resumo: A previsão de crimes contra a ordem tributária costuma ser justificada pela necessidade de desestimular condutas tendentes à sonegação fiscal, de forma a preservar o regular abastecimento dos cofres públicos. Por conseguinte, tais delitos dependem, para sua configuração, da existência de um tributo inadimplido pelo contribuinte. Partindo do pressuposto de que a compreensão do ilícito penal tributário depende da compreensão do ilícito tributário, e que cada qual deve ser apurado na instância apropriada (penal e administrativa, respectivamente),

este estudo investiga os impactos que o desenvolvimento da instância administrativa de acertamento do tributo causam na persecução dos delitos tributários, promovendo a análise crítica das principais correntes doutrinárias a respeito do tema. Após estabelecer quem tem a atribuição para definir o ilícito tributário, afirmando a existência de tributo devido e inadimplido, e com apoio em conceitos fundamentais da teoria geral do direito penal, determina-se a natureza jurídico-penal do lançamento tributário, com o propósito de elucidar de forma definitiva como se desenvolve a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária, que é analisada em suas principais fases.

Abstract: The prediction of crimes against the tax order is usually justified by the need to discourage tending behaviors towards tax evasion, in a way, to protect the regular supply of public safes. Consequently, such delicts depend, for its configuration, on the existence of defaulted tax by the taxpayers. Taking for granted that the understanding of the tax offense depends on the understanding of the tax illicit, and that each one should be investigated in its own jurisdiction (criminal and administrative, respectively), this study investigates the impacts that the development of administrative jurisdiction of tax adjustment cause in the persecution of tax delicts, promoting a critical analysis of the main doctrinal chains regarding the subject. After establishing who has the attribution to determine the tax offense, affirming the existence of due and defaulted tax, and with support of fundamental concepts of the general theory of criminal law, the legal-criminal nature of the tax assessment, with the intention to definitely elucidate the how abouts of criminal persecution of the crimes against the tax order, is analyzed in its main phases.

Palavras-chave: Crimes contra a ordem tributária – Exaurimento da instância administrativa – Condição objetiva de punibilidade.

Keywords: Crimes against the tax order – Administrative jurisdiction depletion – Objective condition of punishment.

Introdução

As leis tributárias pátrias, por diversas razões, não contam com aceitação social e, assim, a observância a seus comandos dificilmente se dá de forma espontânea. Pelo contrário, as pessoas tendem a utilizar-se de mecanismos diversos, legítimos ou não, com a finalidade de se subtrair a seus efeitos.

A eficácia social das normas tributárias depende, por isso, da previsão de uma sanção, que, atuando como meio de coerção, constrange seus destinatários ao cumprimento da norma. No Brasil, as sanções decorrentes da não observância de normas tributárias são de ordens diversas, destacando-se, pela sua severidade, as de natureza penal. Estas, porém, são de imposição discutível.

Com efeito, o Direito Penal só deve atuar em caráter excepcional, como *ultima ratio*, ou seja, apenas quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes ou inoperantes no regramento de determinada conduta. O que não se deve admitir é a utilização do Direito Penal como forma de compensar a ineficiência estatal.

E no campo do Direito Tributário a ineficiência é sobressalente. O regramento das questões tributárias é por demais confuso e a fiscalização tributária é precária, circunstâncias que favorecem a evasão fiscal. Entretanto, o legislador, ao invés de reformar a lei tributária e conferir meios para que a fiscalização cumpra efetivamente seu papel, prefere encobrir a ineficiência estatal adotando uma solução simplista, definindo como crime meras infrações tributárias. Assim, o Estado serve-se do caráter coercitivo do Direito Penal a fim de garantir a regularidade da arrecadação tributária.

Estas observações preliminares são importantes para que se perceba o que está na origem dos inúmeros debates que têm sido travados a respeito da relação de dependência (ou independência) entre as instâncias administrativa e penal no que toca à apuração dos delitos fiscais. O fim do Direito Penal é a defesa dos bens

jurídicos fundamentais,[1] ou seja, daqueles interesses cuja inobservância acarreta sério comprometimento à coesão social. Quando esta finalidade é desvirtuada, o Direito Penal perde sua legitimidade como forma de intervenção estatal e, não raro, traz dificuldades na sua aplicação. É o que ocorre, por exemplo, com o Direito Penal Tributário.

O propósito deste trabalho, todavia, não é questionar a existência deste segmento do Direito Penal. O intuito destas reflexões iniciais foi o de demonstrar que o Direito Penal, na vertente tributária, constitui instrumento de realização de outro ramo do direito. Seus preceitos constrangem os contribuintes ao cumprimento das leis tributárias através da ameaça representada pela possibilidade de imposição da sanção penal.

E, enquanto instrumento de realização das leis tributárias, mas sem perder sua autonomia como ciência, o Direito Penal incide sobre fatos cujos contornos jurídicos são dados pelo Direito Tributário. E disto não pode se desvincular. Esta constatação assume fundamental importância no presente estudo, na medida em que condicionará suas principais conclusões.

Para a fixação desta premissa, faz-se necessário, inicialmente, delimitar o âmbito de aplicação do Direito Penal Tributário, definir o que se entende por

1. Para JAKOBS (2001, p. 55-64) a finalidade do Direito Penal é proteger a vigência da norma, e não propriamente bens jurídicos: "el delito es la desautorización de la norma, (...) es la negación de la estructura de la sociedad, la pena la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura". E conclui que "la teoria del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente em la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación". Este autor tem razão quando afirma que o delito é a negação da norma, e a pena a negação do delito, reafirmando a vigência da norma. Ocorre que esta afirmação diz respeito a momento posterior à prática do delito, quando já atingido o bem jurídico tutelado, pelo que ao Direito Penal restaria reafirmar a vigência da norma violada, infligindo ao delinqüente uma pena. Mas os efeitos do Direito Penal não se fazem sentir somente após a prática do ato criminoso. E o caráter preventivo do Direito Penal? Pela teoria de Jakobs, se não há crime, não há negação da vigência da norma, e, portanto, não há norma a ser reafirmada. Logo, o Direito Penal só atingiria sua finalidade, segundo Jakobs, quando consumado no mundo dos fatos aquilo que ele em última análise deveria evitar. Não se justifica este entendimento. Cremos, assim, que o Direito Penal tem por fim imediato a proteção de bens jurídicos e, eventualmente, quando seus preceitos sancionadores incidem no caso concreto, a garantia da vigência da norma.

instância administrativa de definição do tributo, bem como estabelecer, à luz do princípio da unidade do ordenamento jurídico, como interagem estes distintos ramos do direito. Este será o objeto do próximo item.

Em seguida, serão expostas, numa breve incursão, as principais correntes doutrinárias a respeito do tema, bem como a evolução jurisprudencial da matéria, especialmente a partir da análise da nova orientação dada ao tema nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, proceder-se-á à análise crítica do tema, à luz dos conceitos fundamentais de direito penal, sem perder de vista o caráter interdisciplinar do tema. Será desvendada a natureza jurídico-penal do lançamento tributário, estudando-se os efeitos que este ato provoca sobre a persecução penal dos crimes tributários. Será examinada, ainda, a inteligência dos dispositivos legais pertinentes à prescrição e à extinção da punibilidade pelo pagamento antecipado do tributo.

1. Premissas iniciais

1.1 A unidade do ordenamento jurídico

Constitui ponto de partida para a análise de qualquer ramo do Direito o reconhecimento da unidade do ordenamento. E em um trabalho interdisciplinar, como este, que envolve aspectos do direito penal, administrativo e tributário, esta consideração inicial assume especial importância.

O ordenamento jurídico é uma unidade sistêmica, porquanto há perfeita sintonia entre suas normas, que se completam e interagem harmonicamente. Esta unidade se expressa, ainda, pelo princípio da não contradição (Kelsen, 1984, p. 285), segundo o qual a ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem.

Não devem existir antinomias no ordenamento jurídico. Assim, quando estivermos diante de uma antinomia, devemos ter em mente que ela é apenas aparente, e que sua eliminação exige tão-somente um esforço interpretativo. Já

dizia Bobbio (1990) que onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas e, portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como a possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.

Como, porém, afirma Kelsen (1984, p. 286), o conhecimento do Direito procura apreender o seu objeto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradições, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas no material normativo que lhe é proposto podem e devem necessariamente ser resolvidos pela via da interpretação.

O objeto principal deste estudo será justamente eliminar as aparentes antinomias que ainda hoje prejudicam o perfeito entendimento de como se relacionam as esferas penal e administrativa quando se está diante de um delito contra a ordem tributária.

Antes, porém, é necessário estabelecer o que se entende por instância penal e por instância administrativa, quando elas se iniciam e como se encerram.

1.2 Direito penal tributário

A unidade sistemática do Direito não impede que algumas de suas normas se aglutinem em função de um determinado objeto. Daí a divisão do Direito em diferentes ramos, como o Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Tributário, Direito Civil, Direito do Trabalho, etc., cada qual dotado de autonomia científica, informados que são por princípios próprios.

Cada um destes sistemas, por sua vez, pode se dividir em subsistemas, dependendo da especificidade do objeto jurídico tutelado, pelo que se pode dizer que existem tantos sistemas e subsistemas quantos forem os bens jurídicos protegidos pela norma.

O Direito Penal Tributário constitui uma vertente do Direito Penal que tutela a arrecadação tributária, reforçando a imperatividade das exações fiscais,

mediante a cominação de penas aos que, com o fim especial de suprimir ou reduzir tributo, praticarem algum ato tendente a iludir a fiscalização tributária.

Depreende-se deste singelo conceito que os crimes contra a ordem tributária pressupõem não apenas a subsunção de uma conduta ao modelo descritivo constante da lei penal, como também a inobservância de deveres previstos nas normas tributárias, de modo que não existirá injusto penal tributário que não configure reflexamente um injusto fiscal.

Pode-se dizer que nos delitos contra a ordem tributária está presente o fenômeno da dupla tipicidade, pressupondo a tipicidade penal a existência de uma tipicidade tributária.

Esta peculiaridade dos crimes contra a ordem tributária resulta do fato de ser o Direito Penal Tributário um instrumento de realização das normas tributárias, incidindo sobre fatos cujos contornos jurídicos são dados pelo Direito Tributário. Quanto a este aspecto, Carrazza (2001, p. 429-432) diz, com muita propriedade, ser o Direito Penal Tributário, em relação ao Direito Tributário, um direito de superposição, o que significa dizer que a lei penal reporta-se à lei tributária, incidindo não sobre fatos e comportamentos, mas sobre fatos ou comportamentos qualificados previamente por outro ramo do Direito, no caso, o Direito Tributário.

Com a percuciência que lhe é peculiar, Ataliba (1995, p. 241-245) leciona que "a lei penal não precisa nem circunscreve a materialidade do fato. Limita-se a remeter o intérprete às categorias e elaborações do direito tributário. Só a correta interpretação das situações tributárias permite ter como configurado o fato penalmente referido".

Neste mesmo sentido, Costa Júnior e Denari (1996, p. 102-106) asseveram que "se a norma penal tributária, para tipificar uma conduta, se utiliza de conceitos normativos hauridos do Direito Tributário, é esta disciplina que deverá ser consultada para precisar o alcance da norma. Em suma, é o Direito Tributário que deverá explicar e definir o que é 'tributo', e 'contribuição social' ou 'sujeito passivo de obrigação', com vistas à tipificação do crime contra a ordem tributária".

Assim, se o ilícito tributário pressupõe a existência de um tributo e configura-se com a prática de atos fraudulentos tendentes à supressão ou redução de um tributo devido, a primeira indagação que deve ser feita diante de uma suposta prática de um ilícito penal tributário é a seguinte: há tributo devido? E a resposta deverá ser buscada necessariamente no Direito Tributário. Nesta hipótese, caso a resposta seja afirmativa, estará preenchido o primeiro requisito de atuação da lei penal. Do contrário, não se admite a incidência do Direito Penal.

Verifica-se, pois, que a compreensão do ilícito penal tributário depende da compreensão do ilícito tributário. Resta saber agora como o Direito Penal qualifica, dentro de sua teoria geral, a definição do ilícito tributário pelas autoridades fazendárias e como esta prévia definição interfere na persecução penal dos delitos tributários. Colocando-se a questão de outra forma: na apuração dos delitos tributários, as instâncias administrativa e penal são dependentes ou independentes? A apuração do delito tributário depende do prévio exaurimento da instância administrativa?

Antes de responder a essas questões, convém estabelecermos o que se deve entender por instância penal e por instância administrativa.

Conforme já ressaltado, o Direito Penal é responsável pela tutela daqueles bens jurídicos essenciais à coesão social, sem os quais não há paz social. Por isso, após rigorosa seleção dos comportamentos que comprometem a ordem e a paz, o Direito Penal descreve-os como delitos, cominando severas sanções àqueles que desrespeitarem seus comandos.

No exato instante em que uma pessoa pratica um fato definido como crime, surge para o Estado o *ius puniendi*, que é o direito que tem o Estado de aplicar ao infrator da lei penal uma sanção penal. Estabelece-se, então, um conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade da pessoa acusada da prática de infração penal.

A instância penal inicia-se desde o momento em que o Estado passa a exercitar o seu poder-dever de punir (*ius puniendi*), através da persecução penal

(*persecutio criminis*), que é a tarefa estatal de apurar o crime, processar o suspeito de sua prática e punir o autor da infração penal.

A persecução penal desenvolve-se em duas fases: a investigativa, destinada a apurar o delito praticado; e a fase representada pela ação penal condenatória, através da qual se processa o suspeito em juízo.

Assim, podemos afirmar que a instância penal inicia-se não só com a ação penal, que é apenas a segunda fase da persecução, mas sim no exato instante em que tem início a investigação do fato criminoso pela Autoridade Policial, através do inquérito policial, estendendo-se até o momento em que a Autoridade Judiciária soluciona o conflito estabelecido entre o *ius puniendi* do Estado e o direito de liberdade do suspeito da prática criminosa, seja absolvendo o réu, seja o condenando, seja, ainda, declarando a extinção da punibilidade.

1.3 Instância administrativa

Dissemos acima que o aplicador da lei penal, ao se deparar com um fato que aparentemente configure um delito contra a ordem tributária, deve se fazer a seguinte pergunta: há tributo devido?

Comentamos, ainda, que a resposta a esta indagação deve ser buscada necessariamente no Direito Tributário, ramo do Direito que regula a atividade financeira do Estado no que diz respeito à tributação.

Pois bem, chegou o momento de esclarecer o modo pelo qual o Direito Tributário responde àquela indagação e em que momento ele torna certa a existência e a exigibilidade do tributo.

Todos sabemos que a lei tributária traz em seu conteúdo os requisitos necessários à configuração do tributo, vale dizer, ela define a incidência fiscal, marca o núcleo do tributo, ou, valendo-se da terminologia de Carvalho (1999), fixa a regra-matriz da incidência fiscal. Concretizando-se o fato previsto na hipótese de incidência, e havendo perfeita subsunção deste à descrição normativa

da regra-matriz, dá-se a incidência tributária, instalando-se uma relação jurídica de conteúdo patrimonial, denominada obrigação tributária.

Esta circunstância, todavia, por si só, não implica na possibilidade de o Estado exigir a prestação pecuniária representada pelo tributo. Para tanto, o crédito tributário deverá ser constituído, mediante um procedimento administrativo fiscal, denominado de lançamento tributário.

Podemos afirmar, de uma forma singela, que lançamento tributário é o procedimento administrativo destinado à determinação e exigência do crédito tributário.

Discute-se se o lançamento tem natureza declaratória ou constitutiva do crédito tributário. Carrazza (2001, p. 406) e Carvalho (1999, p. 355) são partidários da tese segundo a qual o lançamento apenas declara o montante do crédito tributário. Machado (2003, p. 153), por sua vez, entende que o lançamento é constitutivo do crédito tributário, e apenas declaratório da obrigação tributária correspondente. Há discussão, ainda, no que se refere à caracterização do lançamento como ato ou como procedimento.

Ocorre que este é um trabalho de Direito Penal, de modo que seria um despropósito qualquer tentativa no sentido de esgotar o tema relativo à natureza jurídica de um instituto afeto a outro ramo do Direito. Certo é, todavia, que o Código Tributário Nacional expressamente qualifica o lançamento como procedimento,[2] razão pela qual deverá assim ser considerado neste estudo.

Lançamento tributário é, destarte, o conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente, tendentes a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do

2. Dispõe, com efeito, o art. 142 do CTN que "compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível".

tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

A instância administrativa confunde-se exatamente com o procedimento de lançamento, iniciando-se com o primeiro ato de fiscalização fazendária e encerrando-se pelo ato não mais sujeito a recurso administrativo que define o crédito tributário.

No entanto, não é qualquer ato desde procedimento que tem relevância para a *persecutio criminis*. Para fins penais, importa tão-somente o ato, provisório ou definitivo, que constata a existência de um tributo devido e não adimplido pelo respectivo sujeito passivo, afirmando que houve o descumprimento de um dever jurídico tributário. Atos de mera movimentação costumam ser irrelevantes.

A mera instauração de um processo administrativo fiscal, por exemplo, pouco representa para efeitos penais, porque não contém a constatação de que houve supressão ou redução de tributos.

O primeiro ato que, no curso do processo administrativo fiscal, consubstancia esta constatação denomina-se auto de infração.

Auto de infração é o ato documentado que, de um lado, exige um determinado tributo e, de outro, aplica determinada penalidade pelo descumprimento de um dever jurídico tributário, acompanhado sempre da notificação ao sujeito passivo da respectiva obrigação, para que recolha a importância apurada pela Administração em certo prazo.

A lavratura do auto de infração encerra a fase não contenciosa do lançamento tributário e constitui o primeiro ato do processo fiscal com conseqüências no direito penal, no que se refere à persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Todavia, não se deve olvidar que este é apenas um ato do procedimento denominado lançamento. Conforme já ressaltado, o auto de infração vem acompanhado de uma notificação, através da qual é dada ciência ao sujeito passivo sobre o lançamento (provisório) que foi efetuado, dando-lhe prazo para pagamento do tributo inadimplido ou para interpor a impugnação administrativa.

Não havendo impugnação, o lançamento se exaure no próprio auto de infração, e então o tributo adquire em definitivo, no âmbito administrativo, os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade. Por outro lado, uma vez impugnado o auto de infração, instaura-se a fase contenciosa do processo administrativo fiscal. Seguem-se, então, os atos de instrução, observados sempre os princípios do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5.º, LV, da CF/88, tudo com vistas a preparar a decisão final a ser prolatada pela autoridade fazendária competente.

Este ato final da autoridade fazendária, que encerra o processo administrativo fiscal, repercute de forma decisiva na persecução dos crimes contra a ordem tributária. A viabilidade da *persecutio criminis* destes delitos e o efetivo exercício do *ius puniendi* do Estado dependem fundamentalmente dos termos deste ato final, porquanto apenas ele responde satisfatoriamente e definitivamente à indagação sobre se há tributo devido.

Isto não significa, porém, que devam ser simplesmente desconsiderados os atos que antecedem esta decisão final, notadamente o auto de infração, que, conforme já salientado, é o primeiro ato de constatação da existência do tributo e da inobservância de um dever jurídico tributário.

De fato, não se deve olvidar que o auto de infração constitui uma modalidade de ato administrativo e, assim, reveste-se dos atributos a ele inerentes, quais sejam a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade.

E, neste particular, sobreleva notar o atributo da presunção de legitimidade e veracidade. Segundo os ensinamentos de Di Pietro (2002, p. 189-190), a presunção de legitimidade constitui um desdobramento do fato de a Administração estar sujeita ao princípio da legalidade, e diz respeito à conformidade presumida do ato com a lei. Segundo este atributo, o ato administrativo considera-se autêntico e válido, emitido com observância da lei, até prova em contrário. Já a presunção de veracidade diz respeito aos fatos; assim, em decorrência desse atributo presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração, de modo que enquanto

não reformado o ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido.

Portanto, se o auto de infração lavrado pela autoridade fazendária competente presume-se editado em conformidade com a lei e se os fatos aos quais ele se reporta presumem-se verdadeiros, especialmente em relação à constatação do fato gerador da obrigação tributária e do descumprimento de um dever jurídico tributário, não será desarrazoado admitir que ele produza efeitos reflexos na persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Com efeito, se, por um lado, o auto de infração não nos dá a certeza da existência de um tributo devido e do descumprimento de um dever tributário, por outro lado, não se pode negar que ele constitui o resultado de uma atividade própria da Administração, que, estando numa relação de sujeição em face do princípio da legalidade, edita atos presumidamente legítimos, relativos a fatos de veracidade igualmente presumida.

Enganam-se, portanto, aqueles que entendem que ao Direito Penal interessa somente o ato que põe fim ao processo administrativo fiscal, declarando ou não a existência de um tributo e o seu inadimplemento pelo respectivo sujeito passivo, negando de modo peremptório a possibilidade de se proceder à persecução penal dos delitos contra a ordem tributária enquanto não houver prévio exaurimento da instância administrativa.

Numa reflexão que tome o Direito como unidade sistemática, como totalidade ordenada, conclui-se de forma irretorquível que o Direito Penal sofre influência reflexa dos atos que compõem o processo administrativo fiscal, e não só daquele que o encerra.

Firmado, destarte, o entendimento segundo o qual a instância administrativa confunde-se com o processo administrativo fiscal, e considerando que alguns dos atos que compõem este processo influenciam a persecução penal dos delitos tributários, embora a decisão final nele proferida seja o ato de maior importância nesse particular, aproxima-se o momento de analisar as principais correntes dou-

trinárias respeitantes ao tema da relação entre as instâncias penal e administrativa. No que diz respeito aos reflexos que a ação fiscal produz na persecução penal dos crimes tributários, e à forma como estes reflexos são encarados pela teoria geral do Direito Penal, nos pronunciaremos mais detidamente um pouco mais à frente.

2. Da relação entre as instâncias penal e administrativa: teorias

2.1 Autonomia científica versus *independência das instâncias*

Tem-se observado em boa parte da bibliografia que trata do tema proposto para o presente capítulo uma verdadeira confusão de conceitos. De fato, não raro confunde-se a noção de autonomia científica com a de independência das instâncias, a ponto de se dizer que as esferas penal e administrativa são independentes, mas que a manifestação da autoridade fazendária sobre a existência do tributo constitui uma questão prejudicial ou uma condição objetiva de punibilidade. Ora, ou as esferas são independentes, caso em que o rumo tomado por cada qual em nada afeta a outra, ou então elas são dependentes, influenciando-se reciprocamente.

É bem provável que, quando alguns autores asseveram que não há dúvida de que as esferas penal e administrativa são independentes, querem eles expressar, na realidade, que o direito penal, o direito processual penal e o direito tributário são ramos do direito dotados de autonomia científica. Neste caso, eles nada mais fazem do que dizer o óbvio. Com efeito, não há nesse particular qualquer controvérsia, pois é certo que cada uma dessas instâncias rege-se e desenvolve-se por princípios próprios, conservando sua autonomia enquanto ciência. Isto não significa, porém, que um ramo do direito desconsidere totalmente os conceitos dados pelos outros, pois esta conclusão iria de encontro à idéia de unidade do ordenamento jurídico.

Daí por que surgem algumas divergências quando o objeto de análise diz respeito propriamente à relação de (in)dependência entre as instâncias, ou seja,

ao modo como a instância penal de apuração dos crimes contra a ordem tributária desenvolve-se diante dos atos que compõe a instância administrativa de definição do tributo. Aqui, a doutrina está longe de ser uníssona, existindo opiniões em todos os sentidos. A jurisprudência também não é uníssona, e o próprio Supremo Tribunal Federal, que vinha adotando uma determinada tese sobre o assunto, recentemente, no julgamento do HC 81.611/DF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, consolidou um entendimento diametralmente oposto, alterando significativamente o panorama da discussão no âmbito jurisprudencial, com inevitáveis repercussões nos julgados dos demais Tribunais e juízos inferiores.

É necessário, portanto, reunir as diferentes opiniões em grupos, a fim de facilitar a compreensão do assunto. Para este fim, as correntes doutrinárias podem ser avaliadas quanto à admissibilidade de interferência da esfera administrativa na esfera penal. Assim, aqueles que admitem irrestritamente esta interferência, podem ser incluídos no grupo da "teoria da dependência das instâncias"; os que negam peremptoriamente a possibilidade de interferência, formam a "teoria da independência das instâncias"; e, por fim, a corrente intermediária, que admite algumas interferências, pode ser denominada de "teoria da relativa autonomia das instâncias".

Observe-se que, diante do método de classificação proposto, é fundamental a consideração do conjunto das interferências produzidas pela instância administrativa sobre o direito penal, e como isto condiciona a persecução dos crimes contra a ordem tributária.

2.2 Teoria da dependência das instâncias

Os adeptos da teoria da dependência das instâncias defendem que há uma relação de sujeição entre as instâncias penal e administrativa, de modo que o início daquela depende do desfecho desta.

Dentre os partidários desta tese podemos citar Hugo de Brito Machado, Roque Antonio Carrazza e David Teixeira de Azevedo.

O ponto de partida desta teoria é a constatação de que o Direito Penal incide sobre fatos cujos contornos jurídicos são dados pelo Direito Tributário, constituindo, assim, na feliz expressão de Carrazza (2001, p. 429-432), um direito de superposição. Por conseguinte, os crimes contra a ordem tributária supõem não apenas a realização das condutas tipificadas na lei penal, como também, previamente, a inobservância de deveres tributários.

Afirma-se, destarte, que somente depois de a Administração certificar-se da ocorrência da sonegação tributária, ou seja, tiver certeza de que a ação do contribuinte teve por escopo suprimir ou reduzir tributo devido, é que se justifica a propositura da ação penal. Ademais, não é adequado submeter o contribuinte a uma ameaça de condenação criminal, antes mesmo de serem examinadas, na esfera adequada (administrativa), as razões que tenha oferecido para demonstrar a improcedência da imputação que lhe foi feita pelos agentes fazendários (Machado, 1998).

Outro argumento muito utilizado pelos partidários da teoria da dependência diz respeito a uma particular interpretação da norma contida no art. 83 da Lei 9.430/96, a seguir transcrito:

"Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente".

Entende-se que este dispositivo institui uma verdadeira condição de procedibilidade da ação penal que versar sobre crime contra a ordem tributária.

Manifestando-se sobre o dispositivo, Carrazza (2001, 431-432) sugere que o processo administrativo passou a ser pressuposto dos crimes tributários, a ponto de ser imprescindível que se aguarde o desfecho da instância administrativo-tributária, para só depois, se for o caso, dar-se início à instância penal. Antes disso, qualquer medida de caráter sancionatório será prematura, além de injusta e injurídica.

Azevedo (1997) é mais incisivo. Em seu entendimento, o art. 83 da Lei 9.430/96 instituiu uma nova condição de procedibilidade para as ações penais

tributárias, de modo que a ação penal fica condicionada à providência da parte ofendida – o Estado, por meio de seus agentes fazendários –, que deverá manifestar seu desejo de processar o autor da suposta infração penal. Para ele, a expressão "representação" contida neste preceito deve ser entendida no sentido técnico-jurídico dado pela ciência processual penal, e não no sentido de mera comunicação. Assim posta a questão, conclui que, se o sistema normativo impede a apreciação jurisdicional do fato, não se justifica sequer a instauração de inquérito policial, não devendo a máquina estatal ser movimentada inútil e levianamente.

Machado (1998), embora partilhe da mesma opinião, entende que este argumento tem natureza processual, constituindo um *plus* em relação à principal tese, que ressalta a necessária vinculação material entre as instâncias, na medida em que o encerramento da administrativa condiciona necessariamente a existência da infração penal. Assim, ainda que não se considere que o dispositivo acima transcrito instituiu uma condição de procedibilidade, a instância penal continuará dependente do desfecho da instância administrativa, haja vista que entre ambas há uma relação de prejudicialidade absoluta.

No mais, sustenta-se que a ameaça de início da ação penal, sem o prévio exaurimento da via administrativa, constitui uma forma ilegítima de coação do contribuinte ao pagamento da exação, cuja exigibilidade não foi ainda afirmada pela administração fazendária. De fato, se o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade, nos termos do art. 34, da Lei 9.249/95, o contribuinte ficaria tentado a fazê-lo, para evitar o constrangimento de figurar como réu numa ação penal, ainda que isso implicasse em renúncia à impugnação administrativa da imposição tributária. Nesta situação, apresentar-se-iam ao contribuinte as seguintes opções: insistir no recurso administrativo e se submeter à ação penal; ou desistir desta impugnação, pagar o valor do tributo e evitar a ação penal. Impõe-se, assim, um custo ao exercício do devido processo administrativo-fiscal, qual seja, a submissão do contribuinte ao processo-crime, o que não é nada razoável.

Estes são os principais fatores que contribuem para a sustentação da teoria da dependência, que segundo seus defensores é a única capaz de conciliar o direito do contribuinte ao devido processo administrativo-fiscal com o direito de punir do Estado.

2.2.1 Crítica

Assiste razão, sob alguns aspectos, aos defensores da teoria da dependência das instâncias. É verdade que o Direito Penal não pode se desvincular totalmente do que estabelece o Direito Tributário, porquanto a compreensão do ilícito penal tributário depende fundamentalmente da compreensão do ilícito fiscal.

Além disso, devemos ter em mente que os preceitos contidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90 têm por escopo tutelar a arrecadação tributária, no interesse imediato do Estado, e mediato da própria coletividade, que, desejando receber do Estado serviços públicos fundamentais, depende, nesse particular, da perfeita composição dos cofres públicos. Conseqüentemente, somente poderá ser aventada a ocorrência do delito nela previsto se vislumbrarmos ofensa à capacidade de arrecadação tributária do Estado.

Com efeito, e aqui citamos a lição de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 439), "não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens". Assim, por exemplo, se houver discussão acerca da exigibilidade de determinado tributo, estará configurada uma causa impeditiva da incidência da norma penal, já que, neste caso, ofensa à arrecadação não haverá, pelo menos enquanto não dirimida a controvérsia na esfera competente.

Isto não implica, porém, em um obstáculo intransponível ao desenvolvimento da instância penal, ao contrário do que pretende a teoria da dependência das instâncias. É verdade que a viabilidade da *persecutio criminis* dos crimes tributários e o efetivo exercício do *ius puniendi* do Estado dependem fundamentalmente dos

termos do ato que põe fim à instância administrativa, porquanto apenas ele responde satisfatoriamente e definitivamente à indagação sobre se há tributo devido. Entretanto, já tivemos a oportunidade de dizer que o auto de infração constitui o primeiro ato do complexo procedimento de lançamento tributário que constata a existência de um tributo devido e não adimplido pelo respectivo sujeito passivo, afirmando que houve o descumprimento de um dever jurídico tributário. Dissemos, ainda, que o auto de infração constitui uma modalidade de ato administrativo, revestindo-se, assim, dos atributos da presunção de legitimidade e veracidade. Ora, se temos um ato presumidamente legítimo e verídico afirmando que um determinado contribuinte suprimiu ou reduziu tributo, deve ser admitido o desenvolvimento da instância penal, com vistas à aplicação da sanção penal ao suposto autor do delito tributário.

O interesse do Direito Penal não deve se restringir ao ato que põe fim ao processo administrativo fiscal. Pelo contrário, ele sofre influência reflexa de todos os atos que compõem o processo administrativo fiscal. Aliás, esta é única conclusão possível numa reflexão que tome o Direito como unidade sistemática.

2.3 Teoria da autonomia das instâncias

A teoria da autonomia defende que a instância penal de apuração dos delitos contra a ordem tributária desenvolve-se independentemente dos atos e decisões que compõem a esfera administrativa de apuração do valor do tributo. Rejeita-se, assim, qualquer possibilidade de condicionamento do regular desenvolvimento da *persecutio criminis* pelo pendente procedimento administrativo fiscal.

Quando muito, aceita-se que a decisão final proferida no âmbito administrativo constitui uma condição objetiva de punibilidade do delito tributário, pretendendo-se, com isso, amenizar o rigor da adoção irrestrita da teoria, de forma a compatibilizá-la dentro de uma concepção una do ordenamento jurídico.

Com relação ao já citado art. 83 da Lei 9.430/96, entende-se que se trata de preceito dirigido tão-somente às autoridades fazendárias, na medida em que

apenas define o momento em que estes agentes estatais têm o dever de oferecer ao Ministério Público a representação fiscal para fins penais.

Alega-se, assim, que o comando contido neste dispositivo não institui uma nova condição objetiva de procedibilidade, não constituindo, ademais, qualquer empecilho ao funcionamento do aparelho estatal de repressão de crimes.

Quanto a este aspecto, a teoria da autonomia tem razão. A expressão "representação" do citado dispositivo significa mera comunicação do fato ao Ministério Público, que é o *dominus litis* da ação penal (art. 129, I, CF/88). Assim, a ação penal relativa a delitos tributários conserva sua natureza pública incondicionada. A propósito, este foi o entendimento adotado pelo STF no julgamento da ADIn 1.571-1, relatada pelo Min. Gilmar Mendes, tendo por objeto exatamente o art. 83 da Lei 9.430/96.

Um dos expoentes da teoria da autonomia das instâncias é Néri da Silveira, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal. Seu pensamento pode ser extraído de um empolgante debate que travou com os Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso, durante o julgamento de *habeas corpus*[3] em que se discutia a viabilidade da ação penal enquanto pendente o processo administrativo fiscal.

Em síntese, Néri da Silveira defendeu que a indefinição no âmbito administrativo quanto à exigibilidade de um tributo, não impede que se ajuíze a competente ação penal contra o eventual autor de um suposto delito tributário, porque o fato objeto de uma denúncia sempre é fato discutível, ensejando assim a defesa do réu. Ademais, sustentou o Ministro, nada impede que se façam perícias no juízo criminal que comprovem da supressão ou redução tributária.

Referindo-se ao art. 83 da Lei 9.430/96, o ex-Ministro Néri da Silveira afirmou que "a norma não coarcta a ação do Ministério Público Federal, a teor do art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal. Dela não cuida o dispositivo, imediatamente. Decerto, tomando o MP, pelos mais diversi-

3. STF, 2ª T., QO no HC 77.002-8/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 02.08.2002, p. 59.

ficados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedida de agir (...) e poderá proceder, de forma ampla, na pesquisa da verdade, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública". E concluiu que o art. 83 da Lei 9.430/96 não define "condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo MP, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrada a instância administrativa, que é autônoma, iniciar a instância penal, com a propositura da ação correspondente" (STF, Pleno, ADIn 1.571/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 30.04.2004, p. 27).

Esta teoria conta, ainda, com o apoio de grande parte dos membros do Ministério Público, por motivos óbvios.

Arruda (2004), ilustre membro do Ministério Público paulista resume de forma brilhante os principais argumentos da tese da autonomia. Seu entendimento é no sentido de que a Justiça Criminal, em todas as suas instâncias, não deve se curvar diante das decisões dos tribunais administrativos, em primeiro, porque não há previsão legal estabelecendo que o juiz criminal, diante de provas produzidas no curso do devido processo penal, não possa exercer o *jus punitionis*, ainda que pendente algum recurso administrativo; em segundo, porque a instrução probatória no âmbito penal é mais ampla do que na esfera administrativa, de modo que um mesmo ato pode restar largamente comprovado na instância penal, e não na administrativa; em terceiro, porque o acolhimento do entendimento contrário levaria à aceitação de um poder estranho ao Judiciário, que definiria se um fato é ou não criminoso, a ponto de subtrair do Ministério Público o direito de exercer o seu *dominus litis* e o *jus persequendi* e do Judiciário o poder-dever de punir o sonegador; em quarto, porque os obstáculos ao perfeito desenvolvimento da instância penal seria um verdadeiro incentivo à prática de crimes tributários; em quinto, porque não haveria como a Justiça Criminal promover e acelerar o andamento da instância administrativa, cujo retardamento levaria ao arrefecimento da vontade de punir do Estado; em sexto, porque as infrações definidas pela Lei 8.137/90 são contra a ordem tributária, e não somente contra o Estado e seus cofres públicos,

circunstância que está a exigir um rigor maior na aplicação da lei; em sétimo, porque seria inaceitável, em casos de fraudes detectadas *primo oculi*, impedir a imediata propositura ou o andamento de uma ação penal; e, em oitavo, porque nenhum ato que fira direito privado ou público deve ser subtraído da apreciação do Judiciário e, assim, as razões invocadas pelo contribuinte perante as autoridades fiscais podem ser trazidas para a ação penal para análise do juiz criminal.

2.3.1 Crítica

Note-se que o conjunto dos argumentos de defesa da tese autonomista revela uma absoluta separação entre as instâncias penal e administrativa. Admite-se, inclusive, que mesmo diante de uma decisão final no âmbito administrativo negando a existência de supressão tributária, há a possibilidade de se provar o contrário durante a instrução criminal, viabilizando, assim, eventual condenação pela prática de delito contra a ordem tributária.

Todavia, em que pese a percuciência dos argumentos expostos, a teoria da autonomia das instâncias penal e administrativa não resiste a uma análise mais profunda, que considere a totalidade ordenada do sistema de normas.

De fato, e aqui vem a primeira crítica à teoria da autonomia das instâncias, não há como conciliar, dentro de um único sistema, o comando do Estado-juiz que condena o contribuinte pela prática de um crime tributário, e a manifestação do Estado-administração afirmando que o comportamento deste mesmo contribuinte não representa qualquer prejuízo à arrecadação tributária, porquanto não há na hipótese tributo devido. O Estado, como ordem jurídica soberana, deve eliminar este tipo de antinomia, mantendo a coerência interna do sistema, sob pena de perder sua legitimidade como ente regulador da sociedade. Incoerências sistêmicas só geram desconfiança e, por isso, devem ser eliminadas.

A segunda crítica diz respeito à incompatibilidade da teoria com o texto constitucional, porquanto representa evidente violação aos princípios da separação de poderes e do devido processo legal.

O esquema constitucional de distribuição das funções estatais, seguindo a doutrina de Montesquieu, prevê a existência de três poderes independentes e harmônicos entre si. O Legislativo cria normas que inovam o ordenamento jurídico, o Executivo executa as leis criadas pelo Legislativo, e o Judiciário julga os conflitos de interesses, aplicando a lei ao caso concreto. Nesse contexto, decorre implicitamente do texto constitucional que a atribuição para afirmar a ocorrência do fato gerador dos tributos em geral, determinar o *quantum debeatur* e individualizar o respectivo sujeito passivo, constituindo, assim, o crédito tributário, pertence exclusivamente aos agentes do fisco, integrantes do Poder Executivo. De fato, regulamentando o art. 146, III, *b*, da CF/88, dispõe o art. 142 do CTN, que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Escapa, portanto, à atuação dos membros da magistratura avaliar, no caso concreto, se houve ou não evasão fiscal, para fins de aplicação das normas penais incriminadoras consubstanciadas nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90. Não se sustenta, assim, a singela alegação de que a supressão tributária pode restar largamente comprovada na instância penal, uma vez que a instrução probatória no âmbito penal é mais ampla do que na esfera administrativa. A decisão quanto à existência de tributo pertence à esfera administrativa, com exclusividade. Entendimento diverso representa inadmissível invasão do Judiciário em seara exclusiva dos agentes públicos que integram a estrutura do Poder Executivo.

Além disso, a tese autonomista tem sido contestada sob a alegação de que a exigência de prévio exaurimento da via administrativa constitui uma forma de fazer efetiva a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto todo contribuinte teria direito ao regular e prévio procedimento administrativo de acertamento do tributo. Esta assertiva, porém, não deve ser tomada em termos

absolutos, como pretendem os partidários da já exposta teoria da dependência das instâncias. Se, por um lado, é certo que constitui direito do contribuinte o devido processo administrativo fiscal, por outro lado, não podemos subordinar o desenvolvimento da instância penal (*persecutio criminis*) ao prévio exaurimento a instância administrativa. É de se admitir, portanto, ainda que com algumas limitações, o desenvolvimento da persecução criminal. Mas isto será objeto de ampla discussão no próximo item deste capítulo.

Os defensores da tese autonomista costumam alegar, ainda, que não se pode aceitar a existência de uma força estranha ao Judiciário, com poderes para definir se um fato é ou não criminoso. A alegação não se sustenta. Esta força qualificada de estranha nada mais é do que o Poder Executivo, previsto constitucionalmente ao lado do Judiciário, que age por seus agentes ou autoridades fazendárias. Estas, por sua vez, não definem se um fato constitui crime ou não, e sim se eles representam modalidades de supressão ou redução tributária.

Além disso, o fato de o Judiciário recorrer a decisões provenientes de outro Poder não é algo incomum. Veja-se, por exemplo, que a existência de normas penais em branco é vista com normalidade pelas mesmas pessoas que negam possa o Judiciário obter a noção de supressão tributário em outra instância. As hipóteses são semelhantes, mas aquela não causa a mesma celeuma. Se se admite que, no delito de tráfico de drogas, o Judiciário se apegue à relação das substâncias entorpecentes dada por outro Poder, porque não admitir possa ele, nos delitos tributários, aguardar a manifestação do poder competente acerca de eventual supressão tributária?

Observe-se, ademais, que a rejeição da teoria da autonomia não representa a subtração do *jus persequendi* do Ministério Público e do *jus puniendi* do Estado, mas sim, eventualmente, a postergação do exercício destes poderes. Este adiamento, todavia, atende aos imperativos da presunção de inocência, que também permeia a esfera tributária, evitando-se para o contribuinte o constrangimento gerado pelo início da persecução criminal. O rigor na aplicação da lei penal não pode transmudar-se em arbítrio e constrangimento, mantendo todos sob permanente suspeição.

Finalmente, os autonomistas alegam que o deslinde da instância administrativa costuma levar muito tempo, com inevitável arrefecimento da vontade do Estado de punir o criminoso, e que o Judiciário não dispõe de meios para acelerar o andamento do processo administrativo fiscal. Estas reclamações realmente procedem, porém não podem ser invocadas com o fim de subtrair das autoridades fazendárias o poder que lhes confere o ordenamento. A precária estrutura da administração fazendária não constitui motivo suficiente para desconsiderar o trabalho que ela desenvolve, como também não justifica a "avocação" de suas atribuições privativas pelo juízo criminal.

Por todo exposto, a tese da autonomia não pode prosperar. Resta-nos, agora, avaliar a viabilidade de uma teoria intermediária.

2.4 Teoria da relativa autonomia das instâncias

Diante dos problemas gerados pela aplicação irrestrita da teoria da autonomia ou da dependência, surgiram algumas posições intermediárias que, sem negar o direito do contribuinte ao devido processo fiscal, valorizam o exercício do *jus persequendi* pelo Ministério Público e do *jus puniendi* pelo Estado. Defende-se, assim, uma relativa autonomia das instâncias.

Esta teoria parte do pressuposto de que a compreensão do ilícito penal tributário depende da compreensão do ilícito fiscal e, quanto a este aspecto, ela se confunde com a teoria da dependência das instâncias. De fato, ambas as teorias reconhecem, na espécie, a existência de uma superposição de espaços normativos, porquanto o Direito Penal incide sobre fatos previamente valorados pelo Direito Tributário.

Rejeita-se, assim, a possibilidade de imposição de uma sanção penal ao contribuinte pela prática de um crime contra a ordem tributária, enquanto a Administração não afirmar em definitivo a exigibilidade da obrigação tributária.

Por outro lado, os expoentes desta teoria sustentam que o pendente processo administrativo fiscal não obstaculiza totalmente o *jus puniendi* estatal.

Admitem, por conseguinte, seja iniciada a *persecutio criminis* para apuração dos crimes tributários.

Não há, todavia, consenso quanto às razões que justificam esta assertiva. Aqui, os autores dividem-se, alguns defendendo que a constituição definitiva do crédito tributário constitui uma condição objetiva de punibilidade; outros que se trata de condição de perfazimento do tipo.

Por ora, não nos interessa saber se esta ou aquela corrente está correta. Importa, neste momento, mencionar como a adoção de uma ou outra repercute na persecução dos crimes tributários.

2.4.1 Lançamento tributário: elementar do tipo

A corrente que, admitindo a relativa autonomia das instâncias penal e administrativa, defende que a afirmação da dívida tributária constitui condição de perfazimento do tipo é capitaneada, na doutrina, por Eduardo Reale Ferrari.

O jurista entende que a controvérsia quanto à inexistência ou não do tributo constitui verdadeira questão prejudicial heterogênea ao mérito da ação penal, de modo que, instaurado o processo criminal fiscal, cabe ao julgador, suspendê-lo, com fulcro no art. 93 do diploma processual penal, até que se encerre o processo fiscal de acertamento do tributo. Concomitantemente, sustenta o jurista, razoável será a suspensão da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 116, I, do Código Penal, com o que se confere um ponto de equilíbrio e justiça à instauração da prejudicial (Ferrari, 1997).

2.4.1.1 Crítica – Ocorre que, embora aparentemente correta a premissa (a existência de questão prejudicial), a conclusão (aplicação do art. 93 do CPP, e do art. 116, I, do CP) não tem qualquer base legal.

Vejamos, inicialmente, o que dispõe a norma processual invocada:

"Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência

do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1.º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2.º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3.º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento".

Ora, se o *caput* do artigo reza que a suspensão tem lugar se houver questão de difícil solução a ser analisada pelo juízo cível, exclui-se a possibilidade de suspensão baseada em questões a serem solucionadas em instância não jurisdicional. Não se pode criar por meio de interpretação uma nova hipótese de incidência da norma, sob pena de invasão das atribuições constitucionalmente deferidas ao Poder Legislativo.

Além disso, diante dos termos do § 1.º do dispositivo transcrito, caberia a seguinte indagação: esgotado o prazo de suspensão, teria o juiz criminal competência para declarar a existência de tributo exigível? E a resposta aqui será, obviamente, negativa, porquanto esta declaração compete privativamente às autoridades administrativas, conforme dispõe de forma cristalina o art. 142 do CTN.

Mas não é só. A aplicação à hipótese do § 3.º do art. 93 criaria uma forma anômala de intervenção do Ministério Público no processo fiscal, sem qualquer amparo no ordenamento jurídico.

Além da dificuldade na subsunção da hipótese ora tratada à norma transcrita, o eminente Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, lembra que "a

prejudicialidade tem sempre por objeto, sobretudo no campo penal, algum elemento que não impeça a propositura da ação penal. Ou seja, é impossível excogitar prejudicialidade, no processo em curso, a respeito da existência de elemento normativo sem o qual a ação penal não poderia ter sido iniciada. Se falta justa causa, não se pode suspender o processo penal para aguardar sobrevenha justa causa para a ação!" (STF, Pleno, HC 81.611/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 13.05.2005).

Não tem cabimento, portanto, a incidência à espécie do dispositivo transcrito. Tampouco tem aplicação o art. 116, I, do CP, que prevê a suspensão do lapso prescricional "enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime". É que a expressão "processo" deve ser entendida como "processo judicial", conforme doutrina pacífica, não abrangendo, por conseguinte, o processo administrativo fiscal.

Para contornar este problema, costuma-se mencionar a existência de uma procedibilidade autônoma, que não implica condenação autônoma. Assim, inexistindo a conformação legal e material do tributo, não poderá haver crime de sonegação fiscal de obrigação tributária não-nascida ou crédito pertinente excluído (Martins, 2002, p. 35-44).

A conclusão parece ser correta, mas a premissa em que se baseia não. A fase decisória compõe o procedimento, de modo que, se não há condenação autônoma, a procedibilidade também não poderá ser reconhecida como tal.

2.4.2 Lançamento tributário: condição objetiva de punibilidade

Uma outra vertente da teoria da relativa autonomia sustenta que a indefinição quanto à existência do crédito tributário impede tão-somente a aplicação de sanção penal pela prática de crime contra a ordem tributária, mas não infirma o caráter criminoso da conduta do contribuinte. O exaurimento da via administrativa funcionaria, portanto, como condição objetiva de punibilidade. O delito

já estaria perfeito e acabado desde que praticada a ação típica pelo contribuinte, mas a punibilidade da conduta ficaria dependendo de um dado objetivo, qual seja, a decisão final no âmbito administrativo.

Com isso, justificar-se-ia o desenvolvimento da persecução criminal, em sua plenitude, apenas adiando a imposição da sanção para o momento em que a autoridade fazendária confirmar a exigibilidade do tributo. Esta vertente aproxima-se da teoria da absoluta autonomia das instâncias. A diferença está em que, para esta, o *jus puniendi* estatal não encontra qualquer limite, enquanto para aquela, ao menos a imposição da pena depende do prévio exaurimento da instância administrativa.

3. Condição objetiva de punibilidade: breve noção

3.1 Considerações iniciais

As reflexões do capítulo anterior demonstram a ausência de sustentação, no ordenamento jurídico vigente, das teorias extremadas da dependência ou da independência das instâncias.

Resta, assim, ao aplicador da lei, adotar uma solução intermediária, que preserve a autonomia das esferas penal e administrativa, mas reconheça a interdependência de seus comandos. Trata-se da teoria da relativa autonomia das instâncias.

No entanto, como já pudemos observar, esta teoria possui duas vertentes, que resultam das diferentes concepções acerca da natureza jurídica do lançamento tributário definitivo. A primeira vertente parte da premissa de que o lançamento é elementar do tipo penal dos crimes tributários, enquanto a segunda enxerga neste procedimento verdadeira condição objetiva de punibilidade.

Diante disso, parece ser oportuna a abertura de um parêntese neste estudo, a fim de esclarecer o que se deve entender por uma condição objetiva de punibilidade.

3.2 A punibilidade

Afirmamos no início deste estudo que o Direito Penal tem como fim imediato a defesa de bens jurídicos fundamentais, de interesses cuja inobservância acarreta sério comprometimento à coesão social. A proteção penal destes bens se dá através da previsão de delitos, que, segundo lição dada pela doutrina majoritária, é o fato típico, antijurídico e culpável.

Observa-se, de início, que a punibilidade não integra o conceito de crime. É bem verdade, como bem acentua Hungria (1953, p. 23-26), que a punibilidade constitui a nota específica do crime, porque somente ela assinala inconfundivelmente o ilícito penal, na medida em que representa a particularidade, que este apresenta, de estar sob ameaça de pena. Todavia, não é elemento componente do crime. Um fato pode ser típico, antijurídico e culpável, e, não obstante, deixar de acarretar a efetiva imposição da pena, o que não infirma seu caráter criminoso. Isto porque há casos em que a lei determina a não aplicação na pena (escusas absolutórias) ou a extinção da punibilidade e casos em que a punibilidade depende de condições extrínsecas ao crime.

3.3 Condição objetiva de punibilidade

Esta última hipótese, que é a que interessa ao presente estudo, corresponde às denominadas condições objetivas de punibilidade. Estas condições são ditas objetivas porquanto representam acontecimentos exteriores ao fato criminoso e, o que é mais importante, não cobertos pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente, sendo completamente alheios à culpabilidade. Ademais, são condições de punibilidade porque condicionam a aplicação da pena à ocorrência de um evento incerto, concomitante ou sucessivo à prática criminosa.

Esta breve explicação pode levar à falsa impressão de que se trata de um instituto de fácil compreensão. No entanto, esta não é a conclusão daqueles que investigam o tema mais a fundo. A doutrina está longe de ser uniforme no trata-

mento desta categoria jurídico-penal. Debate-se se tais condições representam apenas requisito de aplicação da pena ou se condicionam a própria existência do crime, existindo, ainda, aqueles que negam a existência deste instituto.[4]

Parte da doutrina defende que, se a punibilidade é indispensável à existência do crime e se não pode haver crime que não seja um fato punível, as condições objetivas de punibilidade são, indubitavelmente, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente. Assim, não seria possível falar em crime enquanto não se verificasse a condição objetiva de punibilidade (Fragoso, 1983, p. 219-223).

Não podemos concordar com esta colocação. As condições de que estamos tratando dizem-se objetivas exatamente pelo fato de estarem localizadas fora do crime. Na realidade, elas pressupõem um crime perfeito em todos os seus aspectos, para tão-somente, em momento posterior, condicionar a aplicação da pena.[5]

Importante notar que o fato de ditas condições estarem previstas no próprio tipo penal ou fora dele não tem qualquer implicação de ordem prática. O fundamental é que a circunstância da qual se faz depender a aplicação da pena não tenha qualquer relação com o fato delituoso, não estando coberta pelo dolo do agente. Dois exemplos podem melhor esclarecer o que dissemos.

4. ZAFFARONI e PIERANGELI (2004, p. 728-729) não reconhecem a existência das condições objetivas de punibilidade, pois, da forma como foram concebidas, elas dissipam-se numa série de elementos heterogêneos, que, ademais, podem ser enquadrados em outros institutos: "cremos que algumas das chamadas 'condições objetivas de punibilidade' são elementos do tipo objetivo que, como tais, devem ser abrangidos pelo conhecimento (dolo) ou pela possibilidade de conhecimento (culpa); enquanto outras delas são requisitos de perseguibilidade, isto é, condições processuais de operatividade da coerção penal". Esta é uma posição isolada. Na realidade, como veremos a seguir, alguns autores, de forma equivocada, incluem dentre as condições objetivas de punibilidade elementos integrantes do tipo e, até mesmo, meras condições de procedibilidade. Estes equívocos, no entanto, não tem o condão de invalidar a categoria das condições objetivas de punibilidade.

