Dupl.

ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

61

julho-agosto de 2006



EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 14 n. 61 julho–agosto de 2006

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

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

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

Impressão e acabamento
Moore Brasil Ltda.
CNPJ 62.004.395/0026-06

Serviço de atendimento ao consumidor:
Tel. 0800-702-2433 (ligação gratuita,
de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)
e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

1º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Secretário
Tatiana Viggiani Bicudo

2º Secretário
Theodomiro Dias Neto

1º Tesoureiro
Roberto Mauricio Genofre

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos
Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos
Maria Elizabeth Queijo

Internet
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica
Juliana Sinhorini Nahum

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Renato Sergio de Lima

Comissões especiais

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Carmen Silvia de Moraes Barros

História
Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Monografias
Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Coordenadores estaduais

Adeildo Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Daniela Carvalho Almeida da Costa (SE), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE), Franciele Silva Cardoso (GO), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Salete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Marta Saad (DF), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pachêco de Carvalho (MA), Vinicius Toledo Piza Peluso (Baixada Santista)-(Regional), Walter B. Bittar (PR).

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

Diretoria da Revista

Coordenadora
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Coordenadores – Adjuntos
Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Juliana Garcia Belloque, Maurides de Melo Ribeiro e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da Revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, David Teixeira de Azevedo, Denise Neves Abade, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Helena Regina Lobo da Costa, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Marina Pinhão Coelho, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

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

Marrey, Luiz 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, Ana Messuti, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Claudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 62 – setembro-outubro – 2006

• Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos

André de Carvalho Ramos

• A judicialização dos conflitos agrários: legalidade, formalidade e política

Frederico de Almeida e Jacqueline Sinhoretto

• Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa

Jochen Bung

Sumário

1. Direito Penal

Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal 9
Miguel Àngel Núñez Paz

Principio da precaução, direito penal e sociedade de risco 44
Pierpaolo Cruz Bottini

La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relatista y politizado 122
Wolfgang Naucke

2. Processo Penal

Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha: avaliando a eficácia da entrevista cognitiva 147
Maria Lúcia Campani Nygaard, Leandro da Fonte Feix e Lilian Milnitsky Stein

O processo internacional penal diante do tempo 181
Yann Jurovics

3. Crime e Sociedade

La perspectiva de género en la defensa de mujeres bajo el nuevo sistema procesal penal chileno 215
Lidia Casas e Olga Espinoza

4. O Direito em Ação

O voto do preso 275
Carlos Lélio Lauria Ferreira

4.1 Jurisprudência Comentada

Responsabilidade penal da pessoa jurídica 316
Ana Célia Alves de Azevedo Reveilleau

Condição impossível nos crimes tributários: a adesão a programa de parcelamento (Refis) como condição da suspensão da pretensão punitiva e princípios constitucionais penais 342
Davi de Paiva Costa Tangerino e Joyce Roysen

4.2 Ementário de jurisprudência 352

Roberto Delmanto Junior, Fabio Machado de Almeida Delmanto e Luciana Russo

5. Índice Alfabético-Remissivo 375

Normas de publicação 382

Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal

Miguel Ángel Núñez Paz
Profesor de Derecho penal y Criminología
Universidad de Salamanca

"Sólo a la luz de la compenetración entre
Derecho y realidad social (...)
en un marco de garantías (...) se comprende el verdadero
significado de la norma".
(Núñez Barbero, *Derecho penal y política criminal*)

Sumário: 1. Derecho penal, política criminal y resocialización – 2. Exigencias derivadas de la relación entre derecho penal y política criminal – 3. La política criminal como puente entre la criminología y la dogmática – 4. El dudoso avance de la política criminal: el llamado "derecho penal del enemigo" – 5. Política criminal y sociedad – 6 Consideraciones extracientíficas finales sobre la reforma penal. A modo de conclusión – 7. Bibliografía.

Resumo: En este trabajo trata de abarcarse el estudio de la modernos avances de la política criminal y sus influencias definitivas en el campo de la dógmática jurídico-penal. Todo ello ha evolucionado hacia nuevas fórmulas en la reformas penales internacionales que están suponiendo curiosamente una involución en

el llamado derecho penal de garantías en el que parece que se venía confiando en los últimos decenios.

Se trata, por tanto, de hacer una análisis de presupuestos dogmáticos y político criminales y de si estos se pueden mantener en las actuales Reformas penales internacionales.

Palavras-chave: Reforma penal – Dogmática – Política criminal.

Abstract: In this work it tries to be embraced the study of the criminal politics's modern advances and their definitive influences in the field of the juridical-criminal studies. Everything has evolved it toward new ways in the international criminal reformations that are supposing an involución surprisingly in the penal right call of guarantees in which seems that one came trusting the last decades.

We try to make an analysis of dogmatic budgets and criminal politician and if these can stay in the current international criminal Reformations

Key-words: Criminal evolution – Dogmatic – criminal Politics – Criminal law

1. Derecho penal, política criminal y resocialización

Numerosas innovaciones en el sistema de sanciones de las distintas reformas legislativas (sirva como ejemplo la de Alemania) han venido en las últimas décadas sirviendo al fin de *resocialización*, como igualmente ha sucedido en ese tiempo con la reforma de las sanciones que implementó el CP de 1995 en España; en este sentido, tanto la Constitución española, en su art. 25.2, como el art. 1 de la Ley General penitenciaria establecen que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social del condenado. Todo lo cual no se puede entender en el sentido de exclusión

de las demás funciones de prevención general y especial no mencionadas en la CE ni en la Ley General Penitenciaria, como ratifica sistemáticamente tanto la doctrina[1] como el propio Tribunal Constitucional.

Concebir la pena como un medio de prevención especial choca hoy, sin embargo, con dificultades. Se ha indicado – sobre estos fines – que el principio de culpabilidad carecería de función. Así, los delitos más graves deberían permanecer impunes – como indica Jakobs[2] – en la medida en que no existe prácticamente peligro de reincidencia. Así, como decimos, este problema no sólo surge con los autores de hechos imprudentes o con los autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves que, por las circunstancias en que se cometieron, hacen prácticamente imposible su repetición (v.g. crímenes pasionales). Sobre el asunto, el Tribunal Constitucional alemán ha llegado decir que "no es misión del Estado corregir a sus ciudadanos" y el art. 1 de la Ley Fundamental alemana prohíbe la educación forzosa en cuanto ésta pueda afectar a la personalidad del adulto.

En el plano internacional se comprueba, sin embargo, durante los últimos años del siglo XX y primeros del XXI, un cierto abandono de la idea de resocialización, antes dominante y un regreso a la idea de *prevención general negativa e incluso de retribución*, particularmente en los EEUU y en los estados nórdicos, *idea que parece adoptarse también en parte por nuestro más reciente legislador mediante el aumento genérico de muchas penas y que adolece en ocasiones de una política criminal rigurosa y – como ya señalamos – de la atención esencial que requieren los principios fundamentales del derecho penal.*

1. Vd. por todos, MIR PUIG, S. Dogmática creadora y política criminal. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978.
2. Cf. JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Trad. de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996; EL MISMO. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

Mediante *la prevención general* (desarrollada por Feuerbach con base en su teoría de la "coacción psicológica") se trata de evitar el delito por el influjo ejercido sobre la sociedad en general. La pena debe actuar no ya especialmente sobre el condenado, sino, en general, sobre la comunidad.

Se distingue en primer término una prevención general negativa referida a la intimidación. Sin embargo, la intimidación no es la única vía de la prevención general, por lo que se habla también de una prevención general positiva que significaría la afirmación de la conciencia social de la norma y que limitaría la tendencia *intimidatoria* de la prevención general, contando entre sus principios con el de *proporcionalidad* delito/pena y suponiendo a su vez la *afirmación del derecho*.

Pero es cierto que también la prevención general presenta defectos: al igual que en la prevención especial no existe una medida para la delimitación de la duración de la pena; además, la prevención general negativa corre el peligro – como afirma Roxin[3] – de convertirse en terror, pudiendo llegar a atentar contra la dignidad humana, sin haberse resuelto el problema de la ejecución de la pena, particularmente en su aspecto negativo.

Las discutidas Teorías Unitarias o Mixtas, han venido teniendo en cuenta *retribución, prevención general y prevención especial*, y aplican éstas simultáneamente. Un sector de estas doctrinas entiende la finalidad retributiva e intimidatoria como predominantes, dejando en un segundo plano los fines de corrección e inocuización, lo que constituiría, con matizaciones, una mera modificación de la teoría de la retribución, y podrían serle aplicables las objeciones formuladas a ésta.

3. ROXIN, C. ¿Tiene futuro el derecho penal? Trad. de E. Borja. *RPJ*, n. 49, 1998; EL MISMO. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. e introd. de Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972; EL MISMO. Strafrecht, *A. T., Band II*. München, 2001 (inédito). Ejemplar dactilografiado; EL MISMO, Franz von Liszt y la concepción político criminal del proyecto alternativo. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. de Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976; EL MISMO. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Trad., introd. y notas Muñoz Conde y Luzón Peña, 1981.

Más recientemente, se trataron (teoría unitaria) la retribución, la prevención general y la especial como finalidades de igual rango, colocándose en primer plano, según los casos, uno u otro fin de la pena. Ya en la actualidad se alude a una teoría unificadora Preventiva, que entiende el fin de la pena como únicamente preventivo. Este punto de vista no ofrece problemas cuando la pena sea adecuada para alcanzar los fines de prevención general y especial, ni tampoco en los supuestos en que la pena impuesta tenga como base la finalidad preventiva general – porque no exista peligro de reincidencia; pero sí en una pena que cuente con la falta de colaboración del condenado: Una socialización forzosa no seria admisible (como mantiene Roxin);[4] bastando, en estos supuestos, la prevención general para la fundamentación de la pena.

En conclusión sobre este asunto, creo que es defendible el criterio de que la pena puede y debe tomar como finalidad la prevención, ya que las normas penales se justifican cuando tienden a la protección del orden social y de la libertad individual, y la pena puede conseguirlo a través de la finalidad preventiva y resocializadora.

2. Exigencias derivadas de la relación entre derecho penal y política criminal

La ciencia del derecho penal ha venido siendo considerada hasta ahora como dogmática jurídica, esto es, *sistema* de derecho positivo. La misión de la dogmática radica en interpretar el derecho vigente pero siempre *sin perder de vista la realidad social.*

Por consiguiente, la dogmática se ocupa de la sistematización y elaboración de las disposiciones legales en el ámbito del derecho penal. Se ha atribuido a Von Liszt – con su famosa frase: *el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal* – el dualismo, aún subsistente, entre

4. Y como se deduce también de la Ley Fundamental alemana en su art. 10.

dogmática y política criminal, aunque quizás con alguna exageración – ya que Liszt no las separaba totalmente. La verdad es que ya nadie discute las ventajas y necesidad del sistema,[5] particularmente a causa del *nullum crimen*, pues la seguridad jurídica se manifiesta en la disciplina penal como principio obvio. El derecho penal vendría a ser la forma en que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica.

Hoy se aboga por una síntesis entre los objetivos sociales (protección de la sociedad respecto de la delincuencia) y legales (afirmación de los valores fundamentales de la persona), superándose así la separación entre dogmática y política criminal.

De todos modos, la labor del dogmático va más allá del planteamiento de los conceptos fundamentales, pues debe precisar las relaciones que guardan entre sí las diversas categorías del delito y las circunstancias relacionadas con la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad y ha de sistematizarlas, lo que será luego de gran importancia para la interpretación.

La opinión dominante en la dogmática aún se mueve dentro del planteamiento de: los sistemas neoclásico (de Baumann, Mezger o Weber) y finalista (de Welzel, Maurach, Hirsch o Stratenwerth) intentando una síntesis entre el pensamiento teleológico del sistema neoclásico y asumiendo (aunque se rechace la teoría final de la acción) sus consecuencias: o sea, *el traslado del dolo al tipo subjetivo y el rechazo a la concepción ontológica de la acción*, ya que el sistema del derecho penal sólo se funda en valoraciones.

Pero desde el último cuarto del siglo XX se ha venido desarrollando un *sistema racional-final* del derecho penal, método debatido y que aún continúa

5. Así resulta prácticamente desde ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. anotada y puesta al día por Guijarro y Benéitez Merino. Akal. En el mismo sentido, Vd. NÚÑEZ BARBERO, R. *Derecho penal y política criminal*. Libro – homenaje a Antón Oneca. Salamanca, 1982, pp. 2 y ss.

perfeccionándose. Se trata del sistema *funcional*, desarrollado – entre otros – por autores como Roxin, Schünemann, Schmidt o Jakobs.[6]

La fórmula funcional supone un sistema "teleológico" que rechaza el planteamiento finalista y su exigente vinculación ontológica previa, *y* considera que sólo puede y debe guiarse por los fines del derecho penal. Además, mientras con las concepciones neoclásica y finalista el tipo objetivo quedaba reducido a la causalidad, con las teorías teleológicas se hace depender al tipo objetivo de la imputación de un resultado o de la realización de un peligro no permitido por el fin de protección de la norma. Ampliándose así la culpabilidad a la categoría de responsabilidad.

A la culpabilidad como condición de la pena se debe agregar ahora la necesidad de prevención general y especial como fines de aquella. Quedando así absorbida la *culpabilidad* en el concepto de prevención general sin consideración alguna a las capacidades del autor.

En cuanto a las *ventajas del pensamiento sistemático*, hemos de decir que la dogmática jurídico-penal en cuanto que establece límites y define conceptos posibilita la aplicación segura del derecho penal y lo sustrae la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de la dogmática, más imprevisibles serán las decisiones de los Tribunales como señala Roxin o como mantenía en su momento Gimbernat afirmando que de otro modo la aplicación del derecho penal sería una "lotería".

Además el orden sistemático, elaborado teleológicamente, colabora también a la racionalidad de la aplicación del derecho y a una mejor elaboración y desarrollo del mismo; garantizando los derechos fundamentales y acercando lo jurídico a la realidad por sobrepasar el derecho positivo. La Constitución

6. Desarrollado por éstos y otros autores en muy distintas vertientes: la moderada (que trata de considerar lo ontológico para la valoración) y la radical de Jakobs (que rechaza tajantemente cualquier vinculación a lo ontológico).

española ha de significar la línea directriz para los operadores jurídicos y se constituye en límite al poder punitivo del estado.

Pero, *junto a las ventajas, puede que las conclusiones deducidas del sistema no sean adecuadas desde el plano político-criminal*; es decir, se puede llegar a descuidar la justicia del caso concreto y a que la solución del problema y las deducciones sistemáticas vayan cada una por su lado; corriéndose el riesgo de de utilizar conceptos demasiado abstractos. De aquí que se haya pensado en buscar un método científico que parta más del problema del caso concreto, es decir, un paso del pensamiento sistemático al pensamiento problemático, al que dio pié Viehweg,[7] y que tuvo acogida sobre todo en el derecho civil. Pero desde nuestro punto de vista la tópica (problema) no puede sustituir al pensamiento sistemático (sistema) sin renunciar a las ventajas prácticas y a la seguridad jurídica que éste ofrece, lo que hace que dicho pensamiento tópico sea inidóneo como método de aplicación del derecho penal. La solución radicará en que la sistematización se realice desde el punto de vista del daño social, y desde la culpabilidad como responsabilidad orientada a los fines de la pena y no a un sistema conceptual de definiciones abstractas, así el sistema será más flexible, más cercano a la vida y más ajustado al caso concreto

Por consiguiente, y en resumen el sistema es un elemento irrenunciable de un derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho. Pero, puesto que el sistema debe influir en la solución de los problemas dogmáticos, debe ser el correcto, y hoy parece demostrarse que éste ha de ser estructurado teleológicamente, o sea, construido con arreglo a las finalidades valorativas, descartando las soluciones de problemas incompatibles con los fines del derecho penal, que sólo pueden ser de tipo político criminal.