5. BETTIOL (1977, p. 267-282) ensina que a condição objetiva de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer repercussão que a ação humana possa ter sob o aspecto da causalidade física ou psicológica. Se ela se encontra em relação de dependência causal com a ação, tal evento não poderá ser considerado condição de punibilidade, mas será elemento constitutivo do fato.

No delito de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, previsto no art. 122 do CP, condiciona-se a aplicação da pena à efetiva consumação do suicídio ou à produção de lesão corporal de natureza grave. Muitos entendem que estas condicionantes são verdadeiras condições objetivas de punibilidade. Nada mais equivocado. É que tais eventos são necessariamente cobertos pelo dolo daquele que instiga, induz ou auxilia alguém ao suicídio. Quem pratica este delito representa com todas as suas conseqüências o resultado que poderá advir de sua conduta criminosa. O evento lesivo é, em outras palavras, desejado pelo agente. Entendemos, portanto, que os eventos morte ou lesão grave estão dentro do tipo e representam algumas de suas elementares, ou seja, são pressupostos para a integração do tipo e aperfeiçoamento do delito.

Podemos observar verdadeira condição objetiva de punibilidade no delito previsto no art. 91 da Lei 8.666/93: "Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa". A condição está na expressão "cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário", que, embora prevista no tipo, não integra o elemento subjetivo daquele que pratica o delito, localizando-se fora do ato criminoso. A abrangência do dolo do agente limita-se à instauração da licitação ou à celebração do contrato. A eventual invalidação destes atos, além de contrária aos interesses daquele que pratica o crime, sequer se encontra dentro das possibilidades de atuação do agente. É, por isso, mera condição objetiva de punibilidade.

O instituto em análise, tal como concebemos, tem sua aplicabilidade restrita a um pequeno número de delitos, tendo em vista que, na maior parte dos casos, o que para alguns seria uma condição objetiva de punibilidade, para nós será uma elementar do tipo. A ausência de regulamentação deste instituto pela Parte Geral do Código Penal demonstra a correção deste raciocínio. Como

bem acentua Asúa (1970, p. 47-49),[6] falta às condições ora tratadas o traço da generalidade.

Importante, porém, é não confundir elementar do tipo ou pressuposto do crime com condição objetiva de punibilidade. A rigor, todos os elementos que compõem o delito são condições de punibilidade, porque sem crime não há punição. Ocorre que tais elementos – conduta, resultado, nexo causal, tipicidade etc. – devem ser conhecidos do autor do fato, ou seja, integram o elemento subjetivo de cada crime. Isto não ocorre com as condições objetivas de punibilidade, que são exteriores ao crime e não dizem respeito a seus elementos constitutivos. Se constituíssem pressupostos do fato criminoso, idéia que combatemos, deveriam necessariamente ser abarcadas pelo dolo do agente, sob pena de rompimento com o princípio basilar do direito penal, segundo o qual não há crime sem culpa (*nullum crimen sine culpa*). Na realidade, estas condições não são desejadas ou previstas no momento da prática delituosa e, por isso, são chamadas de "condições objetivas".

4. A natureza jurídica do lançamento tributário

4.1 Premissa: crime tributário é crime de resultado ou crime formal?

Em capítulos anteriores, observou-se a existência de três teorias acerca da forma como se relacionam as esferas penal e administrativa na apuração dos delitos contra a ordem tributária. Demonstramos que nenhuma delas soluciona adequadamente a questão, tendo sido possível nelas identificar incoerências lógicas com o direito positivo vigente, especialmente quanto às teorias extremadas da absoluta dependência ou da total independência das instâncias.

6. "La esencia de los caracteres del delito como de todas las partes de una definición, estriba em su generalidad, en que sean aplicables a todas o a la inmensa mayoría de las infracciones punibles. No ocurre así con las denominadas condiciones objetivas de punibilidad".

Chega o momento, portanto, de estabelecer a solução adequada ao problema. E esta tarefa, que será bastante tormentosa, só pode ser realizada à luz de conceitos fundamentais da teoria geral do direito penal.

Nesse particular, o primeiro obstáculo a ser ultrapassado é saber se os crimes tributários são modalidades de crimes materiais (ou de resultado), formais, ou de mera conduta.

Vejamos o que dispõem os preceitos da Lei 8.137/90 que tratam dos delitos contra a ordem tributária:

Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Quanto ao delito previsto no art. 1.º não resta dúvida de que se trata de um crime material ou de resultado. De fato, o tipo que nele está contido não só descreve um resultado naturalístico, como afirma que o crime se perfaz com a produção deste resultado ("constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo"), destacado lógica e cronologicamente da conduta.

As condutas previstas nos incisos deste dispositivo apenas têm a função de esclarecer os modos pelos quais aquele resultado será atingido. O ato de "omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias" (inciso I), por exemplo, não representa, por si só, a consumação do delito tributário, se não resultar em supressão ou redução de tributo. Em síntese, o art. 1.º contém um delito de resultado de condutas vinculadas.

Dúvida paira sobre a natureza do delito capitulado no art. 2.º. O *caput* deste artigo ("constitui crime da mesma natureza") induz o intérprete ao entendimento de que também se está diante de um crime material. E uma pequena parte da doutrina

se vale exatamente deste argumento para justificar este entendimento. Sobre o assunto, assim se posiciona Fonteles (2004), ex-Procurador Geral da República:

"Ora, se ambas as infrações penais, tanto a do artigo 1.º quanto a do artigo 2.º, esta por expressa remição àquela, têm a mesma natureza, por óbvio não se lhes pode assentar natureza diversa, ao primeiro fazendo-o infração penal de resultado, e ao segundo, não.

É que ambas as infrações contemplam comportamentos de sonegação fiscal, que, em ambas, traduzem-se em efetivo dano à Fazenda Pública".

Não estamos de acordo com este entendimento, que se funda em uma leitura equivocada do dispositivo. Observe-se, por exemplo, o que dispõe o inciso V, do art. 2.º:

Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza:

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Constata-se, inicialmente, que este dispositivo não faz menção a qualquer conduta representativa de sonegação fiscal. Pelo contrário, ele é cristalino ao rezar que o delito em tela se constitui com a mera utilização ou divulgação de programa de processamento de dados. A conseqüência prevista ("possuir informação contábil") não é exigida para a consumação do tipo, de modo que sua realização representa mero exaurimento do crime. Estes são traços característicos dos crimes formais, cuja consumação independe da concretização da pretensão do agente, bastando a realização do resultado jurídico previsto no tipo.

Idêntica conclusão se extrai da análise do inciso I do art. 2.º, cujos termos finais ("para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo") não representam o resultado necessário à consumação do delito, e sim, tão-somente, o dolo específico que se está a exigir do autor do delito.

Se é assim, pergunta-se qual teria sido a intenção do legislador ao exprimir, no *caput* do art. 2.º, que os delitos nele previstos têm a mesma natureza dos arro-

lados no art. 1.º? Na realidade, devemos reconhecer que nada de especial moveu o legislador neste particular. Ele simplesmente quis dizer que, assim como os delitos previstos no art. 1.º, os do art. 2.º também são crimes contra a ordem tributária, embora, eventualmente, não representem uma modalidade de sonegação fiscal.

Resolvida esta questão inicial, cumpre esclarecer, antes de prosseguirmos, que as reflexões que têm sido objeto deste estudo, especialmente acerca da interação entre as instâncias administrativa e penal, só têm sentido diante dos delitos tributários classificados de materiais ou de resultado, cuja consumação exige a supressão ou redução de tributo, circunstância que, como veremos a seguir, deve ser elucidada na esfera administrativa.

O mesmo não se dá quanto aos delitos formais, em que não há grande interesse em saber se há tributo devido, na medida em que o crime se consuma com a prática de um ato que independe desta especial circunstância, cuja ocorrência é meramente eventual. Portanto, com relação a eles não se coloca a problemática das instâncias.

4.2 Lançamento tributário: elemento do tipo ou condição objetiva de punibilidade?

Chegamos ao ponto nevrálgico do presente estudo. Considerando que a consumação dos delitos contra a ordem tributária se dá com a supressão ou redução de tributo, pergunta-se: 1. quem tem atribuição para definir se há tributo devido, suprimido ou reduzido?; 2. o lançamento tributário definitivo é elemento essencial do tipo ou condição objetiva de punibilidade?

4.2.1 Da atribuição para definir o tributo

Esta questão já foi objeto de consideração, quando, no subitem 2.3.1, tecemos breves comentários sobre a teoria da autonomia das instâncias. Afirmamos, naquela oportunidade, que esta teoria choca-se com o texto constitucional, pelo fato de desconsiderar o princípio da separação de poderes.

Com efeito, decorre implicitamente do texto constitucional que constitui atribuição privativa dos agentes do fisco afirmar a ocorrência do fato gerador dos tributos em geral, determinar o *quantum debeatur* e individualizar o respectivo sujeito passivo, constituindo, assim, o crédito tributário. Regulamentando o art. 146, III, *b*, da CF/88, dispõe o art. 142 do CTN, que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Destarte, não pode ser aceito o argumento segundo o qual compete aos membros da magistratura avaliar, em cada caso concreto, se houve ou não evasão fiscal, para fins de aplicação das normas penais incriminadoras consubstanciadas nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90, assim como também não se sustenta a singela alegação de que a supressão tributária pode restar largamente comprovada na instância penal, uma vez que a instrução probatória no âmbito penal é mais ampla do que na esfera administrativa.

A decisão quanto à existência de tributo inadimplido pertence à esfera administrativa, com exclusividade, e a integridade do princípio da separação de poderes exige o afastamento da tese contrária.

Por outro lado, há quem queira ver nesta colocação uma afronta à independência dos magistrados, que ficariam vinculados a uma decisão de um outro órgão estatal.

Não se discute que, quanto a este particular elemento, ficará vinculado o magistrado. Não seria razoável admitir uma condenação por crime tributário em face de uma decisão da autoridade fazendária que afirmasse inexistir tributo inadimplido. Isso não significa, porém, que a independência dos juízes fica comprometida. Há inúmeros outros aspectos que são avaliados para que se decida pela absolvição ou condenação de uma pessoa. Avalia-se a conduta, o nexo causal, o

elemento subjetivo, as circunstâncias do crime etc. O ato da autoridade fazendária, por si só, não representa o veredicto dos crimes tributários.

Além disso, este não é o único caso em que o juiz vincula-se a um comando proveniente da administração. Os tipos penais da Lei 11.343/2006, por exemplo, normas penais em branco que são, apresentam conteúdo a ser determinado a partir de outra fonte normativa. A indeterminação inicial de seus comandos está na expressão "droga", cuja explicitação deve ser buscada em portaria expedida pelo Ministério da Saúde, órgão do Poder Executivo habilitado a estabelecer o que se deve entender por substância entorpecente (art. 1.º, parágrafo único). Na Lei de Tóxicos, por exemplo, há previsão de tipos penais que são verdadeiras normas penais em branco, ou seja, preceitos de conteúdo indeterminado, mas determinável a partir de outra fonte normativa. A indeterminação de seus comandos está exatamente na expressão "entorpecente", cuja explicitação deve ser buscada nas portarias expedidas pelo Ministério da Saúde, que é o órgão habilitado a estabelecer o que se deve entender por substância entorpecente.

Se se admite a vinculação do juiz à portaria do Ministério da Saúde, porque não reconhecer esta vinculação nos delitos tributários, em que a verificação da existência de tributo inadimplido, na esfera federal, compete aos agentes do Ministério da Fazenda?

Alegar-se-á que a generalidade do comando do Ministério da Saúde justifica a vinculação, e que o magistrado não pode ficar à mercê da autoridade fazendária, que apenas emite comandos no caso concreto, de forma isolada. Este argumento não merece prosperar, assim como não se deve admitir como correta a assertiva de que a sentença proferida pelo juiz no caso concreto é menos do que a lei abstrata em que ele se baseia para decidir. Na realidade, ambas são dotadas de carga normativa, diferenciando-se apenas pela extensão de seus efeitos, sendo que o procedimento fazendário tem a vantagem de assegurar ao contribuinte as garantias do contraditório e da ampla defesa.

4.2.2 A natureza jurídico-penal do lançamento tributário definitivo

Diante dos conceitos expostos no capítulo IV, fica fácil dizer se, nos delitos contra a ordem tributária, a constatação da supressão ou redução de tributo, através do lançamento tributário, é elementar do tipo ou mera condição objetiva de punibilidade. Basta investigarmos se a supressão ou redução de tributo constitui uma circunstância que está coberta pelo dolo daquele que pratica um crime tributário. Em caso afirmativo, este elemento integrará o elemento *subjetivo* do delito e, assim, restará afastada qualquer alusão à existência de uma condição *objetiva* de punibilidade.

Ora, os autores dos delitos tributários são movidos exatamente pelo desejo de não pagar um determinado tributo ou de pagá-lo apenas parcialmente. A sonegação fiscal constitui o objetivo a ser atingido, razão pela qual deve necessariamente ser abrangido pelo elemento subjetivo do criminoso, que irá agir de modo a alcançar aquele resultado representado em sua mente.

E, em se tratando de elemento coberto pelo elemento subjetivo, não pode ser classificado como condição objetiva de punibilidade. Na verdade, a desejada sonegação, quer na modalidade supressão, quer na redução de tributo, integra o próprio tipo penal dos crimes tributários, consubstanciando o resultado necessário à consumação do delito. É, destarte, condição de perfazimento do tipo.

Não é demais ressaltar que a constatação da supressão ou redução do tributo só pode ser realizada através do lançamento tributário. Em outras palavras, a integração do tipo penal dos crimes tributários depende do pronunciamento dos agentes do fisco. Enquanto não se pronuncia a autoridade fazendária, não há que se falar em crime tributário.

Dir-se-á, no entanto, que há determinados comportamentos dos contribuintes que só podem levar à conclusão de que foi praticado um ilícito penal tributário, sendo que, nesses casos, o veredicto dado pelo fisco seria absolutamente

prescindível. Não concordamos com esta colocação. Falar-se em ilícito tributário nestas circunstâncias é mera cogitação. Assim como constitui mera cogitação dizer que um sujeito que foi surpreendido com uma faca ensangüentada é autor de um homicídio. Mais do que mera cogitação, esta colocação representa séria afronta ao princípio da presunção de inocência.

5. A persecução penal dos crimes tributários

Firmado que o lançamento tributário constitui pressuposto necessário à integração do tipo dos crimes tributários, resta-nos debater como a persecução penal dos crimes tributários é influenciada pelo processo administrativo fiscal (lançamento tributário).

A resposta a esta questão será fracionada em três partes, pois três são os momentos da persecução penal em que assume especial importância a verificação do estado em que se encontra o processo administrativo fiscal. Estes momentos são os seguintes: a fase do inquérito policial, a da propositura da ação penal e a da sentença.

5.1 Inquérito policial e indiciamento

A instância administrativa de acertamento do tributo se resolve no processo administrativo fiscal, cujo procedimento é integrado por um conjunto de atos coordenados e direcionados a preparar a decisão final da autoridade fazendária. Assim como o processo judicial, o processo fiscal (ou ação fiscal) também se desenvolve por instâncias, de modo que são tantas as decisões proferidas, quantas forem as instâncias, prevalecendo sempre a oriunda do órgão julgador superior.

Ressalte-se, entretanto, que o interesse das autoridades encarregadas da persecução penal dos delitos tributários no processo fiscal não se restringe à decisão que lhe põe fim. Na realidade, são de interesse todas as decisões que afirmam a existência de um tributo devido e não adimplido pelo respectivo sujeito passivo.

E, conforme já explicado, o primeiro ato que, no curso do processo administrativo fiscal, consubstancia esta constatação denomina-se auto de infração.

Embora não tenha a mesma importância do ato que encerra o processo administrativo fiscal, porque é evidente que este sim repercute de forma decisiva na persecução dos crimes contra a ordem tributária, não se deve olvidar que o auto de infração constitui uma modalidade de ato administrativo e, assim, reveste-se dos atributos a ele inerentes, quais sejam, a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade.

Se, por um lado, o auto de infração não nos dá a certeza da existência de um tributo devido e do descumprimento de um dever tributário, por outro, não se pode negar que ele constitui o resultado de uma atividade própria da Administração, que, estando numa relação de sujeição em face do princípio da legalidade, edita atos presumidamente legítimos, relativos a fatos de veracidade igualmente presumida.

Destarte, apesar de sua natureza provisória, o auto de infração não pode ser simplesmente desconsiderado pelas autoridades encarregadas da persecução dos crimes tributários. Pelo contrário, ele constitui-se em documento bastante a justificar a instauração de inquérito policial. Com efeito, se a propositura da ação penal, que é fase mais avançada da persecução, exige prova da materialidade e indícios de autoria, o início do inquérito não pode demandar mais do que meras suspeitas, desde que fundadas em elementos concretos.

Saliente-se, no entanto, que não há razoabilidade na instauração de inquérito diante da simples instauração de um processo fiscal, sem que a autoridade fazendária tenha emitido qualquer juízo a respeito de eventual sonegação fiscal. Não é correto submeter uma pessoa ao constrangimento de ser investigada por meio de inquérito, apenas pelo fato de estar sendo objeto de fiscalização pelo fisco, porquanto, neste caso, a suspeita é demasiadamente fluída.

Entendemos, portanto, que o auto de infração válido, indicador de eventual sonegação de tributos, é o primeiro ato do processo fiscal apto a justificar a instauração de inquérito policial para apurar eventual delito tributário.

Cremos, no entanto, que para fins de indiciamento, a situação se modifica substancialmente. O indiciamento é o primeiro ato da persecução que implica em algum constrangimento à pessoa investigada. Trata-se de ato privativo da autoridade policial, em que há a formal imputação a determinada pessoa de uma prática delituosa. Por este motivo, deve estar apoiado em elementos bastantes, exigindo-se, em especial, a presença dos seguintes pressupostos: prova da materialidade e indícios de autoria. A materialidade dos crimes tributários é dada, como temos reafirmado, pelo lançamento tributário definitivo, que resulta de um procedimento em que o auto de infração representa um dos primeiros atos. Destarte, impõe-se reconhecer que o auto de infração lavrado pelo fisco, embora autorizador do início do inquérito policial, não constitui documento bastante a justificar o indiciamento do contribuinte suspeito de sonegação.

5.2 *Pressupostos da ação penal e da sentença condenatória relativa aos crimes tributários*

Diante desta última colocação, tem-se como corolário lógico que a ação penal relativa aos crimes tributários não pode ser intentada apenas com base num auto de infração, pois se este documento sequer permite o ato de indiciamento, que é o menos, não pode embasar uma ação penal. A propositura da ação penal pressupõe a existência de prova da materialidade delitiva, que, nos delitos tributários, só pode ser dada pelo lançamento definitivo do tributo. O auto de infração, dada sua natureza provisória, não é elemento bastante a justificar o ajuizamento de ação penal.

Alguns argumentos têm sido utilizados para justificar a propositura da ação penal nestas circunstâncias. De um lado, há quem diga que não há razão para se aguardar o desfecho do processo fiscal, na medida em que a sonegação fiscal pode restar largamente comprovada na instância penal, cuja instrução probatória é mais ampla do que na esfera administrativa. De outro lado, entende-se que o lançamento

definitivo constitui questão prejudicial heterogênea ao mérito da ação penal, de modo que, instaurado o processo criminal, cabe ao julgador suspendê-lo, com fundamento no art. 93 do CPP, até que se encerre o processo fiscal de acertamento do tributo. Há, por fim, o argumento de que não se pode subtrair do Ministério Público o direito de exercer o seu *dominus litis* e o *jus persequendi* e do Judiciário o poder-dever de punir o sonegador.

O primeiro argumento não se sustenta diante do já mencionado princípio da separação de poderes, e, ademais, contraria a lógica do sistema. A sonegação fiscal deve ser reconhecida pelos órgãos estatais responsáveis pela arrecadação tributária, através do devido processo fiscal, direito fundamental do contribuinte. O resultado do processo fiscal, desde que tenha se desenvolvido de forma regular, não deve ser objeto de reconsideração por outra instância, assim como não se deve admitir que outra instância se antecipe ao devido processo fiscal e delibere sobre eventual sonegação. Desta forma, afasta-se o risco da coexistência de comandos estatais contraditórios e preserva-se o direito fundamental do contribuinte de ter suas obrigações tributárias avaliadas através do devido processo fiscal.

Quanto ao segundo argumento, que enxerga no processo fiscal uma questão prejudicial ao mérito da ação penal, autorizando a incidência do art. 93, do CPP, já tivemos a oportunidade de afastá-lo. Em primeiro lugar, porque a hipótese tratada não se subsume perfeitamente à norma citada, que pressupõe a pendência de um processo judicial, e não de processo administrativo. Em segundo, porque de questão prejudicial não se trata. Deve-se distinguir uma questão prejudicial, que autoriza a ação penal mas acarreta a suspensão do processo penal, de um elemento essencial à propositura da ação penal. O esgotamento da instância administrativa de apuração do tributo constitui pressuposto imprescindível à propositura da ação penal e não questão prejudicial. Conseqüentemente, não significa óbice anormal ao exercício do *jus persequendi* pelo Ministério Público, mas sim um pressuposto sem o qual não há justa causa para a ação penal.

Mas não é só. A principal causa impeditiva do desenvolvimento da ação penal relativa aos crimes tributários decorre da correta apreensão do significado da norma contida no art. 34 da Lei 9.249/95, que assim dispõe: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia".

Este dispositivo institui, em favor do contribuinte que deve ao fisco, o direito de promover o pagamento do tributo devido, de forma a afastar a possibilidade de imposição de uma sanção penal, desde que o faça antes do recebimento da denúncia. Trata-se, sem sombra de dúvida, de uma garantia fundamental do contribuinte.

Todavia, o que mais chama a atenção neste preceito é a intenção do legislador, camuflada pela previsão de um suposto benefício, de utilizar o direito penal como instrumento de cobrança de tributos inadimplidos, transformando-o em um sucedâneo, menos oneroso e mais eficaz, da ação de execução fiscal. Conferindo ao contribuinte a possibilidade de se liberar de eventual processo criminal pelo pagamento antecipado do tributo, o Estado evita que o moroso processo administrativo fiscal e a ineficiente ação de execução fiscal impeçam o pronto abastecimento dos cofres públicos.

Ocorre que a aplicação deste dispositivo não pode passar por cima de garantias fundamentais do contribuinte. E, neste particular, destaca-se o direito ao devido processo fiscal, mediante o qual é facultado ao contribuinte recorrer de todas as decisões proferidas ao longo do processo fiscal, provocando as instâncias superiores a reapreciar as situações decididas pelos órgãos anteriores, até que ocorra o exaurimento da via administrativa.

A grande questão que se coloca é que a aplicação irrestrita da norma contida no art. 34 da Lei 9.249/95 implicaria na diminuição da garantia do devido processo fiscal. De fato, muitos contribuintes, a fim de evitar o constrangimento de figurar como réu num processo criminal, promoveriam o pagamento anteci-

pado do tributo, tal como apurado no pendente processo fiscal, abrindo mão de eventual recurso cabível nesta esfera e concordando, ainda que forçosamente, com eventual situação desfavorável no âmbito administrativo.

Esta situação não deve ser admitida. O ordenamento não pode ter comandos que inibam o pleno exercício de direitos fundamentais do contribuinte.

Para que o contribuinte possa beneficiar-se do pagamento antecipado do tributo, é necessário que se lhe apresente um débito certo e determinado, o que, a nosso ver, ocorrerá apenas ao final do processo fiscal, com o lançamento definitivo.

A incidência da causa extintiva de punibilidade prevista no dispositivo transcrito pressupõe, portanto, o encerramento do processo fiscal, porque só assim o contribuinte terá exercido em sua plenitude o devido processo fiscal e poderá escolher livremente entre as duas opções colocadas pelo legislador: pagar o tributo ou submeter-se ao processo criminal.

Em resumo, cremos que a única forma de conferir máxima efetividade à causa de extinção de punibilidade ora tratada, sem quebrar o princípio do devido processo fiscal, é impedindo o desenvolvimento da ação penal enquanto não encerrada a instância administrativa de acertamento do tributo.

Uma vez lançado o tributo, resta ao contribuinte discutir a validade da imposição em juízo. Entretanto, esta circunstância não tem o condão de impedir a propositura da ação penal. A justa causa para a ação se faz presente com o esgotamento da instância administrativa, não tendo relevância, neste particular, eventual controvérsia judicial sobre a validade do lançamento realizado.

O deslinde desta eventual controvérsia apresenta-se como prejudicial ao mérito da ação penal relativa aos crimes tributários, ensejando, agora sim, a aplicação do art. 93 do CPP. Neste caso, o processo criminal retomará seu normal curso apenas no momento em que restar decidida a lide levada ao juízo cível.

Uma vez definido o tributo na instância administrativa e não havendo questionamentos sobre a validade do lançamento realizado, apresenta-se ao juízo

criminal a possibilidade de proferir uma sentença penal condenatória pela prática de um crime tributário.

5.3 A prescrição dos crimes tributários: termo inicial

Como se pode observar, a sistemática da persecução penal dos delitos contra a ordem tributária é bastante complexa. Mas, acima de tudo, observa-se que um longo caminho deve ser percorrido para que se alcance a condenação criminal.

Imaginando o cenário mais adverso, sob a óptica do Estado, teríamos de percorrer todas as instâncias do processo administrativo fiscal e, questionado o resultado do lançamento realizado, seríamos obrigados a aguardar o resultado do complexo e moroso processo cível, para, a partir deste instante, iniciarmos propriamente a repressão no âmbito penal.

Diante disso, assume especial importância o estudo do termo inicial da prescrição dos crimes tributários, especialmente com o escopo de conciliar o interesse do Estado na efetiva imposição da pena ao criminoso, com o justo interesse deste de não ficar indefinidamente sujeito à ameaça representada pela sanção penal.

Sabemos que, praticada uma infração penal, surge para o Estado o direito de punir o infrator e que este direito deve ser exercido dentro de um prazo, assinalado pela lei, que varia conforme a gravidade da infração. O não exercício do *jus puniendi* dentro deste prazo acarreta a prescrição, com a conseqüente perda do direito de aplicar a pena ao autor do crime.

Em regra, o prazo prescricional começa a correr a partir do dia em que se consuma a infração penal, pois a partir desta data surge para o Estado, em concreto, o *jus puniendi*. Nos delitos contra a ordem tributária esta regra também prevalece. Assim, o prazo prescricional respectivo terá início com a supressão ou redução de tributo, eventos que representam sua consumação.

É bem verdade que a consumação destes delitos costuma ser afirmada anos após a prática criminosa, uma vez que seu reconhecimento depende do juízo que é realizado pelas autoridades fazendárias ao final do processo administrativo fiscal.

Esta particularidade, no entanto, não altera o termo inicial do prazo prescricional. Para fins penais, o lançamento realizado ao final do processo fiscal tem apenas efeito declaratório de um evento que se realizou no passado. A consumação não ocorre com o lançamento, mas é apenas declarada por ele.

Esta particularidade dos delitos tributários representa um importante obstáculo à efetiva imposição da pena ao criminoso, especialmente porque, como temos afirmado, a ação penal não deve se desenvolver antes do encerramento do processo fiscal. Assim, pendente o processo fiscal, o autor do crime tributário, além de não se submeter à ação penal, é favorecido pela normal fluência do prazo prescricional. Sob a óptica do Estado repressor, esta situação é absolutamente indesejável.

Na tentativa de contornar este problema, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu a tese da *actio nata*, segundo a qual o prazo prescricional tem seu termo inicial com o surgimento do direito de ação para o Estado, que, nos crimes tributários, se dá com o encerramento do processo fiscal.

A solução é inteligente, porém sujeita o autor do delito a uma situação de completa indefinição, estendendo o período em que estará sob a ameaça da sanção penal e penalizando-o indevidamente pela ineficiência estatal em apurar prontamente o delito. Ademais, a postergação do termo inicial da prescrição, tal como adotada pelo STF, não encontra amparo legal.

Há de prevalecer, por conseguinte, a regra geral a respeito do termo inicial dos prazos prescricionais, ainda que sob o risco de impunidade.

Diante deste panorama adverso, apresentam-se ao Estado as seguintes opções: consagrar o entendimento do STF mediante reforma legislativa; ou, o que seria mais razoável, aprimorar os mecanismos de apuração do tributo, tornando mais ágil o processo fiscal. Optando pela primeira solução, o Estado estaria reconhecendo definitivamente o caráter instrumental do Direito Penal em relação ao Direito Tributário. Já na segunda hipótese, poderia o Estado inclusive prescindir da intervenção do direito penal, na medida em que o aperfeiçoamento da fiscalização tributária tornaria o Direito Tributário auto-suficiente no regramento da apuração e arrecadação dos tributos.

6. Conclusão

O tema ora estudado está longe de se tornar pacífico no mundo jurídico, o que, em grande parte, decorre das dificuldades relacionadas ao seu caráter interdisciplinar. A análise das correntes doutrinárias que explicam o fenômeno da relação entre as instâncias penal e administrativa demonstrou que nenhuma apresenta uma solução integralmente satisfatória para o problema. De certa forma, conforme já salientado, tais dificuldades também resultam do fato de constituir o Direito Penal Tributário instrumento não necessário à realização das leis tributárias.

Mas se o Direito Penal, na vertente tributária, serve ao direito tributário, forçoso é reconhecer que a compreensão do ilícito penal tributário depende da compreensão do ilícito fiscal, e que este deve ser apurado na esfera apropriada, através do devido processo fiscal. Eis a premissa que conduziu o desenvolvimento do trabalho.

A partir desta perspectiva e com apoio em elementos extraídos da teoria geral do delito, foi possível desenvolver uma linha interpretativa diferenciada e inovadora. Disto resultou a definição da natureza jurídico-penal do lançamento tributário como elemento necessário ao perfazimento do tipo penal tributário, afastando-se a configuração deste instituto como condição objetiva de punibilidade.

Uma vez definida a natureza do lançamento, delineou-se um regramento mínimo para a persecução penal dos delitos contra a ordem tributária, com a afirmação de sua relativa dependência da instância administrativa de apuração do tributo.

Em síntese, firmamos o entendimento segundo o qual não deve ser instaurada ação penal relativa aos delitos tributários enquanto não resolvida, na instância própria, a questão tributária, o que não significa que a persecução penal desta espécie de delito fique totalmente obstaculizada pelo pendente processo fiscal, porquanto perfeitamente viável a apuração dos fatos através de inquérito policial.

Sem querer esgotar os temas debatidos, esperamos ter fornecido subsídios importantes para a compreensão de alguns aspectos do Direito Penal Tributário.

No entanto, acreditamos, após este breve estudo, que deve ser reavaliada a necessidade da intervenção do Direito Penal para garantir a efetividade das normas tributárias. O legislador confere função anômala ao Direito Penal Tributário quando determina sua incidência não em razão da insuficiência das sanções previstas pelo direito tributário para regrar determinados comportamentos, e sim em função da ineficiente e precária estrutura do sistema tributário nacional.

Cremos que o aperfeiçoamento dos mecanismos de fiscalização tributária atenderia satisfatoriamente aos anseios do Estado relativos ao perfeito abastecimento dos cofres públicos. A incidência do Direito Penal deve ser reservada àqueles casos em que há grave violação de bens reconhecidamente essenciais à manutenção da vida em sociedade, e não para compensar a ineficiência estatal neste ou naquele setor. Mas este é um tema para um novo estudo.

7. Bibliografia

ARRUDA, F. *Recurso em sentido estrito*. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/caexcrim/gaesf/gaesf.htm> Acesso em jul. 2004.

ASUA, L. J. de. *La ley y el delito:* principios de derecho penal. Buenos Aires: Sudamericana, 1958.

_____. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1970. t. VII.

ATALIBA, G. Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 125, p. 241-245, jan.-mar. 1995.

AZEVEDO, D. T. de. A representação penal e os crimes tributários: reflexão sobre o art. 83 da Lei 9.430/96. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 111-123, jul.-set. 1997.

BETTIOL, G. *Direito penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1977.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis, 1990.

CARRAZZA, R. A. *ICMS*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, P. de B. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CERNICCHIARO, L. V. Direito penal tributário: observações de aspectos da teoria geral do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 175-183, jul.-set. 1995.

CORRÊA, A. *Dos crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA JÚNIOR, P. J.; DENARI, Z. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DELMANTO, F. M. de A. O término do processo administrativo-fiscal como condição da ação penal nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 22, p. 63-79, abr.-jun. 1998.

DERZI, M. A. M. Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 31, p. 201-216, jul.-set. 2000.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRARI, E. R. A prejudicialidade e os crimes tributários. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 50, jan. 1997.

FONTELES, C. *A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária*. Disponível em <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/fonteles> Acesso em 01 jun. 2004.

FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANCO, A. S.; STOCO, R. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

_____. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 1.

JAKOBS, G. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2001.

KENSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: A. Amado, 1984.

LYRA FILHO, R.; CERNICCHIARO, L. V. *Postilas de direito penal*: parte geral. Brasília, 1969.

MACHADO, H. de B. Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 751, p. 453, mai. 1998.

_____. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 1998. v. 3. p. 73-90.

_____. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 15, p. 231-239, jul.-set. 1996.

MARQUES, J. F. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 1.

MARTINS, I. G. da S. (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. atual. São Paulo: RT, 2002.

PIMENTEL, M. P. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973.

ROCHA, L. O. de O. *O tipo penal do parágrafo único do artigo 1.º da lei 8.137/90: uma interpretação à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade*. Disponível em <http:/www.direitocriminal.com.br> Acesso em set. 2001.

SALOMÃO, H. E. Vinculação entre o direito penal e o direito tributário nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 11, p. 54-66, ago. 1996.

SOUZA, N. B. de. Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 18, p. 93-101, abr.-jun. 1997.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

Límites del normativismo en Derecho penal

Santiago Mir Puig
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Barcelona.

Sumario: 1. Planteamiento: normativismo moderado (Roxin) y normativismo radical (Jakobs) – 2. Naturalismo, relativismo valorativo y ontologismo – 3. El positivismo naturalista de von Liszt – 4. La referencia a valores del neokantismo – 5. El ontologismo del finalismo de Welzel – 6. Del ontologismo al normativismo de Roxin – 7. Del esencialismo a la filosofía del lenguaje – 8. Balance provisional – 9. Lo fáctico y lo normativo, hechos naturalísticos y hechos sociales – 10. La realidad social es una parte de la realidad empírica construida por la asignación de funciones (Searle) – 11. Función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho– 12. El Derecho penal democrático como sistema normativo al servicio de los ciudadanos y no sólo de su propio mantenimiento normativo – 13. Las normas jurídicas están condicionadas por valoraciones previas – 14. Las necesidades de los seres humanos, origen y objetivo de las normas jurídicas – 15. Interacción de los sistemas normativos y los sistemas psico-físicos – 16. Los bienes jurídico-penales como concreción de intereses reales de los ciudadanos – 17. El principio de proporcionalidad como ponderación de los intereses protegidos y afectados por la intervención penal – 18. Bienes jurídico-penales como espacios de libertad, frente a normas jurídicas como limitación de la libertad – 19. Lo normativo y lo fáctico en la teoría del delito – 20. Conclusiones finales.

Resumen: En los últimos tiempos se ha ido acentuando la "normativización" de los conceptos jurídico-penales. El presente trabajo trata de fundamentar la necesidad de poner límites a esta normativización, que han de ser también límites al poder punitivo del Estado. Tras exponer las fases de la evolución histórico-dogmática que condujeron al ontologismo de Welzel y a la reacción normativista

posterior, defenderé mi punto de vista sobre los límites que el normativismo ha de tener en un derecho penal que sirva a los intereses reales, y no sólo simbólicos, de los seres humanos. La función del derecho penal ha de ser proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Los bienes jurídico-penales han de ser entendidos como concreción de aquellos intereses.

Abstract: In the last times there has been accentuated the "normativisation" of the juridical-penal concepts. The present work tries to base the need to put limits to this trend, which they have to be also limits to the punitive power of the State. After exposing the phases of the historical-dogmatic evolution that led to Welzel's ontologismus and the normativist reaction, I will defend my point of view on the limits that the normativism has to have in a Criminal law that serves the real interests, and not only symbolic, of the human beings. The function of a democratic Criminal law has to be to protect real interests of the citizens and not only juridical norms. The juridical-penal goods have to be understood as concretion of those interests.

Palabras-clave: Normativismo – Ontologismo – Bienes jurídico-penales – Función del Derecho penal – Funcionalismo.

Keywords: Functionalism – Normativism – Ontologism – Juridical-penal goods – Function of the Criminal law.

1. Planteamiento: normativismo moderado (Roxin) y normativismo radical (Jakobs)

Desde hace algo más de treinta años se ha ido imponiendo en forma creciente un enfoque *normativista* de las cuestiones jurídico-penales. Dos han sido los autores que más han contribuido a esta evolución: Roxin, primero, y Jakobs, después. Los dos contrapusieron sus (distintas) perspectivas normativistas al ontologismo característico del finalismo de Welzel. Cuando éste alcanzaba su apogeo en Alemania, el mismo año en que se publica la traducción española del

Tratado de Maurach[1] que tanto contribuyó a extender el finalismo más allá de la estricta escuela de Welzel, Roxin publicó un trabajo en que atacó el concepto final de acción por basarse en una óptica ontologista inadecuada a las necesidades del derecho y al carácter normativo de los elementos del concepto de delito.[2] El joven Roxin se presenta, pues, desde un principio como defensor de un punto de vista normativista enfrentado al ontologismo de Welzel. Por su parte, Jakobs, aunque más de veinte años más tarde, presentó también su concepción del Derecho penal como frontalmente contrapuesta a la de su maestro Welzel, como una concepción normativista diametralmente opuesta al ontologismo finalista.[3] Sin embargo, el normativismo de Jakobs es mucho más radical que el de Roxin. Éste admite que el normativismo encuentra un límite en la realidad empírica, la cual tendría sus propias exigencias y condicionaría las construcciones jurídicas y las soluciones a que deben conducir. Por otra parte, postula una dogmática del derecho penal abierta a principios político-criminales desde los que interpretar las normas jurídico-positivas.[4] Jakobs, en cambio, siguiendo a Luhmann, contempla el derecho como un sistema normativo cerrado, autorreferente, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas

1. Cfr. Maurach. *Tratado de derecho penal.* Traducción y notas de Córdoba Roda, 1962.

2. Cfr. Roxin. Zur Kritik der finale Handlungslehre. *ZStW* 74, 1962, p. 515 y ss. El trabajo se incluyó más adelante en el libro del mismo autor Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, en gran parte coincidente con el traducido por Luzón Peña bajo el título *Problemas básicos del Derecho penal,* 1976. La tesis doctoral de Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* 1959, había sido también una crítica a la construcción de Welzel de los tipos abiertos.

3. Cfr. Jakobs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* Die Grundlagen und die Zurechnungslehre., 1983, p. V y ss. El mismo planteamiento mantiene la 2. ed.: ver el Prólogo de la traducción española de Cuello/Serrano, bajo el título *Derecho penal.* Parte general, 1995, p. VII.

4. Cfr. sobre todo Roxin. Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematyk unseres Strafrechts. *Gedächtnisschrift für G. Radbruch,* 1968, p. 260 y ss.; el mismo. *Política criminal y sistema del derecho penal.* Muñoz Conde (trad.), 1972. Recientemente ha resumido la doble influencia que a su juicio tienen realidad empírica y principios normativos político-criminales en distintos puntos de la teoría del delito en Roxin, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik. *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe,* 2003, p. 427 y ss.

al sistema jurídico-positivo.[5] En el presente trabajo trataré de demostrar que este planteamiento normativista radical no es científicamente necesario[6] y priva de límites al poder punitivo del Estado. Pero antes expondré resumidamente las fases de la evolución histórico-dogmática que condujeron al ontologismo de Welzel y a la reacción normativista posterior. A continuación defenderé mi punto de vista sobre los límites que el normativismo ha de tener en un derecho penal que sirva a los intereses reales, y no sólo simbólicos, de los seres humanos.

2. Naturalismo, relativismo valorativo y ontologismo

Si el normativismo de Roxin y Jakobs reaccionó contra el ontologismo de Welzel, éste había surgido a su vez en oposición al relativismo valorativo del neokantismo, el cual por su parte se había contrapuesto al naturalismo de von Liszt. Las líneas fundamentales de esta evolución son conocidas,[7] pero no estará de más recordarlas.

5. Cfr. últimamente Alcácer. Facticidad y normatividad, Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal. *Actualidad Penal*, 2001, p. 251 y ss., señalando, no obstante, que Jakobs no es siempre consecuente con esta concepción metodológica e introduce con frecuencia valoraciones no deducibles de la ley. Comparto esta apreciación, y añadiré que el hecho de que Jakobs tienda a revestir tales valoraciones del carácter de conceptos de naturaleza social (como el de rol social, que toma como base de propuestas personales de interpretación del Derecho vigente), en coherencia con su entendimiento del sistema jurídico como un subsistema social, no excluye que con ellas desborde el sistema jurídico positivo, y no en base precisamente a datos objetivos de la realidad social ni en el contexto de una explícita y controlable fundamentación político-jurídica general, sino a apreciaciones personales perfectamente discutibles. No obstante, en algún lugar vincula expresamente el sistema jurídico al mantenimiento del sistema social general (así en Jakobs. *Sociedad, norma y persona en un Derecho Penal funcional.* Cancio Meliá y Feijóo Sánchez (trad.). Madrid: Civitas, 1996, p. 25, 28), aunque no a través de algún efecto empírico, sino por la pura afirmación simbólica de la norma que necesariamente va ligada a la imposición de una sanción en caso de infracción (op. cit., p. 18). Califica de "normativismo sin realidad empírica" (empiriefreier Normativismus) al normativismo de Jakobs, críticamente, Schünemann. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, p. 13 y ss.

6. Desde una perspectiva finalista, distinta a la que adoptamos en este trabajo, ha dedicado una monografía a reclamar también límites al normativismo Küpper. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990.

7. Cfr., ampliamente, Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2. ed. Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 96 y ss.

3. El positivismo naturalista de von Liszt

La moderna teoría del delito nace en von Liszt bajo la influencia del *modelo positivista de ciencia*. Tras el auge espectacular de las ciencias experimentales, se extendió a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX una actitud de admiración por lo científico acompañada de un rechazo de la metafísica. El positivismo jurídico fue el resultado de esta nueva mentalidad en el ámbito de la doctrina jurídica: vio en el dato real del Derecho positivo el material empírico susceptible de observación científica y adoptó frente al mismo un método descriptivo y clasificatorio próximo en parte al empleado por las ciencias naturales. Binding representó en Alemania una primera versión de este positivismo jurídico, que pretendió cientificidad excluyendo los juicios de valor y limitando su objeto al derecho positivo.[8] Von Liszt caracterizó una segunda versión del positivismo jurídico, que compartió la utilización de un método descriptivo y clasificatorio que excluía lo filosófico y los juicios de valor, pero se diferenció por tender puentes a la consideración de la realidad empírica no jurídica: el positivismo de von Liszt fue un positivismo jurídico con tintes naturalistas.[9] La concepción preventiva de la pena (prevención especial), el concepto causal de acción, su concepción en parte naturalística del bien jurídico y un entendimiento de la culpabilidad con base en el determinismo, son rasgos fundamentales de esta vinculación de la construcción de von Liszt a una realidad entendida naturalísticamente.[10]

El positivismo jurídico del siglo XIX tenía, además de su pretensión de cientificidad, un significado político plausible. Por una parte, las aspiraciones humanísticas de la Ilustración se habían ido convirtiendo, en parte, en derecho

8. Cfr. Mir Puig (n. 7), p. 188 y ss., donde califico el positivismo de Binding como "normativismo" en el sentido en que este autor limitó su objeto de estudio a las normas jurídico-positivas con exclusión de toda consideración filosófica o de la realidad no jurídica. Se trata, como se ve, de un sentido bien distinto al que actualmente recibe el término "normativismo".

9. Cfr. Mir Puig (n. 7), p. 196 y ss., donde hablo, en este sentido, de "positivismo naturalista" y explico cómo combina von Liszt un método jurídico-formalista, con una referencia a la realidad empírica.

10. Cfr. Mir Puig (n. 7), p. 205 y s.

positivo, de modo que postular la subordinación de la doctrina jurídica al derecho vigente era optar por una cierta realización histórica de los ideales ilustrados.[11] Parafraseando a Habermas, la *facticidad* del derecho positivo implicaba ya un grado de *validez* material que los juristas estimaban aceptable.[12] Por otra parte, dicha subordinación al derecho positivo realizaba por sí misma uno de los valores indiscutibles del derecho: la seguridad jurídica, que a su vez representaba ya el principio capital del Estado de Derecho: el imperio de la ley, que en derecho penal se traducía en el principio de legalidad. El formalismo y la exclusión de juicios de valor del método positivista añadían una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el derecho que parecía blindarlo frente al peligro de manipulación subjetiva por parte del intérprete. En von Liszt el naturalismo ofrecía, además, a la elaboración dogmática una base sólida, la realidad científicamente observable, que parecía también contribuir a la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, ponía el derecho detrás del hecho y al servicio de la vida real, abriendo una brecha en el sistema jurídico por la que podía penetrar la realidad y que evitaba la concepción del derecho como un fin en sí mismo.

4. La referencia a valores del neokantismo

No obstante, la acentuación de la preocupación científico-naturalista por parte de von Liszt puso de manifiesto de forma especialmente clara las insuficiencias del concepto positivista de ciencia para el derecho penal. Quizás aceleró en nuestro campo la vuelta a la filosofía. El hecho es que la *reacción neokantiana* que se produjo en la teoría jurídica alemana de principios del siglo XX llegó al dere-

11. Idem, p. 275.

12. Cfr. La idea central del libro de Habermas. *Facticidad y validez*. Jiménez Redondo (trad.). 2. ed. 2000, sería que el derecho del Estado Democrático de derecho supone el intento de superación de la antítesis de derecho natural o ideal y derecho positivo en una síntesis que incorpora a la *facticidad*, esto es, a la positividad, un procedimiento abierto al consenso como forma de obtención de la *validez*, esto es, de un contenido que pueda consensuarse democráticamente como legítimo.

cho penal antes que al derecho privado, y en la versión de filosofía de los valores, especialmente antinaturalista, de la escuela sudoccidental, más que en la dirección formalista de la escuela de Marburgo. En cualquier caso, en ello tuvo un papel decisivo la imposibilidad de explicar de forma satisfactoria los elementos centrales de la teoría jurídica del delito. Ni la acción, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad – los tres pilares básicos del concepto de delito de von Liszt – podían entenderse adecuadamente prescindiendo de su significado valorativo. Pronto se vio que la *acción* no era sólo movimiento físico, sino una conducta que importa al derecho penal en función de su significado social, que puede depender de su intención. Más evidente era aún que la *antijuridicidad* no es una mera descripción de una causación, sino, inevitablemente, un juicio de desvalor, que también depende de aspectos significativos del hecho no puramente causales. Del mismo modo, el significado negativo del concepto de *culpabilidad* no podía sustituirse por la sola constatación de una conexión psicológica cuasi-causal entre el hecho producido y la mente del autor, como lo demostró la inexistencia de tal vínculo psicológico en la culpa inconsciente y, en definitiva, la esencia normativa de toda imprudencia, así como la insuficiencia del propio dolo para la imputabilidad y para la negación de otras causas de exculpación.

Pues bien, el neokantismo de la escuela sudoccidental ofreció una fundamentación metodológica que permitió entender los conceptos jurídico-penales como conceptos valorativos, que puso su punto de mira en su significado esencialmente valorativo, sin por ello renunciar a la pretensión de cientificidad. Windelband y, sobre todo, Rickert desarrollaron una fundamentación neokantiana de las ciencias del espíritu o culturales como dotadas de un método distinto al de las ciencias naturales y al de las formales, método que distingue a las ciencias culturales por exigir la *referencia a valores*.[13] Varios penalistas que a su vez eran filosófos del derecho, especialmente Radbruch, se percataron de la utilidad de este enfoque

13. Cfr., ampliamente, Cardenal Montraveta. *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, 2002, p. 303 y ss.

metódico para la dogmática jurídico-penal.[14] Ello determinó una reinterpretación de todos los conceptos de la teoría jurídico-penal. La acción, la omisión, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad dejaron de entenderse en términos formalistas y naturalísticos para pasar a concebirse en su sentido valorativo (por ejemplo, se consolidó así el paso de la concepción psicológica de la culpabilidad a la concepción normativa de la misma), y ello determinó alteraciones importantes en el contenido de cada una de dichas categorías (como la inclusión de elementos subjetivos y normativos en el tipo de injusto, por poner sólo un ejemplo).[15]

5. El ontologismo del finalismo de Welzel

Es difícil de negar que el derecho penal se ocupa de hechos dotados de significado valorativo y que le importan estos hechos precisamente por dicho significado y no sólo en su dimensión físico-naturalística. No es esto lo que atacó *la crítica que Welzel dirigió* a los neokantianos, sino su punto de partida metodológico *subjetivista* según el cual el carácter valorativo de un hecho no está en el hecho mismo, sino que es aportado por los hombres: es el significado que nosotros *otorgamos* al hecho.[16] Por el contrario, Welzel sostuvo que el significado de los hechos procede de la forma de ser de los hechos. Admitía que una misma cosa

14. Cfr. Cardenal Montraveta, n. 13, p. 335 y ss.

15. Cfr. Mir Puig, n. 7, 218 y ss.

16. Ello se fundamentaba por los neokantianos como una extensión al mundo de la cultura del planteamiento kantiano según el cual el conocimiento es el producto de aplicar a la *materia* representada por la experiencia las *formas a priori* de espacio y tiempo y de las categorías del entendimiento humano. Para los neokantianos los hechos culturales supondrían la aplicación de formas *a priori* específicas configuradoras del significado cultural, como los valores, que serían aportados, por tanto, por nuestra mente. Ciertamente, esto suponía una subjetivización importante del planteamiento kantiano, en el sentido de que ya no dependería sólo de la subjetividad relativa propia de la estructura de la razón pura, idéntica en todo ser humano, sino que variaría según los individuos, como los valores varían según los individuos. Contra esta subjetivización de la epistemología kantiana – no contra ésta – se dirigió la crítica de Welzel. Cfr. *in extenso* Mir Puig, n. 7, p. 226 y ss. Contra este subjetivismo idealista, que en Derecho público propició planteamientos como el de Carl Schmitt, que sirvieron de base al nacionalsocialismo, cfr. Estévez Araujo. *La crisis del Estado de Derecho liberal:* Schmitt en Weimar, 1989, p. 110 y s.

pueda ser contemplada en más de uno de sus aspectos posibles: por ejemplo, el hombre puede ser estudiado en su naturaleza biológica, cosa que hace la medicina, y también en su naturaleza racional, cosa que hace la psicología, pero si ello es posible es porque el hombre tiene en sí mismo ambos aspectos. Del mismo modo, la acción humana puede considerarse desde el punto de vista causal-naturalístico, que es lo que hacemos cuando nos importan los movimientos musculares, pero ha de tomarse en su dimensión de finalidad cuando tratamos de descubrir su específico significado humano, porque éste no depende de nosotros, sino de dicha finalidad.[17] También a Welzel le interesa, pues, el significado de la acción, pero, a diferencia de los neokantianos, cree que dicho significado no se lo atribuimos, sino que pertenece a la propia naturaleza de la acción: a la propia "naturaleza de la cosa", en el sentido de que constituye su "estructura lógico-objetiva".

Como es sabido, para Welzel la finalidad de la acción, como estructura lógico-objetiva de este concepto, debe ser respetada tanto por el legislador como por la ciencia jurídica. Del mismo modo, también la capacidad del ser humano de auto-determinarse conforme a sentido, que Welzel entiende como "poder actuar de otro modo", sería para este autor otra estructura ontológica que ni el legislador ni la ciencia jurídica pueden desconocer. El Derecho positivo y la teoría del delito debían partir de estas estructuras, que se les impondrían como límites objetivos infranqueables.

6. Del ontologismo al normativismo de Roxin

El *normativismo* que Roxin opuso al finalismo, desvinculó el fundamento de la dogmática de exigencias ontológicas, para basarla en decisiones político-criminales –como la atribución a las penas y medidas de seguridad de una función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos –, que no se imponen al legislador, sino que éste elige de entre otras posibles opciones. El punto de vista *normativo* presupondría, pues, libertad de elección, frente a la sujeción a estructuras lógico-objetivas de que partía el *ontologismo* de Welzel.

17. Cfr. Welzel. *Strafrecht und Philosophie*, p. 28 y ss.

La limitación ontológica que postuló el finalismo había encontrado un ambiente favorable en la postguerra alemana, cuando se sintió la necesidad de buscar límites al poder que impidiesen la repetición de excesos abominables como los del III Rèich. Hubo entonces en Alemania un cierto renacimiento del derecho natural, como límite clásico al derecho positivo, y el ontologismo de Welzel buscó también en la naturaleza de la cosa límites a la libertad de decisión del legislador.[18] Esta voluntad de fijar límites al poder es encomiable, y a mi juicio irrenunciable, pero el ontologismo no era la vía adecuada.

Por de pronto, las dos estructuras ontológicas sobre las que Welzel asentó la teoría del delito, la acción final (como base del injusto) y el poder actuar de otro modo (como base de la culpabilidad), tienen una capacidad de limitar al legislador bastante reducida. No sirven para decidir lo más importante: qué acciones finales culpables pueden castigarse como delictivas y cuáles no, ni qué criterio ha de orientar la clase y cantidad de pena que debe imponerse en cada caso. Su poder de limitación es muy inferior al que tiene el conjunto de principios político-criminales generalmente admitidos en la actualidad: desde el principio de legalidad, con sus diferentes exigencias, hasta el principio de resocialización, pasando por los principios de subsidiariedad o intervención mínima, de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídico-penales, de humanidad, de culpabilidad en sentido amplio y de proporcionalidad – aparte de los fundamentales principios garantistas del proceso penal.

7. Del esencialismo a la filosofía del lenguaje

Por otra parte, el enfoque ontologista del finalismo es cuestionable a la luz de la evolución de la filosofía actual. Tanto las corrientes hermenéuticas como las

18. El libro de Welzel que en España se tituló *Introducción a la filosofía del derecho*. 2. ed., 1971 (traducción de González Vicén), tuvo como subtítulo lo que en la edición alemana original era su título: *Derecho natural y Justicia material* (Naturrecht und materielle Gerechtigkeit). Welzel no aceptó en él el derecho natural clásico, pero sí compartió con éste, como objetivo central de la obra, la búsqueda de límites en la naturaleza del ser.

analíticas han abandonado la pretensión de captar *esencias* propia del ontologismo. De una u otra forma, se reconoce que nuestra aproximación al mundo está fundamentalmente mediada por el lenguaje que utilizamos para referirnos a él. Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino nuestro modo de ver las cosas. Al dar nombre a una cosa elegimos qué parte de la realidad cabrá dentro de ese nombre. Ni siquiera la realidad física decide antes del lenguaje dónde empieza una cosa y dónde comienza otra: la naturaleza no está dividida en las cosas que nosotros distinguimos mediante palabras.[19] Y el alcance y sentido de las palabras no nos viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional. En el mundo de la cultura, el que hemos construido los seres humanos, todavía es mayor la libertad creadora de las palabras, porque los elementos culturales son creaciones colectivas consensuadas mediante palabras – por cierto, el lenguaje es a su vez la creación cultural básica, paradigma de todas las demás.

8. Balance provisional

Ni el naturalismo causalista, ni el ontologismo finalista resultan suficientes. La perspectiva naturalística no es adecuada al derecho ni a los hechos que éste debe regular, en los que – como señalaron los neokantianos – importa su significado cultural, referido a valores o, como hoy suele decirse, normativo. El ontologismo finalista parte de un objetivismo esencialista que desconoce que los conceptos que tenemos no son puros reflejos necesarios de la realidad, sino construcciones humanas basadas en un consenso social contingente. No basta para ello la intención de cada sujeto. Junto a lo fáctico hay que reconocer el papel decisivo de lo normativo, y lo fáctico tampoco se

19. Esto no significa que la realidad física no exista tal como es con independencia de las palabras que utilizamos para describirla. Lo más razonable es pensar que existe y que su existencia es independiente de nuestros lenguajes. Lo que sí es creación del hombre es la asignación de nombres a las cosas y lo que esto presupone, a saber, la división de la realidad en cosas que corresponden a conceptos designados con palabras.

agota en lo naturalístico-causal, ni en su dimensión subjetiva. Pero no cabe negar tampoco la necesidad de una base empírica en los hechos relevantes para el derecho penal ni la necesidad de respetar los condicionamientos de la realidad para que los principios normativos del derecho penal puedan influir adecuadamente en la realidad.

9. Lo fáctico y lo normativo, hechos naturalísticos y hechos sociales

He llegado a estas conclusiones a partir del uso que suele darse por los penalistas a términos como *naturalístico*, *ontológico*, *valorativo*, *normativo*, y a un uso intuitivo del concepto de realidad y de lo *fáctico*. Sin embargo, tales usos plantean algunas ambigüedades y problemas de delimitación conceptual. Especialmente problemática puede resultar la contraposición entre lo *fáctico* y lo *normativo*, si lo fáctico no se entiende limitado a lo naturalístico, sino que se extiende a lo social, puesto que buena parte de los hechos sociales se definen en términos normativos. Por otra parte, queda por dilucidar la cuestión fundamental de qué relación existe entre los hechos de la naturaleza y los hechos sociales, entre lo naturalístico y lo normativo. De ello depende a su vez hasta qué punto es correcto considerar lo normativo con independencia de lo empírico y cómo puede la realidad condicionar lo normativo. Para aclarar estas cuestiones me parece útil recurrir a continuación al análisis de la realidad social que ha efectuado el importante filósofo John R. Searle.[20]

20. Cfr. Searle. *La construcción de la realidad social*. Presentación y traducción de A. Domènech, 1997. El título de esta obra viene a ser una réplica a la del conocido libro de Peter L. Berger. y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*. 4. ed., 1976, en el cual estos sociólogos sostienen que *toda* la realidad es una construcción social. Frente a esto, la tesis de Searle es que la realidad del mundo natural, la de los "hechos brutos", existe con independencia de nosotros, a diferencia de lo que ocurre con la realidad social, que sí hemos construido los seres humanos: no todo es construcción social. Coincido con esta apreciación. Al partir de la propuesta de Searle quiero destacar que, en nuestra terminología, no todo es "normativo" y que lo "normativo" está conectado siempre a alguna realidad natural.

10. La realidad social es una parte de la realidad empírica construida por la asignación de funciones (Searle)

Searle propone una explicación de la realidad social que parta de su conexión con el mundo "físico" y al mismo tiempo la distinga de éste. Empieza por enmarcar la realidad social en una ontología fundamental que arranca de dos teorías sobre las que existe consenso en la ciencia actual, la teoría atómica de la materia y la teoría de la evolución biológica. En palabras de Searle: "...vivimos en un mundo compuesto enteramente por partículas físicas en campos de fuerza. Algunas de ellas están organizadas en sistemas. Algunos de estos sistemas son sistemas vivos, y algunos de esos sistemas vivos han adquirido evolucionariamente consciencia. Con la consciencia viene la intencionalidad, la capacidad del organismo para representarse objetos y estados de cosas mundanos. La cuestión es ahora: ¿cómo podemos dar cuenta de la existencia de hechos sociales dentro de esta ontología?"[21]

La realidad social se construye a partir de la intencionalidad de la conciencia y mediante tres elementos básicos: la asignación de una función a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas.[22] Tales elementos permitirán explicar el origen y el sentido de una clase de hechos sociales que caracterizan las culturas humanas: los *hechos institucionales*. Lo curioso de estos hechos es que, siendo "porciones del mundo real, hechos objetivos en el mundo (...), sólo son hechos merced al acuerdo humano."[23] Que el papel que tengo en la mano es un billete de 20 euros es un hecho institucional, en el cual lo específico no es la realidad física del papel, sino que sirva para pagar algo. Este hecho institucional presupone una institución, el dinero, que supone la atribución de una función de pago a de-

21. Cfr. Searle, n. 20, p. 26 y s. En nota explica que usa el término "intencionalidad" en un sentido más amplio que el de finalidad, abarcando todo estado mental referido o dirigido a algo, lo que incluye a creencias y deseos, "porque para tener una creencia o un deseo tenemos que creer que tal o tal cosa es el caso o desear que tal o tal cosa lo sea (...) Pretender, por ejemplo, ir al cine es sólo un tipo de intencionalidad entre otros".

22. Cfr. Searle, n. 20, p. 32 y ss.

23. Cfr. Searle, n. 20, p. 21.

terminados objetos físicos. Tal asignación de función ha de ser colectiva, no sólo individual, y está condicionada a que se cumplan ciertas reglas. Algunos objetos que construimos, como un destornillador o una bañera, también tienen asignada una función colectiva, pero pueden cumplirla gracias a sus características físicas. Son construcciones sociales pero no institucionales. Los hechos institucionales suponen la asignación colectiva de una función que no puede ser cumplida por las solas características físicas de un objeto, sino sólo por una atribución colectiva de una *función de status* (como la función propia del *status* de dinero, que concede un derecho a quien lo tiene; pero también como la función simbólica de significar que atribuimos a las palabras, que es necesaria para las demás asignaciones de funciones).[24] Esta atribución de función de *status* tiene lugar mediante *reglas constitutivas*, que a diferencia de las *reglas regulativas*[25] tiene la curiosa virtualidad de *crear* una realidad distinta a la física.

¿Cuál es la relación que existe entre los hechos institucionales y el resto de los hechos del mundo? Para Searle, existe una "línea continua que va de las moléculas y las montañas hasta los destornilladores, las palancas y los atardeceres bellos, para llegar, luego, hasta las legislaciones, el dinero y los Estados-nación. El trecho central en el puente que va de la física a la sociedad está constituido por la intencionalidad colectiva, y el movimiento decisivo, en el tránsito de creación de realidad social a lo largo de este puente, es la imposición intencional colectiva de funciones a entidades que no pueden cumplir la función sin esa imposición. El movimiento radical que nos lleva de hechos sociales simples, como que estamos sentados juntos en una banqueta o inmersos en un combate de boxeo,

24. Cfr. Searle, n. 20, p. 58 y ss. En la p. 126 de esta obra cit. Searle aclara que "...el uso de la noción de función no significa aquí aceptación por mi parte de ningún tipo de "análisis funcional" o de "explicaciones funcionales" en la investigación sociológica. Las funciones que estoy discutiendo están internamente relacionadas con el *status* correspondiente, de modo que, en general, el enunciado del *status* implica trivialmente la función correspondiente. Decir que algo es dinero implica, por definición, que, entre otras cosas, funciona como medio de intercambio, es decir, como dinero".

25. Cfr. Searle, n. 20, p. 45.

hasta hechos institucionales, como el dinero, la propiedad y el matrimonio, es la imposición colectiva de función a entidades que – a diferencia de las palancas, las banquetas y los automóviles – no pueden cumplir las funciones merced a su mera estructura física".[26] Cabe distinguir, pues, tres escalones básicos: hechos físicos no sociales, hechos sociales simples y hechos institucionales. Todos los hechos institucionales son hechos sociales y todos los hechos sociales tienen alguna base física, pero no al revés. Los hechos físicos son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de tales hechos y los hechos institucionales son una clase de hechos sociales. Searle llama *hechos brutos* a los hechos físicos no mentales ni sociales. Pero, como todo hecho institucional tiene alguna base física, aquélla a la que se asigna la función de *status* de que se trate (por ejemplo, el papel en el billete de 20 euros), "no hay hechos institucionales sin hechos brutos".[27]

De este planteamiento me interesa destacar lo siguiente: *1)* Todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requiere alguna base física. En la terminología que solemos usar los penalistas: no hay nada puramente normativo. *2)* Todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que les atribuyen su sentido específico. *3)* Las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como *reglas constitutivas* de otros hechos institucionales, como la asignación del *status* de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como *reglas regulativas* que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos. *4)* Los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos.

26. Cfr. Searle, n. 20, p. 58.

27. Cfr. Searle, n. 20, p. 72. En la p. 132 expone un cuadro global de las relaciones jerárquicas entre los distintos tipos de hechos, que explica resumidamente en las páginas siguientes.

11. Función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho

La combinación de elementos físicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la *función del derecho*. Si todo hecho institucional se construye por la asignación de una función, el sentido del derecho dependerá en primer lugar de la función que le atribuyamos. Aquí partimos de que el derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos. También el derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esta función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado. En un Estado social y democrático de derecho como el que consagra la Constitución española y que, con uno u otro nombre y distintos matices de importancia, es predominante en los países occidentales, corresponde al derecho penal una función de *prevención limitada* de delitos,[28] entendidos éstos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos.

12. El Derecho penal democrático como sistema normativo al servicio de los ciudadanos y no sólo de su propio mantenimiento normativo

Esto presupone que asignamos al derecho penal la función de *influir en la realidad existente más allá del propio derecho penal y de sus normas*. Presupone que no entendemos el derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de Luhmann y Jakobs,[29] sino como

28. Cfr. Mir Puig. *Derecho penal.* Parte general. 7. ed., 2004, p. 103-105.

29. Cfr., p. ej., Jakobs, n. 5, p. 18, 25, 28. Aquí añade Jakobs la función de mantenimiento del sistema social general, concebido también como sistema constituido por normas y que depende del mantenimiento (simbólico) de estas normas (no de su eficacia empírica). Se trata de una fundamentación que, como todo funcionalismo, apunta al aspecto colectivo de orden social, a diferencia de la que se propone en el texto, basada en las necesidades de los seres humanos como individuos. Carece de todo referente material que proteja al individuo del poder y encierra, en

un sistema al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biológicos representados por los individuos.[30] Siendo así, tampoco me parece suficiente reconocer esta conexión pero considerarla ajena al específico objeto de estudio de la teoría jurídica, limitando dicho objeto a los aspectos internos del sistema normativo jurídico.[31]

Basar la teoría jurídica en el reconocimiento de que el derecho ha de servir al ciudadano me parece obligado para una *concepción democrática del derecho*. Es evidente que ello supone renunciar a una teoría jurídico-penal válida para cualquier contexto político. No ha habido nunca ningún sistema jurídico-penal que no haya estado al servicio de algún sistema político. Merece la pena reducir el alcance de nuestro análisis al derecho penal adecuado a nuestra actual cultura política, puesto que ello permite concretar los principios que han de inspirar su contenido. También permite evitar la impresión que puede dar una concepción apolítica, *estrictamente jurídica*, de que la legitimación del derecho es independiente de su orientación concreta y procede de sí mismo.

13. Las normas jurídicas están condicionadas por valoraciones previas

Antes de desarrollar el planteamiento propuesto, quiero llamar la atención en qué papel juega en él lo *normativo*. Tal planteamiento no es, desde luego, me-

cambio, una tendencia autoritaria a primar el valor de lo colectivo por encima del de los individuos. Señala esta tendencia Alcácer, n. 5, p. 240, 245, 255.

30. Aunque los sistemas sociales puedan distinguirse de los sistemas biológicos representados por los seres humanos, no hay que olvidar, sino enfatizar, que, como dice Maturana, "es constitutivo de los sistemas sociales que los componentes que los realizan sean sistemas vivientes", que "un sistema social compuesto de seres humanos es un sistema social humano", y que "un sistema social humano es definido como tal por la aceptación mutua de sus componentes en su condición de seres humanos": cfr. Maturana. *La objetividad.* Un argumento para obligar, 1997, p. 87.

31. Sobre el carácter estrictamente positivista de la metodología jurídica de Luhmann y Jakobs, que excluyen de la dogmática jurídica valoraciones político-jurídicas no derivadas de la ley y, por tanto, también la cuestión de la legitimación del Derecho, críticamente, cfr. Alcácer, n. 5, p. 251 y ss. También Suárez/Cancio. *Estudio preliminar a Jakobs.* La imputación objetiva en Derecho penal, Madrid, 1996, p. 78 y ss., y Peñaranda/Suárez/Cancio. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. *Jakobs, Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 26 y ss.

ramente descriptivo, sino que implica un conjunto de valoraciones que parten de una valoración fundamental (que el derecho ha de servir a los seres humanos). Ello supone admitir que el sistema normativo jurídico ha de entenderse condicionado por consideraciones valorativas (y, por tanto, también normativas) que el legislador se encuentra y de las que no puede disponer. Estamos distinguiendo dos niveles de normatividad, una representada por valoraciones culturales no jurídicas, y otra por las normas jurídico-positivas. El primer nivel de normatividad limita las posibilidades normativas del segundo nivel. Si la reivindicación de lo normativo tuvo frente al ontologismo de Welzel el sentido de reclamar para el derecho y la dogmática jurídica desvinculación de lo fáctico y en este sentido libertad de decisión en función de valoraciones, aquí defendemos una limitación de la libertad normativa del derecho positivo exigiendo su subordinación a valoraciones culturales fundamentales (también normativas) que condicionen la legitimidad y alcance de las decisiones del legislador. Lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural. Ahora bien, si nuestra cultura pone al ser humano en la base y en el centro de sus valoraciones, éstas otorgarán valor normativo fundamental a la realidad del ser humano. Lo normativo estará también condicionado por lo real.

14. Las necesidades de los seres humanos, origen y objetivo de las normas jurídicas

En un Estado democrático el sistema normativo del derecho ha de estar, pues, al servicio de algo distinto a sí mismo como son los sistemas psíquico-físicos en que los seres humanos consisten.[32] Como acabamos de indicar, este postulado

32. Quiero dejar claro que no me refiero aquí al concepto de "persona" que utiliza Jakobs, n. 5, p. 50 y s. Mientras que, según Jakobs, el carácter de "persona" es atribuido y puede ser negado al individuo o a ciertos individuos por la sociedad, la realidad física del ser humano no depende del reconocimiento social, sino de su mera existencia. La relativización y debilitamiento de los derechos humanos que supone la concepción de Jakobs se ha hecho patente en su formulación del "Derecho penal del enemigo", que supondría la consideración del delincuente enemigo como "no-persona" y su tratamiento fuera de la lógica del derecho

es deóntico, de deber ser, y como tal no se deduce lógicamente del ser de los hombres. No es descriptivo, sino prescriptivo. No es ontológico, sino normativo. Sin embargo, la valoración que supone *parte de* las necesidades biológicas y psicológicas de los seres humanos como hechos reales no normativos, y exige la incidencia en dicho sector de la realidad. Si los seres humanos no fuésemos como somos, si no tuviéramos las necesidades vitales, emocionales y afectivas que tenemos, si fuéramos insensibles al dolor y nos resultara indiferente vivir o morir, tendríamos otro orden de valores, o no tendríamos ninguno. Por otra parte, la realización del postulado normativo de que el derecho penal proteja a los seres humanos requiere que el sistema jurídico tenga efectos fuera de sí mismo, que sea eficaz en la protección de intereses de la vida. Lo normativo ha de relacionarse con lo fáctico, no en una relación lógica, sino causal: nuestro ser real es causa de nuestros valores y en él han de desplegar su efecto nuestras normas.

Esto no significa que nuestra cultura sea la única posible habida cuenta de nuestra naturaleza, cosa evidentemente contradicha por la existencia de distintas culturas y diferentes momentos en las mismas, pero sí que las características de nuestra especie señalan un marco dentro del cual pueden manifestarse diferentes variedades culturales. Ocurre como en el lenguaje: todo ser humano tiene en principio capacidad para el lenguaje, aunque en cada lugar y tiempo esa capacidad se concrete en forma de diferentes lenguajes – que de todos modos tienen unas estructuras básicas comunes. También sucede en la moral. Han existido y existen diferentes morales, pero todas ellas se basan en una capacidad del ser humano para sentir empatía por los demás, conciencia de actuar bien o mal, remordimiento por hacer lo que consideramos mal, sensibilidad ante el reproche social, etc.

y dentro de la de la guerra: cfr. Jakobs. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario). In: Eser/Hassemer/Burkhardt. Trad. española de Teresa Manso. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 60 y s. Apenas es concebible mayor desprecio de la dignidad humana que merece todo individuo de nuestra especie que negarle su condición de persona.

15. Interacción de los sistemas normativos y los sistemas psico-físicos

Que el derecho sea un sistema normativo no implica que sólo importen sus elementos normativos ni que su función se agote en su propia subsistencia. Es cierto que todo sistema tiene determinadas exigencias internas que condicionan su mantenimiento. Requiere un determinado grado de *organización* que impida su disolución y confusión con su ambiente. Pero, aunque ello suponga que los sistemas sean de algún modo *autopoyéticos*, no excluye la interacción de sistemas distintos. Al contrario, tal interacción suele ser necesaria para la *adaptación* de los sistemas al medio (todo sistema necesita, para su subsistencia, tanto de cierta resistencia al medio a través de su organización, como de determinado grado de adaptación al mismo).[33] Una de las formas posibles de interacción entre sistemas es la de subordinación de uno a otro. Del mismo modo que un elemento de un sistema es o no funcional respecto a la estructura del mismo, un sistema puede ser funcional o no respecto a otro u otros sistemas. Los sistemas relacionados pueden poseer naturalezas afines, como los distintos sistemas (el sanguíneo, el respiratorio, el linfático, el hormonal, etc.) que son parte de sistemas biológicos más complejos, pero también pueden tener una naturaleza completamente distinta. Este es el caso de dos sistemas que rigen nuestra vida cerebral: el sistema límbico, responsable de nuestras emociones, y el sistema racional, ubicado en el lóbulo prefrontal; aunque ambos tienen una base biológica neuronal, el sistema racional produce el pensamiento simbólico, que tiene una lógica propia no reconducible a la biológica ni a la de las emociones. Por lo demás, los sistemas exteriores al ser humano (inorgánicos, biológicos o simbólicos) interactúan con nuestro organismo, tanto en sus sistemas biológicos como en su sistema racional. Nada impide que un sistema normativo esté al servicio de un sistema psico-físico como el hombre. De hecho, dentro del hombre el sistema racional es funcional para el mantenimiento

33. Cfr., p. ej., Maturana, n. 30, p. 51.

del sistema biológico global. Incluso podríamos ver en esta relación entre estos dos sistemas humanos –el racional y el biológico– un paralelismo no fortuito entre la constante relación de lo normativo y lo fáctico en las sociedades humanas.

16. Los bienes jurídico-penales como concreción de intereses reales de los ciudadanos

Extraigamos algunas consecuencias. Si el derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad – como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etc –, ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales – como la administración de justicia u otras instituciones estatales. Los *bienes jurídico-penales* han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho.

17. El principio de proporcionalidad como ponderación de los intereses protegidos y afectados por la intervención penal

La grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad ha de estar sujeta al mismo principio que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado: el *principio constitucional de proporcionalidad*. Según éste, tales intervenciones estatales requieren tres condiciones: *1)* Necesidad de la afectación; *2)* Idoneidad de la misma para conseguir su objetivo; *3)* Proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene. En derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La

necesidad y la *idoneidad* de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una *proporcionalidad en sentido estricto* debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito – con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad. Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado.

18. Bienes jurídico-penales como espacios de libertad, frente a normas jurídicas como limitación de la libertad

Situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del derecho penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos proporcionada al sacrificio de derechos fundamentales del reo, es enfatizar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas. Los bienes jurídico-penales más indiscutibles han sido reconocidos como *derechos humanos* por las declaraciones internacionales, y como estos derechos humanos representan intereses del individuo frente al Estado. Por el contrario, prescindir de esta referencia individual y poner en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del derecho penal, subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestación del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas en el objeto último de protección

por parte del derecho penal supone considerarlas valiosas en sí mismas, esto es, supone considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática. Las normas jurídicas no son un fin en sí mismo, sino un mal necesario al que sólo es lícito acudir cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos. Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación.[34]

19. Lo normativo y lo fáctico en la teoría del delito

La relación entre lo normativo y lo fáctico ha de tener consecuencias no sólo en la determinación de la función del derecho penal, sino también en todos los *elementos del delito*. La función de prevención (que en sí misma exige eficacia empírica en la evitación de daños reales) ha de estar limitada por los principios que garantizan el respeto que hoy consideramos debido al individuo en atención a su realidad psico-física: a su capacidad para sentir dolor, a su necesidad de seguridad, a su sentido de justicia y responsabilidad, a su necesidad de integración social. Son rasgos como éstos, propios de nuestra naturaleza humana aunque mediados por la cultura, el fundamento último (repito: no lógico, sino genético) de los principios que están en la base de la teoría del delito: el principio de legalidad, el principio de

34. Ver Mir Puig. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. In: Díez Ripollés y otros (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo.* Libro-Homenaje a Cerezo Mir, 2002, p. 78, y en http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf, p. 6 y s., donde señalo que las normas apuntan a *deberes*, mientras que los bienes jurídicos apuntan al aspecto de los *derechos*. Las declaraciones internacionales de derechos, como las de las constituciones, tienen una finalidad limitadora del poder que no transmitirían declaraciones de deberes. Entender el delito como infracción de una norma es entenderlo como *infracción de un deber*, que fue la esencia que en la época nacionalsocialista se reclamó para el delito en sustitución de la concepción de éste como *lesión de un bien jurídico*. En esta contraposición, la infracción de un deber (que es en lo que consiste la infracción de una norma) se presenta frente a la lesión de un bien jurídico como la opción autoritaria frente a la opción liberal. Pero para que ello sea correcto, hay que vincular los bienes jurídicos a intereses de los ciudadanos, ya sea como bienes individuales o como bienes colectivos cuyo sentido último sea también servir al ciudadano.

lesividad, el principio de culpabilidad en sentido amplio, el principio de necesidad de pena. Por otra parte, la realización de estos principios exige en el hecho punible elementos fácticos y elementos normativos.

Mi tesis es que ello ocurre con carácter general a lo largo de toda la teoría del delito. Ésta no es descripción de realidades naturalísticas ni se deriva de estructuras ontológicas, pero tampoco es pura creación normativa, sino que es un conjunto de exigencias derivadas de principios normativos cuya realización requiere tener en cuenta las posibilidades que ofrece la realidad.

20. Conclusiones finales

1) Toda realidad, incluida la realidad social, tiene alguna componente natural. Los hechos físicos (o brutos) son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de hechos físicos. Una clase de hechos sociales son los hechos institucionales, definidos por lo normativo. Los hechos institucionales se construyen por los seres humanos, organismos biológicos inteligentes que forman parte de la realidad natural, asignando colectivamente y normativamente funciones a los hechos brutos para que incidan en la realidad natural y social. Lo natural y lo normativo interactúan recíprocamente.

2) El derecho es una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos. Desde una perspectiva democrática la función del derecho penal ha de ser proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Los bienes jurídico-penales han de ser entendidos como concreción de aquellos intereses, ya sean individuales, como los derechos humanos básicos, ya sean colectivos o mediados por instituciones. En términos sistémicos, ello supone poner el sistema normativo del derecho penal al servicio de algo distinto a sí mismo, al servicio de los sistemas pisco-físicos en que consisten los seres humanos y de las instituciones que respondan a sus necesidades.

3) El delito tampoco es *sólo* una construcción jurídico-normativa, sino un hecho del mundo empírico físico y social al que el derecho asigna un significado

valorativo específico. Hay en el delito una mezcla de componentes fácticas (brutas e institucionales) y de valoraciones jurídicas normativas. Esta combinación de lo fáctico y lo normativo se da en todos los elementos del delito: en el tipo objetivo y en el subjetivo, en la ausencia de causas de justificación y en los presupuestos de la imputación personal. Dos son los presupuestos básicos que importan al respecto: Un hecho efectivamente dañoso y/o peligroso para bienes jurídico-penales no necesario para salvaguardar otro u otros bienes jurídicos (exigido por el principio de lesividad), y las condiciones situacionales y mentales que permiten la imputación de dicho hecho a una persona (exigidas por el principio de culpabilidad).

4) En la construcción teórica del derecho penal no importa sólo lo normativo jurídico-positivo, sino también valoraciones culturales metajurídicas, y no sólo la perspectiva normativa, sino también la fáctica. Aunque – como señalaron los neokantianos – toda teoría del derecho penal está referida a valores y supone también tomas de posición normativas, debe encontrar una base objetiva en la realidad empírica y social que, por una parte, facilite la discusión intersubjetiva de su valoración y, por otra parte, abra las puertas a una adecuada incidencia del derecho penal en la realidad. Nos aproximaremos así mejor a los dos viejos ideales de von Liszt: dotar de objetividad científica a la dogmática jurídico-penal y poner el derecho penal al servicio de la vida – sabiendo ahora, sin embargo, que la objetividad de la ciencia jurídica es sólo relativa y que la vida que importa al derecho es en parte dada al hombre y en parte construida (colectivamente) por él.

Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual

Sérgio Salomão Shecaira
Professor Associado de Direito Penal da USP.
Ex-presidente do IBCCRIM.

Sumário: 1. Noção e origem – 2. Aspectos dogmáticos – 3. Globalização, pós-modernidade e direito penal: notas conclusivas.

Resumo: O artigo retrata o momento em que o direito penal vive: a complexa situação de contínua expansão. Isso se dá em várias esferas e não é diferente quando se examina o papel que o dolo eventual representa nesse processo. O instituto do dolo eventual é examinado desde suas origens, de tal sorte a permitir compreender que seu nascimento já significou um momento de expansão do direito penal no período medieval. Embora a expansão seja uma realidade, não há embasamento técnico que sustente tal visão no âmbito do direito penal.

Abstract: The article discusses the present moment in penal law: the complex situation of ongoing expansion. This is due to several spheres and it is not different from when one examines the role that malice in law represents in this process. The malice in law has been examined since its origins, in such a way as to understand that its birth has already meant a specific expansion of the penal law in medieval period. Although the expansion is a reality, there is no technical basis that supports such view in penal law.

Palavras-chave: Expansão do direito – Dolo eventual – História do dolo eventual.

Key words: Law Expansion – Malice in law – History of malice in law.

1. Noção e origem

Antes de estudarmos a teoria do dolo eventual e sua relevância para os crimes de trânsito, sob a forma que ela tomou nos nossos dias, na doutrina e na jurisprudência, parece-nos interessante pesquisar como ela se constituiu; fazer, em uma palavra, um percurso histórico desta teoria. É útil ver de perto suas origens e posterior evolução nas diferentes épocas, para compreender as objeções que a ela se faz nos nossos dias.

As primeiras noções do dolo eventual se encontram no direito canônico, sendo transportada aos antigos direitos austríaco e alemão.

Para o direito canônico não era importante a pena com a qual se puniam os fatos ilícitos, mas sim os motivos que levaram estes legisladores eclesiásticos ao cometimento do ilícito. O traço distintivo era punir não apenas fatos criminosos por si mesmos, mas ainda fatos criminosos sob o estrito ponto de vista teológico, tais como a indignidade dos padres. Era um sistema que ia mesmo mais longe, procurando as intenções, os motivos íntimos e secretos das infrações, examinando de perto as circunstâncias nas quais essas infrações eram cometidas e punindo – mais ou menos – essas infrações, dependendo se achasse os motivos mais ou menos culpáveis. Em uma palavra, ele sondava os corações e rins dos autores dos delitos.[1]

O Bispo Gerardo de Cambrai (1012-1051) afirmava: "Ainda que a natureza gere todos os homens iguais (ou ainda que todos os homens nasçam iguais em direito), a falta (culpa) subordina-os uns aos outros conforme a ordem (ordo) variável dos méritos (há graus também no pecado); esta diversidade, que procede do vício, é estabelecida pelo juízo divino para que, uma vez que não pertence ao homem viver na igualdade, ela seja exigida diferentemente, a uns e outros".[2]

1. DUVAL, Raoul. *Du dol éventuel:* étude de droit comparé. Paris: V. Giard & E. Brièu, 1900, p. 14-15.

2. DUBY, Georges. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo.* Maria Helena Costa Dias (trad.). Lisboa: Editorial Stampa, 1982, p. 49.

Nota-se, aqui, que as pessoas nasciam iguais, mas era o pecado, que na época[3] confundia-se com o crime[4] que criava a desigualdade.

O direito canônico fazia a distinção efetiva entre os delitos culposos e dolosos, com penas distintas conforme o cometimento do crime.[5] No entanto, a existência do pecado estava necessariamente condicionada à existência de um ato teleológico.

A distinção entre o dolo direto e o indireto, ou eventual, tem suas origens remotas no trabalho de São Tomás de Aquino (1225-1275). Ele asseverava que "aquele que manda açoitar outrem, ainda que expressamente proíba que este seja morto, ou seja mutilado de algum membro, torna-se irregular, se o mandatário, excedendo os termos do mandato, mutilar ou assassinar aquele que deveria açoitar, se, no cumprimento do mandado, agir com culpa e supor que aquilo poderia acontecer". Este texto de lei é muito importante, por mostrar, por meio de um caso especial, o primeiro passo do dolo eventual no domínio da legislação.[6] Na realidade, São Tomás de Aquino retomava obras de seus predecessores, especialmente Bernard de Pavie, que afirmava que quando se comete um ato ilícito, mesmo sem ter sido querido, se é responsável por todas as seqüelas que comporta este ato. O fato é que, junto com outros, São Tomás fez da vontade o critério da culpabilidade humana, afirmando que todo efeito será querido desde que tenha querido a causa.

3. Divide-se, correntemente, a história do direito canônico em quatro períodos: o período do *ius vetus* (do início até o Decreto de Graciano, em 1140), o período do *ius novum* (de 1140 ao Concílio de Trento, em 1564), o período do *ius novissimum* (de 1564 ao primeiro *Codex Iuris Canonici*, de 1918) e o período posterior a 1918. Entretanto, com o atual *Codex*, cuja vigência inicia-se me 1983, abre-se uma nova fase do direito canônico. In: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Coimbra, Almedina, 1989, p. 242.

4. SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA Jr. Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 196-197.

5. As regras penais que estamos mencionando estavam inseridas nos livros de penitência (Bussbücher). Algumas vezes, mesmo, estes livros puniam estes fatos com a mesma pena aplicada aos fatos de ordem puramente religiosa. É por isso que as sentenças do Concílio de Ancyre (ano 314) puniam, com a privação da comunhão por toda sua vida, o assassino, enquanto que aquele que cometia um homicídio por imprudência, só era privado da comunhão por 7 anos. Op. cit., p. 16.

6. DUVAL, Raoul. Op. cit., p. 16.

O fundamento do dolo é a existência da razão,[7] associada ao querer. Disto se segue naturalmente que, se a causa tiver sido diretamente e indiretamente querida, o efeito também o terá sido.[8] Para justificar sua argumentação, São Tomás dá exemplos e, entre estes, encontram-se alguns que são precisamente casos de dolo eventual, tais como se concebe nos dias atuais; tal é o indivíduo que se mantém na ignorância da lei, prevendo, no entanto, que ele poderia violá-la; ou aquele que bebe vinho imoderadamente, sabendo que ele corre o risco de não ser mais senhor de si mesmo e prevendo, assim, alguma infelicidade.[9]

Foi Covarrubias, canônico espanhol, quem pela primeira vez distinguiu entre homicídio direto e o homicídio indiretamente querido.[10] Recorde-se que a idéia de consentimento, decisiva na noção de dolo eventual, já se delineava no final do século XVII com Agustín Leyser, que logrou demonstrar a existência, na conduta externa, de um *animus indirectus*.[11]

2. Aspectos dogmáticos

Após o estágio de evolução sob influência da doutrina canônica, os conhecimentos doutrinários são novamente trabalhados especialmente pela doutrina alemã, até as construções recentes, ainda em evolução. Já neste passo, é importante destacar que a doutrina do dolo eventual teve como premissa acrescentar um maior grau de punição, especialmente aos clérigos que, por não poderem pecar

7. São Tomas de Aquino está entre os que tentaram conciliar a filosofia de Aristóteles com o cristianismo. E o que se atribui a ele é o mérito de ter conseguido a grande síntese entre a fé e o conhecimento. São Tomás não acreditava existir um paradoxo inconciliável entre a filosofia – ou a razão – e a revelação ou a fé cristã. A capacidade de explicar racionalmente a existência de Deus constitui seu principal mérito.

8. DUVAL, Raoul. Op. cit., p. 16.

9. Idem, ibidem.

10. Idem, ibidem; e também: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1956. t.V, p. 589; DELITALA, Giacomo. *Diritto penale.* Milão: Giuffrè, 1976, p. 438.

11. JIMÉNEZ DE ASÚA. Op. cit., p. 589.

culposamente, passaram a ser identificados como pecadores, sempre que suas posturas ultrapassassem a fronteira das modalidades mais graves de culpa (culpa consciente), para chegarem aos limites do dolo eventual (modalidade esta que guarda certa similitude com aquela).

A doutrina, hoje, de forma incisiva, diferencia o dolo eventual da culpa consciente. Na realidade, dentre as classes de dolo podemos citar outras classificações que contemplam, ao lado do dolo direto e do indireto (eventual), o dolo de conseqüências necessárias, também chamado de dolo de segundo grau.

Dolo é o conhecimento e a vontade do fato.[12] É direto o dolo em que o agente, consciente plenamente do fato que quer realizar, por sua vontade o realiza.

O dolo de conseqüências necessárias é aquele que, ainda que não se tenha vontade plena de atingir determinado objetivo ao realizar a conduta, tem-se como certa e irremediável a ocorrência de um resultado, inicialmente não pretendido. Atuar com dolo direto de segundo grau significa dizer que o resultado não é um fim da ação do sujeito; pode até se dizer que não quer o resultado; mas sabe que está vinculado necessariamente ao que perseguia de maneira direta.[13] Um exemplo, citado por Jiménez de Asúa, pode aclarar tal conduta. Um anarquista quer dar morte a um monarca detestável, que sempre viaja com seu secretário particular. Coloca uma bomba de grande calibre para matá-lo. Ela destrói o automóvel do monarca, matando-o e também ao secretário. A morte do motorista que dirige o veículo e do secretário, ainda que não queridas pelo anarquista, são necessárias para produção do resultado morte do monarca. Trata-se de um dolo de conseqüências necessárias.[14]

A terceira modalidade de dolo é a indireta ou eventual. Para nossa lei ocorre o dolo eventual quando o "agente assume o risco de produzir o resultado" (art. 18,

12. PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 58, jan./fev., 2006, p. 115.

13. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. *Nuevo pensamiento penal*, n. 1, jan./abr. Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 359.

14. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Princípios de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 366.

I, última figura do CP). A formulação teórica encontra interessante explicação no conhecido exemplo dos mendigos russos. Alguns mendigos mutilam aos seus próprios filhos para melhor excitar a comiseração das pessoas, obtendo, com isso, ganhos em função da caridade popular. No entanto, em determinado momento, em face da mutilação, acaba por morrer uma das crianças. Aqui não existe o dolo direto, pois os mendigos não se propõem a tirar a vida dos próprios filhos. Ao contrário, querem que as crianças continuem vivas, pois disso depende o ganho familiar. Também não há o dolo de conseqüências necessárias, pois não se representa a morte como unida necessariamente ao diretamente perseguido (isto é, a mutilação). Temos, aqui, a figura do dolo eventual.[15]

Podemos citar, basicamente, três teorias tradicionais sobre o tema. Pela *teoria da probabilidade*, devida a Sauer, existe dolo eventual quando ao agente se representa o resultado como *provável*. O autor atua consciente da possibilidade concreta da produção de um resultado, ou ainda, é consciente do perigo concreto para o bem jurídico em questão. Para Mayer, mentor da *teoria do sentimento*, diz-se que há dolo eventual quando o sujeito tem um sentimento de *indiferença* com o resultado que se apresenta ao autor. Para Frank, defensor da *teoria do consentimento*, haverá dolo eventual quando *ao agente se representa o resultado e ele o aceita*. Ou, em sua conhecida fórmula: "seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei". Avizinha-se o dolo eventual da culpa consciente. Naquele, o agente prevê o resultado e não se importa que venha a ocorrer. Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, não o aceita como possível.

Nossa lei, ao dizer "*assume o risco de produzir o resultado*", vinculando ao dolo eventual, parece adotar a teoria de probabilidade. Mas isso sempre dependerá de uma vontade, que é ínsita a todas as modalidades de dolo, o que causará muita equivocidade em nosso cotidiano.

Enrique Bacigalupo esclarece que a teoria com menos objeções é aquela que estima o dolo eventual quando o autor "toma seriamente em conta a possibilidade

15. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 360.

de lesão do bem jurídico, isto é, conta com ela e se conforma com a mesma".[16] Na esteira dessa idéia, que busca uma combinação de distintos princípios, podemos ver o pensamento de Claus Roxin, citando Schroeder: "o dolo eventual se dá *quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, o considera provável e o afronta com indiferença*".[17] Com igual projeção disserta Quintero Olivares ao dizer que o dolo eventual "constata uma consciência da possibilidade de um resultado como provável, em que pese tenha o autor atuado consentido-o ou sendo indiferente à produção de tal resultado".[18]

Importante pensamento sobre o dolo eventual, na discussão doutrinária espanhola, foi agregado com a decisão de 23.04.1992, da Corte Superior Espanhola, sobre o azeite de colza.[19] Refere-se tal decisão à comercialização do azeite de colza, procedente de uma empresa dedicada a azeites e gorduras industriais, que havia sido mesclado com gordura animal e outros azeites de sementes, coloridas com clorofila ou betacaroteno, assim como submetidas a um procedimento de refino tendente a eliminar a anilina. Tal produto foi introduzido no mercado de consumo, embora tal procedimento não fosse autorizado pelas autoridades sanitárias, o que produziu centenas de mortes de pessoas que ingeriram tal azeite. Considerou-se tal conduta geradora de um risco juridicamente desaprovado. Para a decisão obrou com dolo o autor que tinha conhecimento de dito perigo concreto, juridicamente desaprovado para os bens jurídicos. Sabendo do perigo existente e não obstante ter atuado da forma que fez, a decisão do autor em comercializar o azeite equivaleu à ratificação do resultado, para que se tivesse o reconhecimento do dolo eventual.[20]

16. BACIGALUPO, Enrique. *Princípios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Akal, 1994, p. 136-137.

17. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas, 1997, item 48.

18. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal*: parte general (acorde con el nuevo Código Penal de 1995). Barcelona: Cedecs, 1996, p. 292.

19. A colza é uma planta híbrida entre o nabo e a couve, de onde por ser extraído um azeite.

20. MAQUEDA ABREU, María Luisa. La relación dolo de peligro – dolo (eventual) de lesión. A propósito de la STS de 23.04.1992 sobre aceite de colza. *Anuário de Derecho penal y ciencias penales*, jan./abr., 1995, p. 422.

De forma alguma dissentindo dos pensamentos anteriores, a doutrina pátria, especialmente aquela que discorre sobre os crimes de trânsito tipificados na Lei 9.503/97, assentou que "a teoria da aceitação do risco, atualmente bastante acolhida, afirma que, para a configuração do dolo eventual, o agente, ao atuar, além de representar mentalmente a concreta possibilidade da realização do resultado, deve ter a consciência ou conhecimento da aceitação do risco de produzir o resultado lesivo.[21] Portanto, se o sujeito representa a possibilidade do resultado lesivo e confia em sua não-verificação, configurada estará a culpa consciente ou com previsão, e não o dolo eventual".[22]

Como se vê das idéias acima expendidas, fazendo convergir diferentes teorias explicativas acerca do dolo eventual, os dois elementos intrínsecos ao dolo são também encontráveis no dolo eventual. Assim, ainda que se tenha uma intenção e uma vontade indiretas não se pode prescindir dos elementos cognitivo e volitivo. *O dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo!* E como tal deve ser entendido. "O dolo eventual se integra assim pela *vontade* de realização concernente à ação típica (elemento volitivo do injusto da ação), pela *consideração séria do risco de produção do resultado* (fator intelectual do injusto da ação), e, em terceiro lugar, pelo *conformar-se com a produção do resultado típico* como fator da culpabilidade."[23] (grifo nosso).

Também a doutrina e a jurisprudência italianas, de forma quase unânime, vinculam a existência do dolo eventual à vontade do agente. Antonio Pagliaro afirma que "o dolo é indireto quando a vontade do agente não se dirige diretamente para o evento típico, mas o abraça como conseqüência necessária da conduta". E arremata: "o evento é querido, ainda que de um modo diverso de como é querido

21. A jurisprudência dos tribunais superiores, ao contrário do pensamento dominante na doutrina, admite tranqüilamente o dolo eventual em crimes de trânsito. Veja-se, a propósito: REsp 719.477/MG, rel. Min. Gilson Dipp, j. 04.08.2005, 5ª T. do STJ; REsp 249.604/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 24.09.2002, 5ª T. do STJ; REsp 225438/CE, j. 23.05.2000, 5ª T. do STJ.

22. PIRES, Ariosvaldo de Campos & SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 89.

23. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Granada: Comares, 1993, p. 270.

um evento diretamente intencional".[24] Fiandaca e Musco, autores da Universidade de Bolonha, têm igual pensamento: "A aceitação do risco se aproxima, em sede de valoração penalística, à verdadeira e própria volição do fato. E isto porque a aceitação do risco não se limita a uma aceitação do perigo enquanto tal, mas se traduz ao fim de uma aceitação do próprio evento lesivo que pode verificar-se; em outros termos, o sujeito, decidindo agir ao custo de provocar o evento, acaba consentindo com o próprio evento".[25] Concorde com tal pensamento a jurisprudência do Tribunal Superior Italiano para quem: "O dolo eventual não é uma ficção jurídica, mas corresponde a uma realidade psicológica que assimila do dolo direto ou intencional a vinculação de que, sendo representadas as possíveis e ulteriores conseqüências da própria ação criminosa, continua a agir a custo de provocá-lo, aceitando o risco e transferindo à razão da vontade que era só uma previsão". (Cass. pen., sez. I de 23.09.1980, n. 9699, Milão.)[26]

A teoria do dolo eventual deve manejar-se com sumo cuidado porque dela se diferencia a culpa consciente. A análise de seus elementos distintivos requer por parte do juiz um exame das representações e dos *motivos* que atuaram sobre a psique do sujeito, obrigando ao intérprete e aplicador da lei a investigação dos mais recônditos elementos da alma humana. "Do dolo eventual se distingue a culpa consciente, na qual o réu age com a certeza que o evento previsto como possível não se realizará. Desta situação não se pode imputar ao agente ter querido o resultado, mas tão somente de ter-se comportado com imprudência: daí sua responsabilidade por culpa e não por dolo."[27]

Embora o dolo eventual guarde certa similitude com a culpa consciente, há pontos de dessemelhança importantes. "Em ambos há a previsão do resultado antijurídico. Só que enquanto no dolo eventual o agente empresta anuência à

24. PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale.* 5. ed. Milão: Giuffrè, 1996, p. 276.

25. FIANDACA, Giovani & MUSCO, Enzo. *Diritto penale:* parte generale. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995, p. 323.

26. ABATE, Mario. *Il codice penale.* Piacenza: La tribuna, 1990, p. 331.

27. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale.* 30. ed. Milão: Giuffrè, 1994, p. 345.

realização do resultado, preferindo prosseguir na ação, embora se arriscando a produzi-lo, na culpa consciente o agente não aceita a realização do evento: repele mentalmente o resultado previsto, agindo na esperança ou na persuasão de que o evento não irá verificar-se. Na culpa consciente há uma previsão negativa. O evento não se verificará. No dolo eventual, uma previsão positiva: é possível que se verifique o evento."[28] Na culpa consciente o que ocorre é um erro de cálculo, decorrente de uma falsa representação. No dolo eventual a decisão de agir é permeada pela vontade; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível e provável, ainda que indiferente.

Nesse mesmo sentido a visão insuperável de Heleno Fragoso: "O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também a culpa consciente".[29]

Nélson Hungria, com a responsabilidade daquele que foi o principal responsável pelo Código Penal de 1940, marca a divisão correta entre o dolo eventual e culpa consciente: "Um motorista, dirigindo o seu carro em grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade do evento; mas, deixando de reduzir ou anulando a marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão do reconhecimento de um homicídio culposo (culpa consciente)".[30]

28. COSTA JR., Paulo José. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 47.

29. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 173.

30. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 1, t. II, p. 115.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Ministro da Suprema Corte da Argentina e José Henrique Pierangeli, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, fazem a exata distinção entre o dolo eventual, conduta pautada pela vontade, e as duas modalidades de culpa (com e sem representação): "Chama-se *culpa com representação, ou culpa consciente*, aquela em que o sujeito ativo representou para si a possibilidade da produção do resultado, embora a tenha rejeitado, na crença de que, chegado o momento, poderá evitá-lo ou simplesmente ele não ocorrerá. Este é o limite entre a culpa consciente e o dolo eventual. Aqui há um conhecimento efetivo do perigo que correm os bens jurídicos, que não se deve confundir com a aceitação da possibilidade de produção do resultado, que é uma questão relacionada ao aspecto volitivo e não ao cognoscitivo, e que caracteriza o dolo eventual. Na culpa com representação a única coisa que se conhece efetivamente é o perigo. Na *culpa inconsciente, ou culpa sem representação,* não há um conhecimento efetivo do perigo que, com a conduta, se acarreta aos bens jurídicos, porque se trata da hipótese em que o sujeito podia e devia representar-se a possibilidade de produção do resultado e, no entanto, não o fez. Nestes casos há apenas um conhecimento 'potencial' do perigo aos bens jurídicos alheios. Se tomarmos como exemplo a conduta de quem conduz um veículo automotor em excesso de velocidade, por uma rua percorrida por crianças que saem da escola, ele pode não representar-se a possibilidade de atropelar alguma criança, caso em que haverá *culpa inconsciente ou sem representação;* pode representar-se a possibilidade lesiva, mas confiar em que a evitará, contando com os freios potentes de seu veículo e sua perícia ao volante, caso em que haverá *culpa consciente ou culpa com representação.* Por outro lado, se, ao representar para si a possibilidade de produção do resultado, aceita a sua ocorrência ('pouco me importa!'), o caso seria de *dolo eventual.*"[31]

31. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 492.

3. Globalização, pós-modernidade e direito penal: notas conclusivas

A sociedade atual passa por um processo criativo extremamente acelerado que muitos chamaram de sociedade pós-moderna. Se a modernidade tem como tônica a industrialização, a divisão social do trabalho, a distinção do proletariado como classe que se constitui em motor da história e o nascimento epistemológico da individualidade, a sociedade pós-moderna passa por uma forma transnacional de produção, pela acentuação da concorrência no âmbito do mercado de trabalho, pela existência de um processo comunicativo global, pelo surgimento de modos transnacionais de vida, processos econômicos percebidos como globais, destruição ambiental que transcende as fronteiras territoriais de países e continentes, crises e guerras vivenciadas por todos os povos.

A esse processo que reflete o momento vivido por todos os povos de diferentes Nações, convencionou-se denominar de *globalização*. Diante deste quadro, globalização significa "os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais".[32] A rigor, o fenômeno reflete-se na economia de maneira acentuada. "Os traços principais desta nova economia mundial são os seguintes: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminências das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, México e América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia;

32. BECK, Ulrich. *O que é globalização:* equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

e o europeu, baseado na União Européia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte da África."[33]

Algumas conseqüências advêm do incremento da velocidade do processo de diferenciação sócio-econômica. O processo de desregulamentação em larga escala cria uma nova relação no plano econômico em que há um verdadeiro desmonte do Estado de bem-estar social. Em função disso, vamos encontrar o aviltamento das relações trabalhistas e subseqüente fechamento de postos convencionais de trabalho, com o que o direito penal maximiza sua intervenção punitiva. "Criminalizando esses problemas e essas situações, cada vez mais ele amplia o caráter repressivo de suas normas penais, desconsiderando os fatores políticos, sócio-econômicos e culturais inerentes nos comportamentos por ela definidos como transgressores. O objetivo é torná-las mais abrangentes e severas para, quase sempre sob o pretexto de ampliar a eficiência no combate ao crime organizado, ao narcotráfico, às fraudes financeiras, ao terrorismo e às operações de lavagem de dinheiro obtido ilicitamente, disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo – os excluídos."[34]

O modelo padrão de comportamento social dos países globalizados sugere a existência de novos paradigmas normativos de análise jurídica. Surgem novos patamares punitivos com o incremento da repressão penal. Manifesta-se, sobremaneira, em determinadas esferas, com a criação de novos tipos penais e com aumento da severidade das penas. O movimento desencadeado, entre nós, pela Lei 8.072/90 – a Lei de Crimes Hediondos – é a expressão máxima do tema, porquanto na linha de pensamento do Movimento de Lei e Ordem, dificulta a concessão de livramento condicional, proíbe a progressão de regimes, aumenta as penas de vários crimes, proíbe a liberdade provisória, enfim, aperta o cinto da

33. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Os processos de globalização. *Globalização:* fatalidade ou utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2000, p. 35.

34. FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 22. São Paulo, ano 6, abr./jun., 1998, pp. 236-239.

punição contra determinados crimes sem, contudo, ser bem sucedida na dissuasão desta forma de criminalidade mais violenta.

Além disso, antecipa o momento da intervenção penal, deixando de lado o clássico direito penal *do dano*, substituindo por um direito penal *do perigo*. Este movimento constitui-se numa antecipação da tutela criando uma maior dose de prevenção no que concerne ao cometimento do delito.[35] De modo bastante amplo, têm-se as situações caracterizadas como as punições de perigo abstrato e de atos preparatórios, antecipando-se à possibilidade da configuração de um delito que possa vir a produzir um dano ao bem jurídico tutelado pelo Estado.

Uma terceira tendência do direito penal pós-moderno é a proteção de bens jurídicos difusos como saúde pública, meio-ambiente, direito do consumidor e outras esferas relevantes da sociedade de risco. "Exemplo claro da atuação do 'Direito Penal de risco', no tocante aos interesses difusos, vem a lume com o recente tratamento que vem tendo a responsabilidade jurídico-penal por produtos defeituosos, cujo perigo para a coletividade dos consumidores constitui um destes novos riscos. E aqui, mais do que tudo, a ressalva do conseqüente aparecimento de problemas, até de ordem de imputação objetiva, derivados das dificuldades de constatação científica da relação causal."[36]

Uma quarta postura do direito penal nas sociedades globalizadas está em fazer com que ele deixe de ser um instrumento último de controle social, transformando-se no principal mecanismo de controle social, conectado a uma política de prevenção da criminalidade, como se não existissem outros meios mais eficazes para cumprir tal mister. Tal fenômeno encontra a correta advertência da mais abalizada doutrina segundo a qual "a antecipação da proteção penal, pelo que até aqui se viu,

35. Trabalho paradigmático sobre o fenômeno das conseqüências da globalização para um direito penal do risco é a obra de COSTA, J. Francisco Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

36. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

resulta envolta em alta problematicidade".[37] Some-se a isso a utilização em larga escala de figuras culposas e de normas penais em branco, medidas que deixam uma ampla margem de discricionariedade ao juiz, seja no que concerne aos pressupostos de punibilidade, seja no tocante às suas conseqüências jurídicas.