Así pues, el derecho como es y como debería ser no deben resultar aspectos contrapuestos, ya que la interpretación del derecho vigente es el resultado

7. VIEHWEG. *Topik und jurisprudenz*. München, 1953.

de considerar las finalidades del legislador. Todo ello no significa que dogmática y política criminal tengan las mismas competencias; la dogmática tiene que hacer política criminal en el marco de la Ley, esto es, dentro de los límites de la interpretación; de otro modo se equipararía el juez al legislador y se estaría infringiendo el principio de legalidad.

La *política criminal* debe ocuparse de *cómo ha de conformarse el derecho* para cumplir mejor su misión de protección de la sociedad. Actúa por medio del establecimiento de principios básicos sobre la aplicación del derecho penal orientándolo hacia los modelos de constitución del Estado de Derecho y social.

Se sostiene que la política criminal debe situarse dentro del mismo sistema penal, de aquí que se afirme que si bien la política criminal ha logrado una delimitación aceptable respecto a la criminología, corra el peligro de ser absorbida por el derecho penal. Sin embargo, como indica Roxin, debe superarse la división entre dogmática y política criminal en la medida en que se trata de permitir la entrada de las decisiones político criminales en el sistema de derecho penal, lo que no significa prescindir de la autonomía de ambos campos, sino obtener la máxima cooperación entre los dos. En este sentido se ha afirmado de forma muy gráfica – por Dreher – que *ni la dogmática es la doncella de la política criminal, ni la política criminal la esclava de la dogmática.*

En definitiva, podría hablarse, más que de una unidad sistemática, de una unidad funcional (o cooperativa).

La Política criminal, ha de intervenir por tanto – y aunque el legislador parezca olvidarlo en ocasiones – en (1) la *interpretación del derecho penal positivo*; en (2) la *formación del sistema* (dogmática) y especialmente, como observa muy correctamente Quintero Olivares, en (3) *la determinación de la pena*, punto cardinal de todos los problemas político-criminales.

3. La política criminal como puente entre la criminología y la dogmática

Debemos recordar que la política criminal contiene dos acepciones usuales y ambas se deben a Von Liszt.[8] Según una de ellas, se trata del compendio sistemático de los medios eficaces en la lucha contra el delito, la misma puede ser entendida como actividad del Estado; según la otra, se trataría de una actividad científica dirigida a la valoración y crítica del derecho penal vigente y a la proposición de futuros contenidos.

Así, través de la política criminal el Estado establece la orientación de todo el sistema penal, que comprende no sólo la definición de qué comportamientos considera delictivos, sino también cuál es la finalidad de la pena y cuáles son los medios que se han de emplear para poder alcanzar dichos objetivos. Mediante la actividad político-criminal se formaliza el control social a ejercer sobre los comportamientos desviados que se consideran delictivos.[9]

La segunda acepción resulta más precisa y amplia que la anterior. Tiene como objeto: a) Estudiar la determinación de los fines que pretenden ser alcanzados mediante la utilización del derecho penal: b) sistematizar, en función de los fines y principios preestablecidos, los medios disponibles para el control de los comportamientos desviados; y c) examinar las distintas fases del sistema penal en función de los criterios marcados en los momentos anteriores.[10]

Si la realidad jurídica no es sólo un conjunto de normas sino, que en su dinamismo, debe ponerse el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren,

8. Von LISZT. Kriminalpolitische Aufgaben. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze.* Berlin, 1905, reimp. 1970, t. I, p. 290.
9. Vd. BERDUGO; ARROYO; GARCÍA RIVAS; FERRÉ OLIVÉ; SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de derecho penal.* 2. ed. Barcelona: Praxis, 1999, p. 85.
10. Vd. BERDUGO; ARROYO; GARCIA RIVAS; FERRÉ; SERRANO-PIEDECASAS, cit. p. 85.

su conocimiento no puede limitarse únicamente a las disposiciones legales que conforman el derecho vigente. Además, no puede perderse de vista que la norma jurídico penal está dirigida a dar respuesta a situaciones reales de conflicto.

Es por ello que se ha de tener presente la perspectiva funcional, analizando la corrección de las opciones legislativas e interpretativas, no sólo con criterios internos a la propia norma, sino en base al cotejo entre la función que a tal norma se le asigna, la que desempeña – o puede desempeñar – y su validez y eficacia para dar una respuesta satisfactoria al problema que pretende resolver.

Estas reflexiones determinan un planteamiento, en términos de eficacia, sobre los objetivos propuestos y los resultados obtenidos; en otras palabras, un análisis sobre si la función que desempeña se corresponde con los intereses cuya tutela pretende – o dice pretender –, ampliando en este caso la investigación hacia los intereses realmente protegidos aunque no sean los declarados.[11] De este modo, los datos empíricos que nos aportan la criminología u otras ciencias sociales se tornan imprescindibles para la coherencia del sistema.

Caminar de espaldas a los resultados empíricos presupone supeditar la tutela penal a criterios acientíficos o "a reproducir una ideología oficial de respaldo al orden social y económico vigente".[12] Desde esta perspectiva la cuestión criminal debe ser abordada – si no se quiere fracasar – desde los datos proporcionados por la criminología previos a las valoraciones político criminales, a fin de formular las propuestas más coherentes, lo que pone de manifiesto la complementariedad de estas tres disciplinas, como síntesis de un proceso que

11. Reconociendo que científicamente resulta honesto que el investigador desvele sus presupuestos ideológicos. CUERDA RIEZU. *El legislador y el derecho penal* (Una orientación a los orígenes), cit., p. 60.

12. Cfr. GROSSO GALVAN. Nueva criminología y dogmática jurídico penal. *Cuadernos de política criminal*, n. 10, 1980, p. 48.

consta de tres momentos: un momento explicativo, un momento de decisión y un momento operativo o instrumental".[13]

Tal y como afirma Roxin, "el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político criminales y estas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege data* o *lege ferenda*, es un proceso cuyos estadios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo".[14]

La observación de la realidad delictiva se convierten en un instrumento imprescindible para su conocimiento, siendo, al tiempo, premisa necesaria para seleccionar los comportamientos que requieren una reacción del ordenamiento jurídico y poder conformar respuestas idóneas para alcanzar niveles aceptables de eficacia preventiva.

En otras palabras, se hace necesario extraer de los datos que nos proporciona la criminología los elementos que sirvan de soporte y guía a las decisiones político criminales. En este sentido, señala Silva Sánchez que cualquier construcción preventiva (orientada a fines) del derecho penal ha de atender a las informaciones que le proporciona la criminología sobre los efectos que puede tener una pena en la vida futura del autor o sobre la eficacia intimidatoria o estabilizadora de determinadas conminaciones penales, del mismo modo que se muestran precisos los conocimientos empíricos sobre el autor y la víctima.[15]

13. Sobre las relaciones política criminal, dogmática y criminología, NÚÑEZ PAZ; ALONSO PÉREZ, *Nociones de criminología*. Madrid: Colex, 2002; idem. GARCIA-PABLOS de MOLINA. *Manual de criminología*. Introducción y teorías de la criminalidad. Espasa-Calpe, 1988, pp. 121 y ss.; idem. HERRERO HERRERO. *Criminología*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1997.

14. ROXIN, C. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Trad. e introd. de Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972, p. 77.

15. SILVA SANCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 97 y HASSEMER. *Fundamentos de derecho penal*. Prólogo de Muñoz Conde. Trad. y notas de Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 32, y MORILLAS CUEVAS. *Metodología y ciencia penal*. 2. ed. Granada, 1991, p. 316.

Sin embargo, la reticencia de los operadores jurídicos a recibir los datos proporcionados por la criminología, siendo una constante en nuestra cultura jurídica, por su herencia lombrosiana en un principio o por su presupuesto ideológico-radical después, parece una etapa superada hoy en día.[16] Y no sólo porque las teorías de la socialización[17] hayan brindado resultados y justificaciones empíricas bastante más serias y superiores que las tesis biológicas, sino porque la aceptación se sustenta en una base más profunda, puesta de relieve por otros autores como Hassemer, para quien estas teorías no sólo se acomodan a la creciente orientación a las "consecuencias" que actualmente se exige en derecho penal, sino que, además, "sustentan una política criminal reformista que se separa tanto de la resignación biologicista como de las teorías socioestructurales revolucionarias, que apuestan por una política criminal productiva de transformaciones sociales ... (y) ... constituyen la promesa fundamentada de que la política criminal y la aplicación del derecho penal pueden producir resultados positivos, sin necesidad de esperar a que tengan lugar transformaciones sociales de conjunto".[18]

No obstante, la aceptación de los datos aportados por la criminología no puede llevar a olvidar que las decisiones dogmáticas son decisiones valorativas y lo que es esencialmente valorativo no puede mostrarse como

16. Por todos, GARCIA-PABLOS de MOLINA. Hacia una revisión de los postulados de la criminología tradicional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 1983, pp. 239 y ss.; EL MISMO. *Problemas actuales de la criminología.* Madrid, 1984 y GONZALEZ ZORRILLA. La criminología y su función, el momento actual del debate. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 1992, pp. 637 y ss.

17. Vid. NÚÑEZ PAZ; ALONSO PÉREZ. *Nociones de criminología,* cit., pp.; BERGALLI. Perspectiva sociológica, desarrollos ulteriores; Perspectiva sociológica, estructura social y sociología de la desviación, en BERGALLI; BUSTOS; MIRALLES. *El pensamiento criminológico* I, pp. 109 y ss., 133 y ss. y 159 y ss. respectivamente; y BARATTA. *Criminología crítica y crítica del derecho penal* (Trad. Bunster), México, 1986.

18. HASSEMER, W. *Fundamentos de derecho penal,* cit., p. 58, cit. por y Cfr. PÉREZ CEPEDA, A. *Proyecto docente e investigador,* inédito. La Rioja, 1999.

producto de la investigación de la realidad.[19] Además, la lectura de los resultados de una investigación criminológica pueden servir de base a decisiones valorativas contrapuestas en función de las premisas de las que parta el operador jurídico.

El planteamiento anterior lleva a que las posibilidades integradoras de la dogmática y de los análisis criminológicos se asienten en la política criminal como pilar básico. O lo que es lo mismo, la integración de la dogmática y de la criminología pasa por el *puente* de la política criminal.[20]

A la política criminal le compete la formulación de las diversas alternativas teleológicas – dependientes de las opciones políticas y filosóficas de las que se parta; a lograr mediante el recurso al derecho penal, mientras elabora los principios sobre los que acomodar el derecho penal en función de aquellas alternativas.

Fijados fines y principios, la política criminal ha de seleccionar los medios de los que dispone, lo que se traducirá, ante todo, en los correspondientes y contrapuestos procesos de criminalización y descriminalización.[21] Por último, le corresponde la tarea de examinar y valorar los efectos de las distintas alternativas seguidas, constatando sus limitaciones y criticando y denunciando los obstácu-

19. SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 97; Confr. además, WÜRTENBERGER. *Die geistige Situation der deutschen Strafretchtswissenschaft.* 2. Aufl. Karlsruhe, 1959, p. 39, para quien la criminología no puede determinar qué es antinormativo y, en consecuencia, delito.

20. Vid. MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal.* Barcelona, 1976, pp. 306, 325 y 345 yss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Presupuestos fundamentales del derecho penal*, cit., p. 78; SILVA SANCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 98 y MORILLAS CUEVA. *Metodología y ciencia penal*, cit., p. 267.

21. Buen ejemplo de plasmación de las propuestas político criminales imperantes ha sido el Código penal vigente de 1995, en el que a la destipificación de conductas -no muy numerosa por el "barrido" que desde 1978 se ha venido produciendo – le sigue una criminalización de nuevas conductas hasta ahora inexistentes. Con independencia de la innumerable bibliografía específica existente, por todos, LOPEZ GARRIDO; GARCIA ARAN. *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador.* Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996.

los, tanto externos como internos, que condicionan su eficacia. En este sentido, determinará si se han conseguido los efectos pretendidos o, si por el contrario, se han originado consecuencias indeseables que pueden, incluso, estar en abierta contradicción con las metas fijadas.

En definitiva, la política criminal es el poder de decidir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir el sistema social en relación a la cuestión criminal, lo que trae como consecuencia la necesidad de acudir a la criminología, en la que medida que ésta representa un análisis sociológico de los procesos de criminalización.[22]

Así pues, resulta evidente la necesidad de una Política Criminal con base criminológica,[23] punto de partida, a su vez, de una dogmática irremediablemente vinculada a la Política Criminal (como señala Bustos: la dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición),[24] ello es necesario no sólo por su apertura a las valoraciones que le son propias, sino porque, en el fondo, la propia existencia de la dogmática es una exigencia político criminal[25] como ya hemos analizado expresamente en el segundo epígrafe de este trabajo:[26] "Todo el derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal, en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad".[27]

22. BUSTOS RAMíREZ. *Política criminal y estado*, cit., p. 317.
23. Vid. GARCIA-PABLOS de MOLINA. *Manual de criminología*, cit., p. 120; en el mismo sentido, Vid. NÚÑEZ PAZ; ALONSO PÉREZ. *Nociones de criminología*, cit., pp. 107 y ss., Idem. KAISER, Kriminalpolitik in der Zeitenwende – Wandlungen der Kriminalpolitik seit der Grossen Strafrechtreform, en *Festschrift für Claus Roxin*, cit., 2001, pp. 289 y ss.
24. BUSTOS RAMíREZ, ob. ult. cit., p. 317.
25. Así, CARBONELL MATEU. *Derecho penal*. Concepto y principios constitucionales. 2. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1996, p. 229.
26. Vid. Supra.
27. Vid. SILVA SANCHEZ. Política criminal en la dogmática, algunas cuestiones sobre su contenido y límites. *Política criminal y nuevo derecho penal*, cit., p. 19.