Outra visão muito comum desse fenômeno é a adoção de padrões anglo-saxões do direito, que vão se mimetizando com as posturas tradicionais do direito escrito de tradição da Europa continental que muito nos influenciou. Prova disso é que, também na questão do dolo eventual, cria-se uma cultura pragmática em que se adotam padrões com similitude em teorias vigentes na Inglaterra; nasce um amálgama entre a teoria da desconsideração (*recklessness*) cuja origem está no *common law*, e as tradicionais teorias do *civil law*.[38]

No dizer de Stefano Canestrari, existe uma certa incerteza dos penalistas frente à tarefa de individualizar a área de pertinência do dolo eventual e da culpa consciente na pós-modernidade. Por um lado, devido à proliferação da fenomenologia do risco conectada a comportamentos desviados que abrangem: desafios automobilísticos; apostas sobre condutas de condução em grave violação das regras de circulação; atividades lúdico-desportivas violentas e não reconhecidas pelos órgãos competentes; emprego de substâncias químicas e medicinais, sem adequados controles, no âmbito da produção industrial e da experimentação sanitária etc. Por outro lado, a expansão da desaprovação criminal de determinadas condutas no âmbito da legislação complementar, em matéria econômica, por meio de uma autêntica irrupção da figura do dolo eventual, com referência sobre todo o direito penal societário e falimentar, caracterizado por um progressivo e insidioso aplai-

37. Op. cit., p. 122.

38. "Uma pessoa que não deseja produzir o resultado proibido pela norma pode, não obstante, atuar desconsideradamente ante o risco de produzir este resultado." Esta afirmação clássica no direito inglês é a base de uma figura intermediária entre a intenção e a negligência, a desconsideração que se considera suficiente para o cometimento de certas ofensas. Vide, a respeito, DÍAZ PULIDO, José Manuel. Sobre el concepto del dolo eventual: estúdio de derecho comparado. *Revista Canária de Ciencias Penales*, n. 4, dez. 1999, p. 158.

namento da distinção dogmática entre dolo e culpa.[39] Por isso, com o surgimento de novas situações de risco – desafios automobilísticos, conhecidos como *racha* ou *pega*, excessos de velocidade reiterados, uso indiscriminado do álcool – nasce toda uma argumentação de que estaríamos diante da figura do dolo eventual. Mas, não é suficiente verificar a existência de um risco doloso, mas sim a convicção de que os condutores têm a representação interna do risco e têm, ainda, uma decisão anímica que propicia a realização do perigo, através da aceitação do evento com incremento do risco decorrente de sua atitude.[40]

Na realidade, se nos anos 60, sobretudo pelo clima moral tolerante que se seguiu à revolução dos direitos civis, com o alargamento do Estado Social e a introdução de formas de controle alternativas ao pensamento punitivo retributivista, nós tivemos uma sociedade mais tolerante, o inverso acontece agora. O *Estado social* foi substituído pelo *Estado penal*. A sociedade passou a cobrar uma espécie de controle exacerbado da sociedade, através de um grande internamento.[41] A nova racionalidade do controle exacerbou a justificativa punitiva com base no risco. As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata mais de punir categorias individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se está interessado em reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é mais disciplinar, mas sim atuarial.[42] Assim, não são mais características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo

39. La estructura del dolus eventualis: la distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenologia del riesgo. *Revista de derecho penal y criminologia*, n. 13. jan, 2004, Madrid, p. 83.

40. Op. cit., p. 121.

41. As taxas de encarceramento são crescentes em vários países. No Brasil, o processo se acelera na última década. Nos EUA, a paradoxal visão punitiva chegou a levar aos cárceres mais de 2 milhões de pessoas.

42. GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 97.

tempo o objeto) das estratégias de controle social por parte da sociedade, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes danosas. Isso significa que categorias inteiras de indivíduos deixam de cometer crimes para se tornarem, elas mesmas, crime.[43]

Assim, o dolo eventual retorna seu papel histórico. Se ele nasceu dentro de um contexto religioso, para aumentar o grau de punição aos clérigos, agora, em função da perda da racionalidade iluminista e da adoção de uma "racionalidade" pós-moderna, quando não pós-fordista, decorrente da adoção de um *Estado penal*, passou a ser um instrumento de contenção social dentro de um processo de desconstrução simbólico da sociedade iluminista. Por isso, não é preciso provar a existência do dolo eventual no crime de trânsito, basta que o fato exista. Não é necessário dizer que esta ou aquela conduta viária foi dolosa e não culposa. Basta o resultado e o incremento do risco corrido para se chegar até ele. Novamente o dolo eventual age na história para incrementar o controle social. Mais uma vez ele será usado para traduzir a resposta penal em mais punição, através da pena privativa de liberdade. Mais uma vez a metrópole punitiva, presença constante na literatura criminológica, fará da cidade o cenário tanto das utopias de controle mais ambiciosas quanto das distopias repressivas mais angustiantes.[44]

Mais uma vez a afirmativa de Karl Marx se mostra atual. Dizia ele que Hegel observa em uma de suas obras que todos os fatos e personagens de grande importância na história do mundo ocorrem, por assim dizer, duas vezes, e esqueceu-se de acrescentar: a primeira como tragédia, a segunda como farsa.[45]

Pois bem: é esta a farsa do dolo eventual nos crimes de trânsito.

43. Op. cit., p. 98.

44. Ibidem, p. 102.

45. MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*. Obras escolhidas. São Paulo: Alfa Omega, s/d. v. 1, p. 203.

2. Processo Penal

Funções e limites da prisão processual

Antonio Scarance Fernandes
Advogado Criminalista e Procurador de Justiça aposentado.
Professor titular de Direito Processual e Teoria Geral do Processo
da Faculdade de Direito da USP. Coordenador do ASF Curso
e eventos destinados à preparação de concursos jurídicos.

Sumário: 1. Funções da prisão processual – 2. Limites da prisão processual – 3. Perspectivas sobre a prisão processual.

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar a prisão processual sob dois aspectos: quanto as suas funções, principalmente as funções anômalas, isto é, o uso da prisão processual como antecipação de pena, como impedimento ao exercício do direito ao recurso e como espetáculo público e quanto aos seus limites, que são objetivos, subjetivos e temporais.

Abstract: This present work has as target to analyze the provisional prison under two aspects: the aspect of its functions, mainly the anomalous functions, that is, the use of the provisional prison as penalty anticipation, as impediment to the right of action to the resource and as public spectacle and the aspect of its limits, that are objective, subjective and secular.

Palavras-chave: Processo penal – Liberdade – Prisão processual – Funções e limites da prisão processual.

Keywords: Penal process – Liberty – Provisional prison – Functions and limits of provisional prison.

1. Funções da prisão processual[1]

O primeiro ponto a ser salientado no tratamento do tema desta exposição sobre as funções e os limites da prisão processual refere-se à expressão "prisão processual", pois se discute a respeito da denominação mais correta: uns usam "prisão processual"; outros, "prisão cautelar".

A denominação "prisão processual" é mais aconselhável, por ser mais abrangente e englobar qualquer tipo de prisão imposta durante o processo e que não seja uma prisão-pena, ou seja, que não seja prisão decorrente de uma condenação transitada em julgado.

Fixada a terminologia a ser adotada, importa ressaltar que um estudo sobre as funções de uma prisão processual deve ser feito em face do local onde é aplicada e do momento em que é atuada, pois ela exerceu funções diferentes na história do processo penal geral e do nosso país e ainda exerce papéis distintos nos processos dos diversos países da atualidade. Basta lembrar que, na época do Império no Brasil, completada a fase do sumário da culpa, semelhante à primeira fase do procedimento do Júri, a pessoa acusada ficava presa aguardando o julgamento. A prisão tinha clara função de antecipação de pena, função que, como se verá, não é mais aceita na atualidade.

No Código de Processo Penal de 1941 (Dec.-lei 3.689, de 3 de outubro), a regra era prender o indivíduo durante o processo e mantê-lo preso durante o recurso. A liberdade era a exceção. Privilegiava-se muito mais a prisão do que a liberdade. Essa disciplina refletiu influência do Código de Processo Penal da Itália, editado na época de Mussolini, em 19.10.1930. Reformas posteriores atenuaram o rigor do Código, mas foi com a Constituição Federal de 1988, que se acentuou a função cautelar da prisão processual.

1. O artigo corresponde à palestra proferida no 12.º Seminário Internacional promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no dia 30.08.2006.

São aceitas sem contestação pela doutrina duas finalidades cautelares da prisão processual: para assegurar a instrução do processo ou a aplicação da lei penal. Em relação à primeira finalidade, prende-se uma pessoa para evitar perda da prova ou para assegurar a sua produção, sendo exemplos mais comuns a prisão de alguém que ameaça testemunhas ou destrói fontes de prova. Quanto à outra finalidade, ou seja, a de garantir a aplicação da lei penal, prende-se o investigado ou acusado para que, se condenado, cumpra a pena, sendo exemplo clássico o da prisão para evitar fuga.

Contudo, a prisão processual exerce, entre nós, funções anômalas, merecendo destaque três delas: servir para antecipação de pena, para impedir o exercício do direito ao recurso e para espetáculo público.

No exame do uso anômalo da prisão como antecipação da pena, deve-se levar em conta o princípio da presunção de inocência, ou presunção do estado de inocência. Entre as interpretações desse princípio, uma bastante prestigiada é a que conclui haver ofensa a ele quando a prisão não tiver natureza cautelar e for usada para cumprir pena a ser imposta com a condenação. Tal conclusão deriva de raciocínio até muito simples: se alguém não pode, em virtude do princípio analisado, ser considerado culpado enquanto inexistir decisão definitiva transitada em julgado, qualquer prisão que lhe seja imposta como mera antecipação de pena representa contrariedade ao princípio; em outras palavras, o acusado só pode, em face do princípio, ser preso em virtude de uma prisão-pena após decisão transitada em julgado, porque, antes, ele deve ser considerado inocente. Então, para se admitir a prisão processual, é necessário que ela tenha uma função cautelar e não signifique cumprimento de pena ainda não aplicada.

São feitas críticas a alguns tipos de prisões processuais porque configuram antecipação de pena, contrariando o texto constitucional.

Uma dessas espécies é a prisão decorrente de pronúncia, prevista no § 1.º, do art. 408 do CPP. O réu só não será preso se for primário ou tiver bons antecedentes, conforme se depreende do § 2.º do mesmo dispositivo: "Se o réu for

primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso". Como a prisão decorre da pronúncia, sem verificação de sua necessidade no caso, cuida-se de prisão que não tem natureza cautelar, pois nem sempre precisa ser presa a pessoa não primária ou que não tem bons antecedentes.

Outra forma de prisão que representa antecipação de pena é a imposta em virtude de sentença condenatória recorrível, prevista no art. 594, do CPP. Cuida-se de dispositivo que, mantido nestes longos anos de vigência do Código de Processo Penal, consagra antiga visão de que a pessoa condenada devia iniciar o cumprimento da pena, independentemente de eventual recurso, só ficando solta (a exceção era a liberdade) se prestasse fiança nos casos em que ela era admitida. Uma reforma do Código, promovida pela Lei 5.941/73, que alterou os arts. 408, 474, 594 e 596, excluiu da prisão o acusado primário e de bons antecedentes. Embora a mudança representasse importante caminho no sentido da preservação da liberdade, não consubstanciou afirmação da natureza cautelar dessa espécie de prisão, pois ainda continuou havendo início da execução da pena do não-primário ou de quem não ostenta bons antecedentes.

A prisão preventiva obrigatória constitui outro tipo de antecipação de pena. Foi anteriormente prevista em nosso ordenamento, mas, atualmente, não o é. De qualquer forma, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, não é possível que volte a ser admitida na legislação brasileira.

E, por fim, importa mencionar como forma de antecipação de pena o impedimento da liberdade provisória em virtude da natureza do crime, sem verificação de necessidade cautelar da prisão. Impedir alguém de liberdade provisória, cerceando a possibilidade de o juiz exercer o seu papel de juiz de vigilância, de juiz de cautela, impedindo-lhe de verificar a necessidade de prisão, representa forma de antecipação de pena. Com a impossibilidade de liberdade provisória, se uma pessoa for presa em flagrante, continuará recolhida até o final do processo. É o que sucede, entre nós, quando alguém é preso em virtude da prática de crime hediondo

ou assemelhado, conforme dispõem o art. 2.º, II, da Lei 8.072/90 e art. 44 da Lei de Entorpecentes (Lei 11.343/2006).

Outra função anômala da prisão processual, já citada, é o seu uso para impedir o exercício do duplo grau de jurisdição, como ocorre com a aplicação do art. 594 do CPP.

A atuação desse dispositivo não representa simplesmente indevido uso de prisão sem que tenha natureza cautelar. Representa problema de outra ordem e de maior magnitude. Exigir que alguém se recolha à prisão para poder apelar significa impedir o exercício do direito ao recurso. Se houvesse uma necessidade de cautela, bastava expedir o mandado de prisão e aguardar o seu cumprimento. Aqui, é diferente. Usa-se a prisão para impedir o exercício do duplo grau de jurisdição, pois se impõe ao condenado o recolhimento à prisão como condição para exercer o seu direito legítimo ao recurso.

Essa exigência de prisão para recorrer é insustentável. Constitui restrição maior ao indivíduo até mesmo do que uma execução provisória da sentença condenatória. Quando a lei prevê execução provisória da sentença, caso o condenado esteja foragido e, por isso, não seja iniciada a execução, o seu direito ao recurso seria respeitado, pois eventual apelação teria seguimento.

Além do mais, impor ao acusado que se recolha à prisão para depois recorrer é criar uma injustificável disparidade dentro do processo entre as partes, com ofensa clara ao princípio da isonomia processual, pois ao Ministério Público não se impõe nenhuma condição para exercer seu direito ao recurso. Ele pode recorrer sempre, mas o acusado não pode.

Cuida-se, por tudo isso, a exigência de prisão para apelar de hipótese de função anômala da prisão processual, pois é ela usada como impedimento ao exercício do direito ao recurso.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, incorporada ao sistema brasileiro, claramente prescreve que toda pessoa condenada tem direito ao reexame de sua decisão. Trata-se de norma que, segundo o Supremo

Tribunal Federal, tem caráter de lei ordinária. Embora não concordemos com essa posição, de qualquer forma, se fosse realmente aceita, pelo menos a natureza de lei ordinária da Convenção da Costa Rica, estariam revogados aqueles artigos do Código de Processo Penal que a contrariam, e, entre eles, o art. 594. Mais do que isso, estariam impedidas normas futuras que dispusessem em sentido oposto às regras da Convenção, como ocorreu com o art. 59 da Lei de Entorpecentes (Lei 11.343/2006) que somente permite a apelação em liberdade ao primário e de bons antecedentes.

Também muito grave, hoje em dia, é o uso da prisão como espetáculo público, evocando as exibições públicas dos cristãos nos circos romanos. Sempre que alguém é preso, principalmente, se tiver alguma projeção no país, é exposto pela mídia para satisfação e alegria do povo. E, nessa exposição, para haver um belo espetáculo, o preso tem que estar algemado. Sem a colocação de algemas, a cena de prisão apresentada pela mídia fica enfraquecida e perde o espetáculo. Aqui também se dá à prisão uma função anômala. Se a pessoa está sendo presa, só será necessário o uso de algemas como instrumento de contenção em caso de risco de fuga ou de perigo à integridade de outra pessoa. Algema-se alguém para que ele não fuja, para que não agrida outros indivíduos. Não tem sentido colocar algemas em uma pessoa que se apresenta para ser presa, como já ocorreu.

O Brasil não tem uma legislação nacional que regule o uso de algemas, e, talvez por isso, ocorrem os conhecidos constrangimentos com a apresentação para todo o país dos presos algemados, quando, no caso, nada indica a necessidade desse proceder.

Nota-se que, muitas vezes, não há maior preocupação com a condenação e a efetiva aplicação da lei penal, o importante é a prisão processual, usada como forma de antecipação de pena e como espetáculo público, dando ao povo a ilusão de que a justiça atua de maneira eficaz. Isso explica o excesso de prisões preventivas e a exagerada exposição das pessoas presas.

Questão polêmica é a que diz respeito à prisão preventiva para a garantia da ordem pública e para a garantia da ordem econômica. Não há dúvida de que não

se justifica prender alguém, com a afirmação de necessidade de garantir a ordem pública, para dar credibilidade à justiça, para satisfazer clamor público estimulado pelos órgãos de comunicação.

O problema, contudo, está no debate sobre o caráter cautelar da prisão de uma pessoa que vem reiterando condutas criminosas. Esse tipo de custódia é aceito em quase todos os ordenamentos jurídicos. A única novidade é que, em países como Portugal e Itália, essa prisão é reservada a crimes mais graves, como foi feito em recente projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Embora seja prevista nos ordenamentos e tenha sido admitida em recente projeto entre nós, é muito difícil atribuir à prisão para evitar a prática de novos crimes a natureza cautelar, se for levada em conta a noção de cautelaridade normalmente aceita nos estudos de Teoria Geral do Processo. Quando se prende alguém porque continua praticando crimes, a custódia assenta-se em avaliação de sua periculosidade. Não se prende em virtude de uma necessidade do processo, para assegurar o seu resultado ou para garantir a aplicação da lei penal; prende-se para evitar o cometimento de outros crimes.

Enfim, há um grande dilema: de um lado, é difícil dar a essa prisão natureza cautelar, por outro, sente-se que há necessidade dela para evitar a reiteração de condutas criminosas e garantir a sociedade.

2. Limites da prisão processual

Com relação aos limites da prisão processual, podem ser apontados limites objetivos, subjetivos e temporais.

Os limites objetivos da prisão cautelar, decorrem principalmente dos seguintes pontos: dos tipos de infrações, das situações de cautelaridade e da pena provável ou aplicada.

Quanto aos limites derivados dos tipos de infrações podem ser citados aqueles impostos pelo Código de Processo Penal, no art. 313. Estabelece que

não é permitida prisão preventiva em crimes culposos, em contravenções penais, em crimes dolosos punidos com detenção. Contudo, o mesmo dispositivo leva em conta no estabelecimento dos limites algumas condições pessoais do agente. Assim, será admitida prisão preventiva nas infrações por ele referidas quando o indiciado for vadio ou, no caso de dúvida acerca de sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. São limites subjetivos relativos ao investigado ou acusado, abaixo examinados.

As situações de cautelaridade que permitem a prisão processual são, segundo o art. 312 do CPP: a garantia da ordem pública; a garantia da ordem econômica; a conveniência da instrução criminal; a necessidade de aplicação da lei penal. Como salientado, há fortes críticas às duas primeiras (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica), porque não teriam função cautelar e serviriam para justificar, principalmente a situação de garantia da ordem pública, a maioria das prisões preventivas, com os fundamentos os mais diversos. Agora, importa somente ressaltar que as situações referidas constituem limites à prisão cautelar porque, sem elas, não seria possível a sua decretação.

Um outro importante limite objetivo da prisão cautelar é a pena provável e a pena fixada.

Tem-se relutado muito no Brasil em trabalhar com a pena provável como parâmetro para a atuação de alguns institutos processuais, enquanto a maioria dos países, hoje em dia, extrai da pena provável importantes efeitos de natureza processual. Assim, utiliza-se a pena provável para a solução do processo mediante consenso entre as partes, para a admissibilidade de prisão processual, para o estabelecimento do rito. Entre nós, alguns limites para a prisão processual decorrem do exame da pena a ser aplicada, em face de parâmetros mais objetivos.

Assim, o primeiro limite a ser observado no tocante à pena a ser aplicada decorre da necessidade de, para prender alguém durante o processo, verificar se vai ser imposta pena privativa de liberdade. Não teria sentido prender o acusado se, mesmo depois de condenado, seria aplicada somente pena pecuniária ou pena restritiva de direito.

Um segundo limite decorre da análise feita a respeito da possibilidade de a pena privativa de liberdade permitir suspensão condicional ou regime aberto. Não há motivo plausível para prender alguém se, depois de condenado, a pena será suspensa ou se, em face do *quantum* da pena, vai ser aplicado regime aberto, no qual o indivíduo trabalha, freqüenta curso ou exerce outra atividade durante o dia, fora do estabelecimento prisional, e se recolhe durante a noite.

Com relação à pena aplicada, limite para a continuidade da prisão processual anteriormente decretada dimana da constatação de que a pena aplicada já foi cumprida pelo tempo de prisão provisória. Não haveria razão alguma que justificasse a pessoa continuar presa durante a tramitação de eventual recurso, ainda que da acusação, pois, em princípio, a pena a ser cumprida é aquela fixada na sentença, não se podendo argumentar, em desfavor do condenado, com a possibilidade de agravamento pelo tribunal.

Existe uma orientação pouco versada nos tribunais, mas aceita por parte da doutrina, de que, nos casos de regime semi-aberto, também não se deveria manter ou determinar a prisão processual, porque esta não teria natureza cautelar. O argumento é de que, se o juiz admitiu o regime semi-aberto, isso significa ter ele examinado as circunstâncias do art. 59 do CP e concluído que eram favoráveis ao acusado, porque, sem isso, o regime deveria ser o fechado. Assim, o fato de ser fixado o regime semi-aberto representa ponderação favorável sobre o acusado o que não se coadunaria com juízo oposto sobre a necessidade de uma prisão cautelar durante o processo.

Os limites subjetivos da prisão processual são limites relacionados com os sujeitos processuais, ou seja, limites referentes ao juiz, ao acusado ou ao investigado e ao Ministério Público.

Com relação ao juiz, o principal limite da prisão processual está na Constituição Federal: toda prisão depende de ordem judicial, exceto a prisão em flagrante. É o que o art. 5.º, LXI que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

No tocante aos limites relativos à atuação do juiz e do membro do Ministério Público, há uma tendência muito forte no processo penal atual em não se admitir decretação de prisão processual de ofício, como forma de prestigiar o sistema acusatório. O sistema brasileiro, por tradição, admite a prisão de ofício, o que, de alguma maneira, afasta o juiz de sua posição de sujeito imparcial e o aproxima da pretensão acusatória. Com efeito, o art. 311 do CPP permite a decretação da prisão preventiva pelo juiz, de ofício, a requerimento do membro do Ministério Público ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Em um sistema acusatório ideal, melhor seria condicionar qualquer prisão à prévia manifestação do Ministério Público. Sempre que o juiz age, de ofício, no sentido de decretar uma prisão, queira-se ou não, ele está manifestando propensão de julgar procedente a acusação e está, de certa forma, mostrando posicionamento contrário ao da pessoa acusada. Pior ainda quando, apesar de manifestação contrária do promotor de justiça, o juiz decreta a prisão. Bem diferente é a situação em que ele aceita uma postulação do promotor de justiça. Assim como ocorreu em outros sistemas, bom seria que, também entre nós, não se admitisse decretação de prisão sem prévio requerimento do Ministério Público.

No que tange à pessoa que será submetida à prisão, limite importante no sistema brasileiro está na regulação da prisão temporária. Para ela ser imposta, a lei exige que o suspeito tenha sido indiciado, conforme art. 1.º, II e III da Lei 7.960/89, assim redigidos: "Caberá prisão temporária: II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...])."

Assim, só depois de o indivíduo ter sido indiciado, ou seja, apontado como autor do crime em face dos indícios colhidos no inquérito policial, é que pode sofrer uma prisão temporária. Decorre da regra a idéia geral da inadmissibilidade de uma prisão cautelar enquanto não forem coletados elementos sensíveis que indiquem

ser o suspeito o provável autor do crime apurado. Decorre, ainda, a idéia de que prisão processual não serve para a descoberta dos primeiros indícios a respeito da autoria de um delito, só se justificando quando haja elementos razoáveis apontando alguém como o provável autor da infração penal.

Muito grave entre nós é a total falta de regulação do instituto do indiciamento. Necessárias seriam disposições sobre o momento e a maneira de se definir a situação jurídica da pessoa investigada. Não é possível continuar com o sistema vigente em que fica ao alvedrio da autoridade policial o indiciamento, sem que atue em face de parâmetros legalmente estabelecidos. Isso tudo esvazia o citado dispositivo que regula a prisão temporária e exige prévio indiciamento.

Em diversos dispositivos, a prisão e a liberdade durante o processo dependem da constatação de elementos subjetivos. Acima, foram referidos dados subjetivos que interferem na possibilidade de decretação de uma prisão preventiva: ser o acusado vadio ou haver dúvida sobre a sua identidade. O fato de o indiciado não possuir identidade ou não ter residência fixa é motivo para a prisão temporária. Em diversos momentos foi citada a necessidade de primariedade e dos bons antecedentes para a apelação em liberdade.

Na análise dos limites temporais da prisão processual, importa recordar que se construiu, na história do processo penal brasileiro, logo depois da vigência do Código de 1941, com base em conclusão extraída em Conferência dos Desembargadores, uma orientação de que a prisão seria injusta quando excedesse a soma dos tempos dos atos do procedimento, ou seja, no procedimento dos crimes punidos com reclusão, o total de 81 (oitenta e um) dias. Prevaleceu a idéia de que, em regra, o excesso seria verificado pela superação do prazo de 81 (oitenta e um) dias e não do prazo para a prática dos diversos atos do procedimento ou para a conclusão de uma fase do processo, admitindo-se que o atraso em relação a um ato ou a uma fase pudesse ser compensado pela rapidez na realização de outro ato ou de outra fase.

Contudo, houve mudanças na orientação jurisprudencial sobre a contagem do prazo de 81 (oitenta e um) dias, admitindo-se atrasos que fossem justificados por vários motivos, como: grande número de acusados, complexidade da causa, necessidade da expedição de precatória, instauração de incidentes (insanidade mental, dependência toxicológica, falsidade documental). Com isso, o marco de 81 (oitenta e um) dias passou a configurar um marco inicial a partir do qual se começava a verificar a ocorrência de eventual constrangimento ilegal pelo excesso do tempo de prisão. Sem o decurso dos 81 (oitenta e um) dias, não havia excesso de prazo. Depois desse tempo, era preciso provar que o excesso não era razoável.

A Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95), acolhendo a construção jurisprudencial, instituiu o prazo de 81 (oitenta e um) dias para o encerramento da instrução criminal quando o réu estiver preso, conforme art. 8.º da Lei (alterado pela Lei 9.303, de 05.09.1996). Ora, se a Lei do Crime Organizado coloca esse tempo como sendo o limite temporal para encerramento da instrução do crime organizado, com maior razão deveria ser adotado para os demais crimes que não resultassem da delinqüência organizada. Essa idéia, contudo, não foi aceita.

No caminho desenvolvido pela jurisprudência, cunhou-se no seio do Superior Tribunal de Justiça orientação de que o excesso do prazo de 81 (oitenta e um) dias para a prisão processual só causaria constrangimento ilegal se não fosse razoável, adotando-se a teoria da razoabilidade. Essa orientação continua a ser aplicada mesmo depois de o prazo de 81 (oitenta e um) dias, antes jurisprudencial, passar a ser legal.

3. Perspectivas sobre a prisão processual

Ao longo dos tempos, com as mudanças de ideologias, de culturas, de filosofias, alguns avanços interessantes foram observados em relação à prisão processual, talvez o mais importante tema do processo penal, pois envolve a liberdade do cidadão antes de ser condenado e de estar demonstrada a sua culpa. Uma

importante mudança nesse caminho foi a de que a liberdade passou a ser vista como a regra e a prisão, a exceção, invertendo o pensamento que predominou durante longo período de que a pessoa deveria ficar presa durante o processo. Cuida-se de mudança que levou à afirmação constitucional do princípio da presunção de inocência. A pessoa não culpada deve ficar livre e só poderá ser presa quando haja necessidade de custódia.

Afirmou-se, em decorrência desse pensamento motriz, a idéia de que as interpretações sobre o tema de prisão e liberdade sempre devem ser interpretações que privilegiam a liberdade, nunca a prisão. Nos casos de dúvida, deve-se adotar aquela conhecida regra de hermenêutica de que as interpretações sobre regras que restringem a liberdade só podem ser estritas, nunca extensivas.

Outra idéia importante da atualidade é a de que não se pode mais trabalhar com a prisão e liberdade processuais como dois extremos. Devem ser dadas ao juiz alternativas de cautelaridade diversas da prisão. Exemplo de cautela eficaz é o afastamento do funcionário público de suas atividades quando ele usa sua função para o cometimento de crime. Nem sempre há necessidade de que seja preso, mas pode ser necessário que o juiz o suspenda do exercício da função pública para que não continue cometendo infrações penais. Deve-se caminhar no sentido do estabelecimento de várias medidas cautelares entre a liberdade e a prisão, escalonando-as com base em critérios relacionados com o crime e com o agente. Isso porque, às vezes, o juiz não precisa prender, mas também não deve manter inteiramente livre o acusado, faltando-lhe, no sistema brasileiro, uma medida que fosse ajustada ao caso.

Surgiu também o entendimento, que está se firmando entre nós, de que a prisão em flagrante só deve ser mantida quando o juiz verificar a presença dos requisitos da prisão preventiva, como está no Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único. Devem os juízes examinar sempre a necessidade de manter a prisão em flagrante, independentemente de um advogado fazer o pedido de concessão de liberdade provisória.

Entretanto, tem havido movimentos em sentido contrário ou manutenção de orientações que não correspondem ao vigente texto constitucional. Permanece no Código a prisão para garantia da ordem pública, em vez de restringi-la a crimes graves para evitar reiteração na prática de infrações penais. Isso deve ser alterado. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que não cabe a prisão preventiva com o fundamento da garantia da ordem pública com base, apenas, na gravidade do crime ou no clamor público. Ainda, há a necessidade de, se não for por lei, que o seja pelo Supremo Tribunal Federal, afastar-se a prisão decorrente de pronúncia pelo simples fato de o acusado não ser primário e não ter bons antecedentes e a imposição de prisão para apelar. Não tem sentido continuar impedindo alguém de ter o direito ao reexame de sua decisão por um tribunal superior.

Merece registro acórdão do Superior Tribunal de Justiça sobre deserção que representa importante constatação de que não se deve erigir a prisão como condição para a apelação. No HC 35.997/SP, de 11.10.2005, decidiu o Tribunal que "a nova ordem jurídico-constitucional inaugurada com a CF/88 não recepcionou a norma esculpida no art. 595 do CPP. As disposições do art. 595 do CPP não podem impedir que se conheça da apelação do réu foragido, porque seria desconsiderar os princípios contidos no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal". Segundo o Ministro relator, "tendo como balizas os princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e o inegável anseio do *status libertatis* inerente a todo e qualquer ser humano, entendo que, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção. (...) Condicionar recebimento de apelo a permanência na prisão é atacar violentamente o princípio da ampla defesa e recursos correspondentes. O legislador ordinário não pode impor condições à aplicação de princípios constitucionais, pena de impedir sua concretização. Aliás, uma das funções da lei é exatamente materializar os princípios e não os abortar. (...) Há de se ter em vista, acima de tudo, que o princípio do duplo grau de jurisdição lhe dá o direito de submeter a sentença condenatória à apreciação do tribunal, independentemente da condição da segregação, a não ser em casos excepcionais em que se justifica a necessidade".

Investigação defensiva: o direito de defender-se provando[1]

Édson Luís Baldan

Delegado de Polícia (SP). Professor e Coordenador do curso de Pós-Graduação em Direito Penal da UNINOVE. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad Catilla La Mancha (Espanha). Mestre e Doutorando em Direito Penal pela PUC-SP.

Sumário: 1. Globalização econômica, neoliberalismo, consenso de Washington – 2. Impactos do empreendimento penal neoliberal: 2.1 Dualidade: medidas alternativas *versus* encarceramento prolongado neutralizante; 2.2 Abandono da utopia preventivo-especial em favor das PPL de segurança; 2.3 Vigilantismo; 2.4 Novo papel da mídia: executivização e "trial by the media" – 3. Metodologia da investigação no direito emergencial de um estado neoliberal: rebaixamento protetivo da intimidade; extorsão da prova mediante seqüestro do investigado; prisão para investigação ou investigação para prisão? – 4. Garantia constitucional do devido processo legal (CF/88, art. 5.º, LIV, LV) – 5. O decálogo do garantismo penal – 6. Tripé do devido processo legal – 7. Inquérito policial: definição que não conceitua; engana: 7.1 O inquérito policial como processo policial judicializado – 8. Investigação defensiva: 8.1 Benefícios da investigação defensiva; 8.2 Poderes na investigação defensiva no modelo italiano; 8.3 Situação atual da investigação defensiva na Itália – 9. Um apelo conclusivo.

Resumo: Este trabalho propõe uma analise penal-legal da investigação criminal, especificamente em relação à questão da importância da investigação defensiva, reconhecendo o direito do advogado de defesa em ajuntar provas, assim mudando o antigo conceito que somente o corpo policial seria responsável pela investigação.

1. Palestra proferida em 31.08.2006 no 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo.

Abstract: The present work deals with a legal-penal analysis of the criminal investigation, specifically concerning the subject of the importance of defensive investigation, recognizing the right of the defense attorney to collect evidences, which changes the old concept that only the police corps should be in charge of the investigation.

Palavras-chave: Investigação criminal – Provas – Investigação defensiva – Direitos do advogado – Devido processo.

Keywords: Criminal investigation – Evidences – Defensive investigation – Defense attorney rights – Due process of law.

1. Globalização econômica, neoliberalismo, consenso de Washington

Winston Churchill disse, certa vez, que a democracia é o pior dos regimes, com exceção de todos os outros. Adaptando a frase do primeiro ministro britânico ao objeto de nossa fala, poderíamos afirmar que, hoje, o inquérito policial é o pior meio de investigação; à exceção de qualquer outro.

Se Churchill ora evoca-me a célebre frase, sua sucessora, Margaret Thatcher, notabilizou-se pelas reformas ajustadas à cartilha do neoliberalismo econômico nos idos da década de oitenta, quando fazia o mundo, escandalizado, assistir à privatização de vários setores de serviços essenciais e, até então, lá e cá, em mãos do Estado. Decênio e meio depois, os brasileiros assistimos, igualmente, a sistemática venda de nossas estatais. Por quê?

O último quartel do século findo assistiu a profundas alterações estruturais nas relações econômicas entre os países, com sentidos reflexos na vida social de cada nação. Globalização, hegemonia neoliberal e uma rígida cartilha econômica obtida por consenso no ano de 1989, em reunião ocorrida no Instituto Internacional de Economia, Washington, compõem o matiz dessa quadra histórica.

Dívida externa elevada, estagnação econômica, inflação crescente, recessão e desemprego deveriam, pelo ideário consensual de Washington, merecer correção pela via de um conjunto de reformas essenciais para que a América Latina superasse a crise e retomasse o caminho do crescimento.

2. Impactos do empreendimento penal neoliberal

É de Nilo Batista que emprestamos a aguda análise dos reflexos da doutrina neoliberal no sistema de justiça criminal e que, da forma seguinte, podem ser sintetizados:

2.1 Dualidade: medidas alternativas versus *encarceramento prolongado neutralizante*

Para consumidores ativos, penas alternativas à privação de liberdade, suspensão do processo, sursis, transação penal; para os consumidores falhos, encarceramento prolongado neutralizante.

2.2 Abandono da utopia preventivo-especial em favor das PPL de segurança

A utopia preventivo-especial, própria do Estado de bem-estar social, é abandonada em favor de uma pena privativa de liberdade de segurança.

2.3 Vigilantismo

Corta-se na carne a privacidade, altera-se o estatuto ético da delação, espiona-se com câmeras e prêmios.

2.4 Novo papel da mídia: executivização e "trial by the media"

Para o Professor Nilo Batista, o discurso político criminal e criminológico da mídia se impôs sobre o da universidade. Duas caretas desses oráculos pós-mo-

dernos (que são os âncoras da televisão) influenciam a comunidade (inclusive a jurídica) mais que um compêndio refletidamente elaborado por nossos melhores penalistas e criminólogos.

O espaço concedido ao especialista é apenas para referendar o discurso político-criminal único do caos. A executivização é o processo de transformação do jornalismo investigativo em jornalismo policialesco, passando a mídia a operar como agências de criminalização secundária.

Com essa obsessão pela pena, com o apego a uma interpretação infracional de tudo e de todos, a mídia incorre, curiosamente, na evidente contradição de opor-se radicalmente ao tratamento penal de seus próprios delitos.

O Juiz deve abandonar sua missão, insubstituível para o estado de direito democrático, de conter todo o poder punitivo exercido inconstitucional, ilegal ou irracionalmente, para policizar-se, para ser um complacente espectador da criminalização secundária.

Ninguém compra um apartamento apenas examinando a maquete que uma empresa construtora, notoriamente falida, lhe apresenta. No entanto, a sociedade persiste acreditando que o Estado, pela via da repressão penal mais severa (aumento da quantidade de crimes e do rigor das penas em contrapartida à relativização de garantias processuais), vá conduzir a todos a um estado de bem-estar social.

O discurso do caos alimenta o discurso de um direito penal emergencial, onde sentimento de medo não corresponde à necessidade real de segurança. Como faz notar Eugenio Raúl Zaffaroni, sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a sociedade se desse conta da falácia dos discursos justificadores.

Esse conjunto compõe dinâmicas de expansão e não de contenção do poder punitivo.

3. Metodologia da investigação no direito emergencial de um estado neoliberal: rebaixamento protetivo da intimidade; extorsão da prova mediante seqüestro do investigado; prisão para investigação ou investigação para prisão?

Também de Nilo Batista a assertiva de que, quando o show é o governo, ou o governo é o show, as garantias, os prazos, as exigências formais, a defesa plena, em suma, todo o devido processo legal passa a ser visto também como um excesso do estado de bem-estar, sujeito a cortes e flexibilizações. Ouvindo-se Zaffaroni, sabemos que menores garantias importam maior arbítrio das agências estatais e menores espaços de liberdade social.

Hoje, com a anomia reinante na fase de investigação preliminar, onde múltiplos agentes e órgãos do Estado invocam legitimidade para fazê-la, mantendo-se o defensor (este inexplicavelmente sem poderes investigatórios) o mais distante possível da devassa oficial, constata-se metodologia de apuração calcada sobre um tripé previsível: (i) interceptação telefônica inicial, por prazo indefinido, objetivando a coleta de indícios que motivarão (ii) o decreto de uma prisão cautelar que (iii) a sua vez, será empregada como instrumento de coação sobre o imputado, instado sem recatos pelos investigantes e acusadores a confessar e delatar, tendo a própria liberdade como objeto de vergonhosa e desigual barganha.

Ao estabelecer a delação como condição para cessação da privação da liberdade do preso, pratica o Estado inédita modalidade de extorsão da prova mediante seqüestro do investigado, sob a complacência do Poder Judiciário.

Preço do "resgate" pode ser, além da confissão, também a apresentação de outras provas materiais ou documentais, negociáveis entre um indigitado de garantias acanhadas e um Estado de poderes dilatados e sem freios éticos.

O delator é o "amigo", ocupando uma condição jurídica oposta à do destinatário das práticas correspondentes à ação estatal que, na concepção de

um suposto "Direito Penal do Inimigo", prostra-se praticamente despido de garantias individuais.

4. Garantia constitucional do devido processo legal (CF/88, art. 5.º, LIV, LV)

Leio: "a persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu" (HC 73.338/RJ, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 161/264).

Falar, portanto, em investigação remete à questão dos direitos e garantias constitucionais do cidadão, que não pode ser tratado sob o prisma errôneo da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, somente admissível nos domínios do direito civil ou administrativo.

É possível aceitar que o interesse coletivo na construção de uma rodovia justifique a desapropriação da gleba particular, retirando do contribuinte sua propriedade. Inadmissível, no entanto, imaginar que um pretenso anseio "superior" ou "coletivo" autorize a expropriar garantias individuais para pavimentar uma condenação severa ou uma investigação exitosa.

Lanço, primeiro, premissa basilar para os desenlaces que seguirão: a persecução penal, entre outros nos lembra José Frederico Marques, apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Embora dotada de dois instantes, a persecução é, em si, una, indivisível. Daí que, defendo, a cláusula do devido processo legal deva ungir a ação estatal durante esse todo indivisível.

Emprego aqui "imputação" na amplitude conceitual, concebida por Scarance Fernandes, segundo a qual aquela palavra traduz juízo que normalmente se expressa por ato determinado: indiciamento, denúncia, determinação judicial de prisão

cautelar ou de outra medida constritiva, mas também pode revelar-se pela maneira como a pessoa passa a ser tratada pela autoridade encarregada da persecução.

Por esse raciocínio, não só o acusado (na fase judicial) mas também o imputado (na fase preliminar de investigação ou, mesmo, aquém desta) deve gozar, na plenitude da garantia individual do devido processo legal.

Ensina Canotilho que princípios jurídicos fundamentais são aqueles princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Ainda segundo Canotilho existem os "princípios-garantia" que visam a instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos, sendo-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força dominante, positiva e negativa.

O processo penal não é um instrumento de arbítrio do Estado. É, antes, poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. É um círculo de proteção delineado em torno da pessoa do réu.

5. O decálogo do garantismo penal

1) Nenhuma pena sem crime.
2) Nenhum crime sem lei.
3) Nenhuma lei sem necessidade.
4) Nenhuma necessidade sem lesão.
5) Nenhuma lesão sem ação.
6) Nenhuma ação sem culpa.
7) Nenhuma culpa sem processo.
8) Nenhum processo sem acusação.

9) Nenhuma acusação sem prova.

10) Nenhuma prova sem defesa.

Os dez mandamentos de Luigi Ferrajoli, na marca do garantismo, sinalizam: i) quando e como punir (1, 2, 3); ii) quando e como proibir (4, 5, 6); iii) quando e como julgar (7, 8, 9, 10).

6. Tripé do devido processo legal

São elementos que compõem a base do devido processo legal:

a) regramento legal emanado de agências legislativas legítimas e continente de disposições intrinsecamente justas e razoáveis;

b) instrumento adequado de aplicação dessas normas jurídicas, especialmente o inquérito policial, o termo circunstanciado e o processo judicial;

c) "paridade de armas" entre os sujeitos parciais, sendo o equilíbrio de situações entre eles o reflexo das disposições legais sobre a realidade processual.

A partir dessa tríade, torna-se possível perquirir, objetivamente, acerca da legalidade ou ilegalidade constitucional da atuação estatal no processo penal formulando, diante de uma realidade concreta, as três indagações que lhes correspondam. A resposta negativa a pelo menos um desses quesitos arreda, inexoravelmente, a legitimidade da atividade persecutória penal do Estado em face do imputado, permitindo entrever atuação arbitrária, porque ilegal, de seus agentes que, assim alongados da legalidade, conspurcam a garantia constitucional do devido processo legal, violam direitos fundamentais do cidadão e, como conseqüência última, propiciam julgamentos injustos através de procedimentos iníquos.

Eis as perguntas:

a) preexiste norma legal equânime disciplinando essa atuação, ou seja, é "legal"?

Lei e não ato administrativo editado por quem não é detentor da legitimidade popular democrática, sagrada pelo voto, para elaborar as normas à qual a sociedade será obediente.

b) essa disposição legal está sendo exercitada através do instrumento legal apropriado, isto é, há "processo"?

Se "processo", etimologicamente provém de *pro caedere*, andar adiante, pode-se inferir que deva o processo caminhar sobre a ação do acusador e do defensor e, portanto, que a prova se construa, sobre duas "pernas". Daí ser inadmissível a figura do "Saci-Pererê" processual (que faz o devido processo não caminhar e sim claudicar, saltando sobre as garantias do imputado).

c) esse instrumento processual próprio assegura a isonomia substancial de atuação das partes, vale dizer, é "*devido*"? Sempre julguei preferível não adotar o vocábulo "devido" (do *due process of law*, do direito anglo-saxão) e sim o adjetivo "justo" (do *giusto processo* italiano) para designar um âmbito processual garantista, pois a palavra "justo" melhor expressa o ideal de equanimidade, de isonomia, de igualdade, de proporcionalidade, de justiça, enfim, na sua pureza semântica.

Dizia Carnelutti que os discursos, as informações trazidas pelo defensor e pelo acusador se assemelham a uma roda giratória colorida. Ao girar rapidamente, as cores produzem luz. Ninguém poderia hoje, racionalmente, negar que essa luz tem se refletido com uma opacidade maior para o defensor.

7. Inquérito policial: definição que não conceitua; engana

Mal compreendido, pouco estudado, deveras criticado, deficientemente executado, alvo de arraigado preconceito pelos demais atores jurídicos.

O inquérito policial é comparável a um imóvel com algumas trincas e rachaduras. A opção de alguns não é a de recuperá-lo e fortalecê-lo, tornando-o habitação segura das liberdades individuais. O vivo empenho de algumas instituições têm sido, ao contrário, contribuir quanto possível para sua completa ruína. A inquietude reside no fato de que, desaparecido ou atrofiado o inquérito, a devida investigação policial deixará de possuir uma morada legal.

A negação pura e simples do valor do inquérito policial é, por isso mesmo, revelação da real incapacidade de conhecê-lo e, menos ainda, de aperfeiçoá-lo.

Diante de um crime, por mais bárbaro que seja, a expressão "foi instaurado inquérito policial" tem o condão de conter os diques da ira vingativa imediata porque prenuncia a recomposição jurídica que a sociedade assistirá e reafirma, sobretudo, que num estado de Direito vivemos.

Segundo um conceito clássico, e equivocado, "o inquérito policial é mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti* do *Parquet*, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, mesmo que existisse irregularidade nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal. Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo". (STJ, 6ª T., rel. Min. Pedro Acioli, *DJU*, 18.04.1994, p. 8.525)

Não surpreende que acórdão assim cunhado provenha da mesma Corte que, em tempo não distante, reconheceu a possibilidade de oposição absoluta de sigilo no inquérito policial em relação ao defensor.

Pretendo, neste ponto, desconstruir o conceito de inquérito policial como peça...

a) ...meramente administrativa

b) ...meramente informativa

c) ...absolutamente inquisitiva

d) ...prevalentemente sigilosa

e) ...exclusivamente destinada à formação da *opinio delicti* do Ministério Público

f) ...de vícios intransmissíveis à ação penal.

7.1 O inquérito policial como processo policial judicializado

Não é o inquérito policial "mera" peça administrativa porque constitui-se, na verdade, em processo policial judicializado, conquanto despido de rigidez procedimental.

É "processo", numa acepção lata, porque consubstancia uma sucessão de atos lógica e cronologicamente concatenados.

É *judicializado* (ou, se se preferir, "judicialiforme") porque:

a) o inquérito policial, por força de previsão constitucional, deve ser elaborado com exclusividade por um serviço auxiliar do Poder Judiciário: a *polícia judiciária*. Esta, no pensar de Luigi Ferrajoli, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender.

Mas assim não é no Brasil. Embora serviço auxiliar do Poder Judiciário e fornecedor de elementos de prova, por excelência, ao Ministério Público, a polícia judiciária é, ao mesmo tempo, destinatária da absoluta indiferença do primeiro e da franca hostilidade do segundo. Há tempos deixou de existir o profícuo diálogo para aperfeiçoamento desse instrumento legal.

As discussões (pseudo)doutrinárias são mascaradas porque ocultas sob um biombo dialético além do qual é possível divisar interesses meramente corporativistas mal disfarçados, descomprometidos com as necessidades jurídicas da comunidade.

b) O inquérito policial pode conter provimentos cautelares (limitadores de direitos individuais) os quais somente podem ser expedidos pelo Juiz de Direito com audiência prévia do Ministério Público, nos autos do próprio inquérito e com base nos elementos nele contidos. Assim ocorre com a violação do domicílio, com a interceptação das comunicações telefônicas, com o acesso a informações bancárias e fiscais, medidas, repita-se, sempre decretadas judicialmente com base no acervo indiciário do inquérito policial e, além, no âmbito do próprio inquérito policial porque nos seus autos, assim judicializados, devidamente processadas.

c) O inquérito policial submete-se a estreito acompanhamento do Poder Judiciário e do Ministério Público. Hoje, por remessa dos autos ou pela inspeção

física dos controladores; num futuro bastante próximo por acesso eletrônico, em tempo real, dos atos de polícia judiciária realizados nas repartições policiais.

d) O inquérito policial, para Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, contém atos processuais praticados por delegação. Segundo ele, no inquérito policial há atos que se transmitem, definitivamente, à instrução criminal. Assim, a decisão judicial, que recebe a denúncia ou queixa, embasada em inquérito, volta no tempo e no espaço, judicializando alguns atos de procedimento. No inquérito policial, conclui ele, há atos processuais, praticados por delegação, e nele existe contingente instrução criminal definitiva.

O inquérito policial não pode ser peça puramente inquisitiva porque o imputado, ainda na fase pré-processual, como atrás afirmei, acha-se ungido pela garantia constitucional do "devido processo legal" que é antitético à uma inquisitorialidade cega.

É certo que a doutrina clássica, ficando aqui apenas com Fernando da Costa Tourinho Filho, assim não entendia. Para o ilustre autor citado o que não se admite, pela manifesta absurdidade, é a intromissão da Defesa durante o inquérito, de molde a conhecer as diligências já realizadas e aquelas por realizar, pois, se tal fosse possível, a não ser em casos raros, as infrações cujas investigações exigissem sigilo dificilmente seriam descobertas.

Um pensamento mais progressista e mais harmônico com os postulados materiais de um "devido processo legal", real e efetivo, vindo do pranteado Professor Pitombo, vê com clareza que o envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o processo administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.

Já pregava Manzini que o defensor penal não é patrocinador da delinqüência, mas do Direito e da Justiça. Conforme o mesmo autor, defesa não é, necessariamente,

o correlativo de acusação, pois representa o patrocínio tanto de direitos em conflito quanto de outros interesses ou condições, de direito material ou formal.

Também a Corte Suprema da Alemanha, assentou que o advogado exerce uma "profissão de confiança ligada ao Estado, que lhe outorga uma posição similar à dos funcionários obrigados quanto à verdade e à justiça". Igualmente, entre nós, restou assentado constitucionalmente ser o advogado imprescindível à administração da Justiça, a qual, na figuração de instrumento de aplicação da pena criminal, também vem exercitada pelos órgãos estatais incumbidos (ou auto-investidos mesmo extralegalmente) na função de polícia judiciária, inexorável o seguinte desenlace silogístico: a ação do defensor é, também, absolutamente indispensável no estágio de investigação pré-judicial da infração penal.

A nova ordem constitucional, que sobreveio ao Código de Processo Penal vigente, impõe uma hermenêutica evolutiva que acarreta leitura garantista do art. 14 desse estatuto. Certo que o atendimento aos requerimentos de diligências formulados pelo investigado submete-se, ainda, ao "juízo da autoridade". Todavia, tal juízo não deve ser mais um puro poder discricionário da autoridade policial, ditado por critérios de conveniência e oportunidade do êxito da sua investigação, vale dizer, não se pode, nesse instante, argumentar-se, para a denegação, com a sobreposição, do interesse público na apuração do crime, à garantia individual da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do devido processo legal. O único "juízo" possível, nessa nova interpretação conforme à Constituição, consiste na aferição, pelo Delegado de Polícia, quanto à legalidade da prova cuja produção a pessoa investigada indica. É, portanto, mero juízo de admissibilidade de prova, cuja produção somente será passível de vedação em caso de ilegalidade (ilicitude ou ilegitimidade). Será ilícita se a prova em si, ou os meios necessários para sua obtenção, violarem preceito constitucional; será ilegítima se, embora *prima facie* lícita, tiver por objetivo único o embaraço das apurações, implicando em subversão tumultuária da marcha investigatória lógica cuja direção cabe, esta sim com exclusividade, à autoridade policial.

O art. 14 do CPP é hoje, sem dúvida, a chave hermenêutica que, sendo habilmente manejada pela autoridade policial, pode descerrar as portas do inquérito policial para o ingresso da legalidade constitucional na atividade estatal de polícia judiciária.

Nessa linha de pensamento, o controle externo da atividade de polícia judiciária há de ser exercido não só pelo Ministério Público, que representa os interesses da futura parte acusadora; na mesma medida há ser realizado idêntico controle pelo órgão da Ordem dos Advogados do Brasil, lídimo representante dos interesses da Justiça à qual o advogado é imprescindível e da qual a polícia judiciária é serviço auxiliar.

O inquérito policial jamais pode ser totalmente sigiloso. Menos ainda secreto!

A cláusula de sigilo (que pode ser decretada pela própria autoridade policial ou pelo Juiz de Direito), antes que ferramenta de eficiência da investigação, é providência que configura, em última instância, prestígio à presunção constitucional da não-culpabilidade e da intimidade da pessoa investigada. Decreta-se o sigilo não para lançar trevas sobre os caminhos da investigação e, assim, impedir o imputado de esquadrinhá-lo à cata de sua defesa. Baixa-se o segredo para que os holofotes da imprensa (nem sempre cônscia) não avassalem direitos individuais manejados nos autos. Remotamente protege-se a eficiência dos atos investigatórios cuja revelação poderia ser-lhe nociva.

Obra com abuso de autoridade aquele que veda o acesso do defensor aos autos do inquérito policial porque assim agindo atenta, violenta e desabridamente, contra o exercício legal da advocacia criminal. Pior se os elementos assim esburnidos ao defensor são, logo após, franqueados para a saciedade da grande e irresponsável mídia.

O inquérito policial, quanto à sua teleologia, não se vincula, estritamente, à formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

Os elementos de convicção no inquérito policial contidos transcendem à teleologia da função acusatória, com esta não se confunde e nela não se limita. Como dito, contém, por vezes, a peça instrutória policial certos elementos de prova que, por irrepetíveis, serão transmitidos em definitivo para a instrução judicial.

Para os defensores da tipicidade conglobante o inquérito policial pode prestar-se a, demonstrando a juridicidade da conduta (que lhe subtrai a tipicidade), desautorizar o exercício da ação penal por ausência de justa causa.

Contém o inquérito policial informações adicionais (v.g. o boletim de vida pregressa) que não são de aproveitamento imediato do acusador mas sim do julgador no instante da individualização da pena (informações sobre antecedentes, personalidade, conduta social do indiciado etc.).

Por outro lado, desde que *juri novit curia*, também o Juiz de Direito deve formar sua *opinio delicti*. Por isso que o inquérito policial não esgota sua utilidade unicamente na formação do convencimento do Ministério Público, haja vista que os elementos de convicção enfeixados nos autos investigatórios podem, até, fundamentar uma decisão do Magistrado pela rejeição da denúncia ofertada pelo Promotor de Justiça, discordando da *opinio delicti* deste e, assim, impedindo-o de exercer a ação penal.

Pode ainda, contrário senso, o acervo probatório do inquérito policial lastrear o convencimento do Juiz de Direito que, discordando do pedido de arquivamento, promova a remessa dos autos ao Chefe do Ministério Público, contrariando, nova vez, a opinião jurídica do Promotor de Justiça natural.

Aos que entendem, num sistema acusatório puro, inadmissível essa ação do Juiz de Direito, é de ser lembrada a disposição, também constitucional, da inafastabilidade da apreciação, pelo Poder Judiciário, de qualquer situação onde ocorra lesão, potencial ou efetiva, de direito [e ninguém negará que relativamente ao inquérito policial inexistam riscos tanto a direitos do investigado (de não ser acusado indevidamente ou de não ter seus bens e direitos restringidos ilicitamente)

quanto ao interesse da sociedade (em assistir à promoção da ação penal pelo MP que desse múnus público não pode arbitrariamente dispor)].

Ademais, rigorosamente, correto é dizer que a carga informativa do inquérito policial tem como destinatário não simplesmente o órgão do *Parquet* e sim, corretamente, o detentor da legitimidade para exercício da ação penal pública. Assim, a inércia do Ministério Público, titular preferencial do exercício da ação penal pública, possibilitará ao ofendido, em substituição à denúncia não-oferecida, a apresentação da queixa-crime subsidiária (para cuja preparação hão de concorrer... os elementos de convicção contidos no feito policial!). Sendo notório que o Ministério Público, sistematicamente, oferece denúncia após extrapassado o prazo legal, infere-se não ser o Promotor de Justiça o destinatário exclusivo, conquanto preferencial, dos autos da disquisição policial. Ao menos no plano jurídico, remanesce em grande parte o inquérito policial repousado no âmbito dispositivo útil do advogado da vítima, potencial querelante (não calhando aqui argumentar-ser que, no plano fático, dificilmente seja exercitada a ação penal privada subsidiária da pública).

Contribuiu, ainda, o inquérito policial para a segurança jurídica do investigado, já que seu arquivamento impede novas arremetidas investigatórias do Estado contra a mesma pessoa, exceto em caso de superveniência de fato novo.

Como uma correta investigação não implica em (e mesmo não se compadece com) uma coleta seletiva de "provas", muitos elementos de convicção servirão a subsidiar os esforços defensivos para reconhecimento de uma dada circunstância fática excludente de ilicitude, dirimente, atenuante ou minorante da pena. Ouso dizer que tais elementos seriam menos abundantes, portanto conduzindo o processo a uma dialética mais limitada e menos garantista, se a pessoa do investigante coincidisse com a do próprio acusador (comprometido psicologicamente com a extensão e o êxito de sua acusação).

O inquérito policial, como radiografia do fato criminoso, ao atestar a presença dessa chaga perniciosa, recomenda e legitima a drástica intervenção cirúrgica do Estado. Retirar-lhe o imperativo de subsunção à isenta verdade, proclamando sua vinculação teleológica com os interesses exclusivos da parte processual acusatória,

é subtrair-lhe, como conseqüência, o matiz eqüitativo e veritativo para, então, transformar a autoridade policial e seus agentes em cegos perseguidores da culpa do investigado, com amplas espaldas para as razões e direitos deste.

Os vícios do inquérito policial podem, sim, contaminar irremediavelmente a ação penal.

Uma investigação realizada por quem não possui a legitimidade constitucional de fazê-la ou, então, promovida indevidamente por quem detém tal múnus, pode acarretar lesão irreversível a garantias individuais do investigado, com o produto final de uma prova ilícita que, por derivação, contaminará as que dela decorrerem logicamente na fase posterior da persecução penal, sem a necessidade de demonstração de prejuízo porque este, no caso, está representado pela ofensa material ao princípio-garantia (do devido processo legal) em si e não pelo resultado que, eventualmente, tenha a desconsideração propiciado ao investigante.

Será válida a prova processual derivada de uma indevida investigação ilegal? Pensamos que não, posto que há sanção constitucional de invalidade, em caráter absoluto, do que se seguir ou se relacionar com violação de garantias individuais do cidadão acusado ou investigado, independentemente de quanto tenha rendido (em termos de elementos de convicção ou de prova) ao violador com sua violação.

8. Investigação defensiva

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.

O direito de defesa pelo investigado na fase antejudicial da persecução penal representa uma garantia bifronte:

a) garantia formal: traduzida no direito à produção de elementos de convicção (ou de provas). Consiste, pois, no direito a ministrar, pela investigação, elementos de conhecimento ao Magistrado, ao Ministério Público e à Autoridade Policial. Há, aqui, uma intersecção entre o direito de autodefesa e da defesa técnica, eis que a produção da prova defensiva consiste de uma reação do investigado à ação investigatória oficial e essa contra-ofensividade pode operar-se quer pessoalmente pelo imputado (que exibe ou indica elementos de convicção que lhes são favoráveis) quer pelo defensor com habilitação técnica que colhe, produz ou sistematiza tais provas (materiais, documentais ou mesmo subjetivas) através de seu labor jurídico, eventualmente coadjuvado por expertos de outras áreas do conhecimento humano.

b) garantia material: relativa ao direito à preservação da liberdade, da moral, do patrimônio do imputado. É o direito de não sofrer privação (cautelar) da liberdade individual, ou restrições de toda ordem (buscas e apreensões domiciliares, arrestos, seqüestros, violação da intimidade pelas interceptações telefônicas e pelo acesso a informações fiscais etc.) ou vilipêndios morais senão quando existentes elementos de convicção razoáveis (e licitamente produzidos) de materialidade e autoria da infração penal investigada.

8.1 Benefícios da investigação defensiva

Vislumbram-se como inexoráveis vários benefícios como conseqüência direta ou reflexa da atividade do defensor que dirige sua própria investigação, em qualquer fase ou estágio da persecução penal:

a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o Ministério Público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico;

b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados;

c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior;

d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerme e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal;

e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova;

f) maior proximidade do processo penal com a verdade "real" atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisum* com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.

8.2 Poderes na investigação defensiva no modelo italiano

Na Itália, a Lei 397, de 07.12.2000, alterando os arts. 327 e 391 do Código de Processo Penal tornou possível ao advogado:

a) entrevistar pessoal e informalmente potenciais testemunhas;

b) colher declaração escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho;

c) requerer laudos periciais ou, então, produzi-los através de assistentes técnicos;

d) efetuar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados;

e) solicitar documentos em poder da Administração Pública, deles extraindo cópias;

f) formar o instrumento para documentação dessas atividades.

A vantagem perceptível dessa atividade é que permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque

volta-se a realizar cabalmente o princípio de paridade que, como dito, é a base do devido processo legal.

8.3 Situação atual da investigação defensiva na Itália

Recente decisão da Corte de Apelo de Torino, confirmada pela Corte de Cassação Italiana, assentou que o defensor penal que assume as vestes de investigador é reconhecida uma dúplice qualidade: aquela de exercente de um serviço de necessidade pública na relação com o próprio assistido (imputado ou pessoas ofendidas), o qual se vale de sua obra para a tutela dos seus interesses no procedimento penal, e aquele de oficial público no momento em que documenta a atividade de inquérito defensivo com as modalidades e nas formas previstas pelo Código de Processo Penal (Sentença de 17.01.2005, Corte de Apelo de Torino, Seção I, n. 3.291).

Os advogados italianos entusiastas da investigação[2] sentiram-se intimidados com essa decisão, sobretudo porque, a partir dela, descortina-se possível tipificação de conduta para o advogado investigante que agir no extremo da parcialidade (!).

9. Um apelo conclusivo

Mister que a autoridade policial, como presidente da fase investigatória administrativa reservada à ação da polícia judiciária, preserve, no âmbito de suas atribuições, a garantia do devido processo legal, potencializando o uso da disposição garantista encerrada no art. 14 do CPP, propiciando que nos autos do inquérito policial ingressem, também, os elementos de prova (dês que legítimos) de interesse da defesa da pessoa sujeita à investigação ou indiciamento.

É tempo de dissipar rançosos preconceitos. Superar anacronismos. Vencer barreiras ideológicas que impedem enxergar além. A polícia é igual em todo o

2. Impossível deixar de registrar, aqui, minha gratidão à Dra. Francesca Rusconi, pela colaboração e paciência, seja no habitual fornecimento de material doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, quer no diálogo constante que nos permitiu ampliar a percepção de como essa inédita experiência efetivamente caminha além-mar.

mundo. Veste uniforme azul ou verde ou uniforme nenhum. Mas sua tarefa e seus meios são comuns. Ela não é um corpo estranho à sociedade... integra-a... É tempo de resgatar o cidadão-policial dessa condição de pária da democracia...

É hora de lançar ao fogo o dogmatismo descompromissado com a justiça e obediente tão só a interesses corporativos. Ninguém é dono de qualquer coisa no processo penal; exceto o imputado que é detentor inalienável de direitos fundamentais que lhe foram conferidos como resultado da histórica luta contra a tirania do Estado.

Rompe-se o processo de secularização quando se criam divindades dentro do processo. O espaço de aplicação da lei penal também deixa de ser laico quando se constroem, a par dos anjos, também os demônios (com rabos e chifres, fardas e coletes, anéis e gravatas).

Não se faz ciência com os olhos toldados pelo preconceito. Advogado não é um bandido jurídico. Policial não é criminoso oficial. Promotor não é querubim de "hollerith". Juiz não é uma contemplativa Têmis.

Sejamos preconceituosos contra os preconceituosos.

Olvidar vãs esperanças, duvidar de falsas promessas, romper preconceitos. Este o primeiro passo para encaminhar o processo penal brasileiro aos trilhos donde nunca deveria ter se descarrilado: a bitola da dignidade humana.

Nós atores jurídicos, advogados, delegados, promotores, juízes, lembremo-nos que antes que advogados, delegados, promotores e juízes somos cidadãos e antes que cidadãos seres humanos. Nossa missão é especial e dificílima, pois nos cabe manejar os direitos de nosso próximo. Esse manejo somente pode ser concebido dentro de parâmetros de legalidade ou, melhor, de justiça.

Nem sempre o legal é o razoável e o julgado é o justo.

O direito penal é o cobertor que protege certos valores. Não os cria. Apenas tenta protegê-los da frialdade do crime. Assim como a coberta não aquece o corpo que envolve, mas apenas impede que dele o calor escape. Não baniremos as injustiças do mundo declamando o Código Penal.

Por isso, façamos de nossos gabinetes e escritórios a trincheira da legalidade investigatória... não somos escravos do que é legal e sim discípulos do que é justo... a lei, ora a lei... abandonemos a lei, busquemos a Justiça...

Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação

Elmir Duclerc
Promotor de Justiça em Salvador-BA.
Mestre em Ciências Penais pela UCAM.
Professor de Direito Processual Penal e coordenador geral do curso de Direito das Faculdades Jorge Amado-BA.

Sumário: 1. Introdução – 2. A prisão processual e o princípio do estado de inocência – 3. A prisão processual e o princípio da proporcionalidade – 4. A prisão processual e o princípio do devido processo legal – 5. A prisão processual e o direito a julgamento em prazo razoável – 6. Dignidade da pessoa humana – 7. A inefetividade das normas de proteção à liberdade e a crítica do sistema penal – 8. A inefetividade do sistema constitucional de garantias na prática dos sujeitos processuais – 9. Conclusões – 10. Referências bibliográficas.

Resumo: O sistema de prisões processuais, no Brasil, está regulado por alguns princípios de garantia previstos em documentos internacionais sobre Direitos Humanos e, sobretudo, no próprio texto constitucional de 1988, que não apresentam, todavia, níveis aceitáveis de efetividade, eis que constantemente violados no plano da produção legislativa infraconstitucional, e da prática diária de juízes, promotores e advogados. Isso ocorre graças à seletividade do próprio sistema penal, e sua vocação natural para ser utilizado como instrumento de manutenção de um determinado modelo de distribuição de bens e trabalho nas sociedades humanas, sobretudo a partir da queda do Muro de Berlim, em 1989, e a aparente vitória do

capitalismo, como modo hegemônico de produção no mundo. A superação desse quadro, portanto, só pode ocorrer a médio e longo prazo, e depende fundamentalmente da compreensão da dimensão política da atuação dos operadores do direito e de seu compromisso político efetivo com essa finalidade.

Abstract: The system of procedural prisons, in Brazil, is regulated by some guaranteed principles foreseen in international documents of Human Rights and, especially, in the constitutional text of 1988, which does not show, however, acceptable levels of effectivity, that are constantly violated in the infraconstitutional legislative production, and in the judges´, prosecutors´ and lawyers´ daily practices. This happens because of the penal system´s selectivity, and its natural vocation to be used as a maintenance instrument of a certain model of goods and work distribution in human societies, above all starting at the fall of the Wall of Berlin, in 1989, and due to the apparent victory of capitalism, as a hegemonic way of production in the world. This view can only be overcome, however, in the middle and long run, and it fundamentally depends on the understanding of those who operate the rights in the political dimension and their effective political commitment to this purpose.

Palavras-chave: Processo penal – Prisões – Crítica – Princípios – Efetividade – Constituição.

Keywords: Criminal procedure – Prisons – Criticism – Principles – Effectivity – Constitution.

1. Introdução

O presente trabalho foi apresentado, oralmente, como parte integrante do painel "Limites e Funções da Prisão Processual", no 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCrim, ocorrido, em São Paulo-SP, entre os dias 29.08.2006 a 01.09.2006.

Dentro dessa temática optou-se por estudar o tema a partir da identificação dos princípios consagrados no texto constitucional e em documentos internacionais

de Direitos Humanos aos quais o Brasil aderiu, e que tem aplicação direta à matéria, para, em seguida, aferir quanto à sua efetividade, ou seja, sua aplicação concreta no âmbito da legislação infraconstitucional e da prática diária dos profissionais das carreiras jurídicas da atualidade, procurando, por fim, identificar as causas do problema e sinalizar com possibilidades de superação.

O tema sob análise, todavia, reclama uma reflexão mais profunda sobre a própria legitimidade da persecução penal na modernidade. Como bem salienta Vieira, "não sem razão, já se disse que o processo penal é o sismógrafo da constituição de um Estado (Claus Roxin), que o processo é o próprio 'Derecho constitucional reglamentado' (Julio B. J. Maier), ou que é ainda 'el termómetro dos elementos corporativos o autoritários de la Constitición' (Goldschimidt). Mas, se tudo isso é verdadeiro, não se pode perder de vista que é através da forma como está regulamentada e como é aplicada a prisão provisória que se pode mais facilmente reconhecer o processo penal de uma nação".[1]

Talvez por isso, a advertência de Binder, no Prefácio do seu fabuloso trabalho *Introdução ao Direito Processual Penal*:[2]

"Este é um livro de introdução aos mecanismos que nós, seres humanos, utilizamos para prender os nossos semelhantes dentro de jaulas (...) Poderia apresentá-lo falando da justiça, da jurisdição, dos grandes princípios constitucionais, das inumeráveis metáforas que os juristas inventaram para acreditar que no final de tudo não está o cárcere, mas não quero fazê-lo.

– Senhores estudantes! No final disto tudo está o cárcere, e o cárcere é uma jaula para prender humanos."

Trata-se, portanto, de uma investigação que se pretende *crítica*, isto é, que compreende o sistema penal e o próprio fenômeno jurídico circunscritos à dinâ-

1. VIEIRA, Antônio. Princípio da proporcionalidade e prisão provisória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.119, 25 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8694>. Acesso em: 21 nov. 2006.

2. BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, XXI.

mica das relações de poder travadas na sociedade, sem perder de vista, portanto, o compromisso declarado com a construção de um processo penal democrático, atento à demanda social por segurança pública, mas intransigente na defesa da liberdade e demais direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado.

2. A prisão processual e o princípio do estado de inocência

Dentre os princípios do direito processual penal que têm aplicação direta no regime de prisões processuais, destaca-se como mais importante, sem dúvida, o chamado princípio da *presunção* ou *estado de inocência*,[3] ou, ainda, da *não culpabilidade*, positivado, como se sabe, no art. 5.º, LVII, da CF/88, bem como no art. 8.º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,[4] ou Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Brasil, e vigente por força do Dec. 678/92:

Inicialmente, veja-se que o princípio sob comento não pode ser bem compreendido senão como consectário lógico do princípio da proteção constitucional à liberdade e *garantia* da sua efetividade. No particular, aliás, veja-se a preciosa lição de Binder:

"Construir com certeza a culpabilidade significa destruir, sem deixar dúvidas, a situação fundamental de liberdade da pessoa acusada. Se não houver este grau de certeza, não se poderá chegar à decisão, da culpabilidade... a situação básica de liberdade deve ser destruída mediante uma certeza, caso contrário permanece o *status* básico de liberdade.[5]

3. A respeito de tal princípio, lembra OLIVEIRA que o mesmo "impõe ao Estado a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação". Op. cit., p. 23.

4. No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que estabelece em seu art. XI, 1 que "toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

5. BINDER, Alberto. Op. cit., p. 88-89.

Tem-se, assim, que se ninguém pode ser *considerado* culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, então também não pode, em princípio, sofrer antecipadamente os efeitos de uma eventual condenação. Esse raciocínio simples e claro põe em cheque, na verdade, todo o sistema de prisões processuais. Num primeiro momento, poder-se-ia cogitar que todas as modalidades de prisão processual foram simplesmente abolidas, ou, em sentido diametralmente oposto, como Silva Jardim, que a norma do art. 5.º, LVII, da CF/88, deve incidir somente sobre a questão do ônus da prova. A opinião prevalecente, contudo, tanto na doutrina como na jurisprudência, é que a as prisões processuais não foram exatamente abolidas, mas só poderão persistir enquanto cumpram alguma função *cautelar*, isto é, enquanto sirvam realmente para garantir o resultado útil do processo penal de conhecimento, e desde que estejam presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.[6] O argumento, no caso, é bastante simples e convincente: se a prisão pode vir como resultado de um título executivo penal, então ela pode ser antecipada quando a prisão for imprescindível para evitar que o acusado, solto, inviabilize a obtenção desse título executivo ou frustre, fugindo, a possibilidade da execução.

Observe-se, contudo, que o princípio sob análise não tem encontrado ressonância na legislação infraconstitucional.

Veja-se, por exemplo, a possibilidade de decretar a prisão preventiva quando houver ameaça à ordem pública ou à ordem econômica, como prevê o art. 312 do CPP, pois, seja qual for o sentido que se pretenda atribuir a essas expressões, a restrição à liberdade, nesses casos, não cumpre qualquer função de garantia em relação a resultado útil do processo principal. Tem, portanto, finalidade própria (garantir a ordem pública ou econômica), e se traduz, assim, em medida satisfativa, que acaba por antecipar indevidamente os efeitos da

6. A doutrina processual penal mais moderna, reclamando a construção de uma noção própria de cautelaridade para o processo penal, prefere utilizar essas expressões em detrimento das categorias já conhecias do direito procesual civil, *fumus bonmi iuris* e *periculum in mora*. Assim, por exemplo, LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 189; e DELMANTO JUNIOR. *Modalidades de prisão processual e seu tempo de duração*, p. 66-67.

tutela de conhecimento, determinando o encarceramento de quem, por força da Constituição Federal, é inocente até que a sentença condenatória passe em julgado. De igual modo, violam a presunção de inocência as normas que determinam o encarceramento como conseqüência imediata da sentença condenatória ou da decisão de pronúncia, e aquelas que simplesmente vedam a concessão da liberdade provisória, em alguns casos, sem a demonstração efetiva da necessidade da tutela cautelar.

3. A prisão processual e o princípio da proporcionalidade

Impossível deixar de referir, ainda, o chamado princípio da proporcionalidade, largamente aceito e compreendido pela doutrina constitucionalista como sendo uma espécie de regra fundamental a ser observada pelos que exercem o poder, exigindo uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são perseguidos.

Segundo Bonavides, citando Muller:[7]

"Nesta última acepção (...) há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente".[8]

Registre-se, ademais, que o princípio da proporcionalidade encontra-se indubitavelmente positivado no nosso direito constitucional, visto que,

"Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2.º do art. 5.º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da constituição (...)".[9]

7. MULLER, Pierre, *Zeitschrift für Recht*, Band 97, 1978, Basel, p. 531, apud BONAVIDES, Paulo. Op. cit.

8. BONAVIDES. Op. cit., 357. Na mesma linha, CANOTILHO. Op. cit., p. 262-261.

9. BONAVIDES. Op. cit., p. 396.

Finalmente, não é preciso muito esforço para vislumbrar as inúmeras possibilidades de aplicação concreta do princípio em direito e processo penal, particularmente na disciplina jurídica das prisões. Parece claro, por exemplo, que à luz desse princípio a prisão processual deve ser sempre *excepcional*,[10] isto é, deve ser sempre a última opção para a preservação do resultado útil do processo, e jamais poderá ser mais gravosa do que a própria sanção penal prevista para o crime, o que significa dizer que jamais poderia ser decretada quando a infração não admitisse pena privativa de liberdade em regime fechado.

Não há, contudo, qualquer restrição na legislação infraconstitucional nesse sentido, o que tem levado muitos juízes a decretar ou manter prisões processuais em casos tais.

4. A prisão processual e o princípio do devido processo legal

O princípio do *devido processo legal* se encontra expressamente previsto no art. 5.º, LIV, da CF/88, nos termos seguintes:

"Art. 5.º (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

Veja-se, inicialmente, que da mesma maneira que o princípio do *estado de inocência* está diretamente vinculado ao princípio da proteção à liberdade, o *devido processo legal* parece decorrer dos demais, funcionando, inclusive, como garantia de sua efetividade. Assim, para que seja modificada a situação natural de liberdade de qualquer pessoa, necessário que seja definitivamente provada a sua culpa, através de um processo judicial prévio.

Observe-se, contudo, que o princípio não deve ser entendido apenas como exigência de que a sentença condenatória seja sempre precedida de um processo, e que

10. Nesse sentido, DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 65.

esse processo obedeça aos trâmites legais previamente instituídos, mas, antes, como exigência de um determinado tipo de processo (o processo devido).[11] Trata-se, assim, de uma maneira especial de enxergar o *due process of law,* compatível com a idéia segundo a qual, na lição de Canotilho, "uma pessoa não tem direito apenas a um processo legal, mas sobretudo, a um processo legal, justo e adequado". Nessa mesma linha, prossegue o mestre português, que francamente se orienta conforme essa tendência, o devido processo legal poderia então ser considerado "como protecção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais, quer nas dimensões substantivas".[12]

De igual modo, ao refletir sobre o conteúdo do *due process,* sustenta Silva Jardim:

"A cláusula 'devido processo legal' deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de Direito e não mero objeto de investigação (...)".[13]

É o próprio professor carioca, ademais, informa, fazendo coro com a melhor doutrina pátria, o que seria o processo *justo,* ao afirmar que "o devido processo legal está vinculado à depuração do sistema acusatório de processo penal".[14]

O *devido processo legal,* portanto, será, sem dúvida, um processo típico, ou seja, cujos trâmites estejam previstos com anterioridade na lei. Mas, muito além, deve ser também um processo orientado conforme os cânones do chamado *sistema acusatório de processo penal,* ou seja, um processo composto por um juiz efetivamente imparcial e partes parciais em igualdade de condições. No dizer de Prado,

"(...) um processo de partes, visto quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais

11. Sobre o devido processo legal nesse sentido mais reduzido, aliás, melhor será tratá-lo, como faz Antonio SCARANCE FERNANDES, *de garantia do procedimento típico.* (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional,* p. 105.)

12. CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* p. 450-451.

13. SILVA JARDIM, *Direito processual penal,* p. 318.

14. Idem.

sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como relacionam-se juridicamente autor, réu, seu defensor e juiz no exercício das mencionadas funções."[15]

Se a prisão antes de passar em julgado a sentença deve ter sempre natureza de medida cautelar, então é certo que, como forma específica de manifestação do poder jurisdicional, deve também estar sempre vinculada ao *princípio do devido processo legal*, isto é, ao *sistema acusatório* de processo penal, o que significa, note-se bem, que nenhuma prisão poderia ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante simples representação da autoridade policial, isto é, sem *pedido* expresso do acusador. Essa orientação, contudo, tem sido sistematicamente rechaçada pela jurisprudência pátria,[16] onde prevalece, lamentavelmente, a tese inquisitorial do *poder geral de cautela* do juiz.[17]

5. A prisão processual e o direito a julgamento em prazo razoável

As prisões processuais, como já se disse, são mecanismos que permitem restringir o estado original de liberdade do indivíduo, e como tais só poderão ter lugar, à luz da Constituição Federal, em situações excepcionais, quando e *enquanto* for estritamente necessária para garantir o resultado útil do processo penal de conhecimento.

A necessidade de proteção jurídica à liberdade, todavia, exige mais que isso, e tem inspirado, assim, a introdução, em alguns importantes documentos internacionais de direitos humanos, de normas que exigem limitação temporal a qualquer restrição legal que se pretenda impor, no curso de um processo criminal,

15. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 114.

16. Ver, nesse sentido, as seguintes decisões referidas ao final do capítulo: TRF 4ª R., 1ª T., HC 90.04.20698-1, rel. Paim Falcão, j. 27.09.1990, *RTRF* 4ª R. 4/559; STJ, 6ª T., RO em HC 8.755, rel. Hamilton Carvalhido, j. 28.09.1999, *DJU* 24.09.2001, p. 341; STJ, 5ª T., HC 16.333, rel. Gilson Dipp, j. 14.08.2001, *DJU* 15.10.2001, p. 275.

17. Essa tendência autoritária, aliás, permanece impregnada no Projeto de Lei 4.208/2001, que tramita no Congresso Nacional, e pretende alterar o CPP no que se refere às medidas cautelares, e à prisão processual especialmente.

a esse direito fundamental. É assim, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (art. 9.º, 3; 14.º, 3, *c)*, 10.º, 2, *b)*) e na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7.º, 5; e 5.º, 5), que, como já dissemos, integram o nosso ordenamento jurídico, por força da norma do art. 5.º, § 2.º, da CF/88.

Não basta, portanto, que a prisão seja excepcional, mas deve haver um prazo razoável para a sua duração, mesmo quando for estritamente necessária. A própria legislação infraconstitucional, note-se bem, parece ter intuído essa lógica, pelo menos na regra do art. 648, II, do CPP, que permite a utilização do *habeas corpus* para coibir uma coação ilegal à liberdade ambulatória *quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.*

O problema, contudo, é que, salvo raras exceções,[18] a lei não estabelece de forma clara limites temporais para que alguém permaneça preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O que há, na verdade, são prazos legais estabelecidos para a prática de alguns atos processuais atribuídos às partes e ao juiz que vem sendo utilizados como critérios para aferir qual o tempo limite de duração da prisão.

Note-se, por outro lado, que ainda existe muita polêmica sobre a forma de contagem desses prazos, para fins de configurar ou não *coação ilegal à liberdade ambulatória.* É que, enquanto alguns defendem a contagem isolada, outros (em maior número, aparentemente) sustentam a possibilidade de contagem global, em que o atraso num determinado ato processual poderá se compensado, mais adiante, pela economia de tempo na realização de atos subseqüentes, de forma que o excesso só estará configurado quando for extrapolado o limite resultante da soma de todos os prazos específicos. Esse último, aliás, é o entendimento consagrado na jurisprudência pátria.[19]

18. Prisão temporária e crimes hediondos.

19. Nesse sentido: TRF 4ª R., 2ª T., HC 95.04.36081-5, rel. Tânia Escobar, *DJU* 27.09.1995 e *Revista Jurídica* 219/124.

Assim, por exemplo, se a infração penal deve seguir o procedimento para os crimes punidos com reclusão, previsto no art. 394 e ss., o tempo máximo de prisão deve ser de 81 dias, resultante da soma dos seguintes prazos para os diversos atos processuais ali previstos.

Observe-se, contudo, que, seja qual for o procedimento adotado, embora haja prazos preclusivos para a interposição dos recursos (apelação e recurso em sentido estrito), bem como para seu processamento em primeira instância, não existe regra limitando o tempo para o seu julgamento na instância superior.

Omissões como essas têm gerado grandes dificuldades e incertezas, sobretudo pela existência desses verdadeiros *tempos mortos*, no dizer de Delmanto Junior, "momentos em que o judiciário poderia restar inerte ou atuar de maneira extremamente morosa, não impondo o devido andamento ao processo, sem que esse tempo fosse contado para efeito de excesso de prazo na prisão cautelar".[20]

Ademais, e lamentavelmente, a jurisprudência pátria, de um modo geral, ao invés de trabalhar na construção de critérios mais rígidos para a identificação clara do excesso em cada caso, tem contribuído no sentido de relativizar até mesmo os parâmetros objetivos que ainda restam, tornando ainda maior a margem de arbítrio judicial sobre as questões em torno da liberdade.

Talvez por influência dos documentos internacionais de direitos humanos,[21] tornou-se lugar comum falar em *razoabilidade* como critério último para decidir sobre excesso de prazo na prisão processual. Ocorre, contudo, que aqui também estamos diante de uma expressão deveras abstrata, a reclamar um processo de objetivação, seja através do próprio texto legal ou, na sua falta, através de construção jurisprudencial. O que se vê, todavia, é uma perigosa tendência em lançar mão do argumento da razoabilidade para, muitas vezes, simplesmente negar a existência de coação ilegal, mesmo nos casos em que o prazo de 81 dias (no procedimento

20. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 233.

21. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 9.º, 3, 1ª parte; Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, art. 7.º, 5, 1ª parte.

ordinário) tenha sido excedido. Conforme o preciso diagnóstico de Silva Franco[22] e, depois, Delmanto Junior,[23] haveria algumas tendências jurisprudenciais claramente influenciadas por essa lógica de relativização da proibição do excesso de prazo sob argumentos diversos, isto é, a prisão estaria justificada, apesar de excedido o prazo de 81 dias, desde que:

a) Já tenha sido alcançada uma determinada fase processual, ou seja: as testemunhas de acusação já foram ouvidas, a instrução já foi concluída; o processo já se encontra em alegações finais; os autos estão conclusos para sentença; a sentença já foi prolatada; nos processos da competência do júri, já houve decisão de pronúncia.

b) O fato investigado seja grave.

c) A causa seja complexa.

d) O atraso tenha sido provocado pela defesa.

Todas essas tendências dão o tom, na verdade, de como tem sido, de um modo geral, o comportamento da jurisprudência brasileira em termos de direito e processo penal, ou seja, lançando mão sempre de um processo esquizofrênico de interpretação *retrospectiva* da Constituição e dos documentos internacionais de direitos humanos, pela qual, no dizer de Barroso[24] "se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o antigo".

6. Dignidade da pessoa humana

Por fim, convém chamar atenção para o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado genericamente no art. 1.º, III, da CF/88, e desdobrado, sem dúvida alguma, nos incisos III e XLIX do art. 5.º, da CF/88, que rezam:

"III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

22. FRANCO, Alberto Silva. Jurisprudência organizada: *habeas corpus* (terceira parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 02, abr.-jun. 1993, p. 166-215.

23. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 297 e ss.

24. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 70-71.

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;"

Quem conhece minimamente o sistema carcerário do país tem idéia do cínico e absurdo descompasso que existe, no caso, entre norma e realidade. Os últimos números oficiais do Brasil dão conta de uma população carcerária de 376 mil pessoas, espremidas em cerca de 250 mil vagas, em condições absolutamente precárias, expostas a toda sorte de riscos e doenças. Basta lembrar, no particular, outros números oficiais que dão conta de 303 rebeliões no ano de 2003, com mais de 300 mortos, ao todo.

7. A inefetividade das normas de proteção à liberdade e a crítica do sistema penal

Para entender o porque da ineficácia sistêmica das normas de proteção à liberdade, é necessário, antes de qualquer coisa, ter em mente que o Direito é um fenômeno social, necessariamente ligado, portanto, a um complexo de fatores de ordem política, econômica e cultural.

Somente sob esse prisma, aliás, é possível compreender a própria construção da base principiológica do Direito Penal e do Direito Processual Penal contemporâneos, por parte do pensamento ilustrado liberal do século XVIII, como uma forma de resistência ideológica ao arbítrio punitivo do absolutismo. Lembra Ferrajoli que foi justamente através da crítica dos sistemas penais e processuais do *Ancien Régime,* durante os séculos XVII e XVIII, que se foram construindo os valores da cultura jurídica moderna em geral, como o respeito à pessoa humana, a liberdade, o nexo entre liberdade e legalidade, os limites à atividade do Estado frente aos cidadãos, a separação entre direito e moral, etc.

Essa união entre direito penal e filosofia política reformadora, todavia, é rompida na segunda metade do século XIX, quando, consolidado o poder da burguesia, e instalado o Estado liberal, foi-se afirmando uma concepção conservadora e autoritária do direito penal como técnica de controle social, que trouxe, paulatinamente, uma perigosíssima relativização dos postulados construídos no século anterior.

O resultado, disso tudo, contudo, só seria desocultado em toda a sua extensão a partir das contribuições da chamada *criminologia crítica*,[25] que se apresenta como um novo grande paradigma do pensamento criminológico moderno, em substituição à chamada criminologia tradicional ou *etiológica*, despreocupando-se com o estudo das causas do comportamento criminoso para debruçar-se sobre "as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o *status* de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos (*labeling approach*), assim, como para o funcionamento da reação social informal e institucional".[26]

Em suma, com a criminologia crítica criam-se condições para a denúncia do sistema penal como instrumento de dominação que se exerce mediante a criminalização de certas pessoas através do próprio direito penal, que *funciona* na medida em que disponibilize e legitime as formas mais violentas de intervenção estatal a serviço de grupos hegemônicos, em detrimento de todo e qualquer ideal democrático e socialista de justiça e igualdade.

É fácil compreender, portanto, a esta altura, por que razões as normas de proteção à liberdade não conseguem acolhida na legislação infraconstitucional e na prática dos operadores do direito, e porque é tão importante recuperar, como faz Ferrajoli, o sistema ilustrado de direito e processo penal, a partir da crítica e resgatar as *garantias individuais* em sua maior abrangência possível, como única forma de proteger as classes subalternas contra a voracidade punitiva das nossas elites burguesas.

A novidade, contudo, é que a lógica da exclusão e a ação extremamente desumana do sistema penal parece estar chegando, no Brasil, a um verdadeiro

25. Cabe, sem dúvida, a Kant, a paternidade do termo *crítica*, como *o processo através do qual a razão empreende o conhecimento de si*. ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*, p. 221. De lá pra cá, é lógico que o termo *crítica* tem dado azo a um sem número de definições e redefinições, de forma que seria absolutamente inimaginável, para os limites desse trabalho, dar conta de todas elas. Pode-se trabalhar, contudo, com a noção clara e simples formulada por MICHEL MIAILLE, que assinala: "É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possibilidade de fazer aparecer o invisível". *Introdução crítica ao direito*, p. 21. Vale dizer, adotar uma postura crítica significa, no estudo de fatos sociais, a busca dos impensados sociais, das realidades que estão escondidas por trás dos discursos.

26. BARATTA, A. Op. cit., p. 210-211.

ponto de estrangulamento. Como era de se esperar, a repressão violenta à criminalidade, estimulada em grande parte por uma imprensa pouco escrupulosa, ávida em vender a notícia sangrenta, acaba se convertendo, ela mesma, num elemento extraordinário de reprodução da violência, pois ninguém em sã consciência pode imaginar que alguém tratado com extrema desumanidade possa manter vivo por muito tempo suas características e valores humanos mais elementares.

Das muitas coisas que foram ditas durante a recente crise de segurança vivida recentemente no Estado de São Paulo, nas entranhas do seu sistema prisional, duas afirmações chamam atenção: uma como exemplo de extrema lucidez; e outra como exemplo de um memorável desatino, que vale muito, todavia, como objeto de análise e crítica. Sobre a crise vivida, disse o então governador Cláudio Lembo, do alto de sua sabedoria anciã, que a elite branca de São Paulo não iria mais conseguir esconder debaixo do tapete aquilo que seria o resultado de toda uma história de exclusão e desigualdade. Por outro lado, o Ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em entrevista à revista *Playboy*, falando sobre a candidatura de Geraldo Alckimin no pleito presidencial de 2006, respondeu que a questão da segurança pública seria, de fato, uma fragilidade na campanha do seu colega de partido, mas que isso se devia a uma *fatalidade* (?), já que teria sido ele, Alckmin, quem mais fez, construindo presídios, etc. À parte a sandice (ou conveniência política) de explicar a crise de São Paulo da mesma forma que se explica a queda de um raio, um tufão, um terremoto, a afirmativa do ex-presidente traz pelo menos uma mensagem verdadeira, ainda que subliminarmente: de fato talvez tenha sido o último governo de São Paulo aquele que mais investiu numa política irracional e extremamente violeta de gestão penitenciária e de segurança pública.

8. A inefetividade do sistema constitucional de garantias na prática dos sujeitos processuais

Se de um lado a criminologia crítica denunciou a seletividade do sistema penal no que se refere aos seus clientes, isto é, aos miseráveis que vão ser concre-

tamente alcançados pelos órgãos da persecução penal, parece claro, também, essa mesma lógica da seletividade também atua do outro lado do balcão.

É justamente aqui, a partir da investigação crítica do regime jurídico, e, sobretudo, da atuação concreta de juízes, promotores, defensores, que se pode perceber, com clareza solar, a violência, as contradições e incoerências próprias do nosso sistema de justiça penal, construído, como se sabe, sob o signo do autoritarismo e comprometido até a medula com a manutenção de um modelo assombrosamente injusto de divisão de bens e de trabalho.

É preciso lembrar, nessa linha de pensamento, que desde a queda do muro de Berlim, em 1989, vivemos no plano econômico uma situação de absoluta hegemonia do capitalismo como referencial em termos de modo de produção no mundo inteiro. Como conseqüência disso, ademais, os países capitalistas do ocidente, orientados pelo chamado *Consenso de Washington* (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização Mundial do Comércio – OMC), trataram de desmontar as estruturas do chamado *estado providência*, fazendo ressurgir, sob nova roupagem, e muito mais voraz, o bom e velho liberalismo econômico radical e ortodoxo, sob o apelido de *neo.*

Uma das mais terríveis conseqüências desse processo, contudo, talvez seja a influência dessa cultura *neo liberal* sobre a visão de mundo das gerações que vão começando a assumir as funções de liderança política na sociedade, sobretudo aqueles oriundos da classe média que, com o seu estilo de vida e valores, representam com mais fidelidade o modelo de sociedade em que vivemos, ou seja: consomem e querem continuar consumindo; sonham em ascender à elite ou, pelo menos, manter pra si o padrão de vida de seus pais; estão alheios ao debate político e mesmo às grandes questões de interesse nacional e internacional; acreditam no valor da *competição*, que cobre de glórias o vencedor, mas exclui e humilha os milhares de perdedores; apesar disso, aceitam, frequentemente, *vencer* por meios não muito meritórios, desde a *pesca* ou *cola* em provas e concursos, até

a indicação de um parente ou amigo para um determinado cargo público; vivem conectados à internet, e por isso lêem pouco; são totalmente vulneráveis às manipulações da grande mídia.

Ocorre que são exatamente essas pessoas, oriundas da classe média, que vão compor os quadros da magistratura, Ministério Público e a Defensoria. Os filhos das elites evidentemente não abrem mão de dar continuidade ao estilo de vida confortável de seus pais, e dificilmente vão se sentir seduzidos pelas dificuldades próprias das carreiras jurídicas, sobretudo a passagem pelas comarcas do interior. Os filhos da pobreza, salvo aqueles terrivelmente obstinados e tenazes, evidentemente, não conseguirão ultrapassar as barreiras que lhes são sucessivamente impostas.

As coisas são assim, note-se bem, não por um *defeito* qualquer, mas porque essa é a própria lógica do sistema. Em suma, parece claro que, numa sociedade terrivelmente injusta como a nossa, o sistema penal terá sempre um papel decisivo na manutenção do *status quo*, e os funcionários públicos selecionados para fazer funcionar o sistema (juízes, promotores, defensores) serão, inevitavelmente, preparados para desempenhar o papel de bons cães de guarda, fiéis e gratos aos donos pela ração diária, pela casinha pintada, pela coleira nova, e pelos restos de comida que caem da mesa; e sempre estarão prontos a atacar violentamente quem ouse entrar na propriedade para furtar, ainda que seja uma fruta caída e parcialmente apodrecida do pomar. E não há ninguém melhor pra fazer isso do que os egressos da classe média.

O que é que pode estar por trás, por exemplo, da necessidade de usar paletó e gravata no ambiente forense? Porque a necessidade de uma credencial preta ou vermelha com um luminoso brasão dourado? Qual a utilidade dos títulos e vocativos (cujo sentido a maioria de nós ignora, aliás) como *Excelentíssimo* juiz, *Colenda* Câmara, *Egrégio* Tribunal? Nessa área, aliás, não há nada mais escandaloso do que a prerrogativa que têm os membros do Ministério Público (e alguns dão a

vida por ela), prevista no art. 41, XI da Lei 8.625/93, de sentar-se *à direita do juiz* nas audiências e sessões. É interessante perceber que, nos países com um senso de cidadania mais fortalecido, essas bajulações desnecessárias são menos freqüentes, o que deixa claro que o respeito que se deve aos ocupantes desses cargos, num sistema republicano e democrático, deve vir apenas da compreensão geral de que aqueles homens são funcionários públicos com a difícil tarefa de solucionar conflitos. O que passar disso é excesso, explicável apenas no plano simbólico, como uma forma de convencer a todos, inclusive aos próprios funcionários, de que ali está o poder e a autoridade soberana do Estado.

É claro, note-se bem, que o processo de seleção dos operadores do sistema tem raízes no próprio ensino jurídico praticado no país. É curioso perceber, por exemplo, que de fato existe uma grande e grave contradição entre as diretrizes estabelecidas pelo MEC para o perfil e habilidades que deve apresentar o egresso de um curso de Direito e a lógica que domina as relações no mercado de trabalho e que, lamentavelmente, vem sendo reproduzida nos cursos oferecidos por muitas instituições de ensino, graças à forma pouco criteriosa com que vem sendo conduzido o processo de expansão do ensino privado no Brasil nos últimos anos.

De um lado, o que consta nas normativas oficiais é que o profissional do Direito, mais que um bom domínio da tecnologia jurídica, deve ter uma compreensão crítica do Direito e do mundo em que vive, além de estar habilitado a portar-se de acordo com padrões éticos muito bem definidos, que não se reduzam a uma moral meramente individual, mas tenham em vista a construção de uma sociedade mais humana, justa e solidária.[27] De outro lado, o que se vê na prática, tanto na academia quanto no mercado de trabalho, é, muitas vezes, a negação disso tudo.

27. A opção pela construção de uma sociedade justa e solidária não é algo que possa ser discutido do ponto de vista ético-político, já que, muito mais que uma opção temporária de gestão da coisa pública, trata-se de um objetivo normativamente imposto à toda a sociedade brasileira pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 3.º, I. Poderíamos dizer, assim, que as atuais diretrizes para a educação do Brasil nada mais fazem senão cumprir a Constituição.

Se a expansão do ensino superior aumentou o número de vagas na universidade, acabou, também, abrindo as portas a pessoas totalmente despreparadas por conta de deficiências que vão se acumulando desde os cursos fundamental e médio,[28] e que dificilmente serão corrigidas ou supridas pelo curso superior. Por outro lado, a luta cruenta por uma colocação profissional tem empurrado a grande maioria dos bacharéis na direção do concurso público, onde as pessoas são selecionadas basicamente em função de seu poder de memorizar o pensamento dogmático dominante ou, o que é pior, o da preferência da banca examinadora. Tudo isso, note-se bem, de acordo com pérola da sabedoria popular segundo a qual "farinha pouca, meu pirão primeiro".

No dia-a-dia da vida acadêmica, principalmente no âmbito das instituições privadas, o que se vê é um total desinteresse por atividades de pesquisa e extensão, sobretudo quando isso demande atuação junto a comunidades. As disciplinas chamadas de *fundamentais*, como Filosofia ou Sociologia, Ética, e até mesmo Introdução ao Estudo do Direito, são tidas como conteúdos menos importantes frente às ditas *profissionalizantes,* como Direito Civil ou Direito Processual Civil. Ao que parece, até mesmo a representação discente, atividade que sempre foi a marca da própria vida universitária, foi reduzida à elaboração de carteiras de meia-entrada e de organização de *calouradas*, *chopadas* e coisas do gênero.

O mais grave, todavia, é que os profissionais que vão sendo formados, e que vão ocupando as vagas oferecidas nos concursos públicos, como regra, são pessoas muitas vezes bem preparadas do ponto de vista técnico, mas absolutamente incapazes de refletir criticamente e perceber que, antes de oferecer uma solução técnica

28. Muitos dos problemas do ensino superior têm sua raiz na forma como é tratado no Brasil o ensino médio. Além das escandalosas desigualdades em termos de ensino público e privado, o problema mais grave é que aqui também as práticas de ensino estão marcadas pela lógica da exclusão e da competição: a escola secundária, sobretudo a particular, abdicou totalmente da tarefa de formar e educar para a vida. O que importa, agora, é treinar para o vestibular e, no máximo, preparar para o mercado de trabalho.

para *o caso dos autos*, devem estar preocupadas em resolver, dentro do possível, um conflito real que envolve seres humanos.

É natural, portanto, que tenhamos nas carreiras jurídicas, de um modo geral, pessoas de mentalidade conservadora, totalmente seduzidas pelos símbolos de poder, suscetíveis aos reclames da grande mídia, muito bem treinados para aplicar a lei ao caso concreto, mas muito pouco sensíveis aos dramas humanos reais que estão por trás dos inúmeros processos criminais nos quais trabalham.

E aí, sem dúvida, está o ovo da serpente.

A característica de produto social do fenômeno jurídico põe em relevo suas vinculações com o fenômeno econômico, como se viu, mas também chama atenção para a sua inevitável dimensão política. Queiram ou não os profissionais das carreiras jurídicas, a sua atuação na resolução de conflitos é essencialmente política, e depende, necessariamente, de suas inclinações e opções pessoais. Em suma, talvez seja melhor assumir de vez, e conscientemente, a função de capitães-do-mato da modernidade, do que simplesmente ignorar a necessidade de tomar uma posição política definida.

Aos demais, que não se conformam nem com uma coisa nem com outra, mas alimentam um ideal de emancipação socialista e democrática, cabe assumir suas trincheiras, na luta diária no foro, mas sobretudo no âmbito da academia, onde ainda é possível trabalhar na formação ética e política dos futuros juristas, e, mesmo contra toda a força da propaganda consumista e individualista, contaminá-los com o sonho de construção, naquilo que lhes compete, de uma sociedade realmente justa, livre e solidária.

9. Conclusões

1) O sistema de prisões processuais, no Brasil, está normativamente limitado por cinco princípios do Direito Processual Penal, a saber: estado de inocência; proporcionalidade, no sentido de proibição de excesso; devido processo legal,

entendido como sistema acusatório de processo penal; direito a julgamento em prazo razoável; dignidade da pessoa humana.

2) Referidos princípios, contudo, não apresentam níveis aceitáveis de efetividade, seja no plano da legislação infraconstitucional, seja no plano da prática dos operadores do direito.

3) Isso se dá em face da conhecida e decantada seletividade do sistema penal, cuja vocação, em todo lugar do mundo, e em todos os momentos da história, está voltada à manutenção de um determinado modelo de distribuição do poder nas sociedades humanas.

4) Esse processo se torna mais agudo, a partir do século XIX, a partir do instante em que a burguesia assume de vez a condição de classe dominante nas sociedades ocidentais, e, mais recentemente, a partir da queda mo Muro de Berlim, com a aparente vitória do capitalismo, como modo de produção hegemônico em todo o mundo.

5) Concretamente, a inefetividade ocorre a partir de um processo de racionalização e redução de sentido das garantias construídas pelo pensamento ilustrado liberal do século XVIII, incorporadas nos textos constitucionais e documentos internacionais sobre Direitos Humanos, com a produção de uma legislação infraconstitucional autoritária, e com a criação de processos que permitem selecionar juízes, promotores, e até defensores públicos sempre da classe média, e formá-los conforme uma ideologia individualista, autoritária, e em regra alienada da dimensão política da sua própria função.

6) A superação desse quadro, portanto, só pode ocorrer a médio e longo prazo, e depende fundamentalmente do compromisso político daqueles que conseguem compreender dessa forma o problema da inefetividade dos direitos fundamentais na área da justiça penal, não se conformam com o atual estado de coisas, e estão dispostos a pagar o preço e arcar com as conseqüências (dolorosas, por vezes) do embate político.

10. Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Modalidades de prisão processual e seu tempo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUCLERC, Elmir. *Curso básico de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1 e 2.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Ed. Trota, 1998. (Colección estructuras y procesos: serie derecho).

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 374p.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal:* fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, t. 1.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1989.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 875p.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 222p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

VIEIRA, Antônio. Princípio da proporcionalidade e prisão provisória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.119, 25 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8694>. Acesso em: 21 nov. 2006.

A efetividade da Lei Maria da Penha

Maria Berenice Dias
Desembargadora do TJRS.

Sumário: 1. Uma justificativa – 2. Os avanços – 3. Sua constitucionalidade – 4. Uniões homoafetivas – 5. Competência – 6. Fase policial – 7. Procedimento judicial – 8. Ministério Público – 9. A polêmica sobre o delito de lesão corporal – 10. Necessidade de representação e possibilidade da renúncia – 11. Dos delitos e das penas – 12. Uma bela saída.

Resumo: Nova legislação que acaba de entrar em vigor, a Lei 11.340 – chamada Lei Maria da Penha – tem sido alvo de muitas críticas, pois produz uma verdadeira revolução na forma de coibir a violência doméstica. Devolvida à autoridade policial a obrigatoriedade de instaurar o inquérito policial, foram criados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Afastada a vigência da lei que considerava as lesões corporais como delito de pequeno potencial ofensivo, o desencadeamento da ação penal não mais depende de representação. Como agora é possível a prisão preventiva do agressor, tal assegura efetividade às medidas protetivas de urgência que devem ser tomadas pela Justiça de modo imediato. Impossibilitada a aplicação de penas pecuniárias e a imposição de pagamento de cestas básicas, há uma grande expectativa de que a nova legislação se torne um instrumento eficaz para coibir a violência doméstica.

Abstract: New legislation which has just come into effect, Act 11.340 – named Maria da Penha Act – has been the target of much criticism, as it has revolutionized the way it restrains domestic violence. Since police authority regarding the obligation to initiate the investigation has been given back, Domestic Violence

and Family Courts for Women have been created. As the legality of the law which considered assault and battery a small potential offensive wrong was withdrawn, the penal action process does not depend on representation anymore. Since the aggressor's preventive imprisonment is possible now, this assures the effectivity of the urgent protective measures which have to be taken by the Judiciary right away. The application of fines and the imposition of payment with groceries have been cut. Thus, there is great expectation that the new legislation will become a powerful instrument to restrain domestic violence.

Palavras-chave: Violência doméstica – Mulher – Prisão preventiva – Lesão corporal – Ação penal.

Keywords: Domestic violence – Woman – Preventive prison – Assault and battery – Penal action.