Ciertamente la elaboración de una política criminal ajena a los datos aportados por las investigaciones empíricas supondría la utilización ciega de la norma penal. Pero, esta constatación no puede llevarnos al otro extremo, ya que no todos los resultados empíricos proporcionados por la criminología pueden tener traducción inmediata en la ley penal, sobre todo si tal legalización conlleva una vulneración u oposición de principios penales básicos en un Estado social y democrático de derecho, como pueden ser los principios de culpabilidad o de personalidad de las penas que han supuesto un importante límite a la ampliación desmedida de la persecución penal, v.g. en el campo de los delitos socioeconómicos.[28] Ello es así porque la información proporcionada por los estudios criminológicos puede servir a efectos de una mayor eficacia del sistema penal. Sin embargo, los instrumentos con los que cuenta el derecho penal limitan y desvirtúan gran parte de su eficacia en favor del respeto de las garantías individuales: las garantías individuales propias de un modelo político y social como el nuestro se imponen por encima de la eficacia del derecho penal.[29]

Por su parte, los efectos prácticos de las sanciones penales constituyen un importante objeto de estudio dentro de la colaboración entre política criminal y criminología.[30] "Así, la valoración de un determinado sistema de consecuencias jurídico-penales a la luz de la Política criminal requiere necesariamente someterlo

28. El Derecho penal aparece así como un "limite infranqueable" no sólo de la política criminal, sino también de las pretensiones criminológicas, Cfr. PÉREZ CEPEDA, ob. ult. cit.; en el mismo sentido también Vid. GROSSO GALVÁN. *Nueva criminología y dogmática jurídico penal*, cit., pp. 72 y 73.

29. En este sentido y en relación, precisamente a los delitos socieconómicos, ARROYO ZAPATERO. Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal*, n. 1, 1998, pp. 1-15.

30. Así lo entendía LISZT cuando definía la política criminal como el "conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito, por medio de la pena y de las instituciones con ellas relacionadas" en Von LISZT. Kriminalpolistische Aufgaben. *Strafrechtliche Aufsatze und Vorträge*, I. Berlin, 1905, reimp. de 1970, p. 292, citado por ZIPF. *Introducción a la política criminal*. Madrid, 1979, p. 2.

a determinadas pruebas que nos revelen su auténtico perfil: su significado, su orientación político criminal, los fines que con el mismo se pretenden alcanzar y cuáles quedan, por contra, descartados o muy matizados ab initio. La importancia de tal determinación de la orientación político-criminal concreta de un sistema de sanciones no debe minusvalorarse. Con ella, se trata de hallar un criterio interpretativo que, partiendo de la necesidad de coherencia del sistema en su conjunto, permita atribuir sentido y alcance a cada una de sus instituciones en concreto".[31]

En efecto, sólo el estudio de los efectos de la pena puede suministrar una correcta perspectiva sobre la realidad del control social que ejerce el derecho penal. Y únicamente a través de ellos puede quedar justificado el *ius puniendi* estatal, pues su legitimación, por afectar derechos fundamentales del individuo, radica en sus efectos positivos. La criminología cumple, de este modo, una función legitimadora del derecho penal[32] al aportar los datos necesarios para determinar su grado de utilidad. La política criminal, en consecuencia, no se limita a postular la adopción de determinadas alternativas legislativas, sino que realiza un seguimiento constante de las mismas. De esta manera, permanece siempre atenta al análisis de su incidencia en la realidad, a fin de que la aplicación práctica no traicione u obstaculice los fines perseguidos. En este sentido la doctrina alemana se refiere a la "orientación a las consecuencias" *(Folgenonentierung)* concebida como necesidad de que legislador, tribunales y encargados de la ejecución de la pena conozcan realmente sus consecuencias y puedan valorarlas como deseadas o no deseadas. Sólo así se puede superar el nivel de la mera expiación – en el que no se necesitan mayores estudios empíricos – y plantearse objetivos preventivos.[33]

31. Cfr. SILVA SANCHEZ. ¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal. *La Ley*, n. 4.581, de 10 de julio de 1998, p. 1

32. Vd. NÚÑEZ PAZ; ALONSO PÉREZ. *Nociones de criminología*, cit., p. cit.

33. Cfr. HASSEMER. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 35.

En todo caso, lo que nunca puede pasar inadvertido es que la relación derecho penal-sociedad y las valoraciones político criminales de las que se nutre nuestra ciencia, están resultando ser el motor de transformación de un derecho penal tradicional a un derecho penal *nuevo*, en el que bienes jurídicos de nuevo cuño – de corte macrosocial o colectivo – exigen su protección por vías no siempre garantistas – delitos de peligro abstracto.[34]

Ahora bien, estas exageradas exigencias político-criminales de incrementar la eficacia preventiva del derecho penal, no deben entenderse, tal y como afirma Hassemer, en clave de ataque a las garantías propias de un Estado de Derecho que deba defenderse tras la involución, sino todo lo contrario: "Un derecho penal conforme con el Estado de Derecho no es ningún castillo al que sea preciso defender, sino un modelo de conducta *(Handlungskonzept)* teórico-práctico del control formal sobre los comportamientos desviados, que continuamente se debe renovar teóricamente, incorporando aquellas circunstancias generales y político criminales que cambian socialmente. No se demanda la defensa, sino el ataque".[35]

En este sentido, trabajar en relación a las alternativas al derecho penal, analizando las capacidades del sistema penal – a través de los datos criminológicos – y sus límites –derecho penal de intervención *(Interventiosrecht)*, dejando paso a un derecho penal básico *(Kernstrafrecht)* abierto a su internacionaliza-

Por su parte SILVA SANCHEZ advierte de la necesidad de distinguir entre la orientación del sistema dogmático del delito a la teoría de los fines del Derecho penal y la orientación de las consecuencias en sentido estricto, señalando que la construcción teleológica del sistema entraña la idea de que el Derecho penal no se justifica apriorísticamente sino por la forma en que incide en la sociedad, pero que tal incidencia no debe entenderse en términos estrictamente utilitaristas, por cuanto el principio teleológico de elaboración del sistema toma en consideración no sólo las consecuencias externas – efectos descriptibles empíricamente – sino también las consecuencias internas – efectos intrasistemáticos cuyas referencias valorativas no pueden ser ocultadas (*Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 116 y ss.).

34. Cfr. PÉREZ CEPEDA, ob. ult. cit., p. cit.

35. HASSEMER. *Perspectivas del derecho penal futuro*, cit., pp. 39 y 40.

ción y orientado a la víctima, no es sino el punto de partida de un derecho penal apto para el futuro.[36]

De este modo, realidad social y valoraciones político criminales inciden en la elaboración de categorías y conceptos, dando lugar un "sistema abierto" (siguiendo la orientación racional-teleológica de Roxin: sistema "histórico" y "orientado a los fines") en el que recobra actualidad la idea de Von Liszt de una "Ciencia global del derecho penal".[37]

La política criminal, en consecuencia, no se limita a postular la adopción de determinadas alternativas legislativas sino que, realiza un seguimiento constante de las mismas. De esta manera, permanece siempre atenta al análisis de su incidencia en la realidad, para que la aplicación práctica no traicione los fines perseguidos.

La ciencia del derecho penal es, ante todo – como ya hemos señalado – ciencia del derecho y las alternativas propias del legislador o del intérprete no pueden ser traducción mecánica de su ideología ni defensa incondicional de los intereses que él estime relevantes. El derecho no es sólo justicia, sino que, como se señalaba tradicionalmente, es también ordenación de la vida en, es *un orden*.[38] Y las pautas conformadoras de ese orden encuentran consagración en la Constitución.

La función que cumple la política criminal es poner en evidencia los resultados a los que pueden llegar ciertas decisiones políticas, resultados que en la esfera penal pueden representar lo contrario de lo que se pretenda. Se trata de una crítica emitida desde la esfera penal y elaborada con su bagaje instrumental, material y científico propio.

36. HASSEMER, ob. ult. cit., pp. 40 y 41.

37. Cfr. PÉREZ CEPEDA, ob. cit, quien señala cómo dicha idea recobró actualidad con la corriente doctrinal que inspiró al Proyecto Alternativo Alemán de 1966, Vid. ROXIN, Franz von LISZT y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo. *Problemas básicos del derecho penal* (Trad. de Luzón), Madrid, 1976, pp. 61-63.

38. Vd. RADBRUCH. *Filosofía del derecho*. 4. ed. Madrid, 1959, p. 196.

4. El dudoso avance de la política criminal: el llamado "derecho penal del enemigo"

A partir de la estabilización de la moderna sociedad capitalista como único sistema posible de socialización y entendido éste a su vez como el mejor de todos los sistemas, podríamos preguntarnos por qué la esta "panacea" no ha conseguido – ni mucho menos – los fines con los que vino planteado. Es decir, si el actual modelo hegemónico es el único y mejor posible... ¿por qué la miseria, la hambruna, la indignidad de tantas personas, el trabajo infantil, los contratos miserables a algunos trabajadores, el paro, la creciente criminalidad – organizada o tradicional-, los conflictos armados, el terrorismo, y un largo etc. que no queremos demagógicamente agotar aquí?.[39]

En esta sociedad en la que vivimos, el derecho penal y procesal se ha ido elaborando en los últimos tiempos sobre la base de convertirse en un verdadero paradigma del respeto a las garantías individuales. Sin embargo, la realidad social demuestra que se siguen produciendo violaciones de derechos humanos fundamentales que han ido haciendo "involucionar el derecho penal garantista ante una hipotética y peligrosa interpretación que responde a una necesidad de recurrir a legislaciones de excepción que "limiten", "restrinjan" o "suspendan" muchas de las citadas garantías individuales.[40]

El Derecho Penal del Enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal (Jakobs en Alemania o, con matices, Silva Sánchez en España) que justifica la existencia de un derecho penal y/o procesal penal sin las mencionadas garantías. Esta teoría se estructura para hacer frente a algunos fenómenos "excepcionales" como los de terrorismo, narcotráfico o inmigración ilegal, los cuales se encuentran en los fundamentos de su justificación.

39. Vd. RIQUERT, F.; PALACIOS, L. El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes. *La Ley – Revista Universitaria*, año V, n. 3, Argentina, junio 2003, pp. 1 y ss.

40. Vd. RIQUERT, F.; PALACIOS, L., ob. cit., p. 2.

La cuestión ha cobrado una minuciosidad teórica bastante importante, que se ha visto acentuada incluso a partir del 11 de septiembre de 2001 y que seguro se dispara a partir de la nueva matanza atroz perpetrada en los trenes madrileños el reciente 11 de marzo de 2004. Los países occidentales se encuentran indefensos siendo víctimas de los mayores atentados terroristas de la historia; llegando a parecer que tales barbaries masivas pudieran ser la gota que colmara el vaso permitiendo justificar el abandono de todo principio sostenido hasta el momento, tanto relativo a los derechos humanos, como al derecho penal o al derecho internacional.

Dentro del contexto mencionado precedentemente, se puede observar que el tema de la protección efectiva de los derechos humanos se encuentra en franco retroceso en los últimos años, donde si bien por un lado existe una profusa legislación en el orden internacional a través de los diferentes Tratados Internacionales que tienden a establecer un sistema universal de protección; por el otro, todo esta ramificación normativa desgraciadamente no alcanza una dimensión sociológica de importancia suficiente en lo que se refiere a su efectiva realización.[41]

Un reciente ejemplo de lo expuesto es la creación durante el año 2002 de la Corte Penal Internacional,[42] cuya aspiraciones son muy amplias y aparecen como esperanza cierta a pesar de que una vez puesto en marcha, surgieron reacciones políticas de algunos países, en especial Estados Unidos, manifestado su expresa intención de no someterse a tal jurisdicción.

Además de lo citado o, si se prefiere, junto a ello, aparecen cada vez más reacciones en todo el mundo de marcada exclusión social acompañadas con un alto tinte xenófobo y de intolerancia, como contrapartida a la masiva circulación

41. Idem, p. 4 y ss.

42. De acuerdo al art. 126 del *Estatuto de Roma*, el mismo entró en vigor durante el mes de abril del año 2002.

de capitales y mercancías, casi sin obstáculos. Estas reacciones se ven incardinadas, de acuerdo a la realidad de cada región, en diferentes receptores.[43] Así, mientras en Latinoamérica los "excluidos"[44] son las clases sociales bajas, la novedad es que ahora aparecen en los países de la Unión Europea otras listas de "excluidos": los habitantes no comunitarios (especialmente magrebíes y de la antigua Europa del este) y los que desde el 11-M se han unido a esa lista europea (y que desde el 11-S ya estaban en esas listas para Estados Unidos), se trata de los extranjeros "terroristas".

Este tipo de actitud reaccionaria no sólo se puede observar en su aspecto sociológico y político, sino que se encuentra reflejada normativamente a través de algunas legislaciones nacionales (en EEUU, por ejemplo la Patriot Act), en recomendaciones regionales (como en la Unión Europea), y en las propias legislaciones de los países que lo integran (v.g. Italia, Inglaterra o Francia).

Continuando con la consagración normativa de estas políticas, se encuentra en franco desarrollo un tipo de legislación penal especial a la que estamos dedicando este epígrafe y que como vemos deriva de una más que dudosa Política criminal. Se trata del llamado "derecho penal del enemigo ", también denominado por parte de la doctrina "tercera vía", a la que alude, entre otros, Silva Sánchez.[45]

43. A pesar de lo expuesto van surgiendo reacciones contra estas políticas. Así, en los propios Estados Unidos se fundó un movimiento conocido como NION (*Not in our name* – "No en nuestro nombre") que hizo su debut público el 19.09.2002 en el diario New York Times en una firma común en contra del presidente Bush a la que se adhirieron artistas e intelectuales de ese país (y de algunos otros como Alemania – entre otros figuraba Jürgen Habermas).

    El 09.11.2002 se reunieron en una marcha en contra de la guerra de Estados Unidos contra Irak y contra el modelo radical de neoliberalismo un millón de personas en Florencia, Italia, o con cifras parecidas en Madrid, siendo estas las mayor protestas masivas sin contar las de los atentados de Madrid que tuvieron lugar el día 12 de marzo por toda España o las propias de los atentados del 11 de septiembre en EEUU.

44. Excluidos de beneficios económicos, sociales y políticos, pero plenamente incluidos en el Sistema para la dominación en la vida cotidiana. Cfr. RIQUERT, F.; PALACIOS, L., ob. cit., p. 4 y ss.

45. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Barcelona, 2001, p. 166.

Esta concepción del derecho penal se encuentra enfocada también para casos como los de criminalidad organizada consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de "ataques" diferentes a los que pueden surgir desde la criminalidad "común", asimilándolos a un estado de excepción (guerra – terrorismo – narcotráfico, etc.) e intenta justificar y legitimar la estructura de un derecho penal y procesal sin garantías.

Jakobs intenta desarrollar la cuestión[46] en el marco de la teoría funcionalista, resumiendo el derecho penal del enemigo con las siguientes características:

1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir;

2) la falta de reducción de la pena proporcional ante dicho adelantamiento;

3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la *lucha para combatir la delincuencia, en concreto la económica*;

y 4) la supresión de garantías procesales (donde la incomunicación del procesado constituye un ejemplo clásico).[47]

Sobre todos los puntos expuestos, algunos autores se definen claramente en contra, así Portilla Contreras entre otros, afirma que la función del derecho penal actual será –siguiendo el desarrollo argumental– la de separar nítidamente el derecho penal del enemigo del de ciudadanos, para distinguir entre las acciones de las personas y las de las *no-personas* (enemigos / *un-person* en la terminología de Jakobs).