1. Uma justificativa

Acaba de entrar em vigor a Lei 11.340/2006 – chamada Maria da Penha –, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Foi recebida com desdém e desconfiança. Alvo das mais ácidas críticas, vem sendo criticada, chamada de indevida, de inconveniente. Há uma tendência geral de desqualificá-la. São suscitadas dúvidas, apontados erros, identificadas imprecisões, e proclamadas até inconstitucionalidades. Tudo serve de motivo para tentar impedir sua efetividade. Mas todos esses ataques nada mais revelam do que injustificável resistência a uma nova postura no enfrentamento da violência que acontece no interior dos lares.

Mas, por mais que se tente minimizar sua eficácia e questionar sua valia, Maria da Penha veio para ficar. As manifestações têm uma justificativa: o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica. A ênfase do legislador em afastar a incidência da Lei dos Juizados Especiais nada mais significa do que reação à maneira absolutamente inadequada com que a Justiça cuidava desta espécie de

violência. A partir do momento em que a lesão corporal leve foi considerada de pequeno potencial ofensivo com a possibilidade de os conflitos serem solucionados de forma consensual, acabou banalizada a violência intrafamiliar. O excesso de serviço levou os juízes a forçarem desistências e a imporem acordos. A título de pena restritiva de direito, popularizou-se de tal modo a imposição de pagamento de cestas básicas, que o efeito punitivo foi contrário. A vítima sentiu-se ultrajada por sua integridade física ter tão pouca valia, enquanto o agressor adquiriu a consciência de que é barato bater na mulher.

2. Os avanços

Os benefícios trazidos pela lei são significativos e de vigência imediata, não havendo motivos para retardar sua plena aplicação. Certamente o maior avanço foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal (art. 14). Como forma de garantir acesso a todos, podem funcionar em horário noturno (art. 14, parágrafo único). Para a plena aplicação da lei, o ideal seria que em todas as comarcas fosse instalado de imediato um JVDFM e que o juiz, o promotor, o defensor e os servidores fossem capacitados para atender a esta espécie de demanda. Todos os juizados deveriam, quando da sua instalação, contar com equipe de atendimento multidisciplinar integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (art. 34).

Claro que, diante da realidade brasileira, não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todos os cantos deste País, até porque, de modo injustificado, sequer foi imposta a criação ou definidos prazos para sua implantação. Mas, até que isso ocorra, foi atribuída às Varas Criminais competência cível e criminal (arts. 11 e 33). A alteração de competência justifica-se, porquanto de modo expresso – e em boa hora – foi afastada a aplicação da Lei 9.099/95 quando o crime é praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41).

Mas esta não é a única novidade. A vítima estará sempre acompanhada de advogado (art. 27), tanto na fase policial como na judicial, sendo garantido o acesso aos serviços da Defensoria Pública e à Assistência Judiciária Gratuita (art. 18). Não pode ser ela a portadora da notificação ao agressor (art. 21, parágrafo único), devendo ser pessoalmente cientificada quando ele for preso ou liberado da prisão, sem prejuízo da intimação de seu procurador (art. 21).

Foi criada nova hipótese de prisão preventiva (o art. 42 acrescentou o inciso IV ao art. 313 do CPC): "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". Com isso, a possibilidade da prisão preventiva não mais se restringe aos crimes punidos com reclusão. A prisão pode ser decretada por iniciativa do juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (art. 20).

3. Sua constitucionalidade

Há quem sustente mais de uma inconstitucionalidade da lei, na vã tentativa de impedir sua vigência ou limitar sua eficácia. Até o fato de ela direcionar-se exclusivamente à mulher é invocado, como se tal afrontasse o princípio da igualdade, uma vez que o homem não pode ser o sujeito passivo. Mas nenhum questionamento dessa ordem foi suscitado com relação aos Estatutos da Infância e da Juventude e do Idoso, leis voltadas também a parcelas da população merecedoras de especial proteção.

O modelo conservador da sociedade, que coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão, é que a torna vítima da violência masculina. A lei atenta para esta realidade. Ainda que os homens possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Aliás, é exatamente para dar efetividade ao princípio da igualdade que se fazem necessárias equalizações por meio de ações afirmativas. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Também não há inconstitucionalidade no fato de a lei definir competências. Ao assim agir, não transbordou seus limites. Nem é a primeira vez que o legislador assim age.[1] A par de ter determinado a criação dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), enquanto não forem eles instalados, foi atribuída às Varas Criminais competência para julgar as causas cíveis e criminais. Com isso, deslocou-se a competência dos Juizados Especiais, tendo sido expressamente afastada a aplicação da Lei 9.099/95 (art. 41). Como foi excluída a incidência de lei que criou juízo especial, a definição da competência deixa de ser da esfera de organização privativa do Poder Judiciário (CF/88, 125, § 1.º). Deste modo, não há como questionar a constitucionalidade da exclusão levada a efeito, atentando ao vínculo afetivo dos envolvidos.

4. Uniões homoafetivas

Ainda que se trate de lei que visa a proteger a mulher vítima da violência doméstica, o agressor pode ser não só o homem, mas também a mulher, pois de modo expresso é reconhecida sua incidência independentemente da orientação sexual (art. 5.º, I). Portanto, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros estão ao seu abrigo quando a violência ocorrer entre pessoas que mantém relação afetiva no âmbito da unidade doméstica ou familiar.

A lei não se limita a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior. Como a proteção é assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que o legislador reconheceu que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidade familiar. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família.

1. Basta lembrar que a Lei 9.278/96, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do Juizado da Família.

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer a relação de um homem e uma mulher, quer a de duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, o fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. Assim, pela vez primeira uma lei define as uniões homoafetivas como uma entidade familiar.

5. Competência

Uma coisa é mais do que certa: a violência doméstica está fora do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, e estes não poderão mais apreciar tal matéria. Ainda que não tenha sido imposta a criação dos JVDFM nem definido prazo para sua instalação, é imperioso que os Tribunais de Justiça os instalem. Enquanto isso não acontecer, certamente ocorrerão sérios transtornos em termos de distribuição de processos e volume de trabalho, o que forçará a implantação dos juízos especializados.

Afastada a competência dos Juizados Especiais, tal vai redundar em significativa redução de número de processos nestas varas. Em contrapartida, haverá um acréscimo muito grande de demandas nas Varas Criminais. Cabe considerar que cada denúncia de violência doméstica pode gerar duas demandas judiciais. Tanto o expediente encaminhado pela autoridade policial para a adoção de medidas protetivas de urgência (art. 12, III) como o inquérito policial (art. 12, VII) serão enviados a juiz e ao Ministério Público. Como é garantido o direito de preferência a estes processos (art. 33, parágrafo único), certamente os demais terão sua tramitação comprometida, havendo o risco – ainda maior do já existente – de ocorrência da prescrição. A conseqüência é óbvia: a consciência da impunidade e o aumento dos índices de violência.

6. Fase policial

Acabou o calvário das vítimas que, depois de fazerem o registro da ocorrência na Polícia, precisavam procurar um advogado ou ir à Defensoria para que alguma providência fosse tomada por meio de uma ação a ser proposta nas Varas de Família. O único jeito de afastar o agressor de casa era por meio de uma ação cautelar de separação de corpos. Ainda assim, por ser o registro policial um documento produzido somente com informações da vítima, havia resistência de aceitá-lo como prova para a concessão da medida liminar.

Foi devolvida à polícia judiciária a prerrogativa investigatória (art. 10), que antes se limitava a lavrar termos circunstanciados. Agora, o registro da ocorrência desencadeia um leque de providências: a autoridade policial garante proteção à vítima, encaminha-a ao hospital, fornece transporte para lugar seguro e a acompanha para retirar seus pertences do local da ocorrência (art. 11). A partir da *noticia criminis*, instaura-se o inquérito policial (art. 12, VII). É atribuição da Polícia tomar por termo o pedido de providências protetivas urgentes (art. 12, § 1.º). Em se tratando de delito cuja ação penal é condicionada à representação, esta deve ser formalizada na mesma ocasião (art. 12, I). A autoridade policial pode solicitar a prisão preventiva do agressor (art. 20).

Feito o registro da ocorrência, a ofendida é ouvida (art. 12, I), devendo ser nesta oportunidade informada dos seus direitos e dos serviços disponíveis existentes (art. 11, V). Claro que também precisa ser esclarecida a respeito das medidas protetivas que pode pleitear, uma vez que na representação devem ser consignadas as medidas solicitadas pela vítima (art. 12, § 1.º). Havendo necessidade da concessão de medidas de urgência, o pedido é tomado por termo (art. 12, § 1.º), devendo expediente apartado ser remetido a juízo no prazo de 48 horas (art. 12, III). Para a busca de tal providência, faz-se necessária somente a ouvida da ofendida, bastando, para o esclarecimento dos fatos e sua circunstância, ser anexadas as provas que estejam disponíveis e na posse

da ofendida (art. 12, § 2.º). Não precisa ser colhido o depoimento do agressor nem o das testemunhas. Tampouco é necessário que acompanhe o expediente o exame de corpo de delito. Tais providências destinam-se exclusivamente a instruir o inquérito policial, que é instaurado paralelamente.

No inquérito policial, além de ser determinada a realização do exame de corpo de delito e de outros exames periciais que se fizerem necessários (art. 12, IV), é colhido o depoimento do agressor e o das testemunhas (art. 12, V). Feita a identificação criminal do agressor (art. 12, VI), o inquérito deve ser encaminhado à Justiça no prazo de 10 dias (CPP, art. 10). Apesar de haver a determinação de que seja o inquérito enviado ao juiz e ao Ministério Público (art. 12, VII), deve este ser enviado ao fórum. Realizada a distribuição, independentemente de ordem judicial, o inquérito é encaminhado ao Ministério Público para oferecimento da denúncia. Desnecessária, assim, a dupla remessa, como parece sugerir o dispositivo legal, o que demandaria injustificável extração de cópias.

7. Procedimento judicial

Levado a efeito o registro de ocorrência, havendo necessidade de adoção de medidas urgentes, o pedido de providências é encaminhado a juízo no prazo de 48 horas. Esses incidentes devem ser autuados como medidas protetivas de urgência e distribuídos. Enquanto não forem criados os juízos especializados, a distribuição será às Varas Criminais, mesmo que a maioria das providências a serem tomadas seja no âmbito do Direito de Família. Aliás, cabe lembrar que, em razão disso, somente o juiz togado pode apreciar tais pedidos. Nem pretores, muito menos conciliadores têm competência para atuar nesses procedimentos.

O juiz pode deferir as medidas cautelares em sede liminar, designar audiência de justificação ou indeferi-las de plano. Para garantir segurança à vítima e seus familiares, é-lhe facultado não só conceder as medidas requeridas pela ofendida (arts. 12, III, 18, 19 e § 3.º) ou pelo Ministério Público (art. 19 e seu § 3.º). De

ofício, pode determinar o que entender de direito (arts. 20, 22, § 4.º, 23 e 24), ou seja, medidas que obrigam o agressor, tais como seu afastamento do lar (art. 22, II) e recondução da ofendida e seus dependentes (art. 23, III); impedimento de que ele se aproxime da casa, fixando limite mínimo de distância; vedação de que se comunique com a família; suspensão de visitas; encaminhamento da mulher e dos filhos a abrigos seguros; fixação de alimentos provisórios ou provisionais (art. 22). Além disso, podem ser adotadas medidas que protegem a ofendida, como a restituição de bens que lhe foram indevidamente subtraídos; suspensão de procuração outorgada ao agressor e proibição temporária da venda ou locação de bens comuns (art. 24).

Para garantir a efetividade do adimplemento das medidas aplicadas, o juiz tem a possibilidade de, a qualquer momento, requisitar o auxílio da força policial (art. 22, § 3.º) ou decretar a prisão preventiva do agressor (art. 20). Há a possibilidade de substituição de umas medidas por outras, bem como a concessão de novas providências para garantir a segurança da ofendida, dos seus familiares e de seu patrimônio. Tais providências podem ser tomadas de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da ofendida (art. 19, §§ 2.º e 3.º).

Também compete ao magistrado determinar a inclusão da vítima em programas assistenciais (art. 9.º, § 1.º). Quando for ela servidora pública, tem acesso prioritário à remoção ou, se trabalhar na iniciativa privada, lhe é assegurada a manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho (art. 9.º, § 2.º). Essas comunicações são feitas pelo juízo ao órgão empregador. Recebida a notificação, a empregada não poderá ser demitida. Caso tal ocorra, possível será buscar a reintegração por meio de reclamatória trabalhista.

Deferida ou não alguma medida protetiva, apesar de não previsto em lei, é cabível – e até recomendável – que o juiz designe audiência, uma vez que decidiu sem a ouvida do agressor e do Ministério Público. Essa providência é salutar quando os provimentos adotados envolvem questões de Direito de Família. Claro que a

finalidade não é induzir a vítima a desistir da representação nem forçar a reconciliação do casal. É uma tentativa de solver consensualmente temas como guarda dos filhos, regulamentação das visitas, definição dos alimentos. Na audiência na qual estará presente o Ministério Público (art. 25), tanto a vítima (art. 27) como o agressor deverão estar assistidos por advogado. Realizado acordo, isso não significa renúncia à representação (art. 16), tampouco obstáculo ao prosseguimento do inquérito policial. Concordando as partes com a separação, pode esta ser decretada, com expedição de mandado ao registro civil. A transação homologada pelo juiz constitui título executivo judicial (CPC, art. 475-N, III).

Sem êxito a tentativa conciliatória, permanece hígido o decidido em sede liminar, mas deve a vítima, se não estiver acompanhada de procurador, ser encaminhada à Defensoria Pública que atua junto às Varas de Família.

Após o adimplemento do que foi determinado, esgota-se a atividade do JVDFM com referência às medidas protetivas de urgência. A atribuição de competência feita a estes juizados para o julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência (art. 14) diz tão-só com a execução das medidas deferidas e não alcança o adimplemento do acordo firmado na audiência levada a efeito. A execução da transação que envolva matéria cível e de Direito de Família deve ser proposta nas Varas Cíveis ou de Família. Os recursos serão apreciados nas Câmaras Cíveis ou nas Câmaras Especializadas de Família dos Tribunais que já tenham atendido à recomendação do Conselho Nacional de Justiça.[2]

Deferida ou não a medida protetiva, realizado ou não o acordo, nada obstaculiza o andamento do inquérito policial. Remetido à Justiça, será distribuído ao mesmo juízo que apreciou o procedimento cautelar. Este será apensado ao inquérito quando da remessa ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia.

2. O Conselho Nacional de Justiça sugeriu aos Tribunais de Justiça, por meio da Recomendação 5/2006, a instalação de juizados especializados e câmaras com competência exclusiva ou preferencial em matéria de Direito de Família, Direito das Sucessões e Estatuto da Criança e Adolescente.

8. Ministério Público

A participação do Ministério Público é indispensável. Tem legitimidade para agir como parte, intervindo nas demais ações tanto cíveis como criminais (art. 25). Também pode exercer a defesa dos interesses e direitos transindividuais (art. 37). Devem ser comunicadas ao promotor as medidas que foram aplicadas (art. 22 § 1.º), podendo ele requerer outras providências (art. 19) ou a substituição por medidas diversas (art. 19, § 3.º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, deve o promotor estar presente na audiência (art. 16). Também lhe é facultado requerer o decreto da prisão preventiva do agressor (art. 20).

Mesmo que tenha sido atribuída aos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 38), o Ministério Público manterá um cadastro similar (art. 26, III), a ser elaborado quando do recebimento do inquérito policial. As Secretarias Estaduais de Segurança Pública devem remeter informações para a base de dados do Ministério Público (art. 38, parágrafo único). Tal registro não se confunde com os antecedentes judiciais. Ainda que a operacionalização desta providência possa gerar mais trabalho, a medida é salutar. Trata-se de medida que visa a detectar a ocorrência de reincidência de modo a garantir a integridade da vítima.

9. A polêmica sobre o delito de lesão corporal

Talvez o tema que mais tem alimentado discussões a partir da vigência da nova lei seja sobre o delito de lesões corporais, pois, afinal, é esta a infração mais cometida no âmbito das relações que se dizem afetivas.

A lei não faz qualquer menção à natureza da ação penal mas, esfera do direito criminal, a regra é a incondicionalidade, ou seja, o próprio Estado assume o dever de acusar e punir (CP, art. 100). A restrição à sua iniciativa ocorre quando

interesse privado à intimidade se sobrepõe ao interesse público de punir. Nessas hipóteses, sempre identificadas de modo expresso na lei, o agir estatal depende de representação. A ação penal fica condicionada à vontade da vítima, que precisa manifestar o desejo de que se inicie a busca da punição. No entanto, os tratados e convenções internacionais invocados na ementa da lei, induzem à conclusão de que os crimes a que a lei se refere não dependem da vontade da vítima.

A Constituição Federal determinou a criação de (CF/88, art. 98, I): "juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos orais e sumaríssimos, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau". Foi delegado à legislação infraconstitucional escolher os delitos a serem identificados como de menor potencial ofensivo. A Lei 9.099/95 veio dar efetividade ao comando constitucional e acabou por eleger como de pequeno potencial ofensivo a lesão corporal leve e a lesão culposa (Lei 9.099/95, art. 88). Limitou-se o legislador a condicionar tais delitos à representação, sem, no entanto, dar nova redação ao Código Penal.

Porém, lei posterior e da mesma hierarquia expressamente afastou sua incidência quando a vítima é mulher e foi agredida no ambiente doméstico (Lei 11.340, art. 41): "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95". A violência doméstica deixou de ser uma questão de âmbito privado subordinada ao interesse da vítima, não precisando o Ministério Público de autorização dela para proceder à denúncia.

Como houve simples previsão, no bojo da Lei 9.099/95, de alguns delitos como de pequeno potencial ofensivo, sem que tenha sido alterado o Código Penal, e como lei posterior afastou sua incidência, não há como considerar de ação pública condicionada à representação os crimes de lesões corporais leves quando cometidos no âmbito das relações familiares. São crimes de ação pública

incondicionada, não havendo exigência de representação nem possibilidade de renúncia ou desistência por parte da ofendida. Também o aumento da pena para o delito de lesão corporal para 3 anos (art. 44) afasta a possibilidade de aplicação de medidas de despenalização e a suspensão condicional do processo, que só são cabíveis nos delitos cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (Lei 9.099/95, art. 89).

Portanto, está excluída do rol dos delitos de pequena e média lesividade a violência doméstica. Quando a vítima é mulher que sofreu a agressão física no ambiente doméstico, como nesta hipótese, foi afastada a égide da Lei dos Juizados Especiais, as lesões não mais podem ser consideradas de pequeno potencial ofensivo e a ação penal é pública incondicionada. O agressor responde pelo delito na forma prevista na Lei Penal, eis que foi restaurada a incondicionalidade para o processamento das lesões corporais.

10. Necessidade de representação e possibilidade da renúncia

Nos crimes de ação penal pública condicionada, pode a vítima renunciar à representação (art. 16). Trata-se de retratação à representação tomada por termo pela autoridade policial quando do registro da ocorrência (art. 12, I). Porém, só há dita possibilidade nos delitos que o Código Penal classifica como sendo de ação pública condicionada à representação, como os crimes contra a liberdade sexual (CP, art. 225) e o de ameaça (CP, art. 147, parágrafo único).

O desejo de desistir pode ser comunicado pessoal e oralmente pela ofendida no cartório da Vara à qual foi distribuída a medida protetiva de urgência. Certificada pelo escrivão a manifestação de vontade da vítima, deverá ser comunicada de imediato ao juiz, que designará audiência para ouvi-la, devendo dar ciência da solenidade ao Ministério Público. Encontrando-se o juiz nas dependências do fórum, a audiência pode ser realizada de imediato. Homologada

a renúncia, deverá haver comunicação à autoridade policial para que arquive o inquérito policial, em face da ocorrência da extinção da punibilidade. Se o inquérito policial já tiver sido remetido a juízo, a renúncia só pode ser aceita até o recebimento da denúncia. A vítima poderá desistir da representação exclusivamente em audiência designada especialmente para tal fim, depois de ouvido o Ministério Público.

11. Dos delitos e das penas

A lei trata dos delitos cometidos contra a mulher sem dar nova redação ao Código Penal. Não foram criados novos tipos penais, limitando-se o legislador a aumentar a pena máxima e a diminuir a pena mínima do delito de lesão corporal: de seis meses a um ano para três meses a três anos. Foi estabelecida uma majorante (o art. 44 deu nova redação ao art. 129, § 9.º, do CP), e acrescentada mais uma agravante (o art. 43 acrescentou a letra *f* ao inciso II do art. 61 do CP) às infrações cometidas quando há envolvimento afetivo entre agressor e vítima.

Com referência às lesões corporais leves e lesões culposas, a exigência de representação não se aplica à violência doméstica. Esses delitos foram considerados de pequeno potencial ofensivo pela Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 89), mas a incidência desta lei foi expressamente afastada nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista (art. 41).

Assim, não há como considerar de ação pública condicionada à representação os crimes de lesões corporais leves quando cometido no âmbito das relações familiares. São crimes de ação pública incondicionada, não havendo exigência de representação nem possibilidade de renúncia ou desistência por parte da ofendida. Somente nas hipóteses em que o Código Penal condiciona a ação à representação (CP, arts. 147 e 225) é possível a renúncia, mas antes do oferecimento da denúncia.

Não incidindo a Lei dos Juizados Especiais, também não há a possibilidade da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89) composição de danos ou a aplicação imediata de pena não-privativa de liberdade (Lei 9.099/95, art. 72). Aliás, foi para dar ênfase a esta vedação que a lei acabou por afirmar (art. 17): "É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa". O artigo, além de redundante, tem uma incorreção, pois não cabe falar em "aplicação de pena de cesta básica", senão em possibilidade de ser determinado, como pena restritiva de direito, o fornecimento de cesta básica. De qualquer forma, quis o legislador deixar claro que a integridade da mulher não tem valor econômico e não pode ser trocada por valor de expressão monetária.

Igualmente, não há mais a possibilidade de o Ministério Público propor transação penal e nem a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa (Lei 9.099/95, art. 76). Claro que tais impedimentos não significam que a condenação levará sempre o agressor para a cadeia. Mesmo que tenha havido a majoração da pena do delito de lesão corporal, ainda assim possível é a suspensão condicional da pena (CP, art. 77) e sua substituição por medida restritivas de direitos (CP, art. 43).

Somente nas hipóteses em que o Código Penal condiciona a ação à representação é possível, antes do oferecimento da denúncia, a vítima renunciar. Neste rol enquadram-se os delitos contra a liberdade sexual (CP, art. 213 e ss.). Porém, tal manifestação de vontade deve ser ratificada perante o juiz, em uma audiência especialmente designada parta tal fim, na presença do Ministério Público (art. 16), devendo ela estar acompanhada de advogado (art. 27).

Com relação aos delitos de ação privada, como os crimes contra a honra, calúnia, injúria e difamação (CP, arts. 138, 139 e 140) e o delito de dano (CP, art. 163), persistem condicionados à queixa-crime (CP, arts. 147, parágrafo único, e 167).

12. Uma bela saída

A finalidade da lei será muito bem atendida se for aplicado seu último artigo (o art. 45 acrescenta salutar dispositivo à Lei da Execução Penal): "Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação". É concorrente a competência da União, dos Estados e Municípios para a estruturação desses serviços, a serem prestados por profissionais das áreas psicossociais (art. 35).

A melhor maneira de dar um basta à violência contra a mulher, perverso crime cometido de forma continuada, é fazer o agressor conscientizar-se de que é indevido seu agir. Essa é a única forma de minimizar os elevados índices de violência doméstica. Ele precisa reconhecer que a mulher não é um objeto de sua propriedade, do qual pode dispor do modo que lhe aprouver e descarregar em seu corpo todas as suas frustrações.

Quando a vítima consegue chegar a uma delegacia para registrar a ocorrência contra alguém que ela ama – com quem convive, é o pai de seus filhos e provê o sustento da família –, sua intenção não é de que ele seja preso. Também não quer a separação. Somente deseja que a agressão cesse. É só por isso que a vítima pede socorro.

Agora, sabedora a mulher da possibilidade de ser imposta a seu cônjuge ou companheiro a obrigação de submeter-se a acompanhamento psicológico ou de participar de programa terapêutico, certamente terá coragem de denunciá-lo. Não quando já estiver cansada de apanhar, mas quando, pela vez primeira, for violada sua integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. Afinal, todas estas formas de violência são violência doméstica (art. 7.º).

Só assim se poderá reduzir o número de mulheres violadas e violentadas que se calam porque alimentam o sonho de viver em um lar doce lar!

3. Crime e Sociedade

Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais[1]

Boaventura de Sousa Santos
Professor de Sociologia, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Distinguished Legal Scholar, Universidade de Wisconsin-Madison.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos humanos na zona de contacto – 3. Transformações na zona de contacto: são possíveis outros direitos humanos? 4. – Referencias bibliográficas.

Resumo: No presente artigo, o autor identifica, no contexto da sociedade globalizada, as dimensões de injustiça social em que os direitos humanos se apresentam como uma resposta fraca, não suficiente, em razão das desigualdades e discriminações que não são consideradas no discurso e nas práticas de direitos humanos. O desenvolvimento da idéia central do texto passa pela análise das zonas de turbulência formadas pelo contato do que o autor denomina de três globalizações: a globalização hegemónia, que consiste na nova fase do capitalismo, a globalização contra-hegemónica, institucionalizada no Fórum social Mundial e na Assembléia dos Movimentos Sociais, e a globalização slamista, dividindo-se

1. Texto apresentado ao 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, 29.08.2006.

a sociedade global, por um lado, entre o Norte Global e o Sul Global e, por outro, entre o Ocidente Global e o Oriente Global.

Abstract: In this article, the author identifies, in the context of globalized society, social injustice dimensions in which human rights present themselves as a weak answer, not enough, regarding inequality reasons and discrimination that are not considered either in speech or in the practice of human rights. The development of the main idea of the text passes through the analysis of turbulence zones formed by the contact in which the author denominates three globalizations: hegemony globalization, which consists of the new phase of capitalism, counter-hegemony globalization, institutionalized in the World Social Forum and in the Social Movements Assembly, and Islamist globalization, dividing global society, on one hand, between North Global and South Global and, on the other hand, between West Global and East Global.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Globalização.

Keywords: Human Rights – Globalization.

1. Introdução

Não é fácil teorizar sobre os direitos humanos nos tempos que correm. Os direitos humanos pretendem ser uma resposta forte para os problemas do mundo, tão forte que se pretende universalmente válida. Ora parece cada vez mais evidente que o nosso tempo não é um tempo de respostas fortes. É antes um tempo de perguntas fortes e de respostas fracas. Serão os direitos humanos afinal uma resposta fraca para alguma interrogação forte que eles simultaneamente revelam e ocultam?

As perguntas fortes são as que se dirigem não apenas às nossas opções de vida individual e colectiva, mas sobretudo às raízes, aos fundamentos que criaram o horizonte das possibilidades entre que é possível optar. São, por isso, perguntas que causam uma perplexidade especial. As respostas fracas são as que não conseguem

reduzir essa perplexidade e que, pelo contrário, a podem aumentar. As perguntas e as respostas variam de cultura para cultura, de região do mundo para região do mundo. Mas a discrepância entre a força das perguntas e a fraqueza das respostas parece ser comum. E resulta da multiplicação em tempos recentes das zonas de contacto entre culturas, economias, sistemas sociais e políticos, formas de vida diferentes em resultado do que chamamos vulgarmente globalização (Santos, 2002a; 2006a). As assimetrias de poder nessas zonas de contacto são hoje tão grandes quanto eram no período colonial, se não maiores. Mas são hoje muito mais vastas e numerosas. A experiência do contacto é sempre uma experiência de limites e de fronteiras. Nas condições de hoje, é ela que suscita a discrepância entre as perguntas fortes e as respostas fracas. Entre muitas outras, selecciono duas interrogações fortes. A primeira pode formular-se assim: se a humanidade é só uma, porque é que há tantos princípios diferentes sobre a dignidade humana, todos pretensamente únicos, e, por vezes, contraditórios entre si? O regresso da teologia política nas três últimas décadas conferiu uma premência especial a esta interrogação, dado que os monopólios religiosos tendem a fomentar extremismos tanto entre os membros das diferentes religiões, como entre os que lutam contra eles. A resposta dos direitos humanos a esta interrogação é uma resposta fraca (Santos, 2002b; 2003), sobretudo se nos atermos ao pensamento dominante dos direitos humanos, a que podemos chamar o pensamento sustentável de direitos humanos. A resposta é fraca porque se refugia na universalidade abstracta e não explica porque tantos movimentos sociais contra a injustiça e a opressão não formulam as suas lutas em termos de direitos humanos e, por vezes, aliás, as formulam segundo princípios que são contraditórios com os dos direitos humanos.

A segunda interrogação é a seguinte. Qual o grau de coerência exigível entre os princípios, quaisquer que eles sejam, e as práticas que tem lugar em nome deles? Esta interrogação assume uma premência especial nas zonas de contacto porque é nestas que os princípios mais tentam ocultar as suas discrepâncias com as práticas e que estas se revelam com mais brutalidade, sempre que a ocultação

não tem êxito. Também aqui a resposta dos direitos humanos é fraca. Limita-se a aceitar como natural ou inevitável que a reiterada afirmação dos princípios não perca credibilidade com a cada vez mais sistemática e gritante violação dos direitos humanos por parte tanto de actores estatais, como não-estatais. Continuamos a ir às feiras da inovação da indústria dos direitos humanos (*global compact*, da ONU etc.), mas temos de passar por um cemitério cada vez mais inabarcável de promessas traídas.

Pretendo identificar as dimensões dos direitos humanos enquanto resposta fraca e definir os critérios que poderiam transformá-los em resposta forte. Concebo que, ao transformarem-se numa resposta forte, os direitos humanos deixarão de ser os direitos humanos tal como os conhecemos. Situar-me-ei na zona de contacto.

A zona de contacto é hoje a zona de enfrentamento entre três globalizações.

Tenho vindo a defender (Santos, 1995; 2002a; 2006b) que há duas globalizações: a globalização hegemónica neoliberal, a nova fase do capitalismo global, e a globalização contra-hegemónica, dos movimentos e organizações que, mediante articulações locais, nacionais e globais, lutam contra as desigualdades, a opressão, a destruição dos modos de vida e do meio ambiente, causados ou agravados pela globalização hegemónica. A globalização hegemónica tem ao seu serviço uma institucionalidade diversificada e toda poderosa, do G-7 ao BM, do FMI e WTO. A globalização contra-hegemónica, por enquanto, apenas emergente tem uma institucionalidade embrionária no Fórum Social Mundial (FSM) e na Assembleia dos Movimentos Sociais, que se reúne em paralelo com o FSM. No momento em que formulei esta dualidade (1995) nos processos da globalização, ela não era tão evidente quanto é hoje. Hoje é apenas objecto de debate o tipo de relações que existem entre as duas globalizações, o modo como se confrontam na zona de contacto. Acontecimentos da última década, obrigam-me a complexificar a minha análise. As relações entre a globalização hegemónica e a contra-hegemónica não se compreendem hoje sem considerar a emergência

de uma terceira forma de globalização, a globalização da religião política. Este facto acontece em várias religiões, mas neste texto centrar-me-ei no Islão político contemporâneo. Trata-se de um movimento relativamente recente que usa o Islão como uma ideologia capaz de, pela lei revelada em que se apoia, a *shari'a*, permear toda a sociedade e a vida pessoal dos crentes. Mediante o recurso mobilizador à herança cultural e histórica do Islão e à crítica radical do imperialismo ocidental, o islamismo propõe-se mudar as condições de vida dos crentes, defraudados pelo fracasso os projectos de desenvolvimento nacional e pró-ocidental dos Estados islâmicos. Enquanto as suas tendências mais extremistas se centram na violência contra o que consideram serem interesses ocidentais, as tendências mais moderadas desdobram-se em trabalho voluntários de prestação de serviços na área da educação, da saúde e da assistência social, configurando algo como um projecto islâmico de modernização (Westerlund e Svanberg, 1999: 20). E, de facto, são modernas as organizações islamistas locais, nacionais e transnacionais que têm proliferado em todo o mundo islâmico e para além dele.

É debatível se estamos perante uma nova forma de globalização. A verdade é que o islamismo opera fora do marco do nacionalismo islâmico e alimenta-se da sua crise. O nacionalismo islâmico foi, de facto, um conjunto de projectos políticos nacionais que emergiram da luta contra o colonialismo. Traduziram-se na constituição de vários Estados autoritários, uns revolucionários, outros tradicionalistas, mas todos procurando instrumentalizar politicamente o Islão, ao mesmo tempo que o procuravam controlar sob o pretexto de o modernizar e pôr ao serviço do Estado. Se os tradicionalistas encontravam no Islão o passado glorioso que os ratificavam, os revolucionários usavam o Islão para restituir o futuro às sociedades islâmicas. Em ambos os casos, tratou-se de legitimações autoritárias onde a personalização do poder usou frequentemente referências religiosas, apesar do proclamado laicismo.

É do fracasso destes projectos que se alimenta o islamismo global. Transfere para a sociedade dos crentes o projecto de renovação e de futuro, submetendo

o Estado a uma crítica radical, a quem acusa de cumplicidade ou submissão ao imperialismo ocidental, o inimigo principal porque fonte de todas as humilhações dos povos islâmicos. Se estivermos perante uma nova forma de globalização, como penso que estamos, o mais intrigante é a definição do seu perfil face às outras globalizações e as relações que tem com elas. É uma globalização que se opõe tanto ou mais radicalmente à globalização hegemónica, neoliberal. No entanto, pouco tem a ver com a globalização contra-hegemónica que se agrega à volta do FSM. Esta última acolhe e celebra a diversidade cultural e política, é laica, ainda que inclua movimentos de inspiração religiosa, desde que respeitem a esmagadora maioria dos outros movimentos não-religiosos, o projecto de sociedade futura que defende é aberto, cabendo dentro da designação "um outro mundo é possível" muitas formas de emancipação social, assenta em modelos organizativos muito fluidos, horizontais, sem comandos centrais nem líderes e, finalmente, embora propondo uma nova política e uma nova epistemologia, muitos dos movimentos que acolhe partilham o paradigma cultural filosófico e ético da modernidade ocidental, e apenas com base em convergências voluntárias. Em muitos destes aspectos, a globalização islamista situa-se nos antípodas da globalização contra-hegemónica. Aliás, intrigantemente, parece partilhar algumas semelhanças tanto com as utopias modernistas, que eram modelos fechados de sociedade futura, como com algumas características da globalização hegemónica: o pensamento único (seja ele o neoliberalismo ou o islamismo), a ecúmena jurídico-política (seja ela o mercado ou a conversão), a crítica do Estado (seja ele o Estado intervencionista ou o Estado laico).

Se a globalização contra-hegemónica do FSM é, em termos gerais, uma expressão do Sul Global na sua luta contra o Norte Global (Santos, 2006b), a globalização islamista é uma expressão do Oriente Global contra o Ocidente Global. Trata-se, porém, de orientações políticas dominantes, pois em ambas podemos identificar como alvo, tanto o Norte Global, como o Sul Global. Podemos, pois, concluir que se desenham duas contra-hegemonias muito diferentes e

até contraditórias entre si. Mas a diferença mais significativa do ponto de vista da configuração das zonas de contacto reside em que, ao contrário da globalização do FSM, a globalização islamista, no seu sentido mais amplo – isto é, incluindo tanto as tendências mais extremistas, como as mais moderadas – comporta-se hoje numa região do global chamada, sem grande precisão, o mundo árabe como uma forma de globalização hegemónica, dando origem a processos políticos e identidades que não se desenrolam como minoritários, mas antes como maioritários.

2. Direitos humanos na zona de contacto

A confluência e o confronto nas zonas de contacto entre três globalizações criam uma turbulência política, cultural e ideológica que se repercute de modo particular nos direitos humanos. Passo a referir as principais dimensões e manifestações dessa turbulência.

A primeira dimensão é a turbulência entre princípios e práticas. Decorre de um inconformismo novo ante a discrepância entre a proclamação dos princípios e a violação destes na prática ou entre a *law in books* e a *law in action,* tão familiar aos sociólogos do direito. Esta discrepância é antiga e, segundo alguns, é constitutiva. No entanto, atinge hoje níveis sem precedentes, sobretudo depois que a globalização neoliberal fez assentar a legitimidade da mudança social em três dos princípios mais vulneráveis a essa discrepância: o primado do direito, (*rule of law*) democracia e direitos humanos. Está talvez presente em todas as culturas e sistemas sociais, mas adquire uma saliência especial nas sociedades inspiradas no cristianismo. Foi identificada de modo lapidar por São Tomás de Aquino, ao criticar os cristãos do seu tempo pelo que ele designou *habitus principiorum*, o hábito de invocar obsessivamente os princípios cristãos para se dispensarem de os observar na prática. A modernidade ocidental, porque de tradição cristã, herdou esse *habitus* e transformou-o em princípio de acção política, consagrado nas Constituições modernas, sobretudo no que se convencionou chamar de partes programáticas. A

denúncia da discrepância entre princípios e práticas tem sido um tema central dos movimentos e organizações que integram o FSM que tomam os direitos humanos como referência política das suas lutas. Como disse, muitos não o fazem quer por pensarem que essa discrepância – e, com ela, os discursos e as práticas dominantes dos direitos humanos – é necessária para a reprodução do capitalismo global e que, portanto, os discursos e práticas dominantes dos direitos humanos são parte dessa reprodução, quer por pensarem que os pressupostos filosóficos e até teológicos dos direitos humanos são ocidentais e cristãos, não podendo, portanto, fundar lutas pela emancipação social que não partilhem esses pressupostos. Sempre que são parte de lutas contra-hegemónicas – seja luta pelo cancelamento da dívida dos países pobres, seja pela reforma agrária, ou ainda pelos direitos colectivos dos povos indígenas – os direitos humanos são submetidos a um trabalho de reconstrução política e filosófica que torna mais visível e mais condenável a discrepância entre princípios e práticas, fazendo dela o quadro político das lutas. Na medida em que tal sucede, caminhar pelas avenidas do cemitério das promessas traídas, torna-se mais arriscado para os empresários dos direitos humanos hegemónicos. É como se as promessas mortas se levantassem dos mausoléus para protestar contra a traição e punir os traidores. Entre as várias clivagens que se jogam na zona de contacto, a clivagem entre o Norte Global e o Sul Global e as desigualdades sociais em que ela se traduz são o campo privilegiado para a manifestação da turbulência entre princípios e práticas.

A segunda dimensão da turbulência na zona de contacto alimenta-se, sobretudo, da clivagem entre o Ocidente Global e o Oriente Global, trata-se já não da discrepância acrescida entre princípios e práticas, mas da discrepância entre princípios rivais, entre, por exemplo, princípios de direitos humanos e outros princípios de dignidade humana, da *umma* corânica à *pachamama* dos indígenas da zona andina.

A clivagem entre princípios rivais está presente no conflito entre a globalização neoliberal e a globalização contra-hegemónica do FSM, mas é particularmente central no conflito entre a globalização neoliberal e a globalização islamista. Esta clivagem põe uma questão nova de justiça. Enquanto a primeira clivagem, entre

princípios e práticas, põe uma questão de justiça social, a segunda clivagem, entre princípios rivais, põe uma questão de justiça cognitiva.

A globalização hegemónica, sendo a fase mais recente de um projecto capitalista global, é também a nova metamorfose de um projecto expansionista de modernidade ocidental e cristã. Depois da missão civilizatória, do progresso, do desenvolvimento e da modernização, a globalização neoliberal prossegue um projecto civilizatório global, assente em princípios caracteristicamente ocidentais e cristãos: separação entre imanência e transcendência e uma concepção especular das relações entre ambas; a autonomia dos indivíduos; o individualismo na economia e na política (o interesse comum assente na prossecução do interesse próprio); a secularização (a separação entre igreja e Estado e a transferência para o Estado da ideia de omnipotência divina); separação entre natureza e sociedade e a concepção da primeira como um recurso infinitamente disponível da segunda; o progresso como versão secular da redenção; a distinção entre o espaço público e o espaço privado, pertencendo à religião este último; privilégio absoluto a uma forma de conhecimento, a ciência moderna; a concepção do tempo, como sendo linear, com sentido e direcção únicos; formas de classificação social concebidas como consequências das superioridades e inferioridades naturais; gosto por princípios universais válidos independentes de contextos, ainda que sempre favoráveis aos contextos em que pode florescer o projecto moderno capitalista, ocidental e cristão. Estes princípios sempre chocaram com outros princípios rivais. Os povos que entraram na zona de contacto com a modernidade ocidental fizeram-no em condições de inferioridade, como foi tipicamente o caso do colonialismo. Muitos foram forçados a abandonar os princípios que os tinham guiado antes de chegarem à zona de contacto, outros adaoptaram voluntariamente os novos princípios. A força dos novos princípios foi quase sempre a força de quem os podia impor. Ao longo de uma história multissecular, alternaram períodos de imposição mais ou menos violenta (entre a guerra e a conversão, entre a pilhagem e o comércio), e períodos de imitação/adopção mais ou menos

voluntária (entre o assimilacionismo e adopções selectivas ao serviço da luta anti-colonial; entre o multiculturalismo reaccionário da tolerância e a interculturalidade emancipatória). Em todos os casos, tratou-se de uma imposição de lógicas monoculturais. Identifico na modernidade ocidental cinco monoculturas (Santos, 2004; 2006a). A monocultura do conhecimento consistiu em atribuir um privilégio absoluto inicialmente à teologia cristã e depois à ciência. A imposição desta monocultura significou a destruição de muitos conhecimentos, o que designo por epistemicídio, o qual, no caso das religiões, tomou a forma de teodicídio. Os grupos sociais, cujas práticas assentavam nesses conhecimento rivais, foram declarados ignorantes ou supersticiosos. A segunda monocultura, a monocultura do universalismo, consistiu em atribuir prioridade cognitiva e ética a entidades consideradas válidas, independentemente dos contextos. A identificação dessas entidades (princípios, valores) ficou a cargo daqueles com poder para transformar os seus contextos de actuação e interesse em situações ideias e gerais. Todas as outras entidades que não se enquadrassem com esses contextos dominantes foram desclassificados como particulares. A terceira monocultura foi a monocultura do tempo linear, uma concepção de tempo homogêéneo, dotado de sentido e direcções únicas: a flecha do tempo, cuja trajectória foi designada por progresso. Os países, as realidades, os grupos sociais, cujos princípios e práticas foram considerados como estando na dianteira dessa trajectória, foram considerados avançados, progressivos, desenvolvidos, enquanto todos os demais foram desclassificados como residuais, atrasados, primitivos etc. A quarta monocultura, a monocultura das hierarquias naturais, consistiu em distribuir as populações segundo classificações hierárquicas ditadas pela natureza, nomeadamente, sexuais e raciais. Ao contrário da hierarquia capital/trabalho, a hierarquia nestas distribuições é a consequência, não a causa, das assimetrias. As populações distribuídas no fundo das hierarquias foram desclassificadas como inferiores. Finalmente, a monocultura do trabalho e da natureza como recursos produtivos, cujo acréscimo de produtividade é potencialmente infinito. Todas

as formas de trabalho e concepções de natureza, incongruentes com esta monocultura, foram desclassificadas como improdutivas, estéreis, descartáveis.

Estas cinco monoculturas produziram um vastíssimo conjunto de populações, formas de ser, de viver e de saber desclassificados, segundo os casos, como ignorantes, inferiores, particulares, residuais, improdutivos. Não está em causa a existência de tais classificações, mas sim o modo como foram estabelecidas. O modo foi autoritário e sempre ao serviço de um projecto de dominação económica, política, social e cultural.

Entre os povos, culturas e sociabilidades não ocidentais que foram sujeitos a este projecto colonial e imperial, os povos, culturas e sociabilidades islâmicas são dos que mais claramente definiram como derrota histórica a submissão a esse projecto. Para isso, terá contado a memória de períodos de grande florescimento cultural, político e social e mesmo de hegemonia em vastas regiões do mundo. A derrota e a memória terão contribuído decisivamente para que os povos islâmicos tenham sentido de maneira mais radical e dilemática as suas opções históricas. Ou imitar a modernidade ocidental, seus princípios e monoculturas, mas com isso perder a identidade, rejeitar o passado glorioso, tornar-se estranhos a si mesmos (imitação, alienação e estranheza); ou, pelo contrário, rejeitar radicalmente a modernidade e arcar com os custos de continuar a viver num tempo moldado há séculos por princípios e monoculturas que lhes são adversas e não só os dominam como humilham (rejeição e projecto hegemónico alternativo). A primeira opção pareceu dominar no período acima referido do nacionalismo árabe (e que se estendeu muito para além do mundo árabe), quando a palavra de ordem foi modernizar o Islão. Pelo seu turno, a segunda opção parece dominar hoje no seio da globalização islamista e a palavra de ordem é islamizar a modernidade. É por essa razão que, na zona de contacto entre globalizações contraditórias, é ela quem mais contribui hoje para criar a turbulência entre princípios rivais.

A turbulência entre princípios e práticas decorre do inconformismo acrescido e politicamente organizado ante a distância que separa os princípios das

práticas concretas. Esta distância pode ser concebida como maior ou menor e as estratégias para a reduzir podem envolver graus e ritmos diferentes de aproximação entre princípios e práticas. Ou seja, a discrepância entre princípios e práticas, ao mesmo que cria uma zona de contacto confrontacional, abre também para negociações e composições de âmbito diverso. Ao contrário, a turbulência entre princípios rivais decorre do inconformismo também politicamente organizado ante a derrota histórica de um dado conjunto de princípios e a recusa de considerar irreversível. Não se trata, neste caso, de medir distâncias, tanto mais que estamos perante conjuntos de princípios à partida incomensuráveis e todos considerados os mais elevados. De algum modo, estamos perante monoculturas rivais. Nestas condições, a zona de contacto tende a assumir um carácter confrontacional e as negociações e composições só serão imagináveis com base em laboriosos procedimentos de mediação e de tradução intercultural.

Há ainda uma terceira dimensão da turbulência na zona de contacto com impacto directo nos direitos humanos. Trata-se da turbulência entre raízes e opções (Santos, 2006a), uma turbulência que atravessa todas as zonas de contacto produzidas pelo confronto das três globalizações, uma turbulência que afecta a clivagem tanto entre o Norte Global e o Sul Global, como a clivagem entre o Ocidente Global e o Oriente Global. Esta turbulência põe uma terceira questão de justiça, no centro da zona de contacto, a justiça histórica, pós-colonial.

A construção social da identidade e da transformação na modernidade ocidental é baseada numa equação entre raízes e opções. Esta equação confere ao pensamento moderno um carácter dual: de um lado, pensamento de raízes, do outro, pensamento de opções. O pensamento das raízes é o pensamento de tudo aquilo que é profundo, permanente, único e singular, tudo aquilo que dá segurança e consistência; o pensamento das opções é o pensamento de tudo aquilo que é variável, efémero, substituível, possível e indeterminado a partir das raízes. A diferença fundamental entre raízes e opções é de escala. As raízes são entidades de grande escala. Como sucede na cartografia, cobrem vastos territórios simbólicos

e longas durações históricas, mas não permitem cartografar em detalhe e sem ambiguidades as características do terreno. É, pois, um mapa que tanto orienta como desorienta. Ao contrário, as opções são entidades de pequena escala. Cobrem territórios confinados e durações curtas, mas fazem-no com o detalhe necessário para permitir calcular o risco da escolha entre opções alternativas. Esta diferença de escala permite que as raízes sejam únicas e as escolhas múltiplas e que, apesar disso, a equação entre elas seja possível sem ser trivial. A dualidade de raízes e opções é uma dualidade fundadora e constituinte, ou seja, não está submetida ao jogo que instaura entre raízes e opções. Por outras palavras, não há a opção de não pensar em termos de raízes e opções. A eficácia desta equação assenta numa dupla astúcia. Em primeiro lugar, a astúcia do equilíbrio entre o passado e o futuro. O pensamento das raízes apresenta-se como um pensamento do passado contraposto ao pensamento das opções, o pensamento do futuro. Trata-se de uma astúcia porque, de facto, tanto o pensamento das raízes, como o das opções são pensamentos do futuro, orientados para o futuro. O passado é, nesta equação, tão-só uma maneira específica de construir o futuro.

A segunda astúcia é a astúcia do equilíbrio entre raízes e opções. A equação apresenta-se como simetria, como equilíbrio entre raízes e opções e como equilíbrio na distribuição das opções. Efectivamente, assim não é. Por um lado, é total o predomínio das opções. É verdade que certos momentos históricos ou certos grupos sociais atribuem predominância às raízes, enquanto outros as atribuem às opções. Vêem-se num jogo ou movimento de raízes para opções e de opções para raízes, em que um dos vectores predomina na narrativa da identidade e da transformação. Mas, em verdade, do que se trata sempre é de opções. Enquanto certos tipos de opções pressupõem o predomínio discursivo das raízes, outros tipos pressupõem a sua secundarização. O equilíbrio é inatingível. Consoante o momento histórico ou o grupo social, as raízes predominam sobre as opções ou, ao contrário, as opções predominam sobre as raízes. O jogo é sempre das raízes para as opções e das opções para as raízes; só varia a força dos dois vectores, enquanto

narrativa de identidade e transformação. Por outro lado, não existe equilíbrio ou equidade na distribuição social das opções. Pelo contrário, as raízes não são mais que constelações de determinações que, ao definirem o campo das opções, definem também os grupos sociais que lhes têm acesso e os que delas estão excluídos.

Alguns exemplos ajudarão a concretizar este processo histórico. Antes de mais, é à luz da equação de raízes e opções que a sociedade moderna ocidental vê a sociedade medieval e se distingue dela. A sociedade medieval é vista como uma sociedade em que é total o predomínio das raízes, sejam elas a religião, a teologia ou a tradição. A sociedade medieval não é necessariamente uma sociedade estática, mas evolui segundo uma lógica de raízes. Ao contrário, a sociedade moderna vê-se como uma sociedade dinâmica que evolui segundo uma lógica de opções. Prova-o ao conceber como raiz fundadora o contrato social e a vontade geral que o sustenta. O contrato social é metáfora fundadora de uma opção radical – a de deixar o estado de natureza para formar a sociedade civil – a qual se transforma em raiz a partir da qual quase tudo é possível, tudo excepto voltar ao estado de natureza. A contratualização das raízes é irreversível e este é o limite da reversibilidade das opções.

Quaisquer que tenham sido as suas experiências anteriores, as culturas que entraram na zona de contacto com a modernidade ocidental foram obrigadas a definir-se em termos de equação entre raízes e opções. Fizeram-no para resistir em se adaptarem à equação moderna. Ao definir os termos do conflito, a modernidade ocidental procedeu a uma redistribuição brutal do passado, do presente e do futuro dos povos e culturas na zona de contacto. Reservou para si o futuro e permitiu que com ele coexistissem vários passados desde que todos convergissem nele, no mesmo futuro. Ou seja, distribuiu aos povos e culturas dominados, passados, neutralizados, sem capacidade de produzir futuros alternativos ao da modernidade ocidental. A descolonização e as independências em que se traduziu não significaram a ruptura com esta teoria da história. Em boa parte, prosseguiram-na e é por isso que a zona de contacto continuou a ser uma zona colonial, apesar de ter terminado o colonialismo político.

A turbulência por que passa actualmente a equação entre raízes e opções tende, assim, a ter um impacto generalizado, ainda que reflectindo as assimetrias que fundam a zona de contacto. Do lado da modernidade ocidental, está em curso a radicalização das opções mediante a perda das raízes. O contrato social, que foi concebido como raiz, está a transformar-se numa opção entre outras. Assim, o movimento do estado de natureza para a sociedade civil, que se pensava ser irreversível, revela-se afinal reversível. Os grupos sociais cada vez mais vastos que são expulsos do contrato social (pós-contratualismo) ou que a ele não têm sequer acesso (o pré-contratualismo) tornam-se populações descartáveis. Sem direitos mínimos de cidadania, são, de facto, lançados num novo estado de natureza, o que eu chamo fascismo social (Santos, 1998; 2006a). Nestas condições, as opções podem multiplicar-se indefinidamente, já que estão libertas dos constrangimentos das raízes. Do lado das culturas e sociedades, dominadas pela modernidade ocidental e, nomeadamente, nas culturas e sociedades islâmicas, está em curso um processo aparentemente inverso, o da radicalização das raízes, a busca de uma identidade originária e de um passado glorioso, suficientemente capacitante para fundar um futuro alternativo. Neste caso, as opções deixam de ter qualquer sentido na medida em que a única alternativa reside em recorrer ao que não tem alternativa, a raiz fundadora. A radicalidade desta opção justifica-se pela ideia de que algo profundamente errado terá ocorrido na história para que o passado tão glorioso não tenha impedido a abissal humilhação do presente e o bloqueio total do futuro.