46. Vid. JAKOBS, G. La ciencia del derecho penal antes las exigencias del presente. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Edición especial sobre el Código Penal Peruano, año VII-VIII, n. 12, pp. 55 y ss.

47. Jakobs aporta como ejemplo que la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, cuando la pena de la tentativa de éste sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos a cualquiera previstas para los delitos de asociaciones terroristas (JAKOBS, G. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, cit., p. 55).

Según Jakobs el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el derecho, no de forma incidental sino duradera. Por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse manifiestamente fuera del sistema; el enemigo no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona, ya que se trata de una no-persona.[48]

Así, Jakobs reconoce que el derecho penal del enemigo sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico – estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez resuelto su concepto, se revela como derecho.

Se esta forma aparecen subrepticiamente tras el derecho penal del enemigo, cuestiones que poco tienen que ver la seguridad y paz social; sino con fines completamente opuestos a los que se dicen defender, y donde se hace la construcción teórica de identificar al "enemigo" como el que se encuentra "fuera del sistema sin intención de regresar", y al que – al estar fuera del sistema – no le corresponden las garantías del mismo. Se identifica, pues, al "enemigo" con "no persona" y, de esta forma, el Estado con su poder punitivo podrá llegar a intervenir de la manera más agresiva, violando garantías y derechos que ya se encontraban pacíficamente consagrados en las Constituciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos (v.g. confesión bajo tortura, incomunicaciones prolongadas, detenciones sin expresos motivos y sin control judicial del imputado etc.).

48. "El enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida, o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho (...)". Si – como indica Jakobs – el número de enemigos aumenta, una sociedad que conoce tal riesgo no puede resolver el problema de la defectuosa seguridad cognitiva sólo con medio policiales. En otras palabras, no se encuentra otras alternativas al Derecho penal del enemigo porque el ordenamiento jurídico no puede integrar a ciudadano que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para actuar como personas. Los enemigos actualmente no son personas." Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G. *Derecho penal y procesal del enemigo* (Material para el Master de Derecho penal de la Universidad de Salamanca). Argentina: Mar de Plata, 2000/2002 (inédito).

De acuerdo plenamente con Portilla Contreras, esta teoría se basa en "la teoría de los sistemas orientada a la teoría de la comunicación". En la opinión de Jakobs, la persona existe en función de su relación social. "La relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se obtiene mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro".[49]

Bajo este prisma, prácticas expresamente prohibidas por las legislaciones procesales, como las intervenciones telefónicas o de correo electrónico, son legislativamente autorizadas por el poder ejecutivo sin control judicial alguno. Como por ejemplo sucede en Francia a partir de la Ley de 31 de octubre del 2001 n. 718 sobre seguridad, que no sólo ha incrementado el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, sino también ha extendido la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas.

Estados Unidos en su Patriot Act del 26.10.2001 consagra por el plazo de cuatro años un poder absoluto del Estado en su lucha contra la inmigración y la disidencia política, sin respetar garantías penales y procesales. También postula un concepto de terrorismo que comprende tanto al terrorismo doméstico[50] como a las organizaciones terroristas.

Como respuesta evidente a lo expuesto, coincidimos con Hassemer y Muñoz Conde cuando éstos, en distintas obras y artículos hacen referencia a que el derecho penal debe estar orientado a las consecuencias, a los fines, tal y como hemos venido poniendo de manifiesto en anteriores epígrafes de este trabajo. Con ello se quiere significar que la legislación y jurisprudencia penal en un moder-

49. Vd. PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. cit.; cit. por RIQUERT, F.; PALACIOS, L., ob. cit., p. 6 y ss.

50. Sección 23.331, Título XVIII de La Ley.

no sistema jurídico deben estar interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y justifican (legitiman) sus comportamientos en la obtención de los resultados pretendidos y en la evitación de aquellos que se rechazan.[51]

Esta tendencia afecta finalmente y ante todo al legislador penal, dado que es éste quien debe resolver qué conductas han de seleccionarse como relevantes para el derecho penal, y qué tipo de consecuencias jurídicas han de establecerse para las mismas. Si bien ello debe hacerse sobre la base de una política criminal racional anclada sobre el sistema de garantías y el respeto a los derecho fundamentales.

5. Política criminal y sociedad

Ya desde hace algún tiempo viene siendo sostenida por algunos autores[52] la idea – que compartimos – de que la ausencia de propuestas de transformación global de la sociedad ha hecho que la reflexión social, llevada a cabo tanto por intelectuales como por comunicadores sociales[53] o simples ciudadanos, haya dirigido su atención a conflictos valorativos de ámbito limitado, centrados en temas concretos, y que no implican en absoluto y desgraciadamente el cuestionamiento de la estructura social básica. Siendo esta situación la que ha

51. Cfr. HASSEMER, W. *Fundamentos del derecho penal,* (Trad. y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), cit., p. 34 y 35.

52. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política criminal.* Madrid: Colex, 2001, pp. 266 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Exigencias sociales y política criminal. *Claves de la razón práctica*, 1998, p. 48.

53. En efecto, el poder configurador de la sociedad de los medios de comunicación ha hecho trasladar al sistema penal el debate social de cuestiones valorativas que interesan a los ciudadanos. Decisiones valorativas de interés social como qué hacer con los intolerantes que no acatan la Constitución, con las conductas de acoso sexual que proliferan cuando la mujer ha ingresado al mercado de trabajo en condiciones de precariedad, con los conductores que conducen bajo los efectos del alcohol y elevan las tasas de accidentes de tráfico, con las empresas que contaminan seriamente al medio ambiente y privan a generaciones futuras de gozar del entorno, con la corrupción de la clase política que cada vez muestra más su incapacidad para responder a intereses generales sino más bien de grupos concretos, etc (Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política criminal*, cit., p. cit.).

posibilitado que el derecho penal "se haya visto confrontado, con una intensidad por él hasta entonces desconocida, con la mayor parte de los conflictos valorativos que en estos momentos interesan y dividen a la sociedad".[54]

Así, se lo que sucede finalmente es que al sistema penal se le demanda que cumpla funciones de estabilización social de cuantos valores sociales y culturales se hallen en crisis, ante la falta de mecanismos y de elementos sociales que lleven a cabo esta labor.[55]

Pero esta nueva función social que ha asumido el derecho penal influye y refuerza su función de medio de control social, si bien no siempre lo viene haciendo en una dirección conveniente. En este sentido y en ocasiones se está fomentando un uso utilitarista del derecho penal, dando lugar al abuso de la intervención penal.[56]

Nadie olvida que los efectos preventivos del derecho penal implican efectos instrumentales psicológicos, pues con la amenaza penal se pretende proteger bienes jurídicos, motivar a los ciudadanos para que no realicen determinadas conductas disvaliosas para la sociedad, pero otra cuestión es aspirar el acatamiento acrítico de las normas y pretender con ello propiciar una adhesión interna de valores[57] que el derecho penal no está ni en condiciones de fomentar,[58] ni le cabe realizar legítimamente.[59]

Cierto es que las funciones de intervención en los diferentes ámbitos de la vida social del Estado social y la necesidad de reglar las diversas esferas sociales

54. DÍEZ RIPOLLÉS. *Exigencias sociales y política criminal*, cit., p. cit.

55. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Política criminal*, cit., pp. cit.

56. Idem, cit., pp. 268 y ss, quien señala que es claro, por ejemplo, cómo el tan ansiado CP de la democracia, contiene muchos más delitos que el CP del siglo pasado, y qué decir en este sentido de las más recientes reformas del mismo a las que les venimos dedicando muchas líneas de este trabajo.

57. Cfr. en este sentido DÍEZ RIPOLLÉS. *Exigencias sociales y política criminal*, cit., p. 49.

58. Pues existen otros mecanismos de control social más idóneos como la educación, la política social, etc.

59. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Política criminal*, cit., p. ult. cit.

y económicas en la moderna sociedad ha ampliado sobremanera su intervención con la proliferación de infracciones penales y administrativas, en claro proceso de repliegue del principio de intervención mínima. Lo que se ha dado en llamar la "administrativización del derecho penal" o carácter meramente sancionatorio del derecho penal alejándose de su función mínima de tutela de bienes jurídicos, parece una constante del derecho vigente que empieza a consolidarse, sancionando meras desobediencias o incumplimientos de procesos reglamentarios.[60] También son exponentes de este proceso expansionista del derecho penal la anticipación de la intervención penal (*Vorfeldkriminalisierung*) a ámbitos alejados de la lesión de bienes jurídicos, sancionándose con penas meros peligros abstractos de los bienes jurídicos y formas imprudentes y omisivas de lesión. Por otro lado, se ha advertido que éste parece hoy un proceso inevitable desde el punto de vista de las nuevas funciones asumidas por el Estado actual, por lo que subrayamos la necesidad de responder a dichas expectativas y demandas de mayor intervención estatal en diferentes esferas a través del principio de intervención mínima, lo que resulta paradójico a la vez que inevitable.[61]

6. Consideraciones extracientíficas finales sobre la reforma penal. A modo de conclusión

Hace ya algún tiempo que, en distintos medios, tanto estrictamente científicos como informativos, vengo preguntándome si tienen sentido las modificaciones constantes a las que se ha estado viendo sometido últimamente el código penal español.

60. Idem, ibidem.

61. Vd. en este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política criminal*, cit., y DONINI, M. Selettività e paradigmi della teoria del reato. *RIDPP*, 1998, p. 383, quien señala que hoy existe "una fuerte tensión entre el mantenimiento maximalista de los principios penalísticos en el que se extiende la pena criminal y la conservación o incremento de penas y delitos, es un nudo crucial que refleja la misma legitimación del derecho penal".

Este mismo argumento me hace reflexionar sobre los fundamentos tradicionales de la ciencia del derecho penal, cuestión que intento explicar en mis clases desde la convicción de quien se dedica vocacionalmente a la vida académica y detenta – no sin el esfuerzo de años de reflexión – convicciones substanciales.

¿Cómo puedo hacer yo creer a mis alumnos (que se enfrentan *virginal e ingenuamente* a las cuestiones jurídico-penales) que los aspectos fundamentales que detenidamente examinamos en clase tienen verdadera validez frente a la severa realidad legislativa que vivimos?

Cuando los penalistas defendemos principios básicos de nuestro espacio científico como el de *ultima ratio*, "fragmentariedad" o "subsidiariedad", estamos diciendo a quien se forma para ser jurista (en todas sus múltiples ramas y variables) que el poder sancionador más grave que detenta el Estado tiene límites y que éstos se asientan sobre la legalidad y garantizan la seguridad *jurídica* de todos los ciudadanos.

El derecho penal es, desgraciadamente, irrenunciable como instrumento administrativo de regulación de la convivencia y su función consiste – tras los fracasos del resto de instancias sociales, familiares, etc – en tratar de garantizar la conciliación y la estabilidad de la propia sociedad; pero al tratarse de una instancia altamente represiva, enérgica y aflictiva, debe ejercerse un control sobre ella, es decir, debe limitarse. Para los que seguimos pensando que en el *sistema de límites y de garantías* del derecho penal radica la misma esencia de su función social, el instrumento de la *pena* sólo deberá operar ante el fracaso del resto de posibilidades. En este sentido, se hace difícil razonar por qué se han de invertir más esfuerzos en política penal que en política social y política criminal, o por qué no se potencian algunas instancias sociales que favorecen a que la delincuencia se reprima, se modere o mejore a través de acciones preventivas orientándose a su socialización, en vez de promocionar las penas más duras, mas largas, mas insufribles... que poco tienen que ver con la proporcionalidad, principio éste que, a pesar de su

nombre y de lo que se interpreta tradicionalmente fuera del ámbito científico, queda muy lejos de la llamada *ley de Tal ion* o del ojo por ojo.

El uso que del instrumento del *control social formal* ha estado haciéndose últimamente resulta sin duda discutible, por no decir contradictorio, con la vigencia de todos los citados principios, por no contrastarlo más radicalmente con los propios fines de la pena señalados en nuestra Constitución de 1978, entre los que – nos guste o no – figura la resocialización, a la que luego haré una alusión más expresa; espinosa cuestión de la que tanto se ha opinado (en la mayoría de ocasiones sin ningún rigor o conocimiento serio de la realidad delincuencial, penitenciaria y social) y que sin duda habría que replantearse en las condiciones de vida actuales, pero a la que en ningún caso habrá que renunciar.

Desde mi punto de vista, a lo único que ha venido respondiendo la *campaña de reformas* es a una demanda social equívoca, plasmada en ocasiones en puros fenómenos periodísticos intérpretes (de manera *sui generis*) de los intereses que la sociedad reivindica o reclama. Si bien no deberemos dejar de lado que tanto Política criminal como derecho penal son ámbitos científicos que están – con certeza absoluta – obligados a plasmar las demandas de dicha sociedad, pero que son igualmente deudores (para beneficio de la misma sociedad) de fundamentos científicos sólidos frente a la exigencia de la sanción penal; y ésta no puede simplemente aumentar o disminuir al arbitrio de la administración, sino que sus incorporaciones o transformaciones en la Ley penal deben proceder de un estudio criminológico y político criminal precedente muy pormenorizado y riguroso que exige un debate mucho más amplio o consensuado, y al que no responden la mayoría de la batería de reformas aquí mencionada, incluido por supuesto el amenazante aumento genérico de muchas penas incluso aunque éste pudiera llegar a ser más o menos popular.

Lo que se venía consiguiendo a raíz de algunas de las recientes novedades, incluidas (o previstas para serlo) en el código penal, es deshacer todo empeño de uniformidad de la citada Ley vigente (y aún tan joven) que, a los que la critica-

mos en muchos puntos cuando vio la luz y aún lo hacemos actualmente, nos invita a reflexionar sobre todo lo positivo que contenía. El talante con el que se está descabalando aquel resulta antagónico respecto de la seriedad y la rigurosidad que exigen principios iluminadores del derecho punitivo y que lo hacen incompatible con tan diversas y – al menos – discutibles transformaciones.

Como ejemplo citaré la sorpresa que me produjo en su día la explicación oficial ofrecida para justificar la modificación – una de tantas – del delito de encubrimiento en el código penal, el razonamiento se basaba en el problema surgido a raíz de la imposibilidad de condena (por prescripción del delito) del *sospechoso* de colaborar con el *imputado* en el caso de los brutales asesinatos de Málaga.

E, independientemente de razones de justicia coyuntural, yo me pregunto ¿cómo se puede elaborar un código riguroso, no en lo severo sino en lo preciso, a partir de reformas provenientes de un solo caso, a pesar de lo circunstancialmente relevante de éste?

El verdadero espíritu de la cuestión radica en que, a lo largo de muchas – excesivas – ocasiones, quien detenta la faceta más dramáticamente estigmatizante y coercitiva del control social (la formal, que depende de la cara más represiva de la administración política, legislativa, judicial y penitenciaria) descuida uno de los dos brazos de la balanza: es indiscutible que se debe hacer hincapié en la preocupación hacia la convivencia y salvaguarda de los intereses de los seres humanos, claro que sí, pero existe algo que jamás debe ser postergado: también quienes se detienen, se juzgan y condenan poseen identidad de seres humanos.

Y para no hacer tan dramática mi reflexión inicial, podríamos finalizarla – como hice en su día en un artículo periodístico elaborado para tratar idéntica cuestión – poniéndole algo de armonía mediante un juego de palabras muy *ingenuo*: *cuando el controlador se "descontrola"... ¿quién lo controlará ...?*

Desde luego si éste, hacia el que nos dirigimos, representa al derecho penal del futuro, deberá encontrar a muchos especialistas frente a él, ya que parece ser

impulsado contra gran parte de las raíces que inspiraron los maestros dedicados a nuestra formación, para que arraigaran en lo más firme de nuestro pensamiento científico.

7. Bibliografía

ANTÓN ONECA. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. anotada y puesta al día por Guijarro y Benéitez Merino. Madrid: Akal, 1986.

ARROYO ZAPATERO. Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal,* n. 1. Madrid: Praxis, 1998, pp. 1-15.

BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal* (Trad. Bunster). México: Siglo XXI, 1986.

BERDUGO; ARROYO; GARCÍA RIVAS; FERRÉ OLIVÉ; SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de derecho penal.* 2. ed. Barcelona: Praxis, 1999, p. 85.

BERGALLI. Perspectiva sociológica, desarrollos ulteriores; perspectiva sociológica, estructura social y sociología de la desviación. BERGALLI; BUSTOS; MIRALLES. *El pensamiento criminológico* I. Barcelona: Península, 1983.

CARBONELL MATEU. *Derecho penal.* Concepto y principios constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 229.

DÍEZ RIPOLLÉS. Exigencias sociales y política criminal. *Claves de la Razón práctica.* Madrid: Progresa, 1998.

DONINI. M. Selettività e paradigmi della teoria del reato. *Rivista Italiana de diritto e procedura penale.* Milano: Giuffrè, 1998.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA. Hacia una revisión de los postulados de la criminología tradicional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1983.

_____. *Manual de criminología.* Introducción y teorías de la criminalidad. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

_____. *Problemas actuales de la criminología*. Madrid: Universidad Complutense, 1984.

GONZALEZ ZORRILLA. La Criminología y su función, el momento actual del debate. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992.

GROSSO GALVAN. Nueva criminología y dogmática jurídico penal. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 10. Madrid: Edersa, 1980.

HERRERO HERRERO. *Criminología*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1997, 2001.

HASSEMER. Fundamentos de derecho penal. *Prólogo de Muñoz Conde*. Trad. y notas de Muñoz Conde; Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JAKOBS G. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

_____. La ciencia del derecho penal antes las exigencias del presente. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Edición especial sobre el Código Penal Peruano. Lima, año VII-VIII, n. 12.

KAISER. Kriminalpolitik in der Zeitenwende – Wandlungen der Kriminalpolitik seit der Grossen Strafrechtreform. *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin-New York: de Gruyter, 2001, pp. 289 y ss.

LOPEZ GARRIDO; GARCIA ARAN. El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. *Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid: Eurojuris, 1996.

MIR PUIG S. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976.

_____. Dogmática creadora y política criminal. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1978.

MORILLAS CUEVAS. *Metodología y Ciencia penal*. 2. ed. Granada: Universidad de Granada, 1991.

NÚÑEZ BARBERO. *Derecho penal y política criminal.* Libro-Homenaje a Antón Oneca. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.

NÚÑEZ PAZ; ALONSO PÉREZ. *Nociones de criminología.* Madrid: Colex, 2002.

PÉREZ CEPEDA. *Proyecto docente e investigador* (inédito). La Rioja, 1999.

PORTILLA CONTRERAS. *Derecho penal y procesal del enemigo* (material para el Master de derecho penal de la Universidad de Salamanca). Argentina: Mar de Plata, 2000/2002 (inédito).

RADBRUCH. Filosofía del derecho. 4. ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959.

RIQUERT; PALACIOS. El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes. *La Ley – Revista Universitaria*, año V, n. 3, Argentina, junio 2003.

ROXIN C. ¿Tiene futuro el derecho penal?, Trad. de E. Borja. *Revista del Poder Judicial*, n. 49, Madrid: Consejo general del Poder judicial, 1998.

_____. *Política criminal y sistema de derecho penal.* Trad. e introd. de Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. Franz von Liszt y la concepción político criminal del proyecto alternativo. *Problemas básicos del derecho penal.* Trad. de Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

_____. Iniciación al Derecho penal de hoy (Trad., introd. y notas de Muñoz Conde y Luzón Peña). Universidad de Sevilla, 1982

_____. Strafrecht. *A. T., Band II.* München, 2001. Ejemplar dactilografiado (inédito).

SILVA SANCHEZ J. M. ¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal. *La Ley*, n. 4.581, de 10 de julio de 1998 y *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Barcelona: Civitas, 2001.

_____. Política criminal en la dogmática, algunas cuestiones sobre su contenido y límites. *Política criminal y nuevo derecho penal.* Barcelona: Bosch, 2002.

VIEHWEG. *Topik und jurisprudenz.* München: Duncker und Humblot,1953.

_____. Kriminalpolitische. *Strafrechtliche Aufsatze und Vorträge*, I. reimp. De 1970. Berlin: Duncker und Humblot, 1905.

WÜRTENBERGER. *Die geistige Situation der deutschen Strafretchtswissenschaft.* 2. Aufl. Karlsruhe, 1959.

ZIPF. *Introducción a la política criminal.* Madrid, 1979.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política criminal.* Madrid: Colex, 2001.

Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco

Pierpaolo Cruz Bottini
Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e mestre e doutor em direito penal pela USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. Dos mecanismos de gerenciamento de riscos – 3. Do princípio da precaução – 4. Âmbitos de aplicação – 5. Hipóteses de precaução – 6. Efetivação das medidas de precaução – 7. Dos crimes de perigo abstrato – 8. Direito penal funcional e perigo abstrato – 9. Estrutura material dos crimes de perigo abstrato – 10. Demonstração da periculosidade – 11. A periculosidade como elemento fundamental do sistema penal teleológico – 12. Da legitimidade dos delitos de perigo abstrato diante do princípio da precaução – 13. Conclusão – 14. Bibliografia.

Resumo: A proteção penal do princípio da precaução é cada vez mais freqüente. A criminalização de atividades cujos efeitos nocivos ou cuja periculosidade é desconhecida pela ciência, ou é meramente indiciária, notadamente pelo direito penal ambiental e pela regulação da biossegurança, é objeto de pouca reflexão doutrinária. O estudo busca, sob uma perspectiva de um direito penal funcionalista e teleológico, analisar a legitimidade do direito penal da precaução, e dos crimes de perigo abstrato que lhe dão suporte, e sua compatibilidade com um sistema penal calcado na periculosidade e no risco como atributos mínimos da conduta penalmente relevante.

Palavras-chave: Sociedade de risco – Crimes de perigo abstrato – Princípio da precaução – funcionalismo – Biossegurança – Bem jurídico.

Abstract: The criminalization of activities of which the detrimental or dangerous effects are unknown or little known to science, notably in the field of environmental penal law and regarding the regulation of bio-security, has been the object of insufficient scholarly reflection. Based on a functionalist and teleological perspective of penal law, this study aims to analyze the legitimacy of penal law precaution and of the crimes of abstract danger which support it, as well as its compatibility with a penal law system which conceives danger and risk as the minimal attributes of relavant penal conduct.

Key-words: Risk society – Abstract danger crimes – Precautionary principle – Functionalism – Bio-security.

1. Introdução

A discussão acerca dos rumos do direito penal material no início do século XXI exige a compreensão prévia do modelo de sociedade e, conseqüentemente, dos discursos germinados neste sistema social, que produzem, reproduzem e são afetados pelas normas jurídicas.

O modelo de organização social, estruturado sobre um modelo de produção econômica e sobre valores culturais e políticos, estabelece os mecanismos de exercício de poder com o objetivo de manter sua funcionalidade. Os instrumentos de controle social desenvolvidos, em diversas esferas do relacionamento público e privado, refletem o modelo mencionado e são aplicados teleologicamente, com o escopo de conferir estabilidade aos valores eleitos como *ratio essendi* daquela organização.

O direito penal e seus institutos caracterizam-se como mecanismos de controle social e, por isso, recebem os valores e cumprem os objetivos do modelo social em que se inserem, ainda que constituam um sistema estruturado e autônomo em relação a outros sistemas de regulação. Assim, tratar dos rumos

da política criminal contemporânea exige a reflexão sobre o contexto no qual ela se desenvolve e sobre os conflitos que compõem o tecido social.

A sociedade atual caracteriza-se como uma sociedade de riscos.[1] A assunção do risco como elemento nuclear da organização social lhe confere uma dinâmica peculiar, que permite inferir o novo papel do direito penal e dos demais discursos jurídicos que nela se produzem. A sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exasperado, transforma a noção de risco, antes periférica e acessória, em um elemento central na organização social. O novo papel do risco e, conseqüentemente, do perigo, é o norte em relação ao qual se orientam os principais instrumentos de interação social, caracterizando os tempos atuais.

A origem do termo "risco" não é precisa. Para Giddens, a palavra provém, provavelmente, de um termo árabe, aproveitado e utilizado pelos espanhóis quando das grandes navegações, que significaria "correr para o perigo ou ir contra uma rocha",[2] enquanto que outros autores afirmam que o termo deriva do baixo-latim *risicu*, que significa ousar, ou seja, atuar perante a possibilidade de perigo.[3] É evidente a relação entre risco e perigo, seja qual for a definição ado-

1. Modelo social desenvolvido, dentre outros, pelo sociólogo da Universidade de Munich, Ulrich BECK, em sua obra, *La sociedad del riesgo (Risikogeselschaft)*, em 1986. A temática dos riscos não é nova nas ciências sociais, mas coube a este autor sua projeção ao centro da teoria social. GUIVANT. *A trajetória*, p. 03. Ver, ainda, GIDDENS. *As conseqüências*, passim e DEMAJAROVIC. *Sociedade de risco*, p. 35. A observação da influência de elementos da sociedade de riscos no campo jurídico é recorrente na doutrina penal. Ver MENDOZA BUERGO. *Exigências*, p. 281, PÉREZ DEL VALLE. *Sociedad de riesgos*, passim. SUBIJANA ZUNZUNEGUI. *Prevención*, p. 83. Cumpre remeter, também, às considerações críticas de DE GIORGI. *O risco*, que trata a "sociedade de riscos" como um entulho, pois não encara o risco como um instrumento humano de relação com o futuro e sim como produto de uma nova racionalidade advinda com a crise do modelo industrial, p. 52.

2. GIDDENS. *As conseqüências*, p. 38. Ver GOMES DE CASTRO. *Sociedade de risco*, p. 131; LUHMANN, citado por FERNANDES, para quem "a palavra aparece em vários documentos medievais, encontrando significativa aplicação nos campos do comércio em geral e do comércio marítimo em particular". *O direito penal*, p. 112.

3. BERNSTEIN. *Desafio*, p. 08.

tada. Risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo. O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro, e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele.[4] É uma forma de representação do porvir e uma modalidade de produzir vínculos com este mesmo futuro.[5] Enquanto o perigo é destino, o risco relaciona-se com medição, com planejamento, com estratégia. O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas.

O perigo e o risco sempre estiveram presentes na atividade humana. O atuar em vida, o relacionamento com o outro e com as forças naturais sempre envolveram expectativas de perigo. No entanto, este perigo sempre foi considerado um elemento alheio à ordem social, uma ameaça alienígena que ocupava as atenções de maneira periférica e acessória.[6] O cotidiano não exigia constantes avaliações de risco, não envolvia atividades arriscadas. As guerras, as catástrofes, as variações climáticas, as epidemias, eram fenômenos isolados de crise de estabilidade que, por sua esporadicidade, não marcavam o modo de relacionamento social.

A sociedade de risco é fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na revolução industrial, que organiza produção de bens através de um sistema de livre concorrência mercadológica. Este modelo econômico exige dos agentes produtores a busca por inovações tecnológicas que permitam a

4. Nas palavras de FERNANDES, o "tópico central do discurso do risco é a existência de algo que não existe ainda, algo que não aconteceu, mas pode vir a acontecer se continuarmos a seguir pelo mesmo trilho", citado por MORAES. *Um direito penal do risco*, p. 112. Ver, ainda, MARTINEZ ESCAMILLA. *La imputacion*, p. 52, SILVA, que aponta como adeptos da teoria objetiva autores como MERKEL, VON KRIES, BINDING, VON LISZT, CARNELUTTI, RANIERI, e MADUREIRA DE PINHO. *Dos crimes*, p. 25.

5. DE GIORGI. *O risco*, p. 50.

6. Segundo FARIA COSTA, "Em termos extraordinariamente simples e redutores poderá dizer-se que ele (o perigo) era sentido pela consciência ética comunitária e 'experienciado' por cada um de seus membros como algo externo à própria comunidade". *O perigo*, p. 321.

produção e a distribuição de insumos em larga escala, sob pena de perecimento por obsolescência. A produção artesanal é substituída pela produção industrial, que atinge um número maior de consumidores e apresenta custos mais baixos, através da agregação de técnicas inovadoras.

A obstinação na inovação importa na velocidade da descoberta de novas tecnologias que, por sua vez, decorre do financiamento de pesquisas científicas destinadas a tais finalidades. Este fenômeno cria uma dinâmica peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada pela análise, por parte desta mesma ciência, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias. A criação de novas técnicas de produção não é seguida pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das conseqüências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social. O risco torna-se figura crucial para a organização coletiva, passa a compor o núcleo da atividade social,[7] passa a ser sua essência.[8] Surge a sociedade de riscos.

O risco contemporâneo, no entanto, por apresentar características inéditas, como um alto potencial lesivo, como a dificuldade de conhecer sua real extensão e suas possíveis consequencias, envolve a sociedade em uma sensação de insegurança coletiva, intensificada pela ação de meios de comunicação de massa e pela desintegração de pautas de confiança e de expectativa no agir.

7. Importante notar que esta passagem não é fenômeno instantâneo, verificado em momento específico de ruptura histórica, mas resultado de uma continuidade, de uma construção social que acompanha o desenvolvimento tecnológico. FARIA COSTA posiciona a origem desta nova experiência do perigo na 1ª Revolução Industrial, caracterizada pelo "movimento técnico e tecnológico de repercussões culturais e sociais desencadeado no século XVIII e que teve como centro irradiante primordial a Inglaterra". *O perigo*, p. 321.

8. BECK. *La sociedad del riesgo*, passim, e GIDDENS. *As consequências*, passim.

Assim, o fator indispensável para a manutenção da estrutura social – o risco – coincide com seu próprio fator de desequilíbrio.

Este paradoxo do risco é o elemento de desmoronamento das bases de organização da sociedade. As novas dimensões do risco desequilibram a ordem social e econômica, colocam em questão a própria funcionalidade dos institutos e afetam todas as esferas de relacionamento, público e privado.[9] Este fenômeno certamente atinge as discussões sobre o direito penal e sobre a política criminal. O direito é vinculado, e decorre das estruturas de organização social: logo, seus critérios devem ser operacionais e eficazes para a manutenção das relações sociais basilares, sob pena de colapso do sistema existente.[10] Por ser também um instrumento de gestão de riscos, faz com que o conflito sobre a forma e a abrangência desta gestão interfira no sistema jurídico.