Apesar das muitas diferenças entre dois processos de turbulência e de desestabilização da equação entre raízes e opções, há entre eles intrigantes semelhanças. Os dois processos partilham o mesmo medo abissal do futuro. O islamismo esconjura-o pelo recurso radical e politizado ao passado, convertendo o passado numa força capacitante. O Ocidente, incapaz de recorrer ao seu passado, dado que há muito o neutralizou, como bem mostrou Walter Benjamim, recorre à repetição radical do presente. Radical porque sem outras regras ou constrangimentos que

os da lógica automática da sua reprodução. Uma segunda semelhança reside na polarização entre processos autoritários de despolitização e de repolitização de que decorre a instrumentalização de recursos, até há pouco considerados indisponíveis. No caso da modernidade ocidental, a erosão do contrato social como raiz torna possível o uso instrumental de todos os princípios que dele decorriam, nomeadamente o primado do direito, a democracia e os direitos humanos. Passam eles também a ser opções entre outras. O direito foi sempre considerado instrumental, mas não os pressupostos de que decorria, nomeadamente, os direitos humanos. O facto de os direitos humanos serem pressupostos culturais e políticos foi sempre motivo de contradição com a sua pretensa universalidade, dado o seu carácter de corpo estranho quando implantado – tantas vezes de modo autoritário – em culturas e sociedades regidas por outros pressupostos culturais e políticos. Com a radical instrumentalização a que os direitos humanos estão a ser sujeitos em resultado da turbulência entre raízes e opções, os direitos humanos tornam-se estranhos no interior da própria modernidade ocidental. Cada vez mais, a superioridade da modernidade ocidental só se sustenta com base na violação de tudo o que oferece historicamente como justificação da sua superioridade. No caso do islamismo, a politização do passado implica igualmente a instrumentalização de atributos seus considerados indisponíveis, nomeadamente a *shari'a*. Também aqui a máxima indisponibilidade do direito como raiz torna-se um disfarce para a sua livre instrumentalização como opção.

Tanto na modernidade, como no islamismo, o autoritarismo alimenta-se do encolhimento do espaço público e da crise do Estado e reforça-os. A conversão toma prioridade em relação à conversação. De novo, apesar das muitas diferenças que os separam, a modernidade ocidental e o islamismo estão a revelar dinâmicas destrutivas que se manifestam através de novos extremismos. Os seus nomes são, entre outros: guerra, jihad, terrorismo, terrorismo de Estado, neoassimilacionismo, bombistas suicidas, populações descartáveis, Guantanamo, leis contra o terrorismo, unilateralismo, guerras preventivas. Mas a forma mais perturbadora de extremismo

é o que designo violência sacrificial. A violência sacrificial significa a imolação do que é mais precioso sob o pretexto ou com o propósito de o salvar. Destrói-se a vida para salvar a vida; violam-se os direitos humanos para defender os direitos humanos; elimina-se a democracia para a salvaguardar.

A turbulência a que está sujeita a equação entre raízes e opções na zona de contacto mostra que, pese embora as muitas diferenças, o facto de que a modernidade ter do seu lado a força bruta do capitalismo global e da guerra – o drama do Islão político é também o drama da modernidade ocidental. E o mais trágico é que a dinâmica própria destes dois dramas impede-os de reconhecerem as suas perturbadoras semelhanças. De facto, só uma profunda redistribuição social, política e cultural do passado e do futuro permitiria revelar os espelhos. Essa redistribuição significaria a realização da justiça histórica e pós-colonial, a terceira dimensão da justiça, ao lado da justiça social e da justiça cognitiva.

Os pontos de contacto entre os dois dramas tornam-se ainda mais evidentes quando analisamos a quarta dimensão da turbulência político-cultural na zona de contacto entre processos de globalização contraditórios. Trata-se da turbulência entre o sagrado e o profano, o religioso e o secular, a transcendência e a imanência. Neste domínio, o que é mais evidente à partida são as diferenças radicais entre as concepções que se confrontam na zona de contacto. O islamismo entende a turbulência, neste domínio, como decorrendo do facto de que ainda nem todo o profano foi reduzido ao sagrado, todo o secular ao religioso, todo o imanente ao transcendente. Sendo o Islão a religião originária e natural não pode ser concebida como uma dimensão da vida individual e colectiva. Ela é omnipresente e permeia por igual todas as dimensões da vida. Este entendimento da religião, que é consensual no Islão, é convertido pelo islamismo numa teologia política, ou seja, a conversão da religião numa arma política contra todos os vestígios de secularização que ficaram dos projectos considerados fracassados do nacionalismo árabe modernizante. Daí o ataque frontal ao Estado laico, à separação entre espaço público e espaço privado, às instituições que se pretendem regidas por normas

estranhas à *shari'a*. O islamismo é um projecto geopolítico que se afirma como teopolítico. A sua universalização ocorre por via da universalização da religião islâmica. A conversão de um muçulmano a outra religião é uma traição a esse projecto e, como tal, deve ser punida (a apostasia). Dado o seu confinamento territorial, o Estado não pode servir o projecto de universalização do Estado, a menos que ele seja regido por líderes religiosos, cujo magistério e mando são extra-territoriais. O ressurgimento da teologia política islamista, tornado visível a partir da revolução iraniana de 1979, transformou-se, em tempos recentes, no motor da globalização islamista.

O contraste desta globalização, tanto com a globalização hegemónica neoliberal, como com a globalização contra-hegemónica do FSM, no que respeita aos movimentos que a compõem e partilham o universo cultural da modernidade ocidental, não poderia se maior. No caso da modernidade ocidental, a religião, de matriz cristã foi, desde cedo, transferida do espaço público para o espaço privado, um processo histórico conhecido por secularização. O seu momento fundador pode ser datado de 1648, aquando da realização do Tratado de Westphalia que pôs fim às guerras religiosas europeias, conhecidas por Guerra dos Trinta Anos. A separação entre o poder espiritual da Igreja e o poder temporal do Estado moderno foi um processo histórico muito complexo e que tomou formas diferentes em diferentes países, regiões do mundo e períodos históricos. Não impediu, por exemplo, que a religião fosse posta ao serviço do colonialismo como parte integrante da missão civilizadora. Se, por um lado, com o Iluminismo, a religião foi considerada um anacronismo, sendo a sua remissão para o espaço privado uma fase de transição para o seu desaparecimento, por outro lado, o poder do Estado moderno constituiu-se através de um complexo jogo de espelhos com o poder sagrado da Igreja, assumindo características sacrais e rituais próprias deste (Marramao, 1994: 23). Isto para não falar dos "valores cristãos" que, através das teorias do direito natural do século XVII em diante, tiveram um impacto decisivo na concepção dos direitos humanos. Um dos paradoxos constelativos desta concepção é o facto de a

influência cristã coexistir com o direito da liberdade religiosa. Carl Schmitt (1922) defendeu mesmo na sua obra *Teologia política* que todos os conceitos do poder do Estado eram versões secularizadas de conceitos teológicos. Seja como for, a reivindicação da autonomia do poder do Estado face à religião é um dos atributos fundamentais da separação entre espaço público e espaço privado na modernidade ocidental. Mas talvez por isso mesmo o destino da religião na modernidade ocidental ficou intimamente ligado ao da distinção entre espaço público e espaço privado. De facto, a secularização nunca pretendeu eliminar a religião, pretendeu apenas estabilizá-la no espaço privado. A estabilização da religião foi o correlato da estabilização, por via da religião, das opressões e dos medos no espaço privado. Acontece que este espaço nunca foi ele próprio estabilizado. Existiu, quanto mais não seja, porque sofreu o impacto directo das vicissitudes do espaço público. A amplitude do espaço público foi desde sempre condicionada pela intensidade da democracia e das políticas públicas (e, especificamente, das políticas sociais) do Estado democrático. Ao ampliar os campos sociais das relações não mercantis (na educação, na saúde e na segurança social), o Estado desenvolveu estratégias de legitimação e de confiança que foram correspondidas pela lealdade dos cidadãos para com o Estado, ao mesmo tempo que permitiram institucionalizar os conflitos sociais e os debates públicos que ela suscitaram.

Acontece que, nos últimos trinta anos, temos vindo a assistir a dois processos muito distintos, mas com perversas confluências. Por um lado, a separação entre espaço público e espaço privado começou por ser questionado pelos movimentos sociais, sobretudo feministas e de gays e lésbicas, ao defenderem, contra o entendimento liberal, que o espaço privado era político e que, por isso, devia ser objecto de debate público e decisões políticas com o objectivo de pôr fim às opressões e discriminações produzidas e reproduzidas no interior do espaço privado. Com isto, o espaço privado deixou de ser limite do político para se transformar num dos campos do político. O segundo processo consistiu no encolhimento do espaço público produzido por vários factores: a crise do Estado nacional, produzida ou agravada

pela globalização hegemónica; a erosão das políticas sociais; a dissocialização das relações entre trabalho e capital; o aumento do autoritarismo tanto por parte de actores estatais como não-estatais; a mediatização da política e a personalização do poder dos governantes; a privatização dos serviços públicos; a transformação do cidadão em consumidor. O encolhimento do espaço público acarreta consigo a despolitização da vida colectiva e, com ela, o espaço privado, transformado no espaço da autonomia individual, expande-se simbólica e materialmente. Neste processo, a religião tem vindo a ressurgir sob múltiplas formas. Por um lado, a autonomia individual, combinada com a fragilização das redes de segurança criadas pelo Estado-Providência, torna-se vulnerável ao medo, à insegurança e à perda de esperança. Dessa vulnerabilidade sempre se alimentou a religião como bem mostraram Freuerbach e Marx. Pode dizer-se que o excesso de imanência transforma-se numa necessidade de transcendência. Relacionado com isto está o ressurgimento da teologia política conservadora, uma versão política do tempo e do espaço sagrados, que os legitima para a intervenção no tempo e no espaço profanos. Este ressurgimento da teologia política conservadora é, aliás, visível desde meados da década de 1970 nas três religiões abraâmicas, o cristianismo, o judaísmo e o Islão. A teologia política alimenta-se do encolhimento do espaço público e aprofunda-o na medida em que põe fim ao debate cívico e democrático nas áreas da sua intervenção. Aprofunda-o também porque capitaliza na perda da lealdade dos cidadãos ao Estado, oferecendo em troca uma lealdade transcendente, infinita e dispensada de oferecer contrapartidas materiais. A máxima subjectividade da identidade transcendentalizada converte-se em máxima objectividade. O ressurgimento da teologia política significa, pois, a crise do projecto histórico da secularização.

A turbulência na relação entre o religioso e o secular, entre o sagrado e o profano, entre o imanente e o transcendente, permite, pois, identificar mais um traço comum entre o drama da crise da modernidade ocidental e o drama do islamismo. Pese embora as muitas diferenças entre elas, é visível em ambos o

ressurgimento da teologia política conservadora e o autoritarismo transcendente (mas bem imanente) que transporta consigo. Em ambos, a teologia política relativiza ou põe em causa as concepções de dignidade humana, cuja efectiva realização assenta em institucionalidade secular, no Estado ou noutra qualquer instituição. Em ambos, a teologia política tem a potencialidade de relativizar ou instrumentalizar os direitos humanos. Não se trata de declarar a incompatibilidade de Deus com os direitos humanos. Basta declarar a superioridade de Deus aos direitos humanos com a consequência de que servir a Deus dispensa servir os direitos humanos.

O que distingue neste domínio o drama da modernidade ocidental do drama do islamismo é o facto de a teologia política conservadora ser ainda marginal no primeiro e ser central no segundo. É uma diferença decisiva, mas desconhecemos se as condições sociais, políticas e económicas que a sustentam são elas próprias sustentáveis.

3. Transformações na zona de contacto: são possíveis outros direitos humanos?

A análise precedente mostra a magnitude dos confrontos que estão a ocorrer na zona de contacto – de facto, um vasto conjunto de zonas de contacto – onde confluem três processos principais de globalização. As assimetrias na zona de contacto são evidentes e decorrem do carácter neoimperial e neocolonial da desordem mundial contemporânea. O que há de antigo nelas tem quase um milénio se as datarmos desde as Cruzadas ou mais de cinco séculos se as datarmos desde a expansão europeia. O que há de novo é, por um lado, o âmbito e a intensidade dos fluxos na zona de contacto e novas formas de medo e resistência. Estes novos aspectos são responsáveis pela fragilidade discursiva e prática dos direitos humanos na zona de contacto. Quanto mais fortes são as interrogações que se levantam, mais claramente se revela a fraqueza da resposta dada pelos direitos humanos. Isto não significa que devam ser descartados. Pelo contrário, nunca como hoje

foi importante não desperdiçar ideias e práticas de resistência. Significa apenas que só reconhecendo as debilidades actuais dos direitos humanos é possível, construir a partir deles, mas para além deles, ideias e práticas de resistência fortes. A complexidade das interacções, conflitos e compromissos na zona de contacto manifesta-se nas quatro turbulências que identifiquei, resultantes da intensificação de outras tantas disjunções ou discrepâncias: entre princípios e práticas, entre princípios rivais, entre raízes e opções e entre o religioso e o secular. Estas disjunções revelam relações desiguais de poder económico, social, político e cultural e as turbulências decorrem da intensificação dos conflitos que elas suscitam. Vistas de uma perspectiva ético-política, as quatro turbulências são outras tantas dimensões da injustiça global constitutiva da ordem imperial em sua fase mais recente. Isto significa que as diferentes formas de injustiça social global não têm existência separada e em qualquer delas estão presentes todas as outras. Mesmo assim, é possível e importante distingui-las para identificar os diferentes tipos de conflitos, de actores e resistências. A turbulência entre princípios e práticas revela especificamente a injustiça social, quer das desigualdades sociais, quer das discriminações sexuais, raciais, étnicas, religiosas, etc. Neste caso, a fragilidade dos direitos humanos decorre, por um lado, do cemitério das promessas traídas, a que aludi acima, e, por outro, das muitas desigualdades e discriminações que não são consideradas violações de direitos humanos ou são silenciadas pelos discursos e práticas dominantes dos direitos humanos. A turbulência entre princípios rivais decorre do confronto entre paradigmas de acção e de interpretação, universos simbólicos, princípios éticos, formas de racionalidade distintas e, como tal, suscita a questão da justiça cognitiva global, ou seja, das relações entre diferentes saberes e critérios de acção, reflexão, interpretação e de transformação da vida individual e colectiva. A injustiça não reside nas diferenças e nem sequer nas hierarquias entre elas. Reside, isso sim, no modo como umas e outras foram estabelecidas. Historicamente, foram estabelecidas em contextos imperiais, coloniais e neocoloniais e, portanto, no seio de relações de poder extremamente desiguais. A justiça cognitiva

global não conduz ao relativismo; antes reclama um novo relacionalismo, capaz de criar um cosmopolitismo vernáculo a partir de baixo (Santos, 2006b). A fragilidade dos direitos humanos, no domínio da injustiça cognitiva global, decorre do facto de as concepções e práticas dominantes dos direitos humanos serem, elas próprias, produtoras de injustiça cognitiva. São-no, não pelos seus pressupostos serem ocidentais, mas pelo modo unilateral como, com base neles, constróem pretensões universais abstractas. Também aqui a solução não é o relativismo, mas sim o relacionalismo.

A turbulência entre raízes e opções levanta uma terceira dimensão da injustiça global, a injustiça histórica. A injustiça histórica está intimamente relacionada com a injustiça cognitiva, mas distingue-se dela por se centrar nas teorias e práticas da história que produziram uma distribuição injusta das possibilidades e potencialidades do passado, do presente e do futuro. A muitos povos, culturas e sociabilidades foi-lhes distribuído ou imposto um passado sem futuro por parte de outros povos, culturas e sociabilidades que os reivindicaram para um futuro sem o constrangimento do passado. Os primeiros foram obrigados a esquecer o passado e o futuro para poder viver o presente; os segundos transformaram o presente na instantânea ratificação do passado e no momento fugaz onde se acende o *pathos* da transformação social futura. Esta injustiça histórica só poder ser relevada à luz de uma teoria e uma prática histórica pós-colonial. E aqui reside a específica fragilidade da resposta dos direitos humanos neste domínio. É que os direitos humanos foram concebidos como a-históricos e assim têm sido os discursos e as práticas dominantes deles. Daí a dificuldade em serem reconhecidos os direitos colectivos de povos e grupos sociais vítimas de opressões históricas. Daí também a impossibilidade de ver nas violações dos direitos humanos, reconhecidas como tal, o sintomas de outras violações muito mais graves e massivas, ainda que não reconhecidas como tal. Daí, finalmente, a impossibilidade de ver nas relações entre o Norte Global e o Sul Global, entre o Ocidente Global e o Oriente Global insondáveis violações de direitos humanos.

Finalmente, a quarta turbulência, entre o religioso e o profano, representa a dimensão mais complexa e obscura da injustiça social. De facto, não se trata de uma nova dimensão da injustiça global. Trata-se de uma manifestação extrema do conjunto das dimensões da injustiça global, a injustiça social, a injustiça cognitiva e a injustiça histórica. Trata-se de uma caixa de ressonância que, qual oráculo, se pretende ambígua na ressonância, podendo ser usada, tanto para sujeições extremas, como para libertações radicais. Marx viu na religião o espírito de um mundo sem espírito. A turbulência na relação religioso profano pode conceber-se a esta luz como o espírito duplo de um mundo sem espírito. Duplo porque é simultaneamente o espírito da submissão e da rejeição; duplo também porque na zona de contacto entre globalizações é mais evidente do que nunca que o religioso é também o não religioso, o político, o económico e o social que mata ou redime o espírito do mundo. A fraqueza da resposta dos direitos humanos neste domínio decorre de três factores. Por um lado, os direitos humanos assumem a secularização como um facto consumado e não como um processo histórico, inacabado e cheio de contradições. Por outro lado, desconhecem o seu próprio carácter inacabado e contraditório ao defender a secularização sem questionar as concepções cristãs e ocidentais da dignidade humana que os habitam. Finalmente, ao reduzir a questão da religião à questão da liberdade religiosa, os direitos humanos transformam a religião num recurso privado, num objecto de consumo separado das relações da sua produção. Não podem, por isso, distinguir entre religião dos opressores e religião dos oprimidos.

Em face disto, o trabalho de reconstrução e, de facto, de reinvenção dos direitos humanos será imenso se quisermos que eles enfrentem todas as dimensões da injustiça global analisadas neste texto e que sejam respostas fortes às interrogações fortes que elas suscitam. Os discursos e as práticas dominantes dos direitos humanos são hoje, como procurei mostrar, respostas fracas. Mas, como também procurei salientar, a fragilidade dos direitos humanos hegemónicos não reside apenas em serem respostas fracas a interrogações fortes. Reside também e, sobretudo, em não reconhecerem sequer muitas dessas interrogações fortes.

4. Referencias bibliográficas

MARRAMAO, Giacomo. *Cielo e terra.* Genealogia della Secolarizzazione. Roma: Bari, 1994

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense:* law, science and politics in the paradigmatic transition. Nova Iorque: Routledge, 1995.

_____. *Reinventar a democracia.* Lisboa: Gradiva, 1998.

_____(2002a). Os processos da globalização. In: B. S. Santos (Org.). *Globalização e ciências sociais.* São Paulo: Cortez, 2002.

_____ (2002b). *Toward a new legal common sense:* law, globalisation and emancipation. Londres: Butterworths, 2002.

_____. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: B. S. Santos (Org.). *Reconhecer para libertar:* os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 425-461.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: B. S. Santos (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente:* um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

_____(2006a). *A gramática do tempo:* para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

_____ (2006b). *The rise of the global left:* the world social forum and beyond. Londres: Zed Books, 2006.

SCHMITT, Carl. *Politische theologie* – vier kapitel zur lehre von der souveränität. Berlin, 1922.

WESTERLUND, David; Svanberg, Ingvar (Orgs.). *Islam outside the Arab World.* Londres: Routledge, 1999.

Criminologia, neoliberalismo e controle punitivo

Juan S. Pegoraro
Instituto de Pesquisas Gino German (Universidad de Buenos Aires). Professor Titular de Sociologia do Sistema Penal da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires. Investigador do Instituto de investigações da Universidade de Buenos Aires. Diretor da Revista de Ciencias Sociales.

Sumario: 1. Introdução – 2. A Direita e a gestão do estado-governo – 3. A Direita Criminológica: perigosidade-causalidade e incapacitação – 4. Algumas reflexões finais – 5. Bibliografia.

Resumen: Se propone una mirada analítica sobre las nuevas formas del control social penal en las sociedades modernas a partir de la puesta en práctica del modelo económico neoliberal; la desvalorización del Estado del Welfare y el crecimiento de actos delictivos interpersonales está generando una iniciativa-respuesta por parte de los gobiernos limitando las garantías personales y se avanza hacia políticas de ampliación del control punitivo fundados en el delito de autor mas que el delito de acto; en tal sentido gobiernos políticamente conservadores y gobiernos progresistas no se diferencian mayormente en las prácticas del control punitivo; el autor sugiere la hipótesis de que el crecimiento actual de los actos delictivos contra la propiedad deben ser considerados como un fenómeno sociológico en el marco de los efectos sociales del modelo neoliberal y por lo tanto mas allá del estrecho enfoque jurídico-penal.

Abstract: It is proposed an analytical approach of the new forms of penal social control in modern societies that take place within the implemnetation of the

neoliberal economic model; the devaluation of the Welfare State and the growth of interpersonal delinquent acts is generating an iniciative-response from governments, constraining personal guarantees and advancing towards policies of punitive control expansion based on the "delinquency of author" rather than "delinquency of act"; thus, there is no difference between conservative and progressive governments concerning punitive control practices; the author sustains the hypothesis that the actual growth of delinquent acts against property must be considered as a sociological phenomenon within the framework of the social effects of the neoliberal model and, therefore, beyond the narrow legal-penal approach.

Palabras claves: Control social – Control punitivo – Política penal.

Keywords: Social control – Penal control – Punitive politica.

1. Introdução

Novos ares correm para a política penal nos últimos 30 anos onde a decadência do pensamento penal clássico não é tanto teórica senão da ordem das práticas; quero dizer que o pensamento penal clássico tem sido e é o fundamento da existência do Direito penal em quase todos os países do ocidente, está expondo sua debilidade frente aos embates de uma nova ordem social de natureza neoliberal que reclama desligar-se da lei que o aprisiona; em efeito, anos atrás Michel Foucault perguntava-se num trabalho, como pode o direito limitar ao poder se este é o que produz o direito? E também se perguntava sobre o afora da lei (2002) "Se estivesse presente no fundo de cada um, a lei não seria a lei, senão a suave interioridade da consciência". Quero dizer com isto que a nova ordem social requer e está impondo outra política penal para fazer frente a uma nova realidade socioeconômica.

Estamos assistindo ao renascer de certas formas da Criminologia positivista em seu exercício prático por encima do garantismo penal clássico: a política penal seletiva com fundamento ideológico na defesa social. Neste sentido a caracterização do "homem delinqüente" é a de *jovem – pobre – desempregado*

– *marginal*, e não tanto por características somáticas senão por características sociais. Claro que pode rastrear-se a existência destas práticas muito atrás, pois se bem o Direito Penal é o fundamento dos códigos, a política penal em mãos de seus operadores, polícias e juízos, já tinha excedido as ataduras da lei em aras da sempre reclamada defesa da sociedade. E com isto não me refiro só aos cuidados políticos da ordem social como tem sido e é o que Giorgio Agamben (2004) denomina "Estado de Exceção"[1] senão simplesmente à política do atual estado penal que acompanha ao modelo neo-liberal-econômico. Seguindo a obra de Walter Benjamin, a oitava tese sobre o conceito de história, da qual cita "... a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção no que vivemos é a regra..." defende que quando o estado de exceção, deixa de ser paradoxicamente uma exceção para converter-se na regra, os sistemas políticos democráticos vêem ameaçado seu funcionamento até o ponto de que a própria fronteira entre democracia e absolutismo parece desaparecer; o estado de exceção se apresenta assim como um "umbral de indeterminação".

Reparemos no pensamento clássico sobre o direito de castigar que desenvolve Cesare Beccaria em *Dos delitos e das penas*: depois de argumentar fortemente contra os suplícios e as penas, em especial sobre a pena de morte, Beccaria não duvida em defender uma visão da ordem social como bem máximo a tutelar: "Não é pois, a pena da morte direito, quando tenho demonstrado que não pode ser, é só uma guerra da nação contra um cidadão porque julga útil ou necessária a destruição de seu ser...".[2] Como vemos este pensador caracterizado como expoente do humanismo e do garantismo penal não duvida em justificar a pena de morte quando está em perigo a nação, ou seja a ordem social. E continua dizendo: "Por só dois motivos pode acreditar-se necessária a morte de um cidadão. O primeiro quando

1. O texto reúne a historização do processo que se acelera depois da primeira guerra mundial "(...) neste período a legislação de exceção passou a ser uma prática corrente nas democracias européias", segundo o qual o *estado de exceção*, deixa de ser exceção para converter-se em regra e passa a ser o paradigma de governo dominante na política contemporânea.

2. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Madrid: Edições Altaya, 1994, p. 74.

ainda privado da liberdade tenha tais relações e tal poder que coloque em jogo a segurança da nação; quando sua existência possa produzir uma revolução perigosa na forma de governo estabelecida".[3] Vemos que, esta preocupação de Beccaria e sua justificação do castigo máximo, a pena de morte, só seriam aplicáveis quando está em jogo o poder: "quando ainda privado da liberdade tenha tais relações e tal poder que interesse à seguridade da nação", disse. E, porém os delitos chamados "comuns" não ameaçam o poder, simplesmente o violam como produto de alguma paixão momentânea, alguma irracionalidade, alguma patologia ou pulsão extrema: nada para preocupar ao poder. Parafraseando a Hobbes, os homens perigosos são aqueles que desprezam as leis e não tanto aqueles que as violam.

E assim entramos ao assunto da perigosidade em relação à ordem social na Modernidade e, porém a política de castigos; refiro-me às cambiantes necessidades da ordem social e por isso cambiantes formas de controle social. Isto é o que Foucault assinala como o passo das sociedades de soberania às sociedades disciplinadoras, às técnicas de normalização e agora à sociedade do controle (Foucault, 1976; 1978; 1977; 2006); mas não por uma questão evolutiva humanística senão pelas necessidades estruturais da nova divisão social do trabalho e do mercado. Isto significou que já não era possível nenhuma alteridade à sociedade de mercado e ao lugar que o trabalho tem ocupado nela.

Mas há algo novo e é a gestão da insegurança como ferramenta de controle social (Pegoraro, 1997), a insegurança que produz o retiro do Estado do Welfare, aquele Estado paternalista que tendia a reduzir os excessos cruéis do mercado auto-regulado que produz a concentração da propriedade e das políticas econômicas em mãos das grandes corporações transnacionais; refiro-me a que reaparece a necessidade do Leviathan porque o problema da ordem é a insegurança, que tautologicamente nos remite a um Estado fraco. O paradóxico disto é que o protesto da sociedade não é pela debilidade do Estado frente às forças sociais do mercado

3. Ob. cit.

senão para que resolva ou reduza os delitos interperssoais (comuns) que produzem a sensação de insegurança sensação que como aquele teorema de Thomas, é real em suas conseqüências; e as conseqüências estão à vista, pois o problema da insegurança produzida pelo delito violento está colocado na agenda eleitoral tanto para os partidos de direita, de centro e também de esquerda.

Consideramos em relação ao direito penal que o operador sociológico do sistema penal, é importante considerar não tanto o enunciado da norma, (Foucault, 1976) senão seu funcionamento, digamos sua aplicação ou não aplicação, pois entre o enunciado e a aplicação da norma existe um "espaço de mediação" cujo observável é o funcionamento concreto do sistema penal do qual a norma forma parte. Estas mediações podem ser a interpretação do fato, a natureza ou condição social da vítima ou do vitimário, o clima cultural, a repercussão social ou política do fato, a ideologia do funcionário ou operador do sistema penal, a influência do contexto social, a atuação das mídias entre outras. De tal jeito a aplicação da norma está submetida a um contexto ou contingência que pode explicar-se em função de certa racionalidade do sistema penal, de uma direcionalidade que o conduz ou simplesmente de uma contingência interpretativa.

No marco da política penal também podemos considerar o que diz e o que não diz a norma, o que assinala e o que oculta, o que faz e o que não faz, o que reprime e o que tolera, mostrando assim uma complexidade do fenômeno social do castigo que juridicamente pareceria simples, automática: ao delito lhe corresponde o castigo. Este esquema delito-castigo não é real, e é mais, nunca foi real na história da humanidade; sua prática ou exercício tem estado referido à ordem social, na estratégia da preservação e reprodução da ordem social e, porém no seio das relações sociais de poder como são as relações sociais, assim seja uma aparente redundância; quero dizer que o esquema delito-castigo nunca foi autônomo e sempre se deu no marco de uma ordem social imposta (J.C. Marín, 1993) que representava e reproduzia interesses de estamentos, classes e/ou de grupos sociais, uns poderosos e outros fracos, uns dominantes e outros dominados, uns soberanos

outros súbditos; porém a política penal tem formado parte de uma relação de forças políticas e mais extensas e complexas que o simples castigo de uma inconduta. Historicamente a concepção do que é um delito tem sido sempre apropriada pelos grupos dominantes, pelo poder, e, porém o delito como tal, não tem essencialidade alguma e seu castigo fica sujeito à vontade estratégica do poder.

Por outra parte o delito, – sempre refiro-me ao delito comum e não ao delito do poder ou dos poderosos – tem sido e é considerado "falsamente" como um problema para a ordem social. Está implícita em suas referências a escura suspeita de que as condutas delitivas expressam um desacordo com os limites "contratuais" que a vida social impõe a seus associados, e que tais condutas podem ser ou são algo mais que o produto de uma irracionalidade ou de uma paixão incontenível ou um instinto ou perversão ou anormalidade. Essa "obscura suspeita" se alimenta da percepção de que alguns delitos podem decifrar-se como rejeições ou ressentimentos contra a ordem social; outros como os de necessidade ou subsistência se nutrem também de necessidades simbólicas ou imateriais, o que faz fortemente complexa a explicação deste fenômeno social. Hobbes tinha advertido isto e dizia que "há homens que violam as leis por fraqueza, mas há outros homens que desprezam as leis".[4] Porém este problema tem sido parte da história real e da reflexão direta ou indireta de quem se tem comprometido com as formas de governar e de preservar ou melhorar a vida social.

Agora bem, é possível pensar distinguir entre um pensamento de direita, conservador, e um pensamento de esquerda, progressista, sobre a questão penal? Quais seriam seus indicadores, os cimentos de uma e outra? E como lhe afetariam os contextos culturais e os processos sociais? Perguntas difíceis que desafiam as respostas simples e reducionistas. A existência na história humana de "circunstâncias" ou contingências na política penal real é um dos pontos de partida mais conflitivos no campo intelectual, pois remite além a mais da lei, ao campo das

4. HOBBES, Thomas. *De cive*. Madrid: Aliança Editorial, 2000, p. 239.

relações de poder (Foucault, 1976, 1979, 1980, 1992) que é em verdade uma análise abordada pelo pensamento progressista (Foucault, Cohen, Taylor, Young, Melossi, Pavarini, Zaffaroni, Ferrajoli, Resta, Platt,) sobre o sistema penal e escamoteado pelo pensamento da direita criminológica.

2. A Direita e a gestão do estado-governo

Um aspecto muito importante para identificar o modelo neoliberal de mercado a partir de 1980 e os postulados da Direita Criminológica é sua crítica e rejeição ao Estado Assistencial e à política do *New Deal* de F.D. Roosevelt, forma-estado que imitarão grande parte dos países ocidentais; a direita neoliberal foi acumulando cedo esta crítica, quase desde a solidão (Anderson, 1991) da segunda pós-guerra assinalando a ineficiência governamental, os custos improdutivos e exorbitantes do assistencialismo e os escassos resultados que se obtinham para diminuir os problemas sociais ou naturais. Posteriormente, a filosofia dos "think tank" da Direita Criminológica em sua crítica ao Estado Assistencial baseiam-se em recuperar a idéia de uma política social que promove a responsabilidade e esforço pessoal de todo indivíduo necessários para conseguir um bom nível de vida e não um assistencialismo que facilitaria um crescente círculo vicioso. Não obstante as custosas políticas sociais que se programam assinalam também o crescimento dos índices delitivos e culpam disso a que tais políticas estão formadas com uma idéia compassiva para as pessoas sem vontade de superação, vagabundos, marginais hedonistas, mães solteiras, homens e mulheres, viciados às drogas, de baixo coeficiente mental. Desta forma as políticas sociais aprofundam as diferenças sociais ao não premiar o esforço individual, "o merecimento" diria Charles Murray (1996) indica que o fracasso das políticas sociais está em que o sistema não ensina *como enfrentar o fracasso* aos que têm menos oportunidades e que estão imersos em frustrações pessoais; por conseguinte as políticas sociais fazem pagar o custo aos pobres que se esforçam por sair de sua situação, pois seriam eles em realidade os menos favorecidos pelas políticas sociais.

Por outra parte apelar a uma definição de uma fração da sociedade que denominam como "underclass" que seriam os maiores inimigos de uma vida civilizada. William Bratton os identificava como "esses indivíduos sem teto que acossam aos motoristas parados frente aos semáforos para oferecer-se a limpar seu pára-brisa em troca de umas moedas... os pequenos revendedores de drogas, as prostitutas, os mendigos, os vagabundos e os autores de grafite".[5] E tal como defendeu Charles Murray "é preciso... impedir que os pobres vivam de nossas costas... temos que arquivar o Estado Providência para salvar à sociedade da "underclass" que semeia a ruína social e a desolação moral nas cidades inglesas, depois de ter devastado os bairros baixos das metrópoles estadunidenses".[6] Esta idéia de que a chamada "underclass" é o principal inimigo da vida fundamenta uma crescente política penal de encarceramento massivo que tem levado a que a população carcerária norte-americana (uns 2.000.000 de indivíduos) quintuplique a média européia (130/100.000) embora esta se tenha duplicado nos últimos 10 anos.[7] Este conceito de "underclass" (subclasse, desclassado, lumpem) se refere a um imaginário que o associa com o negativo, com o degradado, com o vergonhoso, perigoso, mas, sobretudo irrecuperável; além destes atributos pessoais implica uma idéia de submetidos, de subordinados, de degradados e de miseráveis mendigos (Bourdieu e Waçquant, 1999) que Zygmunt Bauman tem titulado *Vidas desperdiçadas*, no que analisa a produção de resíduos humanos como conseqüência inevitável do desenvolvimento da modernidade sem lugar na sociedade de consumo (Bauman, 2001).

Desta forma o modelo integrador do Estado Assistencial tem declinado num neoliberalismo conservador e num desenvolvimento tecnológico cujo resultado é um aumento exponencial da produtividade com crescente redução de mão-de-obra e, porém altas taxas de desemprego e subemprego que produze exclusão social. Assim este modelo tem produzido uma nova realidade social,

5. Citado por Löic Wacquant. *Os cárceres da miséria.* Buenos Aires: Manantial, 2000, p. 29.
6. *The Guardian*, 17.09.1994, citado por Löic Wacquant, ob. cit., p. 42.
7. *Statistics Years Books*, N.Y., 2004.

com preocupações como a insegurança e os riscos pessoais frente às condutas mais agressivas e violentas ligada aos delitos contra a vida e os bens pessoais que podem produzir os excluídos e marginais; Ulrich Beck (1998) ao referir-se à existência da sociedade do risco põe ênfase nas diferenças do risco em diferentes setores sociais: "A história da atribuição dos riscos mostra que estes seguem do mesmo modelo que as riquezas, o esquema de classes, mas ao inverso: as riquezas se acumulam em cima, os riscos embaixo. Portanto os riscos parecem fortalecer e não suprimir a sociedade de classes. À insuficiência de provisões se soma a falta de segurança, e uma sobre abundância de riscos que seria preciso evitar. Frente a isto, os ricos, (em ganhos, em poder, em educação) podem comprar-se a segurança e a liberdade com respeito ao risco. Esta 'lei' de uma atribuição dos riscos específico das classes, e, portanto agravamento dos contrastes de classe mediante a concentração dos riscos nos pobres, fracos..."[8]

Então, a existência e proximidade dos pobres-excluídos numa sociedade de consumo compulsivo não podem deixar de produzir medo generalizado. Como disse Hebert Gans "os sentimentos que as classes mais ricas têm para os pobres é uma mistura de medo, aborrecimento e condena; mas é provável que o medo seja o componente mais importante". (Bauman,1999)[9] e este medo é o alimento de políticas mais duras e repressivas com as quais se pretende exorcizá-lo. O processo de individualização, de privatização, o hedonismo de massas faz com que só se questione o perigo potencial que produzem os novos "estranhos", os excluídos sociais. Estamos frente à presença de um novo "desvio" nas sociedades atuais que já não é produto de escolhas individuais, de afirmações de uma identidade distinta senão de um efeito estrutural do mercado cada vez mais automatizado do controle estadual de uma fração da sociedade que é produzida e não integrada ao consumo, pois o consumismo resulta ser a forma mais importante da socialização. É a

8. BECK, Ulrich. *Sociedade do risco*. Barcelona: Paidós, 1998.
9. BAUMAN, Zigmuy. *Trabalho, consumismo e novos pobres*. Barcelona: Gedisa, 1999.

realidade da "underclass", produzida pela decadência ou desintegração cultural da sociedade do trabalho (Bauman, 1999), tanto em seus aspectos materiais, como simbólicos. Trata-se da mudança que paulatinamente se produz por uma maior ênfase a partir uma sociedade de trabalhadores em direção a uma sociedade de consumidores na qual uma fração social deles é expulsa por império das necessidades de mercado e se tornam inúteis para o mundo (Castel, 1995), mas com o agravante que continuam ligados à cultura do mercado, do consumo, ou melhor, do consumismo que deseja satisfazê-los de maneira imperiosa.

Já a noção de "underclass" como sinônimo de marginalidade[10] e produtora de "condutas desviadas" pode rastrear-se na década dos anos 60 quando se iniciava a declinação do modelo fordista mais com aumento da produtividade e, portanto com altos níveis de desemprego. O resultado é a "underclass" que tem vindo a substituir a importância que tiveram as "condutas desviadas" para a sociologia do desvio. Já não se trata de uma falta de moralidade para o trabalho como se declamava no século XIX e grande parte do XX para referir-se aos marginais, senão que a falta de oportunidades ou de demanda de trabalho margina a uma fração numericamente importante de indivíduos que são guetificados em "villas", "favelas", "vecindades", "chabolas" e consideradas uma ameaça para a segurança dos incluídos.

O desemprego crônico somado à flexibilidade do trabalho faz com que a vida seja mais insegura na forma da inexistência de um projeto de vida que pode realizar-se através do trabalho. Não ter trabalho é muito mais que isso (Castel, 1995), é não ter identidade, carecer de auto-estima, ser um excluído da sociabilidade. A conseqüência é a "guetificação" e com isto a reprodução ampliada da exclusão em espaço (o gueto) e tempo que não é só o tempo de uma vida senão que já se estende a duas e até três gerações de pessoas que não conhecem o trabalho

10. Para o marxismo "marginalidade" tinha seu símile no conceito de "lumpemproletariado" acunhado por Marx em *O 18 Brumário de Luis Bonaparte*. Mas não é assimilável na atualidade onde a ética do trabalho e sua disciplina tem deixado de significar o mesmo numa sociedade de consumo.

regular com seus horários, suas rotinas, suas obrigações, sua retribuição salarial e sua segurança social e, portanto sua cidadania.

De maneira paralela a este modelo de ordem social neoliberal é a utilização de uma política criminal que está levando para níveis inéditos a taxa de aprisionamento (o "Estado Penal" (Wacquant, 2001)), em todos os países de América Latina, mas também nos países desenvolvidos. Como é óbvio o "Estado Penal" implica que as polícias têm maiores faculdades de fato para reprimir mortalmente e já não precisam quase de minimizar e ocultar incidentes para proteger as exigências psicológicas, morais e jurídicas da legalidade estadual, pois as instituições estão cada vez mais envolvidas na lógica do modelo; a "mão dura" e o "gatilho fácil" estão cada vez mais justificados por este médio socio-econômico-político. Então quando um polícia realiza uma repressão mortal denota uma nova interpretação de episódios conflitivos nos que prevalece a finalidade de realizar "limpezas sociais" com a cumplicidade ou encobrimento em muitos casos do poder judicial o que revela abertamente o caráter acessório ou subordinado desta instituição para esta lógica da "segurança".

Este modelo econômico neoliberal globalizado e marcado pelo desenvolvimento tecnológico já não requere incorporar massivamente mão de obra e o desemprego é uma ameaça constante e uma realidade próxima; a precariedade do trabalho, a diminuição da seguridade social, a privatização mercantil da saúde, e a concorrência do trabalho individual promovem um individualismo feroz que é o atual cenário onde o controle social tem como teleologia a neutralização da latente perigosidade social através de evitar que transitem caminhos urbanos "civilizados" recluindo uma importante população em espaços periféricos.

Entretanto os penalistas centram o controle social no controle do delito, a produção da ordem social se realiza através de outras ferramentas muito mais efetivas distinguindo dois âmbitos ou espaços sociogeográficos nos que se exerce um controle social diferenciado. Trata-se em soma de uma "atribuição" de políticas de controle de maneira seletiva e diferenciada nos dois espaços urbanos

nas "duas cidades": numa a ordem social é produzida através das idéias culturais e do imaginário social como a do *continuum* civilização – economia – progresso – tecnologia – produtividade – consumo que se soma à integração, a cooptação, e diversas formas de "transformismo" (Gramsci,1976). Mas no outro, nos espaços de segregação e confinamento dos excluídos e "inúteis para o mundo" o Estado (suas leis e o poder policial e o poder judicial) se reduz a aspectos mais repressivos e de contenção geográfica.

Talvez a Sociologia esteja desejando responder o reduzido modelo jurídico-penal na abordagem da grande maioria de condutas desviadas das normas legais sancionadas pelo sistema penal. E por isso será preciso responder algumas perguntas como: Não serão estas "condutas desviadas" as formas de sobrevivência legal-ilegal dos setores vulnerados e excluídos? Não serão estas condutas ilegais e violentas o paralelo ou a contra frente das formas de sobrevivência legal-ilegal dos setores não vulneráveis e incluídos na vida social?

3. A Direita Criminológica: perigosidade-causalidade e incapacitação

Também é característica desta posição o progressivo abandono da abordagem das causas do delito ("do passo ao ato") fundamentado ideologicamente na responsabilidade pessoal de cada um e na melhor forma de incapacitar aos acusados e aos condenados. Por uma parte rechaça a existência de alguma relação entre o delito e a estrutura social e seus valores fundamentais e ultimamente – em paralelo com as idéias neoliberais de mercado – acentuando uma atualização de posturas do positivismo biologicista do século XIX na qual a genética e o coeficiente intelectual explicaria a falta de vontade e fraqueza moral dos que caem no delito (Murray e Hernnstein,1996). Portanto os problemas que causam o delito para a sociedade devem ser resolvidos com o aumento da incapacitação para reduzir assim a perigosidade que implica que estes indivíduos estejam em liberdade.

O imaginário ao que apela a Direita Criminológica é um esquema que nunca foi real: o de crime-castigo, imagem utópica da que Foucault se burla não só por "impossível e também não desejável" senão pela histórica gestão política dos castigos, pois seu exercício está mais ligado a "arte de governar" (Foucault, 1990) que à ética ou à moral; a "arte de governar" supõe que o governo é justo enquanto discursa sobre o respeito às leis, tanto humanas, como naturais e divinas, mas na verdade está impregnado de transações e negociações com os poderosos, entre eles os representantes da justiça que se expressa no contingente exercício da repressão-tolerância como política penal; não há uma sem a outra pois a justiça está mediada pelo poder que exerce o poder judicial, o poder policial e o poder penitenciário, e dentro de tais instituições os grupos poderosos com seus interesses particulares ou corporativos. E, além disso, sua visão "criminológica" da questão delitiva também os encerra na identificação do fenômeno e em sua possível solução, cuidando de uma sociedade que ao parecer precisa ser defendida e não reformada.

A idéia que trata de defender é a de uma sociedade relativamente bem integrada e que se encaminha para conseguir a felicidade de todos e, portanto os conflitos que puderem existir são relegados às áreas da psicologia pessoal ou social tal como o pusera em evidência Ch. Wright Mills em seu recordado trabalho sobre os patólogos sociais;[11] desta forma tais conflitos seriam só de caráter privado, ou de patologias pessoais e como tais, condutas desviadas ou delitivas. Este jeito de mirar neutraliza um enfoque político do problema e o deriva ao anormal e desviado que requer sua atenção com as práticas de correção, tutelagem, e em seu caso de incapacitação. O "desviado" é caracterizado como insuficientemente socializado, ou desadaptado, ou um rebelde "sem causa". Não tem que esquecer que esta sociologia floresceu no espaço social, político e cultural do Estado de Bem-estar, ou seja, dentro do reformismo social-democrata que reinou nos "gloriosos 30 anos" (Hobsbawn, 1995) da segunda pós-guerra.

11. MILLS, Ch.W. Os patólogos sociais. *American Journal of Sociology*, 1941.

O pensamento da Direita Criminológica é um pensamento de omissão por um lado e de intervenção penal por outro: por exemplo, o assunto do crescimento da delinqüência juvenil que é explicado por uma socialização primária deficiente pela dissolução da vida familiar omitindo considerar as causas externas, como por exemplo, os requerimentos do mercado que têm incidido na dissolução de tal estrutura familiar. Esta delinqüência juvenil é vista, ainda pelos presos adultos, como distante de uma delinqüência "profissional" de uns 30 anos atrás; agora seu caráter seria a improvisação, a espontaneidade e a desprofissionalidade que fazem em grande medida inúteis ou impotentes as políticas de prevenção "situacional" (Crawford, 1995) do delito. Não obstante ou precisamente por isto se potenciam as reclamações desta direita por restaurar a ordem e combater "as incivilidades" que preanunciam condutas mais violentas (Wilson e Kelling, 1982; Kelling e Coles, 1997; Marcus, 1995). "Os garotos que vêm agora para a prisão estão totalmente perdidos. O crack matou suas mães... não escutam nada nem ninguém, não têm respeito nem medo... depredadores frios como uma pedra... praticam a gratificação material e sexual instantânea e predicam a violência impulsiva contra qualquer pessoa... e pela dissolução de sua família ninguém lhes têm comunicado as normas de uma vida civilizada, nem sequer as básicas de respeito para com seus pares e com as autoridades, superação pessoal, trabalho duro e outros valores de 'classe média'. Quase todos em suas vidas lhes têm ensinado com o exemplo a estar extremadamente orientados só para o presente e a pensar somente neles mesmos... não estão ancorados moral nem psicologicamente por nenhum futuro, nenhum passado, nenhum amor, nenhum ódio, nenhuma pena, nenhum remordimento. São uma nova raça de criminais mais letal que nenhuma vista antes."[12]

Os pensadores da Direita Criminológica advertem sobre o crescimento dos índices delitivos não obstante as custosas políticas sociais que se programam

12. DI IULIO JR., John. Crime solutions. 18 things we can now do to fight back. *The American Enterprice,* may/june 1995. Versão em castelhano em Delito e sociedade. *Revista de Ciencias Sociais*, n. 15, Bs.As. 2001.

e culpam disso a uma fundamentação assistencial ou compassiva de tais políticas que faz pagar o custo delas, dizem, aos setores que se esforçam em conseguir uma vida melhor.[13] As políticas sociais de caráter assistencial aprofundam as diferenças sociais ao não premiar o esforço individual, o merecimento defende Charles Murray, e indica que o fracasso das políticas sociais está em que o sistema não ensina *como enfrentar o fracasso* aos que têm menos oportunidades e que estão imersos em frustrações pessoais que conduzem às condutas delitivas.

Estes argumentos fizeram parte da ofensiva ideológica que apontaram a reduzir as intervenções do Estado do Welfare cujo resultado não tem sido tanto o Estado "mínimo" senão o Estado "social mínimo", pois sua ausência permite a maior presença das forças sociais mais poderosas que submetem a sua lógica econômica-mercantil à sociedade em seu conjunto.

A explicação das condutas delitivas como produto de uma carência, "a falta de" insumos materiais ou a "falta de" uma socialização adequada escurece que é precisamente a demanda compulsiva de consumismo tanto material como simbólico que emana de um mercado sem regulação que se tem produzido com a hegemonia cultural deste modelo de capitalismo. Não só é a falta de insumos materiais, senão também das satisfações simbólicas ligadas ao existir pessoal, como por exemplo, a vestimenta, a forma de utilizar o tempo livre, os gostos sociais que integram aos indivíduos na vida social. Em tal sentido a Direita tem o problema de que os "produz" com suas políticas neoliberais e lhe resulta insuportável a presença destes na vida de relação, estes "sujos, feios e maus" que incomodam à sociedade com só existir e estar presente em lugares que supostamente são territórios ou espaços que só deveriam transitar os "incluídos". Por isso a necessidade de estabelecer barreiras sociais, territoriais e físicas, barreiras que só são eficientes quando se fecha a eles o portão de suas confortáveis "fortalezas", os "countries" e bairros fechados; mas no trajeto para o trabalho ou em suas saídas de diversão,

13. Isto é mais certo nos países com uma política fiscal ineqüitativa e regressiva como, por exemplo, Argentina.

em suas viagens para os colégios ou universidades, em seus passeios, a presença "hostil e desagradável" dos pobres nos espaços públicos é para eles uma vivência ameaçante de converter-se em agressão material.

Em resumo, a Direita Criminológica considera à delinqüência comum como o inimigo principal da "sociedade" embora saiba que esta não ameaça "sua" ordem social e paralelamente difunde que as vítimas dos delitos comuns são em sua maioria pobres conseguindo que seu discurso de mão dura penetre em todas as capas sociais.

Desta forma existe uma afinidade eletiva entre neoliberalismo e a política penal (no "Estado Penal" Wacquant, 2000) que convoca uma guerra contra a delinqüência comum e concedendo assim maiores faculdades à polícia, aumentando as penas pelos delitos leves, culpando à droga dos maus sociais, ativando a suspeita policial sobre os pobres que deambulam pela cidade, endurecendo os regimes de prisão, restringindo ou negando nos fatos o uso de formas alternativas como a liberdade condicional ou a parole ou os regimes progressivos de liberdade apelando à "tolerância Zero" ou à "mão dura" sempre sobre a população empobrecida. Em resumo, a ferramenta penal é o argumento mais sólido e recorrido para o pensamento criminológico da Direita no marco do neoliberalismo e sua política criminal.

Por outro lado os Criminólogos da Direita não consideram o papel que jogaram o crime e a violência na construção da ordem social e este cancelamento da história lhes possibilita suster como natural a ordem que defendem. Como diria Roland Barthes (1991)[14] em Mitologias, "A privação da história": "a burguesia consegue ao analisar um fenômeno social cancelar o processo histórico que o constituiu: a história se evapora, é uma espécie de empregada doméstica ideal: prepara, aporta, dispõe, e quando o patrão chega desaparece silenciosamente; neste caso o objeto será esses menores pobres sobre os que se tem feito desaparecer todo sujo rastro de origem ou eleição". Desta forma o pensamento da direita priva de história ao

14. BARTHES, Roland. *Mitologias*. 9. ed. México: Ed. Século XXI, 1991.

fenômeno que se refere, neste caso o delinqüente e seu delito, ou lhe atribuem a "esses" absoluta responsabilidade no seu fracasso pessoal por fraqueza de caráter e de força de vontade, por sentimentos de frustração, pela falta de uma boa família, de uma boa educação, discurso que coisifica representações coletivas deste fenômeno e lhe dão maior sustento, pois exime de responsabilidade à ordem social na criação destes sujeitos aos que assim responsabiliza pessoalmente. O pensamento da direita é incapaz de pensar a história do que vê; os atos delitivos cometidos por "esses" têm duas características fundamentais: "esses" não têm sido "produzidos", senão que são, são assim, essencialmente, eternamente. Sua ênfase em mostrar crimes reprováveis para estender sua imagem a outros delitos lhes reporta solidificar um imaginário social que lhes volta com as mesmas imagens; conseguem assim um efeito espelho nos outros, uma mímesis de seu próprio pensamento que adquiriu mais força metido na onda do pensamento neoliberal. Poderia defender-se como hipótese que no fenômeno delitivo atual "se acumula a história" para usar a feliz metáfora de Theodor Adorno,[15] a necessidade de interpretar os fenômenos sociais como expressões da sociedade.

É certo que a causalidade do delito é em grande medida indecifrável em termos singulares, mas não pode obviar-se que grande parte dos delitos de subsistência estão associados à "privação relativa" (Merton, 1974, Young, 2.001) e que a persecução do sistema penal é absolutamente seletiva e lota as prisões com pobres e desesperados sociais. E como sabemos a pobreza e a desesperação não estão causadas pela natureza senão por uma determinada forma do ordenamento da sociedade. Nenhuma alusão destas posições à desigualdade crescente, à miséria crescente, à guetificação da pobreza, à degradação dos laços sociais; laços que podem recrear-se com políticas sociais de pleno emprego, com um ingresso mínimo garantido, com um acesso à educação diferenciada para reparar os processos históricos de exclusão, com um sistema de saúde generalizado e não mercantil, com

15. ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. Barcelona: Gedisa, 2000.

uma proteção de trabalho, com uma segurança social solidária e uma justiça penal que persiga a delinqüência financeira e econômica, em fim sobre uma concepção que reduza os danos que produz a sociedade neoliberal de mercado.

4. Algumas reflexões finais

Já vimos quais são as posições principais do pensamento da direita sobre a questão penal.