O paradoxo do risco, a dificuldade em estabelecer sua medida ou seu grau de tolerância, a disputa entre discursos pela manutenção e pela extinção das atividades arriscadas, repercute nas categorias do direito. Reflete-se na construção do ordenamento positivo através de normas e regulamentos ambíguos, abertos, sem referenciais claros e, em muitos momentos, conflitantes entre si. Impacta também a construção da dogmática, revelando conceitos e definições de difícil precisão, que podem ser preenchidos por conteúdos materiais diversos. Resulta, por fim, no acirramento da disputa da crítica jurídica, com diversas escolas metodológicas e diferentes autores sustentando posições antagôni-

9. Por todos, ALVES, "abre-se, hoje, um período de irracionalidade, de crise e de desencontros profundos que estão em busca de novos patamares de racionalidade social, econômica e política, em que a produtividade altamente sofisticada não entra em conflito com as possibilidades de exploração dos recursos naturais do planeta". *Fundamentos*, p. 349.

10. ALVES. *Fundamentos*, p. 319, "a transformação técnico-científica dos processos econômicos, tendo alcançado determinado nível de desenvolvimento – como já verificado – entra em conflito dialético com a tradicional forma de vida social, isto é, com a organização das relações sociais fundadas no capital, abrindo-se um tempo de crise geral no sistema". Em sentido similar, SALVADOR NETTO. *Tipicidade penal*, pp. 16 e ss.

cas, divergentes, sobre a finalidade do direito e sua maneira de se relacionar e de se comunicar com a sociedade.

O estudo do risco e das modalidades de geri-lo e controlá-lo, é imprescindível para identificar os contornos do direito penal contemporâneo. A análise da atividade do gestor de riscos e das técnicas atuais para fazer frente aos novos comportamentos, às novas técnicas de produção, aos novos contextos de periculosidade, é fundamental para uma compreensão dos espasmos expansivos da norma e da dogmática penal.

2. Dos mecanismos de gerenciamento de riscos

O modelo da sociedade de riscos tem por elemento básico estruturante o risco em suas novas dimensões, e seu relacionamento paradoxal com os níveis de ordenação social pois, ao mesmo tempo em que se faz imprescindível para a atividade produtiva e, por isso, para todas as estruturas do sistema, apresenta-se como elemento desagregador e ameaçador para este mesmo sistema. Este fenômeno revela os motivos do tratamento ambíguo que os sistemas de controle social oferecem ao problema do risco. Ao mesmo tempo em que setores econômicos, políticos e sociais enaltecem e incentivam o desenvolvimento tecnológico acelerado e dinâmico, aplicam e aprimoram instrumentos para a redução da velocidade desse mesmo desenvolvimento, no sentido de reduzir os riscos a ele atrelados.

Neste contexto de ambigüidade, surge a figura do gestor do risco, personagem com a atribuição de organizar a produção do risco. A gestão de riscos é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens, em maior ou menor escala, seja na esfera pública, seja na esfera privada. O termo gerente de risco indica qualquer pessoa encarregada de avaliar riscos e tomar decisões de acordo com esta avaliação que, no âmbito público, pode ser o legislador ao fixar limites para a execução de determinadas atividades, o administrador público nos espaços discricionários conferidos à sua

avaliação, e a própria autoridade judicial, ao se deparar com um conflito concreto.

A atividade de gestão do risco se origina em um conflito, mas não em um conflito qualquer: naquele primordial, que sustenta o modelo de organização social atual. Decorre do litígio entre o discurso de defesa do risco, como motor do desenvolvimento, e o discurso pela restrição do mesmo risco, como ameaça. Por isso o papel dos operadores desta gestão é cada vez mais relevante e sua atividade cada vez mais presente.

O paradoxo do risco se reflete na atividade de conhecimento dos riscos, na determinação do grau de risco permitido, e nas decisões sobre como tratar as atividades arriscadas. Os conflitos de interesse que permeiam a criação e o enfrentamento dos riscos repercutem na sua medição e na sua administração. Assim, as decisões neste terreno não podem ser reconhecidas como objetivas, técnicas e politicamente neutras, mas sempre como opções interessadas e ideológicas. A revelação do conflito subjacente nas operações de gestão de riscos, e a desmistificação de sua pretensão técnica e exata intensifica a perplexidade e a insegurança da sociedade sobre a condução política desta atividade.[11]

A gestão de riscos pressupõe o conhecimento e a definição dos riscos permitidos e não permitidos, bem como a definição e a aplicação de medidas preventivas ou reparadoras que façam valer as decisões do gestor. As etapas necessárias para uma organização eficaz dos contextos de riscos são: (i) a definição destes riscos; (ii) os juízos de valor sobre eles e; (iii) o estabelecimento de pautas de conduta para reduzi-los ao mínimo necessário para o funcionamento social.

11. Como ensina BECK, "a sociedade de risco coloca as instâncias políticas frente a um desenvolvimento que não planejaram, não puderam evitar, e sobre o qual devem responder quanto a seus efeitos eventualmente nocivos e prejudiciais. As decisões da ciência e da economia apresentam uma carga real de conteúdo político, e de resultados concretos, para as quais seus agentes não têm nenhuma classe de legitimidade para tratar. As decisões que modificam a sociedade não se produzem em nenhum lugar expresso, se dão sem voz, de forma anônima". *La sociedad*, p. 241.

No entanto, o advento de novas tecnologias, cujos efeitos ou impactos negativos não são conhecidos pela ciência, como é o caso da transgenia e da biotecnologia, impacta este sistema tradicional de gestão de riscos, ao menos em uma operação essencial: na atividade de conhecê-lo, de definir sua existência, seus contornos, sua potência em relação aos perigos e às lesões futuras. A atividade de estudo do risco é fundamental para possibilitar seu gerenciamento, para conferir racionalidade à definição de estratégias de atuação frente a atividades com certo grau de periculosidade. Mas alguns âmbitos inéditos de risco impedem o exercício deste diagnóstico porque a ciência é incapaz de acompanhar o desenvolvimento tecnológico no que concerne à descoberta de seus potenciais efeitos

A incapacidade da ciência em oferecer respostas diante dos novos contextos tecnológicos, não exime o gestor de riscos de empreender sua tarefa. A não comprovação do risco não implica sua inexistência, a incerteza dos resultados de um empreendimento não significa sua segurança: logo, cabem decisões estratégicas sobre a realização de tais atividades e sobre quais as medidas de contenção aplicáveis. O conjunto de decisões de gestão que optem pela restrição de atividades sobre cujo risco não existe conhecimento científico está diretamente ligado ao chamado princípio da precaução.

As restrições ou vedações à manipulação genética, à criação de mecanismos de contenção da emissão de gases e resíduos na atmosfera, à proibição da circulação de medicamentos ainda não testados são ações de gerenciamento de riscos diante da incerteza científica, diante da obscuridade das relações causais naturalísticas.[12] Sua manifestação, cada vez mais freqüente, por parte do legislador ou do administrador, sugere a relevância do princípio da precaução e exige o estudo de seus contornos.

12. ALVES. *Princípios*, p. 46.

3. Do princípio da precaução

O termo "precaução" deriva do latim tardio *precautio-onis*, que significa cautela antecipada.[13] O princípio da precaução, da prudência ou da cautela,[14] pode ser conceituado como a diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em casos de ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação.[15] É o princípio que lida com situações onde a ciência não pode providenciar uma ampla análise das conseqüências, deixando um grau de incerteza no que se refere aos efeitos de determinadas atividades.[16]

13. MACHADO. *O princípio da precaução*, p. 1.083, que cita passagem de TERICH e GREMAQ que define de maneira interessante o espaço da precaução: "o mundo da precaução é um mundo onde há interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se".

14. POSSAS. *O princípio*, p. 187. ALVES rechaça a equiparação do princípio da precaução ao princípio da prudência ou de cautela, que seriam o gênero em que se insere a precaução e a prevenção. *Princípios*, pp. 42 e ss.

15. Nas palavras de CEZAR, o princípio da precaução é a "diretriz que busca regular a participação do conhecimento técnico e científico e o conhecimento de senso comum na previsão e no combate a degradações ambientais potencializadas por tecnologias". *Princípio da precaução*, p. 259. Para ALVES, o princípio da precaução "designa ações de proteção contra o perigo abstrato ambiental, ou seja, em momento anterior à identificação da lesão, em atividade cujos efeitos danosos ainda não estão determinados pela ciência e tecnologia, mas há verossimilhança da produção de tais efeitos nocivos". *Princípios da precaução*, p. 21. Para ROMEO CASABONA, o desenvolvimento dogmático do princípio da precaução confere a ele três papéis essenciais nos sistemas jurídicos da atualidade: natureza orientativa: papel prescritivo do princípio da precaução, como orientação política verificada no gerenciamento de riscos; natureza regulamentar: ao ser incorporado no ordenamento jurídico, como vem ocorrendo recentemente na legislação brasileira e estrangeira, o princípio da precaução passa a ter natureza jurídica positiva, regulamentando impositivamente os comportamentos individuais e coletivos; e natureza interpretativa: diretriz na interpretação de regras jurídicas, nos diversos ramos do direito. *Aportaciones*, p. 81.

16. CEFIC, Position paper. *Precautionary principle*, p. 01.

Importa, nesse momento, distinguir claramente duas estratégias de enfrentamento de risco: o princípio da prevenção e o princípio da precaução. Nos casos em que a periculosidade do comportamento é evidenciada por constatações científicas ou estatísticas, as medidas de restrição revelam a manifestação da prevenção. O princípio da prevenção será a diretriz para a restrição de uma atividade diante da evidência de perigo ou dano possível, quando houver um risco já diagnosticado.[17] Já o princípio da precaução tem seu âmbito de aplicação no conjunto de técnicas ou produtos em relação aos quais não existe certeza científica ou constatação estatística sobre seus efeitos potenciais. O princípio da precaução, portanto, surge na seara do cientificamente desconhecido.

A imposição de medidas de restrição de atividades cujos potenciais danosos são desconhecidos se institucionaliza na Alemanha, nos anos sessenta, como instrumento de proteção ambiental. O *Vorsorgeprinzip* (princípio da precaução) surge, portanto, como princípio norteador da política alemã de meio ambiente, que determinava às autoridades a obrigação de agir perante uma ameaça de danos ambientais irreversíveis, mesmo que os conhecimentos científicos até então acumulados não confirmassem tal risco.[18]

17. ROSSATO. *Os direitos fundamentais*, p. 17, MACHADO. *O princípio da precaução*, p. 1.088, ALVES. *Princípios*, p. 22. Ver, ainda, em SANDS uma análise histórica do desenvolvimento dos princípios. "Enquanto o princípio da prevenção pode ser encontrado em tratados internacionais ambientais e em outros atos internacionais, pelo menos desde os anos 1930, o princípio da precaução começou a constar nos instrumentos legais internacionais em meados dos anos 1980". *O princípio da precaução*, p. 30. PRADO, que atesta "portanto, o princípio da precaução impõe a consideração do risco hipotético ou duvidoso, de mera suposição, ou simplesmente potencial como um risco do risco. Não se confunde, portanto, com o princípio da prevenção, concernente ao risco provável, e que tem por escopo a prevenção de riscos já conhecidos". *Biossegurança*, p. 427. PENALVA DA SILVA. *O princípio da precaução*, p. 2.343.

18. ROSSATO. *Os direitos fundamentais*, p. 17. Ver, Também, Social Issues Research Centre. Paper. *Beware the precautionary principle*, p. 01; ROMEO CASABONA. *Principio de precaucion*, p. 159; MACHADO. *O princípio da precaução*, p. 1.082; WOLFRUM. *O princípio da precaução*, p. 14.

Seu posterior desenvolvimento acompanha o progresso científico e a escalada do risco como fator preponderante na estrutura social atual.[19] A incorporação do risco como fator nuclear da ordem social e econômica, e as suas novas características, colocaram o homem e o direito diante de situações cada vez mais inusitadas. Grandes tragédias decorrentes da utilização de novas tecnologias demonstraram que os instrumentos de gerenciamento de riscos tradicionais eram inoperantes, pois não permitiam antecipar e prevenir alguns danos de grande magnitude.[20]

Os sistemas de gestão de risco se tornaram obsoletos porque partiam do patamar do risco conhecido que, aos poucos, vai cedendo diante da incapacidade científica de desvendar a periculosidade inerente às atividades humanas. Este fenômeno leva à necessidade de substituição do saber nomológico por outras bases, que orientem a atuação do gestor do risco. O princípio da precaução surge, então, como alternativa capaz de pautar a administração dos riscos e ocupar os espaços de regulamentação institucional de atividades.

No âmbito internacional, o princípio da precaução é expresso, pela primeira vez, no Ato de Poluição do Ar (1974)[21] e, posteriormente, na Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (1982).[22] O primeiro tratado que faz referência ao termo é a Convenção de Viena (1985), que dispõe sobre "medidas de precaução" em nível nacional e internacional[23] e, a partir de então, o princípio vai, paulatinamente, expandindo sua incidência no plano internacional, sendo citado na Declaração Ministerial da Segunda

19. RIOS. *O Mercosul*, p. 49.
20. ROMEO CASABONA, *Princípio da precaução*, p. 157.
21. CEZAR. *Princípio da precaução*, p. 228.
22. Comunicação da Comissão Européia sobre o Recurso ao Princípio da Precaução, item 4.
23. SANDS. *O princípio da precaução*, p. 312.

Conferência do Mar do Norte (1987),[24] na Convenção de Bamako (1991),[25] e em outros diplomas,[26] até sua consagração na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992).[27]

O princípio da precaução, atualmente, extrapola o âmbito de referência ao qual foi originalmente atrelado, aquele do meio ambiente, para incidir sobre os mais variados terrenos, através de documentos jurídicos internacionais e nacionais.[28] Assim, a utilização de medidas de restrição de atividades cujos riscos não são auferidos cientificamente já se faz presente para proteger outros espaços de vivência, que não os ambientais, como a saúde pública e os direitos de consumo.

No Brasil, o princípio da precaução vai, aos poucos, sendo incorporado na legislação e na construção de decisões judiciais. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) faz menção expressa ao princípio da precaução em seu art. 1.º. Além disso, o Brasil ratificou e incorporou no ordenamento jurídico três diplomas internacionais que mencionam o princípio da precaução: a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro

24. Comunicação da Comissão Européia sobre o Recurso ao Princípio da Precaução, Anexo II.

25. Convenção de Bamako para banir a importação, para controlar movimentos transfronteiriços e para gerenciar os lixos perigosos, art. 4.º, item 3, alínea f: "Each Party shall strive to adopt and implement the preventive, precautionary approach to pollution problems which entails, inter-alia, preventing the release into the environment without waiting for scientific proof regarding such harm."

26. ROMEO CASABONA cita ainda o Convênio sobre a proteção e a utilização dos cursos de água transfronteiriços e de lagos internacionais (1992), e o Convênio para a proteção do meio ambiente marinho do Atlântico do Noroeste (1992). *Princípio da precaução*, p. 10.

27. Ratificada pelo Congresso Nacional Brasileiro pelo Dec.-leg. 02, de 03.02.1994.

28. A Comunicação da Comissão Européia sobre Recurso ao Princípio da Precaução estabeleceu que este é um princípio de aplicação geral que deve ser levado particularmente em conta nos âmbitos de proteção do meio ambiente e da saúde humana, animal e vegetal.

sobre Mudança no Clima.[29] Na jurisprudência, por outro lado, já existem manifestações da aplicação da precaução, especialmente no que concerne à imposição da realização de estudos de impactos ambientais em atividades sobre as quais recai suspeita de riscos, e à vedação da utilização de organismos geneticamente modificados na agricultura.

4. Âmbitos de aplicação

O princípio da precaução é aplicado diante de produtos ou processos de produção sobre os quais não exista certeza científica, nem evidências estatísticas sobre seus potenciais efeitos danosos.

O conceito de certeza científica é basilar para a compreensão do princípio da precaução. A vigência da certeza científica afasta a precaução porque, nestes casos, a atividade é comprovadamente inócua ou arriscada. A precaução é definida por um critério negativo, ou seja, tudo o que não estiver englobado pela certeza científica (ou pelas evidências estatísticas) pode, em uma primeira análise, ser objeto de medidas de precaução. A precaução vigora diante da incerteza.

A incerteza científica é caracterizada pelo não reconhecimento da validade de uma tese por diversos motivos, dentre os quais a falta de consenso sobre uma variável que a compõe, sobre as medidas utilizadas para comprová-la, sobre as amostras tomadas para testá-la, ou sobre os modelos utilizados para sua elaboração.[30] Ocorre que em nenhum campo da ciência a certeza absoluta existe. O conhecimento humano está condicionado a evidências dedutivas ou indutivas sempre passíveis de falibilidade. Isto significa que, à primeira vista, a adoção de medidas de precaução é possível em relação a qualquer atividade humana, porque nunca a ciência será capaz de afirmar, com segurança, quais os efeitos possí-

29. CEZAR. *Princípio da precaução*, p. 231, e RIOS. *O Mercosul*, p. 49.

30. Comunicação da Comissão Européia sobre o Recurso ao Princípio da Precaução, item 5.1.3

veis dela decorrentes.[31] Não existem situações em que seja possível afirmar que uma inovação técnica ou científica seria inócua ou perigosa.

Diante destes fatos, a interpretação do termo "certeza absoluta", cunhado nos diplomas legais e doutrinários que tratam do princípio da precaução, deve ser realizada com prudência. Tais textos não exigem a comprovação perene e irrefutável da inocuidade ou da periculosidade da atividade sobre a qual incide a precaução, mas apontam a necessidade de demonstrações que evidenciem a ausência ou presença de tal periculosidade, através de postulados científicos estáveis e válidos, dentro dos parâmetros estabelecidos pelas regras metodológicas estipuladas pela comunidade científica.[32] A objetividade dos enunciados científicos estará sempre atrelada à sua aptidão ao teste intersubjetivo, e seu caráter sempre será relativo, gozando apenas de presunção de validade, e submetendo-se constantemente a testes de falibilidade.[33]

A certeza científica que afasta a incidência da precaução, portanto, não é absoluta, mas depende de um consenso intersubjetivo de uma corporação técnica:[34] logo, o princípio em análise incidirá apenas sobre atividades cuja inocuidade ou periculosidade não seja evidenciada por experiências aceitas pela comunidade científica, dentro das regras admitidas e construídas por esta mesma comunidade para validar seu discurso.

31. Social Issues Research Centre. Paper. *Beware the precautionary principle*, p. 01. SILVA aponta a dificuldade de encontrar certeza absoluta no campo científico, mesmo em se tratando do princípio da precaução, e afirma que "o que a indústria deve provar é que, diante das pesquisas e testes possíveis de serem efetivados, dentro de prazo razoável e necessário para ultimar-se estes estudos científicos, os transgênicos se apresentaram como não agressores a qualquer dos elementos da natureza ou, caso apresentem algum efeito danoso em potencial, estas ameaças se mostrem insignificantes ao patrinônio ambiental". *Os organismos*, p. 108.

32. COOREAS define o método científico como o discurso produzido por indivíduos de uma comunidade dedicada à produção de discursos descritivos, ou seja, as regras que dão validade à ciência se fundamentam em um mero consenso que soma a coerência lógica e a comprovação empírica. *Crítica*, p. 90.

33. CEZAR. *Princípio da precaução*, p. 236.

34. POPPER. *A lógica*, p. 20.

A delimitação do espaço da precaução ainda exclui da incidência do princípio atividades cujos efeitos nocivos ou perigosos não são constatados pelo conhecimento científico dos cursos causais a elas relacionados, mas são revelados pela recorrência estatística.[35]

Em muitos casos, a periculosidade de uma técnica ou de um produto não é demonstrada através de evidências sobre a causalidade que a vincula a um resultado danoso ou perigoso por ausência de conhecimento científico para comprovar estes nexos, mas pode ser afirmada através de análises estatísticas. Nestas situações, os instrumentos da teoria da probabilidade permitem a inferência da regularidade da ocorrência de fatos ligados a uma conduta, e possibilitam a previsão dos riscos a ela inerentes com tal precisão, que permite afirmar a certeza científica da periculosidade. São hipóteses em que a ausência de identificação científica da correlação causal é suprida por uma idéia normativa de causalidade fundamentada nos dados estatísticos. Como sustenta Torío López, a teoria da causalidade acaba por ser reconstruída por um paradigma probabilístico.[36]

Cite-se como exemplo o caso da talidomida,[37] cujos efeitos danosos, apesar de evidentes estatisticamente, nunca foram explicados causalisticamente. A decisão das autoridades públicas (gestores de risco) para a probição de sua comercialização fundamentou-se em informações quantitativas, estatísticas, e não em conhecimento científico claro dos nexos causais entre a ingestão do medicamento e os prejuízos causados. Tal decisão não se baseou no princípio da precaução, mas no princípio da prevenção, uma vez que estava claramente de-

35. SANTANA VEGA. *La proteción*, p. 149.

36. TORÍO LÓPEZ. *Acción peligrosa*, p. 168.

37. HASSEMER. *La responsabilidad*, cita ainda os casos do Contergan e do Leaderspray, na Alemanha, como exemplos de casos célebres onde a relação causal naturalística foi substituída pela constatação estatística, inclusive para fins de condenação penal. Ver, ainda, CARO CORIA. *Sociedades de riesgo*, p. 177 e TORÍO LÓPEZ. *Cursos causales*, pp. 221 e ss.

limitada a periculosidade do produto sobre o qual incidiram as medidas de gerenciamento de riscos.

Assim, a atividade de gerenciamento de riscos não estabelece distinções materiais entre a constatação científica e a constatação estatística, quando se trata de aplicar medidas de restrição relacionadas a atividades perigosas. E este tratamento isonômico é justificado. A demonstração científica de uma relação causal não difere substancialmente da observação de uma regularidade estatística da relação entre dois fenômenos. A explicação científica de um nexo de causalidade sempre será, em última análise, elaborada sobre uma presunção estatística que não poderá ser explicada, apenas demonstrada e validada pela observação empírica.

O que denominamos causalidade cientificamente demonstrada é algo que intuímos existir, mas que não poderá ser verificado sem referentes últimos em análises estatísticas desprovidas de explicação natural.[38] No caso da talidomida, por exemplo, mesmo que a ciência isolasse a substância química causadora da má formação fetal, não se poderia falar em constatação plena da causalidade, porque a relação intramolecular desta substância com o organismo e com os efeitos observados não passaria de mera constatação estatística.[39]

As afirmações fundamentadas estatisticamente são sempre a expressão de um grau de crença,[40] sentenças provisórias sujeitas à verificação constante, mas isso não tolhe sua validade, nem sua legitimidade como instrumento in-

38. GONZALEZ LANGIER. *Sobre el concepto de causa*, p. 15. Para uma visão geral sobre as teorias da causa e sua relação com o direito, ver CORREAS. *Crítica*, pp. 175 e ss.

39. A substituição da constatação científica da causalidade pela prova estatística foi e é largamente discutida nos casos de responsabilidade penal pelo produto, e é definida por HASSEMER como uma construção assemelhada à *black-box*, em que estão controladas a entrada (ação) e a saída (resultado), mas seu conteúdo permanece na obscuridade. *La responsabilidad*, p. 133. Ver, ainda, GONZALEZ LANGIER. *Sobre el concepto de causa*, p. 15 e SANTANA VEGA. *La protección*, p. 151.

40. BERNSTEIN. *Desafio*, p. 271

dicador da realidade, até porque as próprias constatações causais da ciência também estão sujeitas aos mesmos problemas de instabilidade de aceitação.[41]

Desta forma, a evidência estatística se aproxima da certeza científica que, quando presentes, revelam a periculosidade de um comportamento ou de uma atividade. Tanto em um caso, quanto no outro, as medidas de restrição aplicáveis são atos de prevenção e não de precaução, pois a fundamentação da decisão do gestor de riscos não é uma suspeita ou um indício, mas um risco constatado. Em ambos os casos, existe periculosidade, há a ameaça concreta e real de afetação de bens jurídicos: isto permite afirmar, já em antecipação às conclusões finais do presente estudo, que é cabível a incidência da norma penal nas duas situações, o que não ocorre nas hipóteses em que vigora o princípio da precaução.

5. Hipóteses de precaução

A ausência de certeza sobre os riscos de uma atividade não implica, automaticamente, a imposição de medidas de precaução. A vigência das restrições exige a constatação de um indício de risco. Há, portanto, um patamar a partir do qual se aplica a precaução, que consiste na suspeita da periculosidade da conduta. Para que as medidas de contenção sejam aplicadas pelo gestor de riscos, os textos legais e doutrinários que tratam do tema exigem "suficientes suspeitas",[42] "convicção de nocividade potencial",[43] "percepções de risco",[44] ou "riscos certamente suspeitos".

41. Nas palavras de CUESTA AGUADO, "Com ello lo que me interesa destacar es que, incluso em el ambito de las ciencias de la naturaleza, se admite la posibilidad de que una constante estadística sirva para fundamentar una ley causal". *Causalidad*, p. 100.

42. Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), princípio 15, Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro sobre Mudança no Clima, art. 3, item 3, e CEFIC, Position Paper. *Precautionary principle*, p. 01.

43. ALVES. *Princípios*, p. 59.

44. Social Issues Research Centre. Paper. *Beware the precautionary principle*, p. 01.

Este patamar mínimo de risco, evidentemente, será vago e impreciso. Afinal, todo o controle destas atividades está baseado no desconhecimento, na falta de certeza, na ausência de evidências.[45] Nota-se, pela abstração das expressões citadas, a dificuldade de se identificar o momento em que se inicia a aplicação do princípio da precaução. A imprecisão na demarcação dos elementos que legitimam a aplicação de medidas de precaução acaba por submeter, mais uma vez, o gestor de riscos ao discurso político oriundo das categorias econômicas e sociais interessadas em ampliar ou limitar atividades específicas. Diante da incerteza científica, a opção de tornar relevante ou não um indício eventual de risco incorporará o conflito originado em outros setores da organização social.[46] A decisão política, neste caso, não vem justificada ou oculta por afirmações técnicas e científicas e, por isso, evidencia uma preferência, um interesse, a opção por um discurso conflitivo, fenômeno responsável pelo espectro de polêmica e de litigiosidade que ronda qualquer atitude fundada no princípio da precaução.[47]

A problemática fica mais evidente diante da inversão do ônus da prova, que caracteriza o princípio da precaução. As regras de precaução incidem sobre domínios de risco não constatado, científica ou estatisticamente. Logo, a

45. MACHADO afirma que a precaução se dá diante do "risco de que o dano seja irreversível ou grave" e LEITE dispõe que as medidas de precaução surgem "sempre que houver risco da ocorrência de um dano grave e irreversível", apud, ROSSATO. *Os direitos fundamentais*, p. 19.

46. Os próprios âmbitos de atuação dos princípios de gerenciamento de riscos estão submetidos ao conflito de interesses, que influenciam a política adotada pela autoridade ou organismo de gestão de atividades potencialmente perigosas. Veja-se, por exemplo, as manifestações do Conselho Europeu da Indústria Química (CEFIC), que trata o princípio da precaução como mera diretriz interpretativa para os legisladores. CEFIC, Position Paper. *Precautionary principle*, 02, ou do SIRC, ao afirmar que o princípio da precaução atrela-se à geração de neuroses desnecessárias, Social Issues Research Centre. Paper. *Beware the precautionary principle*, p. 02.

47. Sobre os parâmetros do gestor de riscos para fixar limites à pesquisa científica, diante da proteção constitucional da dignidade humana, ver SCHOLZE. *Patentes*, pp. 71 e ss.

dúvida é a característica nuclear, é o denominador comum das atividades sobre as quais se aplicam as medidas de precaução. A ausência de provas da inocuidade da conduta, e a existência da mera suspeita de periculosidade é motivo suficiente para a restrição do desenvolvimento das técnicas em questão, o que implica que tais limitações somente serão suspensas ou encerradas quando demonstrada a ausência de riscos.[48]

A dúvida beneficia a precaução, que será afastada apenas diante da prova de segurança dos atos afetados e restritos. A atividade passa a ser proibida ou limitada até a conclusão de estudos que certifiquem a não causação de dano, ou a ausência de perigo potencial.[49] Em outras palavras, a falta de conclusões claras sobre os efeitos da técnica ou do produto justifica a incidência das medidas precautivas, que somente são relaxadas diante de evidências de não periculosidade.[50]

Não se quer, com todo o exposto, afastar a importância da imposição de limites a tecnologias inovadoras através do princípio da precaução, mas revelar que a construção deste princípio é produto de um processo histórico – que nasce com a organização da sociedade de riscos – relativamente recente e, por isso, ainda não consolidado em muitos aspectos. A ausência de critérios para apontar quais indícios serão suficientes para legitimar medidas de limitação de tais atividades, e a dificuldade para regulamentar a questão do ônus da prova nos âmbitos assinalados, exige cautela na aplicação do princípio, especialmente no que concerne à incidência do direito penal.

48. Sobre a questão do ônus da prova, ver SANDS. *O princípio da precaução*, pp. 37 e ss. Ver, ainda, ALVES. *Princípios*, p. 63.

49. RIOS. *O Mercosul*, p. 51, MACHADO. *O princípio da precaução*, p. 1.089.

50. ROMEO CASABONA. *Principio de precaucion*, p. 163.

6. Efetivação das medidas de precaução

Uma vez indicadas as medidas de precaução aplicáveis, o gestor deve atribuir as conseqüências, positivas ou negativas, que acompanham o cumprimento ou o descumprimento destas. As normas de gestão de risco são reforçadas por instrumentos de estímulo à sua observância, ou por medidas de inibição de condutas por elas vedadas.[51]

No primeiro caso, aparecem os incentivos conferidos pelo gestor de riscos aos agentes que contribuam com a redução das atividades objeto de precaução como ocorre, por exemplo, com o sistema de créditos de carbono, desenvolvido e gerenciado pela ONU, que permite a negociação de títulos com validade internacional, gerados por agentes que desenvolveram práticas seguras no setor de emissão de poluentes.[52]

A segunda, e mais utilizada maneira de fazer valer a precaução é a remissão a conseqüências negativas – que afetam o agente que extrapola os limites impostos pelo gestor de riscos – dentre as quais podem ser destacadas a responsabilidade civil objetiva, as sanções administrativas e as sanções criminais.