Por outra parte lembremos que esta questão gerou no fim dos anos 80 no século XX uma discussão não saldada ainda no campo do pensamento penal crítico-progressista. Era necessário considerar o delito sem o romanticismo que implicava a crítica ao sistema penal e a suas instituições como foi na década dos anos 60. Só a crítica ou o develamento do caráter duplamente seletivo do sistema penal (os bens a tutelar e os sujeitos sobre os que se descarregava a repressão penal) e suas instituições se mostravam insuficientes – nada tinha mudado em 20 anos – frente ao avanço das políticas neoliberais de mercado com a progressiva mercantilização de funções estaduais anteriormente ligadas à segurança: começava-se reconhecendo que o sistema penal e o delito afetam, maiormente aos setores de menores recursos, fracos, vulnerados e vulneráveis. A necessidade de "pensar seriamente o delito"[16] se tornou numa consigna imperativa que fora de algum discurso com uma boa dose de retórica envolvida de maneira similar aos intelectuais de direita e aos de esquerda assim como aos movimentos políticos afins com essas idéias. É certo que a crítica não tem deixado nem deixa de fazer-se, mas devemos reconhecer que tem tido um impacto muito fraco nas políticas penais governamentais.

Então, é possível a existência oposta entre um pensamento de direita, conservador, e um pensamento de esquerda, progressista, sobre a questão penal?, Quais seriam seus indicadores, os cimentos de uma e outra? E como lhe afetariam

16. Por exemplo, Ian Taylor escreveu em 1978 *Contra do crime e pelo socialismo* inaugurando assim uma reflexão que foi denominada "realista de esquerda"; Jock Young escreveu depois *Que fazer com a lei e a ordem.*

os contextos culturais e os processos sociais? Perguntas difíceis que desafiam as respostas simples e reducionistas.

A história das políticas penais em países onde se ensaiaram ordens sociais distintas, me refiro por exemplo: à União Soviética ou Cuba não nos deixa muito espaço para distinguir uma ou outra fora de uma retórica encoberta; tanto nos países com sistemas capitalistas ou naqueles de socialismo de estado (ou como se queiram denominar) a política penal não tem sido muito distinta: tem aplicado-se com a mesma dupla seletividade à que fizéssemos referência: seletividade dos bens jurídicos a tutelar através do sistema penal (bens individuais ou coletivos), e seletividade dos sujeitos sobre os que recai a repressão penal (sujeitos fracos). Pode-se argumentar que os bens a tutelar num sistema de socialismo de Estado são mais igualitários e os sujeitos fracos não são necessariamente pobres, mas o que é verdade com respeito à defesa e as garantias do acusado não é muito diferente num sistema ou em outro; em ambos a apelação para esse valor "sagrado" da "defesa social" faz declinar em muitos casos a preservação das garantias pessoais.

E ainda mais, existem matizes e pontos de contato nas diversas concepções da questão penal que fazem um tanto ambíguas as posições para estabelecer diferenças claras ainda reduzindo o campo da análise à violação da ordem legal. Mas podemos adiantar que existe um discurso da direita criminológica centrado em qualificar a delinqüência comum como um inimigo social ao que há que combater com uma política penal fortemente repressiva, entretanto omite considerar de tal jeito o delito econômico organizado (DEO) (Pegoraro, 2004). Por sua parte o pensamento progressista concebe a violação da ordem legal e à delinqüência como um fenômeno social complexo produto de variadas condições tanto em sua definição legal como pela seletividade que desprega nos fatos a política penal (repressão de uns e tolerância de outros). E é mais, que distingue na prática uma política progressista de uma conservadora ou de direita nas sociedades capitalistas?

É claro que depois de duzentos anos de "modernidade" como pensamento hegemônico de Ocidente e de uma concepção de autonomia ética do sistema

penal, seus resultados no campo da questão penal são pelo menos ambivalentes e não tem tido efeitos apreciáveis o "aperfeiçoamento" das leis penais, nem o estabelecer limites legais ao poder monopólico da força do Estado em relação aos indivíduos-súbditos, nem o confinamento dos delinqüentes para conseguir reflexão ou arrependimento, nem os avanços da ciência para conseguir através de tratamentos terapêuticos a reintegração do indivíduo delinqüente à sociedade, nem o aumento das penas, nas variadas políticas de prevenção do delito, nem outras medidas de "ressocialização" ou "reinserção" que se praticam (?) no interior das prisões.

Vejamos: existe para o pensamento progressista uma relação inegável entre a estrutura social que produz exclusão social e certas condutas delitivas em particular contra a propriedade; bem, como "reduzir" esta causalidade numa sociedade que segue impondo o modelo econômico neoliberal de mercado? Desde a direita o discurso e a prática penal é aumentar as penas, incapacitar ao maior número de indivíduos que identifiquem como infratores, construir mais prisões, e daí em mais. Seus resultados estão à vista, não se tem reduzido nem resolvido o problema da insegurança que essas condutas produzem no cotidiano não obstante as políticas aplicadas, seja por governos de direita ou de matiz progressista: inflação penal, aumento da população carcerária, e a construção de mais e mais prisões. Para o pensamento progressista a existência dessa causalidade leva a denunciá-la e a propor políticas sociais de inclusão que não podem ser mais que na realidade, assistenciais, caritativas, não obstante a boa e quase sempre abnegada participação de funcionários, empregados e voluntários. Mas paralelamente muitos destes programas servem para a subsistência folgada da burocracia nacional e internacional que se justifica e reproduz em seus retóricos discursos e relatórios, diagnósticos relatórios e diagnósticos anteriores.

Apresentam-se assim dois problemas, um é como imaginar o sistema penal e sua aplicação concreta numa sociedade socialista, e outro como gestionar uma

política penal progressista numa ordem social capitalista, quero dizer, no marco de relações sociais capitalistas que não são só econômicas, obviamente, mas "é uma iluminação geral na que se diluem todas as cores..." como diria Marx.[17]

Desta forma parece existir um hiato entre as intenções declaradas e os resultados obtidos na questão penal, o que nos leva a não reduzir a análise aos conceitos jurídicos ou aos fines que se proponham as instituições penais para tratar de encontrar diferenças entre o pensamento conservador e o pensamento progressista. Como diriam Rusche e Kichehheimer "A pena como tal não existe: existem somente sistemas punitivos concretos y práticas determinadas para o tratamento dos delinqüentes".[18] Seguindo a idéia destes autores, parece necessário considerar o funcionamento da política penal, dos sistemas punitivos reais e das práticas penais concretas mais que suas expressões legais ou o que declaram suas instituições, o que significa incluir na análise não só a relação entre o delito e sua penalização senão também as instituições envolvidas, o sistema penal em seu conjunto.

Tentando assinalar os problemas que temos ao abordar esta questão podemos perguntar também: o que se quer dizer ou o que significa a "questão penal" para a direita e para a esquerda? Se tratasse que a questão penal está ligada à ordem social, as diferenças não podem ser muito importantes, em relação à teleologia da política penal de cada uma; isto se tem visto na história de regimes marcados pelo câmbio social, como por exemplo: a Revolução Francesa ou a Revolução Russa, e também a Revolução Cubana; a defesa social em todas elas foi o bem jurídico que

17. Um exemplo: as relações familiares se têm modificado acorde com as novas relações sociais capitalistas, na que a mulher adquire outro role transformada numa porcentagem importante em chefa do lar. As famílias monoparentais são já quantitativamente relevantes, as pessoas jovens e adultas que vivem sós e que já não desejam formar casal familiar se tem tornado um fenômeno crescente e que não podem deixar de associar-se às exigências econômicas-psicológicas da sociedade moderna. Nem que falar das relações de trabalho, ou de profissões "liberais" como médicos, advogados, arquitetos, engenheiros, científicos diversos que se desempenham em relação de dependência reproduzindo relações sociais mercantis; no campo artístico se advertem cada vez que suas criações são transformadas em trabalho produtivo como já o advertira Marx no *Capítulo VI inédito de O Capital.*

18. OTTO, Rusche, e Kirchheimer, GEORG. *Pena e estrutura social.* Bogotá: Temis, 1984.

se tratou de proteger com a política penal.[19] Tal como antecipara Beccaria se tratava da defesa da nação e, portanto a pena de morte estava justificada. Mas há algo mais, e é que tanto a direita como a esquerda são independentes da ordem jurídica que estabelece o Direito Civil; em efeito, podemos reconhecer algumas diferenças em relação à aplicação do Código Penal, por exemplo: reconhecer a necessidade da defesa das classes subalternas ao estilo dos planejamentos de Alessandro Baratta ou o das do Garantismo Penal ao estilo de Luigi Ferrajoli ou a minimização do uso das penas ou a rejeição absoluta ao "direito penal do inimigo" que proclama Günther Jakobs. Mas a ordem da desigualdade surge do Direito Civil que é a expressão do pacto social original, quero dizer da ordem social imposto originariamente através da violência. E isto é um limite, mas também é o campo dos conflitos que se expressa no seio de movimentos que se autodenominam progressistas. Contrariamente ao que se crê a ordem não está dada pelo Código Penal, e isto tinha sido advertido por Durkheim (1996) quando se referia às sociedades baseadas na solidariedade orgânica onde impera o direito restitutivo (o direito civil, comercial, administrativo) e não o direito repressivo (penal) que defendia –mecanicamente disse – sociedades pré-modernas. Então, a lei que cria e funda a ordem social é principalmente o Código Civil e só subsidiariamente o Código Penal; é o Código Civil o que "ordena" as diferenças, as hierarquias, as desigualdades; em todo caso o Código Penal reforça essa ordem "civil" com a ameaça de castigos.

Para finalizar (ou para começar talvez), acho necessário lembrar para o pensamento crítico que Stanley Cohen[20] se referia a uma tripla lealdade que lhe deve o "que fazer" progressista no campo do sistema penal: em primeiro lugar o compromisso com a justiça social que envolve o humanitarismo, a equidade, a cidadania, a segurança social, as necessidades da vítima; em segundo lugar a lealdade para a produção de um conhecimento científico, e em terceiro lugar a leal-

19. Em todas elas se justificou e aplicou a pena de morte por motivos políticos.

20. COHEN, Stanley. Esceticismo intelectual e compromisso político; a criminologia radical em Delito e sociedade. *Revista de Ciencias Sociais*, n. 4/5. Buenos Aires, 1994.

dade para as demandas imediatas da realidade como o sofrimento das vítimas incluindo os vitimários que tocados pelo sistema penal se transformam por esse só fato em vítimas, em sujeitos fracos. Acho que estas referências podem marcar dentro das limitações estruturais das sociedades capitalistas o "que fazer" do pensamento progressista.

Resumindo desde o pensamento progressista sinto que estamos ameaçados por uma perplexidade ou paralisia, pareceria que o nosso tradicional enfoque epistemológico é um beco sem saída, à medida que as nossas análises críticas se centram no sistema penal. E assim, para iniciar num novo caminho.

Acho que precisamos sair do reduzido modelo jurídico-penal na abordagem da grande maioria das condutas sancionadas pelo sistema penal. E para isso será necessário responder algumas perguntas como quais: Não serão estas "condutas ilegais" as formas de sobrevivência social – legal – ilegal dos setores vulnerados e excluídos? Não serão estas condutas ilegais e violentas daqueles setores o paralelo ou um modo de resistência das formas de sobrevivências social – legal – ilegal dos setores com suficiente poder social para ser imunes e impunes ao sistema penal?

5. Bibliografia

AGAMBEN, Georgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Ed., 2004.

ANDERSON, Perry. *Boletín de Ciencias Sociales*, n. 4. Buenos Aires, 1991.

BARATTA, Alessandro. *Criminlogía crítica y crítica del derecho penal.* México: Siglo XXI Editores, 1982.

BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres.* Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. *Vidas desperdiciadas*. Buenos Aires: Paidós, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Barcelona: Paidós,1998.

BENJAMÍN, Walter. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos.* Madrid: Taurus, 1991.

CANETTI, Elias. *Masa y poder.* Barcelona: Muchnik, 2000.

CRAWFORD, Adam. *Crime prevention and community safety.* London/New York: Longman, 1998.

DURKHEIM, Emilio. *La división del trabajo social.* Buenos Aires: Planeta, 1997.

ELSTER, Jon. *El cemento de la sociedad.* Buenos Aires: Gedisa, 2002.

FOUCAULT, Michele. *Vigilar y castigar.* México: Siglo XXI Editores, 1976.

_____. *El pensamiento del afuera.* Valencia: Pretextos, 2002.

_____. *Genealogía del racismo.* Madrid: Ed. La Piqueta, 1992.

_____. *La verdad y las formas jurídicas.* Barcelona: Gedisa, 1980.

HOBBES, Thomas. *Leviatán.* México: F.C.E., 1980.

HOBSBAWN, Eric. Que es el bandolerismo social y El bandolerismo como símbolo. *Bandidos.* Barcelona: Ariel, 1976.

KELLING, George; COLES, Catherine. *Fixing broken windows.* New York: Touchstone, 1997.

LEA, John; YOUNG, Jock. *Que hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001.

MARÍN, Juan C. El no delito, tan solo una ilusión? Delito y sociedad. *Revista de Ciencia Sociales*, n. 3. Buenos Aires, 1993.

MERTON, Robert K. Estructura social y anomia y Funciones manifiestas y latentes. *Teoría y estructura social.* México: F.C.E., 1978.

MURRAY, Charles; HERRNTEIN, Richard. *The bell curve*: intelligence and class structure in american life. New York: Simon & Schuster, 1996.

PEGORARO, Juan: La trama social de las ilegalidades como lazo social. *Sociedad. Facultad de Ciencias Sociales*, n. 22. Buenos Aires, 2003.

RESTA, Eligio. *La certeza y la esperanza.* Buenos Aires: Paidós, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Estado, derecho y lucha sociales.* Bogotá: ILSA, 1991.

SOMBART, Werner. *El burgués.* Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

THOMPSON, Edward P. La economía moral de la multitud en la Inglaterra del Siglo XVIII y El delito de anonimato. *Tradición, revuelta y conciencia de clase.* Barcelona: Grijalbo, 1984.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Madrid: Trotta, 1968.

WACQUANT, Löic. *Las cárceles de la miseria.* Buenos Aires: Manantial, 2000.

YOUNG, Jock. A sociedade excludente. *Instituto Carioca de Criminologia.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.

A "feijoada" e as práticas de "mediação" de conflitos em delegacias de polícia: negociando a lei e a realidade[1]

Paula Poncioni
Professora do Departamento de Política Social e Serviço Social Aplicado da Escola de Serviço Social da UFRJ. Doutora em Sociologia pela USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. O trabalho policial: "pequenos" e grandes casos na experiência cotidiana – 3. As práticas de "mediação" de conflitos em delegacias de polícia: negociando a lei e a realidade – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Este trabalho busca analisar o papel desempenhado pela polícia na sociedade brasileira contemporânea, por intermédio, principalmente, das práticas de "mediação" de conflitos realizadas no exercício profissional cotidiano do policial, particularmente no atendimento aos chamados "casos sociais" ou "feijoada" nas palavras da polícia carioca. A análise apresentada é resultado de pesquisa bibliográfica e de campo. A pesquisa bibliográfica consistiu no exame da literatura das ciências sociais, nacional e internacional, sobre o papel, as funções e o lugar da atividade profissional policial em diferentes contextos nacionais, privilegiando as práticas policiais cotidianas. O trabalho de campo refere-se à pesquisa realizada ao longo dos últimos dez anos, especialmente para minha dissertação de mestrado (Mota, 1995) e para minha tese de doutorado (Poncioni, 2004).

1. Agradeço a Jacqueline Sinhoretto e a Renato Sérgio de Lima pelo convite para participar do *Painel de pesquisas – Atuação policial nos pequenos conflitos* no 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Abstract: This article has as main objective to analyze the role performed by the police in the contemporary Brazilian society, through by the practices of "mediation" of conflicts realized in the policeman's/woman's daily professional exercise, particularly to attend the called "social cases" or "feijoada" in the carioca police's words. The presented analysis is resulted of bibliographical research and field-work. The bibliographical research consisted in the exam of the literature of the social sciences, national and international, about the role, the functions and the place of the professional policeman/woman activity in different national contexts, privileging the police daily practices. The field work refers to the research accomplished along the last ten years, especially for my master's degree thesis (Mota, 1995) and for my PhD's degree dissertation (Poncioni, 2004).

Palavras-chave: Polícia – Pobres – Mediação de conflitos – Violência – Negociação.

Keywords: Police – Poor people – Mediation of conflicts – Violence – Negotiation.

1. Introdução

Este trabalho busca analisar o papel desempenhado pela polícia na sociedade brasileira contemporânea, por intermédio, principalmente, das práticas de "mediação" de conflitos realizadas no exercício profissional cotidiano do policial, particularmente no atendimento aos chamados "casos sociais" ou "feijoada" na terminologia da polícia carioca.

A análise apresentada é resultado de pesquisa bibliográfica e de campo. A pesquisa bibliográfica consistiu no exame da literatura das ciências sociais, nacional e internacional, sobre o papel, as funções e o lugar da atividade profissional policial em diferentes contextos nacionais, privilegiando as práticas policiais cotidianas. O trabalho de campo refere-se à pesquisa realizada ao longo dos últimos dez anos,

especialmente para minha dissertação de mestrado (Mota, 1995)[2] e para minha tese de doutorado (Poncioni, 2004).[3]

O interesse pelo tema tem suas origens na observação de inúmeros problemas levados espontaneamente pela população às delegacias de polícia, bem como dos atendimentos realizados por policiais civis para a solução destes, quer sejam de ordem jurídica ou não.[4]

Do conjunto de situações observadas, destacamos aquelas que afloram sistematicamente no cotidiano de uma delegacia, a saber: os conflitos conjugais, familiares e entre vizinhos, com ou sem violência. São comuns, ainda, os pedidos de auxílio-financeiro para diferentes fins (para o retorno ao local de origem, para alimentação etc.), de acolhida para pernoite na unidade policial, de aconselhamento a questões relativas ao uso de drogas (lícitas ou não), usualmente referidas a um parente próximo, de orientação para a educação dos filhos e a problemas de ordens diversas referentes à saúde, à previdência, à moradia, à documentação, ao trabalho, à posse de terra, entre outros.

2. Dissertação de mestrado *A polícia e os pobres*: representações sociais e práticas em delegacias de polícia do Rio de Janeiro, apresentada no Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Escola de Serviço Social da UFRJ. No referido trabalho foram analisadas as representações sociais elaboradas pelos policiais civis sobre a sua atividade profissional cotidiana em relação às tarefas tradicionalmente designadas pelo Estado e às múltiplas tarefas que costumam ser demandadas a polícia pelo público usuário das delegacias de polícia, em sua grande maioria constituído ao segmento pobre da população.

3. Tese de doutorado *Tornar-se policial*: a construção da identidade profissional do policial no Rio de Janeiro, apresentada no Curso de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Neste trabalho foram examinadas as representações sociais dos policiais mais diretamente vinculados ao ensino e treinamento nas academias de polícia do Rio de Janeiro sobre o processo de socialização profissional de policiais civis e militares para o desempenho das funções de manutenção da ordem e de segurança públicas na contemporaneidade.

4. Esta observação foi propiciada pela participação no Projeto de Implantação de Serviço Social em Delegacia de Polícia no período de 1984 a 1990. Este projeto foi fruto de um convênio firmado entre a então Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro (SSP-RJ) e a Secretaria de Ensino Superior (SESU) do MEC, que indicou a Escola de Serviço Social da UFRJ para implantar a experiência, tendo por objetivo realizar a prestação de serviços, o ensino e a produção de pesquisas. Posteriormente, o convênio entre a Secretaria de Estado de Polícia Civil (SEPC-RJ) e a Escola de Serviço Social foi intermediado pela Fundação Universitária José Bonifácio da UFRJ.

Salienta-se que, apesar das inúmeras inovações implementadas no país, principalmente, nos últimos dez anos, na área da administração da justiça e da segurança, redefinindo competências e sugerindo um tipo de padrão novo para a solução de conflitos e para o trato de alguns tipos de crimes, com a criação, por exemplo, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais,[5] uma investigação empírica, ainda que superficial, revela que o atendimento as situações acima destacadas não foram interrompidas no âmbito policial.

Neste sentido, chama a atenção que a despeito do funcionamento e da competência específica dos Juizados Especiais para a mediação dos conflitos, uma significativa parcela da população brasileira, principalmente o segmento pobre da população, demanda freqüentemente a intervenção da polícia – seja no âmbito das Delegacias de Polícia, seja nos atendimentos aos chamados para o número 190 – na perspectiva de solucionar os seus problemas.

Na grande maioria dos casos, a polícia ainda é o único serviço público a que se pode recorrer em qualquer hora do dia, em caso de necessidade urgente, tornando a polícia, em relação aos outros orgãos governamentais, o serviço mais próximo e accessível a todas as camadas da sociedade.

A polícia é uma instituição que, apesar de guardar uma íntima relação com o poder de Estado, mantém uma relação direta com a sociedade, sendo constantemente demandada pelo público a desempenhar numerosas e diversificadas tarefas que escapam às funções policiais tradicionais de aplicação da lei e de manutenção da ordem.

No exercício profissional cotidiano, a polícia atende a múltiplos problemas e dificuldades da população que, apesar de não se constituírem "casos policiais", à força de se repetirem, são incorporados à rotina policial. Para esses casos, a polícia desenvolve, seja no âmbito das Delegacias de Polícia seja nos atendimentos aos chamados

5. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram criados em 1995 e atendem a situações que compreendem aos crimes de menor poder ofensivo, definidos pela Lei 9.099/95.

para o número 190, práticas de mediação de conflitos diversos, funcionando como uma "instância alternativa de resolução dos conflitos" (Oliveira, 1984; 2004).

Ressalta-se, contudo, que o atendimento a essas questões não é uma particularidade da polícia carioca, e tampouco da polícia brasileira. Muitos estudos estrangeiros, sobretudo os de língua inglesa e, em escasso número, os brasileiros[6] têm revelado que o trabalho cotidiano da polícia em diversos países do mundo consiste em intervir em problemas ou dificuldades diversas que não se constituem necessariamente "casos policiais", incluindo atividades que dizem respeito à manutenção da ordem e à prestação de "serviços sociais".

Neste contexto, a organização policial funciona como um órgão de serviço público, que acorre às necessidades do cidadão e cuja missão fundamental é garantir o livre e pacífico exercício dos direitos reconhecidos pela lei.

No caso brasileiro, observa-se, porém, que muitas das vezes, as práticas de "mediação" de conflitos desenvolvidas pela polícia adquirem contornos peculiares que precisam ser matizados.

Primeiramente, destaca-se que no processo de socialização profissional desenvolvido nas academias da polícia civil e da polícia militar no Rio de Janeiro as orientações, condutas e atitudes relacionadas à formação profissional expressam uma determinada concepção do fazer policial que privilegia, quase exclusivamente, como preocupação principal, moldar o policial para um comportamento legalista, numa versão burocrático-militar, com forte ênfase no "combate ao crime" (Poncioni, 2004).

Sob esse ponto de vista, a perspectiva adotada na formação profissional não leva em conta a importância do "papel social" desempenhado pela polícia no exercício profissional cotidiano. Este papel tem se caracterizado fundamentalmente

6. Pesquisas empíricas realizadas no país mostram que nem o contato e proximidade entre polícia e população (pobre) e tampouco o "atendimento" a situações de cunho "social" são incomuns à esfera policial. Ver em especial Fisher (1985); Oliveira (1984; 2005); Mota (1995); Haddad; Sinhoretto; Pietrolla (2003); Poncioni (2004).

pelo exercício contínuo da mediação e negociação dos conflitos sociais levados pela população à polícia.

Um outro aspecto também a ser salientado, além da negligência do preparo profissional para a multiplicidade de tarefas que é exercida no trabalho diário do policial, é a quase total ausência de estratégias menos discriminatórias e autoritárias para moldar o comportamento policial no desempenho de suas funções de manutenção da ordem e de segurança públicas.

Não obstante, possa-se verificar, ao longo das duas últimas décadas, algumas iniciativas de reforma da estrutura e funcionamento da instituição policial em termos de metodologias práticas de intervenção da polícia para a realização das tarefas diárias compreendendo a manutenção da ordem pública e da segurança públicas, nota-se que, salvo raras exceções, não houve um investimento efetivo no preparo profissional do policial, com vistas a modificar os valores, as crenças, os preconceitos e os estereótipos do policial, sua visão de mundo, isto é, a sua concepção acerca da realidade, de si mesmo, da natureza de seu trabalho e de suas atitudes em relação ao "mundo social" e ao próprio "mundo policial".

Por certo, os modelos de representação sobre o "mundo policial" e do "mundo social" estão profundamente relacionadas as influências sociais, culturais e morais da sociedade em que a polícia atua e se articulam a práticas desenvolvidas no exercício cotidiano da atividade policial – prevenção, repressão, serviço, força – em diferentes realidades nacionais.

Neste sentido, a organização policial, no caso brasileiro, tem reproduzido, na forma de conceber e lidar com os problemas da vida social, as profundas desigualdades e discriminações presentes nesta sociedade, desempenhando menos o papel de órgão de serviço público, garantindo os direitos do cidadão, do que um obstáculo ao próprio exercício da cidadania.

A persistência de uma alta freqüência de atendimentos aos chamados "casos sociais" por policiais civis, no âmbito das delegacias de polícia, e por policiais militares, por intermédio do serviço 911, bem como a generalizada desqualificação

que lhes é atribuída pelos agentes institucionais – serviços de assistência (*garbage calls*) – permanece atual e merece uma reflexão daqueles interessados com o tema da segurança pública e da cidadania.

Acredita-se, pois, na importância da discussão proposta, pois a polícia precisa ser conhecida e reconhecida como um importante setor da administração pública, não só pelas funções estratégicas que desempenha na sociedade como parte do Estado, mas também pela sua proximidade e contato com a sociedade no dia-a-dia de seu exercício profissional, funcionando, de fato, como uma instância de resolução de conflitos para aqueles que não encontram, na grande maioria dos casos, respostas a seus problemas diários nas instituições de "bem-estar" e de justiça.

2. O trabalho policial: "pequenos" e grandes casos na experiência cotidiana

Um "olhar" sobre a estrutura e funcionamento formais das delegacias de polícia no Brasil indica rotinas básicas de atendimento que obedecem a um rígido esquema administrativo e operacional, a saber: uma vez comunicado o fato delituoso, este deve ser registrado, originando o Registro de Ocorrência, para em seguida constituir-se uma investigação criminal, com vistas a apurar a prática do crime. Nessa investigação, preliminarmente desenvolvida pela instância policial, são colhidos depoimentos das vítimas, dos agressores e testemunhas, reunindo-se a estes, provas materiais e/ou circunstanciais, bem como exames periciais, daí resultando no inquérito policial. Depois de encerrado, o inquérito policial deve ser encaminhado à Justiça, onde pode servir de base para uma denúncia. A promotoria convencida da existência de materialidade do delito e de seu possível autor denuncia ao magistrado. Uma vez acolhida a denúncia, instaura-se o processo penal que, em última instância, levará ao julgamento da agressão sofrida pela vítima.

Portanto, legalmente, uma vez chegando a seu conhecimento a ocorrência do fato delituoso, seja ele relativo aos chamados crimes de ação pública,

seja referente aos chamados crimes de ação privada, a polícia não pode deixar de abrir inquérito.[7]

No que tange à repressão do delito, esta atividade implica a investigação do fato, na busca e prisão do(s) autor(es) e na coleta de provas suficientes para justificar posteriormente a ação penal.

A polícia, pois, se apresenta fundamentalmente como um auxiliar do poder judiciário e inclusive como organismo diretamente relacionado com os serviços da justiça.

Pode-se supor por meio desta descrição que as delegacias de polícia são "povoadas" tão-somente por vítimas de algum delito, por agressores (detidos ou não), por policiais ávidos em cumprir a lei (ou, em descumpri-la sistematicamente). Ao contrário, pode-se pensar, ainda, que as delegacias de polícia estão esvaziadas (de policiais e de público) tal o descrédito da opinião pública com relação aos seus serviços, especialmente no que se refere à polícia carioca.

Entretanto, a realidade prática das delegacias de polícia mostra um cotidiano repleto de inúmeras situações que podem estar relacionadas ou não com o crime, para os quais nem a legislação nem quaisquer outras instituições da sociedade oferecem respostas satisfatórias para as demandas colocadas.

Como já foi mencionado acima, a polícia é uma instituição que, apesar de guardar uma íntima relação com o poder de Estado, mantém uma relação direta com a sociedade, sendo constantemente demandada pelo público a desempenhar numerosas e diversificadas tarefas que escapam às funções policiais tradicionais de aplicação da lei e de manutenção da ordem.

A reflexão desenvolvida na literatura especializada por autores estrangeiros, principalmente os anglo-saxãos, que examinam as práticas policiais cotidianas, seguem uma linha semelhante de argumentação na reflexão sobre o trabalho da

7. Com a criação da Lei 9.099/95 à autoridade policial cabe, nos crimes que se caracterizam como de menor potencial ofensivo, lavrar um termo circunstanciado do fato apresentado e encaminhar para o Juizado Especial Criminal.

polícia, apontando essencialmente para as características peculiares que envolvem esta atividade.

Esses autores destacam, fundamentalmente, a preponderância do papel desempenhado pela polícia na manutenção da ordem, afirmando-o como parte constitutiva e importante do trabalho policial, mas também colocando em evidência as particularidades subjacentes a esta atividade, como o acesso único à lei e ao uso legítimo da força.

A concepção do papel da polícia desenvolvida por eles sugere, ainda, uma dimensão simbólica do trabalho policial que autoriza a polícia lidar com uma série de eventos sem ter que recorrer à aplicação da lei ou ao uso da força física, mas com a singular prerrogativa de poder fazê-lo, como recursos de ação concreta para a resolução dos problemas.

A descoberta empírica das práticas policiais cotidianas provoca uma polêmica entre acadêmicos, administradores de polícia e formuladores de política na área de segurança pública sobre o papel da polícia nas sociedades ocidentais contemporâneas, podendo-se destacar dois argumentos principais que estão no núcleo deste debate. Por um lado, entende-se que a polícia é mais bem definida se for considerada como uma força, com a função primária de prevenção e investigação do crime, e defende-se o poder da polícia como panacéia para o cumprimento da lei e problemas da ordem pública; por outro, considera-se que ela é mais bem retratada como serviço, fornecendo respostas para múltiplos problemas sociais através de assistência ou serviços à coletividade, como um tipo de serviço social.[8]

Porém, como apontam alguns estudiosos do assunto, o debate força-serviço repousa sobre uma falsa dicotomia, pois estes dois papéis são interdependentes

8. Vários termos podem ser encontrados na literatura especializada para designar o papel desempenhado pela polícia no atendimento a inúmeras situações sem ligação com o crime e com a delinqüência, como "*amateur social workers*" [trabalhadores sociais amadores], "*peace officers*" [policiais da paz], "*secret social service*" [serviço social secreto] entre outros. Ver a propósito Poncioni (2004).

e derivam do mais fundamental mandato da polícia, o de prestar atendimento emergencial a situações de manutenção da ordem (Reiner, 1992).

De acordo com Bittner (1990), o papel policial não está limitado somente a prestar atenção a atos ilegais. É muito mais amplo do que isso. Pode envolver outros tipos de situações, não necessariamente ilegais, às quais a polícia atende habitualmente nas sociedades democráticas modernas.

Essas situações se referem ao que foi definido por ele como "algo que não deveria acontecer e sobre o que seria bom alguém fazer alguma coisa imediatamente!". Apesar de não dizerem respeito diretamente àquele que é concebido como o objeto primordial de intervenção policial (o crime) elas não podem esperar uma resolução posterior. Neste sentido, o direito para usar força coercitiva torna distinta a competência da polícia para fazer algo no "aqui e agora", com vistas a superar toda e qualquer oposição imediatamente. É, justamente, o tipo de intervenção possível para a polícia realizar que torna a sua competência "especial e única", haja vista que nenhuma outra ocupação possui ao encontrarem "problemas" na sua área de trabalho.

Para Shearing e Leon (1992), os policiais encaram situações, que são em grande parte pré-definidas como problemas por um ou mais cidadãos, em que eles são chamados a intervir e, assim, em face de cada situação, examinam uma ampla variedade de recursos disponíveis como meios que precisam ser usados para tratá-los. Estes meios existem dentro de um contexto – aplicação da lei e da força – que a polícia não compartilha com nenhum outro agente e que são, em conseqüência, características particulares de sua atribuição. Desse modo, o contexto acima mencionado penetra completamente todos os meios à disposição do policial e muda inteiramente o sentido e significado dos meios utilizados para a resolução do problema em questão. Neste sentido, a aplicação da lei, por exemplo, constitui-se em mais que um simples recurso, entre outros, que o policial tem à disposição para a resolução de problemas; ela é o recurso que, na realidade, é singular para a polícia.

Para os autores, a aplicação da lei e o uso da força física são recursos que têm duas conseqüências: isto se torna definitivo da atribuição da polícia, ou seja, ela não é simplesmente vista como um solucionador de problemas, mas é um solucionador de problemas que tem um acesso especial para a aplicação da lei, como meio de lidar com os problemas. Assim, dado o significado especial da aplicação da lei e do uso da força física como meios para lidar com os problemas, a decisão policial para usar algum outro meio para lidar com um problema é vista, não simplesmente como uma decisão para fazer tal coisa, mas como decisão de não aplicar a lei e não usar o uso legítimo da força física.

Dentro da concepção do papel da polícia desenvolvida pelos autores, as descobertas empíricas que indicam que o policial gasta menos de 50% de seu tempo mantendo a ordem sem aplicar a lei não sugerem que o policial é um "*amateur social worker*" ou "*peace officer*", mais que "*law officers*", mas que a presença simbólica do mandato e da competência policial tem muitas vezes, permitido à polícia lidar com problemas sem ter que recorrer a aplicação da lei ou ao uso da força física, encarando-os como recursos de ação concretos. Como o pano de fundo simbólico da autorização e competência policiais está sempre presente em qualquer tempo que um policial responde a um problema, ele sempre responde como um policial e não como um assistente social, seja amador ou profissional. O policial sabe que tem acesso a um meio accessível unicamente a ele (Shearing; Leon, op. cit., p. 222, grifos dos autores).

De acordo, ainda, com os resultados de pesquisas realizadas por Bayley (1994) em vinte e oito forças policiais, em cinco países – Austrália, Grã-Bretanha, Canadá, Japão e Estados Unidos – evidenciam que o trabalho policial tem pouca relação com o crime ou com as condições de produção do crime.

Deste modo como argumenta o autor, na maior parte do tempo a polícia está restabelecendo a calma e a ordem, e não usa a lei criminal para fazê-lo. Raramente são efetuadas prisões, embora a ameaça de fazê-lo sempre exista.

No entanto, Bayley salienta, também, que esta constatação não deve sugerir que o poder de prisão não é importante, pois a ameaça é forte, qualquer que seja o resultado particular dos encontros. Para ele, é o poder de prisão que dá à polícia um enorme poder. É isto que constitui a autoridade de sua intervenção.

O autor avalia, ainda, que as disputas não são as únicas situações para as quais a polícia é chamada a intervir com autoridade. Um grande número de pessoas se aproxima da polícia com todos os tipos de problemas urgentes, esperando que ela possa ser capaz de ajudá-los. No entanto, para o atendimento a essas chamadas é requerido um serviço, e não a força ou a aplicação da lei.

O ponto é que, embora se espere da polícia, a prevenção do crime, também é esperado que ela faça muitas outras coisas que não são anunciadas, até que eles não se disponham a fazê-las.

Para o autor, a polícia moderna desempenha duas grandes funções: a "intervenção oficial" ("*authoritative intervention*") e a "justiça simbólica" ("*symbolic justice*"). O propósito da primeira é, primordialmente, restaurar a ordem; o da segunda é mostrar a infratores e ao público em geral que a lei existe.

Nesta perspectiva, o exame empírico do trabalho policial revela que, em diferentes contextos nacionais, as atividades policiais cotidianas pouco ou nada correspondem à visão do senso-comum da missão policial, relacionada estritamente à aplicação da lei e ao "combate" do crime. A polícia, ao contrário, gasta grande parte de seu tempo diário buscando resolver assuntos concernentes à manutenção da ordem, que freqüentemente vão além de sua competência na área do crime e que à força de se repetirem, são incorporados à rotina policial. Na grande maioria dos casos, a polícia é o único serviço público a que se pode recorrer em qualquer hora do dia, em caso de necessidade urgente.

No cotidiano do trabalho policial, pode-se, pois, observar a ocorrência de diferentes tipos de situações que fomentam a interação entre a polícia e o público de um modo geral, tendo como conseqüência o compartilhamento de

distintos significados e interpretações sobre o "mundo social" e sobre o "mundo policial".

Neste universo ocupacional, a visão construída pelos policiais sobre o "mundo policial" e sobre o "mundo social" é codificada num sistema de tipificação, que estabelece uma articulação entre comportamentos e ações "típicos" e permite ao policial apreender, nos processos interativos cotidianos, os diversos elementos que envolvem os indivíduos.

Na organização policial – civil e militar – encontra-se um sistema de classificação, expresso em categorias verbais, para caracterizar o outro e garantir o bom desempenho da ação policial, que passa a depender da eficiência na identificação. Chama a atenção no "mundo policial" carioca, uma terminologia por eles manipulada para designar "tipos" (de indivíduos e de situações) que permeiam o seu cotidiano. De tal modo, identificam-se os "cascudos", os "menudos", os "almofadinhas", o "policial de rua" (o "tira"), o "bola de ferro", o "policial-miojo", o "policial-pipoca", o "pokemon", o "vagabundo", o "doutor", o "pé-de-chinelo", o "trabalhador", o "Zé Povinho", o "fazer polícia", a "feijoada".[9]

Assim, a partir de um processo de tipificação do outro, monta-se um acervo organizacional de conhecimento que simplifica o ambiente e reduz ambigüidades de procedimentos e de tomada de decisões.

Neste sentido, no processo de interação com o público, o policial desenvolve um processo de negociação da lei e da realidade, que lhe permite manter a ordem. A manutenção da ordem ocorre, portanto, através de práticas de controle social e de resolução de conflitos que, obedecendo às regras e normas reconstruídas pela cultura organizacional, lhe conferem o papel de intérprete

9. Na palestra realizada no *Painel de pesquisas – atuação policial nos pequenos conflitos* do 12.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ao nos referirmos as situações que os policiais cariocas denominam de "feijoada", alguns policiais paulistas e gaúchos presentes colocaram que a essas situações atendidas em São Paulo é atribuído o termo "zica" e no Rio Grande do Sul são chamadas de "chinelagem".

da lei e árbitro, junto a uma gama variada de situações que não encontra lugar em qualquer outra instituição da sociedade.[10]

À grande maioria dessas situações que são atendidas pela polícia carioca é denominada de "feijoada".

3. As práticas de "mediação" de conflitos em delegacias de polícia: negociando a lei e a realidade

A "feijoada" sintetiza um conjunto de múltiplas e variadas situações que chegam diariamente às delegacias de polícia e em relação às quais se costuma solicitar a intervenção policial, obrigando a polícia a intervir em boa medida junto a situações absolutamente descoladas do que se constitui um problema legal e/ou penal.

No sistema classificatório da organização policial, a "feijoada" está intimamente relacionada a situações cujas características principais são a confusão, a desordem, o tumulto. Apesar de tais características não se constituírem em aspectos exclusivos dos problemas advindos do segmento pobre são sistematicamente atribuídas pelos policiais à pobreza.

Deste modo, a "feijoada" pode ser interpretada, através da fala de policiais, como uma categoria principalmente empregada para designar problemas de cunho não-criminológico que chegam à delegacia predominantemente através da população pobre, que por sua própria condição sócio-econômica não tem acesso a outra instituição que responda a sua demanda.

O atendimento a tais questões no âmbito das delegacias de polícia configura o que denominamos em outro trabalho (Mota, 1995) a função "societal"

10. Nos trabalhos de Oliveira (1984, 1985, 2004), encontram-se descritos e analisados os diversos tipos de casos, dentre os quais, os pequenos delitos de natureza pessoal, levados pelas camadas populares às delegacias de polícia, como também a série de práticas desenvolvidas na rotina do trabalho policial para o atendimento a essas questões. No amplo acervo de práticas utilizado pela polícia para lidar com estes problemas encontra-se o que o autor chamou de "três atitudes básicas": a "retórica", a "ameaça" e a "admoestação".

da polícia, a qual caracteriza-se fundamentalmente pelo exercício contínuo da mediação – seja através da conciliação[11] ou da violência[12] – dos conflitos levados ao espaço da delegacia pela população.

Muito embora se reconheça a diversidade de concepções em torno do tema da "mediação" encontrada na literatura das Ciências Sociais, do Direito, da Filosofia entre outros, adota-se aqui a noção de mediação como um recurso para a solução de conflitos no âmbito de relações privadas, praticada por terceira pessoa, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, que tem como papel fundamental escutá-las e orientá-las, com vistas a lhes permitir que, de maneira consensual, previnam ou solucionem conflitos.[13] Mais ainda, compartilha-se com a idéia, segundo a qual para que a prática de mediação de conflitos possa se constituir em um instrumento legítimo e democrático, deve estar necessariamente articulada ao estabelecimento da paz social, com a garantia dos critérios fundamentais de justiça (Souza, 2006).

No entanto, a investigação empírica acerca do exercício profissional policial em delegacias de polícia evidencia que a polícia reproduz nas práticas de "mediação" de conflitos as profundas desigualdades e discriminações presentes nesta sociedade.

11. Souza (2006) alerta que para ele "não há diferenciação entre os conceitos de 'mediação' e 'conciliação', haja vista que não há critério legal que estabeleça uma distinção precisa entre os dois conceitos" (p. 523) . Neste trabalho a distinção é feita com o propósito de demarcar duas formas opostas de intervenção em situações de conflito.

12. A violência policial refere-se a toda e qualquer arbitrariedade e discriminação de policiais na relação com a população. Não se limita, por conseguinte, ao uso da força física, dizendo respeito igualmente, a uma série de "estratégias" usualmente utilizadas pelos policiais, no cotidiano de seu trabalho, na relação com a população, a saber: a utilização de jargões e/ou termos técnicos, levando a incompreensão do seu discurso; a morosidade para o atendimento, pela alegação do excesso de trabalho, fazendo que muitos desistam de utilizar os seus serviços; a postura autoritária e/ou paternalista que inviabiliza o uso do recurso institucional; o deslocamento do que é específico do aparelho policial para o atendimento em outras instituições, através do encaminhamento do usuário; entre outras. Tais "estratégias" se verificam na forma diferenciada de atendimento, que é dificultada ou não, conforme a situação e o segmento de classe ao qual pertence o usuário, a posição que ele ocupa na sociedade, sua cor e seu gênero.

13. Consultar o Projeto de Lei de Mediação 4.827/98, da Câmara dos Deputados, em tramitação no Senado Federal.

Na verdade, a polícia, em sua prática cotidiana, reproduz de modo exacerbado a maneira hierarquizada da sociedade conceber os indivíduos. Nesta perspectiva, as diferenças sociais são transformadas em desigualdades de direitos, pois a cor, o gênero, a ocupação profissional, a posição social do indivíduo definirão o tratamento que lhe será dispensado.

Verifica-se a incorporação de valores discriminatórios à percepção do mundo e à ação profissional da polícia, que se manifesta na atitude e na conduta desta com relação a sociedade, reservando a cada um lugar na sociedade. Esta visão da sociedade reproduz o modelo hierárquico das relações sociais e a lógica excludente que permeia estas relações nos diferentes contextos de interação.

A classificação hierárquica dos indivíduos na sociedade, socializada na prática cotidiana do policial, é sustentada por uma série de fatores que vão desde o local e tipo de moradia até o modo de viver, a aparência pessoal, a maneira de vestir-se, de portar-se, de falar, de relacionar-se, de conduzir-se etc. Desta forma o policial, ao mesmo tempo que classifica o seu público, qualifica-o a partir de atributos positivos ou negativos, definindo, assim, o modo pelo qual eles percebem e manipulam estes fatores em situações concretas.

Não é demais enfatizar que é o segmento mais pobre da população que procura a instituição policial para resolver seus problemas cotidianos, de ordem jurídica ou de ordem social, e é este segmento o "alvo preferencial" da ação da polícia.

No contexto da organização policial, a imagem do pobre é reatualizada dentro do quadro de valores dominantes na sociedade, que ainda condiciona o pobre ao lugar do não-direito.

Neste cenário, o discurso da cidadania plena para todos se desfaz na experiência de vida cotidiana, imersa numa estrutura rigidamente hierarquizada de direitos presente, ainda hoje, na sociedade brasileira. Nesta, é atribuída à polícia a responsabilidade de selecionar, em sua prática cotidiana, os cidadãos e os não-cidadãos e mostrar o lugar e o espaço reservado a cada um na ordem da sociedade, para a garantia da tranqüilidade social.

Assim, numa sociedade profundamente autoritária e excludente como a brasileira, observa-se que os abusos e excessos do comportamento policial são negligenciados em prol de uma maneira específica de encaminhar o curso e as resoluções de conflitos na sociedade.

4. Considerações finais

Para a análise da problemática da "mediação" de conflitos realizada no exercício profissional do policial dois aspectos principais podem ser destacados.

De um lado, a mediação feita pela polícia dirige-se de maneira quase exclusiva para o atendimento às múltiplas solicitações para a resolução de situações que emergem no cotidiano das camadas pobres da população. De outro lado, o comportamento e atitudes da polícia no trato com as demandas da população pobre, em vez de assegurarem os direitos de cidadania deste seu público usuário, negam-nos, obstruindo qualquer possibilidade de sua realização no âmbito do atendimento policial. No acervo de práticas utilizadas na rotina de trabalho da organização policial, manifestam-se atitudes de violência e de arbitrariedade, que vão desde a admoestação, à intimidação, a persuasão, que lembram o lugar reservado aos pobres nesta sociedade.

Note-se que, em todas as sociedades democráticas do mundo, a polícia, tradicionalmente encarregada de aplicar a lei e manter a ordem, desempenha na sua rotina diária uma série de outras atividades que se voltam para o atendimento a uma ampla e variada gama de problemas sem qualquer relação com o crime ou a delinqüência. Essas atividades são demandadas pelo público em geral e são atendidas através das chamadas "tarefas assistenciais da polícia".

Neste contexto, a organização policial funciona como um órgão de serviço público, que acorre às necessidades do cidadão e cuja missão fundamental é garantir o livre e pacífico exercício dos direitos reconhecidos pela lei.

A versão brasileira das práticas de "mediação" de conflitos realizadas pela polícia adquire, porém, outros contornos que precisam ser matizados em face do acesso e garantia a cidadania.

Como afirma Souza (2006), "A garantia do acesso à justiça e do processo eqüitativo traduz-se não apenas na exigência formal de órgãos jurisdicionais para o exercício do direito de ação, mas também na realização de prestações que tornem efetivas os direitos dos cidadãos" (p. 526).

Historicamente, nesta sociedade, a noção do público é inteiramente relegada, em proveito, de modo quase absoluto, dos interesses privados de toda ordem, de maneira que a concepção de cidadania, como garantia de direitos igualitários de participação para todos, realiza-se na prática da vida cotidiana para apenas alguns segmentos da população.

Neste país, não por acaso, a noção da polícia como um órgão de segurança pública não foi o principal objetivo a ser implementado na rotina do trabalho policial. À polícia foi destinada a missão quase exclusiva de "limpar" do meio social aqueles designados como os "inimigos" da ordem pública. De forma geral, os pobres, os negros, os homossexuais, etc. são aqueles que, de um modo ou de outro, objetiva ou simbolicamente, ameaçam a sociedade, constituindo-se no "*out-group*" desta sociedade, nos "não-cidadãos" e nos alvos preferenciais da ação policial.

Neste sentido, chama a atenção o fato de que, na convivência diária e intensa entre a polícia e a população, a polícia que socorre é a mesma polícia que oprime.

A prática de "mediação" de conflitos desenvolvida pela polícia brasileira sofre as influências sociais, culturais, morais da sociedade em que atua, logo não podia apresentar outra face que não a da violência e do autoritarismo para com as camadas pobres da população. Nesta perspectiva, respaldadas numa matriz cultural autoritária e discriminatória que hierarquiza as diferenças nesta sociedade, as formas de conceber os problemas da vida social, as decisões sobre a condução e o

procedimento a serem tomados no trabalho da organização policial reproduzem por inteiro as profundas desigualdades e discriminações presentes nesta sociedade.

É possível afirmar, pois, que malgrado as inovações ocorridas no país, em direção a uma sociedade mais democrática, depara-se ainda hoje com um padrão de atuação da polícia, que tem se caracterizado num extremo de violência e arbitrariedade dirigido fundamentalmente para o segmento pobre da população que, efetivamente, se constitui nas vítimas preferenciais da ação da polícia.

Certamente, nas últimas décadas, foram implementadas mudanças significativas na polícia civil e na polícia militar, inclusive no que diz respeito à formação profissional do futuro policial para o desempenho das funções de manutenção da ordem e segurança públicas. Contudo, é necessário ressaltar que ainda é bastante comum encontrar em grande parte dos cursos de formação e aperfeiçoamento profissional desenvolvidos nos diferentes estados da federação do país, uma concepção do trabalho policial que reflete exclusivamente uma perspectiva legalista, sugerindo que a atividade policial civil restringe-se ao trato meramente técnico de execução plena da lei, negligenciando a interação com o público como uma preocupação principal da prestação de serviço junto às diversas questões que emergem nas Delegacias de Polícia.

Desta forma, a formação profissional, tal como vem sendo desenvolvida nos centros de formação e treinamento profissional, denota uma concepção do trabalho policial que não leva em conta as múltiplas tarefas concernentes à manutenção da ordem, com relação às quais o policial precisa tomar constantemente decisões que escapam ao tratamento meramente jurídico, requerendo a aplicação de conhecimentos e habilidades para o manejo adequado de conflitos diversos nas relações interpessoais.

O preparo profissional do policial voltado para a restrita idéia de controle do crime conduz à negligência de outras demandas e interesses da população, associados, em boa medida, à manutenção da ordem.

Nesta perspectiva, pode-se argumentar que, até o momento, nenhuma reforma na administração da justiça e da segurança foi capaz de oferecer um sistema eficiente de acesso a justiça, que promovesse de modo equânime o exercício da cidadania.

Em países como o Brasil, onde a pobreza e a inoperância das instituições de "bem-estar" e de justiça são parte significativa da vida social da sociedade, o trabalho diário da polícia volta-se, muitas das vezes, para suprir as carências existentes nos demais serviços públicos. Para este segmento da população, sem repostas institucionais em seus problemas diários, a polícia funciona como um "pronto-socorro social".

A importância da discussão encontra-se, pois, no debate acerca do papel da polícia no fortalecimento da cidadania na sociedade brasileira contemporânea, não apenas pelas funções estratégicas de controle do crime que desempenha na sociedade como parte do Estado, mas também pelas atividades que, por sua proximidade e contato com a população e suas necessidades, a coloca em uma posição privilegiada para a resolução de múltiplos conflitos presentes no cotidiano da vida em sociedade.

5. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Rodrigo G. *Informalização da justiça e controle social.* Estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BAYLEY, David H. *Police for the future.* New York/Oxford: University Press, 1994.

BITTNER. Egon. *Aspects of police work.* Boston/MA: Northeastern University Press, 1990.

ESPÍRITO SANTO, Lúcio E. Caso de polícia: o senso-comum de ordem pública. *Anais do Seminário Polícia Militar, Estado e Sociedade.* Os desafios da modernidade. Minas Gerais: Fundação João Pinheiro, 1992, p. 07-22.

FISCHER, Rosa Maria. *O direito da população à segurança:* cidadania e violência urbana. Petrópolis: Vozes, CEDEC, 1985.

HADDAD, Eneida G. de Macedo; SINHORETO, Jacqueline; PIETROLLA, Luci Gati. *Justiça e segurança na periferia de São Paulo.* São Paulo: IBCCRIM, 2003.

HADDAD, Eneida G. de Macedo *et al. Centros integrados de cidadania:* desenho e implantação da política pública (2003-2005), [redação final do relatório]. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia no Rio de Janeiro*: seus dilemas e paradoxos. Trad. Otto Miller. Rio de Janeiro, Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, 1994.

MOTA, Paula Poncioni. *A polícia e os pobres*: representações e práticas em delegacias de polícia do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Escola de Serviço Social, UFRJ, 1995.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário.* Dissertação de Mestrado. Recife: PIMES/UFPE, 1984.

_____. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica.* Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PAIXÃO, Antônio Luiz. A distribuição de segurança pública e a organização policial. *V Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais.* Nova Friburgo: GT Organizações e Sociedade, 1981.

PONCIONI, Paula. *Tornar-se policial*: A construção da identidade profissional do policial no Estado do Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. USP – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo, 2004.

REINER, Robert. *The politics of the police.* New York/London/Toronto/Sydney/Tokyo/Singapure: Harvester Wheatsheaf, 1992.

SHEARING, Clifford; LEON, Jeffrey S. Reconsidering the police role: a challenge to a challenge of popular conception. In: McCORMICK, Kevin R. E. & VISANO, Livy. *Understanding police*. Toronto: University of Toronto Press, 1992, p. 210-227.

SOUZA, Aiston Henrique de. A mediação no contexto do sistema de solução de conflitos. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.) *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.