Na utilização do direito penal como mecanismo de reforço e de efetivação das normas de precaução, na transformação do tipo penal em norma subsidiária das regras de restrição ou de vedação de atividades sobre as quais paira a incerteza sobre os riscos potenciais que oferecem é que reside a problemática que justifica o presente estudo. O direito penal, aos poucos, incorpora a precaução como princípio orientador de determinadas normas, para robus-

51. Sem mencionar as práticas voluntárias de aplicação do princípio da precaução, em que os agentes responsáveis pela produção de risco decidem, voluntariamente, pela restrição das atividades, como ocorreu na chamada "moratória de Asilomar", em que os cientistas voluntariamente suspenderam certos tipos de experimentos relacionados com a modificação de microorganismos na pesquisa de doenças, como o câncer, em 1974, SCHOLZE. *Patentes*, p. 43, POSSAS. *O princípio*, p. 185.

52. Protocolo de Kyoto, art. 12.

tecer o sistema de gerenciamento de riscos, e para responder às demandas sociais por maior controle e por maior segurança.

A ânsia por proteção leva o direito penal a coibir condutas cuja periculosidade é meramente indiciária, cujos riscos não são evidentes, apenas suspeitos. A tutela não se antecipa apenas ao resultado lesivo mas, em determinados dispositivos, antecipa-se à própria constatação do risco, envolvendo a norma penal em um campo que, até então, lhe era estranho: o campo da precaução. O tipo penal da precaução afetará, justamente, as atividades cuja periculosidade não é reconhecida pela ciência nem pelas evidências estatísticas, mas cuja contenção é exigida por uma sociedade apavorada com os efeitos potenciais e ocultos das novas tecnologias.

O legislador cria o tipo penal de precaução através da técnica do perigo abstrato, mas a dogmática ainda não dispõe de instrumentos para ordenar sua aplicação. Como ocorre com todas as inovações do direito penal do risco, a alteração legislativa se antecipa à construção dogmática e surpreende o jurista com prescrições até então desconhecidas. Surgem daí as inúmeras incompatibilidades entre o direito positivo e o sistema metodológico que sustenta a dogmática penal. A adaptação dos delitos de precaução a alguns institutos jurídicos consagrados será árdua e, sob nosso ponto de vista, em muitos aspectos, impossível. Não será tarefa fácil aplicar um tipo que incrimine condutas sem periculosidade por meio dos instrumentos dogmáticos vigentes e, de certa forma, consolidados, que orientam o trabalho do intérprete diante do caso concreto, como a imputação objetiva, ou os princípios de lesividade e de proporcionalidade, dentre outros.

O enfrentamento da problemática adequação da dogmática penal aos tipos de precaução exige, portanto, um estudo mais detalhado dos institutos potencialmente afetados por esta inovação, mais precisamente dos delitos de perigo abstrato que, notadamente, são a via que possibilita a ligação entre a pena e as medidas de precaução. A análise da estrutura formal e material dos tipos

de perigo abstrato, seus elementos integrantes e seu papel dentro do sistema penal contemporâneo será imprescindível para avaliar o direito penal da precaução sob uma perspectiva crítica, e tecer as ponderações necessárias sobre sua legitimidade dentro de um Estado Democrático de Direito.

7. Dos crimes de perigo abstrato

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.

A expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco.[53] A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento de novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos.

53. Para KINDHÄUSER, "el tipo estandarizado de la legislación moderna es el delito de peligro abstracto". *Derecho penal*, p. 77. Também, PÉREZ DEL VALLE. *Sociedad de riesgos*, p. 03; RODRIGUEZ MONTAÑÉZ. *Delitos de peligro*, p. 22, QUINTERO OLIVARES. *I reati di pericolo*, p. 348; GARCÍA DE PAZ. *La criminalización*, p. 687, para quem este fenômeno se manifesta contemporaneamente de modo mais intenso a partir dos anos 70. No mesmo sentido, ARCE VÍQUEZ. *Los problemas*, p. 4, BARATTA. *Funções instrumentais*, p. 124. SILVEIRA lembra que a Associação Internacional de Direito Penal, em várias ocasiões e, em particular em seu XIII Congresso, considerou a técnica legislativa de perigos abstratos válida na luta contra determinados delitos, como os econômicos e empresariais, sempre que a conduta proibida venha a ser especificada e os bens jurídicos claramente determinados. *Direito penal*, p. 94. Ver, ainda, MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos*, p. 47, e ROMERO, para quem "A técnica dos delitos de perigo abstrato consitui-se numa das características mais visíveis do desenvolvimento atual das legislações penais". *Reflexões*, p. 9.

A primeira razão para a proliferação dos crimes de perigo abstrato é o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos. Os resultados desencadeados pela utilização de novas tecnologias afetam, ou têm o potencial de afetar um volume crescente de bens jurídicos. A energia nuclear, a utilização de organismos geneticamente modificados, o desenvolvimento de novos medicamentos em larga escala, sem as necessárias precauções quanto a seus efeitos, são exemplos de inovações científicas que podem desencadear graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos fundamentais.[54]

Nestes contextos, o que importa é evitar ou controlar as condutas, e não reprimir os resultados. Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito. Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas, e a extensão da ameaça, levam o legislador a optar pela norma de prevenção, através de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, através dos tipos penais de perigo abstrato.

Outro fator responsável pelo recurso aos crimes de perigo abstrato é a dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias. Os tipos de lesão ou de perigo concreto exigem, para sua caracterização, a demonstração de relações de causalidade que permitam a imputação de um resultado a um comportamento prévio. No entanto, a imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras e os efeitos desconhecidos de novos produtos afetam a análise dos cursos causais possíveis e, conseqüentemente, tornam ineficazes os tipos de resultado, incitando o direito penal, quando

54. GRASSO. *L'anticipazione*, p. 716 e KINDHÄUSER. *Derecho penal*, p. 83.

interessado em interceder nestes âmbitos, à criação de tipos com configuração cada vez mais abstrata e formalista.[55]

Outro fenômeno do direito penal do risco que contribui para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos.[56] A concessão de *status* penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito, e dá lugar ao injusto de perigo abstrato.[57]

Por outro lado, ao mesmo tempo em que os delitos de perigo abstrato são empregados pelo legislador penal para restringir riscos em atividades de alto potencial lesivo, em situações em que a relação de causalidade é de difícil comprovação, ou para proteger bens de índole coletiva, também se verifica a construção destes tipos penais para o enfrentamento de outro fenômeno da sociedade atual: os novos contextos de risco interacional.

O desenvolvimento de novas tecnologias e sua utilização cotidiana por parcela significativa da população implica a criação de contextos de interação arriscados, inexistentes em outros tempos.[58] O exemplo mais ilustrativo deste

55. SCHÜNEMANN. *Consideraciones*, p. 15; REGIS PRADO. *Direito penal ambiental*, p. 72, MENDOZA BUERGO. *El derecho*, p. 30. SILVA SÁNCHEZ. *A expansão*, p. 31; COSTA JR. *Direito penal*, p. 72. SCHULZ relata os problemas do fator temporal para institutos clássicos do direito penal. *De la aceleración*, p. 462.

56. AGUADO CORREA. *El principio*, p. 344; TERRADILLOS BASOCO. *Peligro abstracto*, p. 805.

57. Para SANTANA VEGA "admissão resignada de que vivemos em uma sociedade de riscos conduz não só a uma aceitação irrefletida de bens jurídico-penais coletivos como também a proteção destes bens se vê acompanhada de um adiantamento das barreiras da intervenção do direito penal por meio de erigir o conceito de perigo como fonte, quase única, das infrações penais contra os mesmos". *La proteción*, p. 103.

58. Ao menos na intensidade atual, afinal, vale ressaltar que os delitos de trânsito surgem mesmo antes do automóvel, conforme ensina FARIA COSTA, ao citar dispositivos do

fenômeno é o tráfego viário. O uso do automóvel como instrumento cotidiano de locomoção, em si, não representa um risco significativo para a organização da comunidade, mas o emprego deste meio de transporte por um número considerável de usuários, em um mesmo local, cria um ambiente de risco, que emerge desta interação intensa, e este ambiente exige a intervenção do direito.

Surgem regulamentos direcionados ao controle e à segurança destes contextos de riscos, não com o objetivo de proibir a utilização dos insumos tecnológicos disponíveis, mas para organizar seu emprego de maneira racional, evitando possíveis instabilidades decorrentes da ausência de regras específicas que solidifiquem expectativas de interação. A materialização deste objetivo se faz, muitas vezes, através do direito penal, que buscará incidir como medida de reforço e de inibição do descumprimento das medidas de organização destes ambientes de interação massificada. A pena, nestes âmbitos, não surge como ameaça a comportamentos que atacam diretamente bens jurídicos, mas como mecanismo de controle da vigência das regras de organização. À norma importará menos o dano específico resultante da conduta do que a quebra de expectativas de interação. Daí a atração pelo tipo penal de perigo abstrato, nestas hipóteses. A prescindibilidade do dano ou do perigo concreto adequa-se ao escopo do gestor de riscos em utilizar a ameaça de repressão criminal para garantir a ordem institucional destes ambientes de contatos e riscos generalizados.

Diante do exposto, pode-se entender o porquê da massificação dos delitos de perigo abstrato no direito penal do risco. Os novos âmbitos de periculosidade, com suas características inéditas, direcionam a atividade legislativa ao emprego desta técnica de tipificação, daí sua presença representativa nos diplomas legais contemporâneos. O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade.

Código Penal Prussiano de 1851, que tipificavam a direção imprudente. *O perigo*, p. 345, nota 122.

8. Direito penal funcional e perigo abstrato

A defesa de determinado modelo dogmático para a construção dos delitos de perigo abstrato exige a compreensão prévia dos fundamentos do sistema penal. Apenas uma construção sistemática dos institutos possibilitará uma aplicação segura e racional do direito, afastando a arbitrariedade e a improvisação.[59] A defesa de uma teoria dos delitos de perigo abstrato deve estar fundamentada na construção de um sistema metodológico aplicável a toda a dogmática penal que refletirá, em última análise, a opção por uma forma de reação do gestor de riscos diante da organização social contemporânea.

O direito penal tem o objetivo de preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado e se reproduz, e o alcança através da manutenção de expectativas de convivência. A legitimação material das leis decorre de sua necessidade para a manutenção de determinada forma de Estado e de sociedade, para a estabilidade de um modo de organização política.[60] Os princípios e os valores formadores do modelo político de Estado, que garantem a funcionalidade das relações nele desenvolvidas, são o objeto da tutela dos instrumentos de controle social, dentro dos quais se inclui o direito penal.

Nesta concepção funcionalista, os institutos que compõe o sistema penal, como a ação, a relação de causalidade, os critérios de imputação, o conteúdo do dolo, da antijuridicidade, da culpabilidade, e outros, não são estabelecidos aprioristicamente, como conceitos fechados e absolutos, aplicáveis aos fatos concretos através de uma mera operação lógico-racional formal, mas são construídos e interpretados de acordo com sua finalidade de manter a estabilidade da organização social sobre a qual se projetam. O direito penal é um sistema teleológico que cria, desenvolve e utiliza seus elementos através de uma

59. ROXIN. *Derecho penal*, p. 207.

60. JAKOBS. *Derecho penal*, p. 44; CAMARGO. *Imputação objetiva*, p. 108, ao afirmar que "a missão do direito penal é garantir a identidade da sociedade".

perspectiva valorativa, orientada à sua missão funcional.[61] Todos os institutos que integram a dogmática serão preenchidos normativamente, para sua adequação aos fundamentos de um determinado modelo de organização política e social.[62]

A descrição do direito penal como instrumento funcional de estabilização social deve, no entanto, ser complementada, a fim de identificar qual o modelo de organização política vigente, sobre o qual serão sustentados os institutos dogmáticos do sistema. Ainda que concordemos com Jakobs, que afirma que a legitimidade do direito penal depende de sua aptidão para garantir o funcionamento de um modelo social, independentemente de qual seja ele, interessa-nos identificar as estruturas políticas sobre as quais se erige o direito penal atual, justamente para buscar, por uma ótica funcional, instrumentos críticos que permitam avaliar a legitimidade de seus institutos.

O modelo de organização do poder político no Brasil é o Estado Democrático de Direito: logo, os institutos do direito penal pátrio devem ser funcionais para manter e reproduzir suas premissas e seus princípios. Os vetores deste modelo de Estado, expressos na Constituição Federal, indicam o exercício do poder fundado na soberania popular, orientado ao respeito à pluralidade e à dignidade humana: logo, o sistema penal deve estar pautado por estas premissas em todas as suas manifestações, para mostrar-se funcional. Sua finalidade será a preservação das expectativas sociais dentro dos parâmetros estabelecidos no texto constitucional, protegendo a validade das normas vinculadas aos princípios constitutivos mencionados.

Diante destas considerações, fica evidente que todos os institutos penais devem observar, respeitar e trabalhar pela vigência dos preceitos do modelo de Estado em questão, e seu conteúdo material estará voltado para a consolidação

61. Ver, a respeito, ROXIN. *Política criminal*, passim.

62. ROXIN. *Política criminal*, p. 49.

dos princípios que o sustentam. É sob esta ótica que devem ser compreendidos e analisados os crimes de perigo abstrato.

O Estado Democrático de Direito elege como valor fundante a dignidade humana.[63] O reconhecimento da dignidade como coluna vertebral do sistema de relacionamentos humanos é o substrato material, é o núcleo de identidade normativa do modelo de Estado ora em discussão. A consolidação de uma sociedade plural e democrática, que incorpore e aceite valores e culturas diversos, exige o reconhecimento da autodeterminação do homem, que caracteriza a dignidade. O livre desenvolvimento do ser humano em um ambiente comunicativo, e a possibilidade de optar pela construção do mundo de vida que melhor lhe convier, são as diretrizes para a construção de todos os princípios norteadores do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do direito penal.

No entanto, a utilização do direito penal sugere a supressão, ainda que temporária, da dignidade humana, porque afeta a liberdade de vida do indivíduo. Por isso, a reação violenta do Estado, caracterizada pela pena, só pode ser dirigida aos atos que ameacem a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam e, no Estado Democrático de Direito, esta estrutura é a dignidade humana, é a liberdade de autodeterminação, que somente pode ser exercida em sua plenitude quando o cidadão tem à sua disposição os bens necessários para seu desenvolvimento e para sua interação comunicativa com os demais membros da sociedade. Estes instrumentos utilizados pelo homem para construir seu mundo de vida, sem os quais inexiste a liberdade de atuar, são os únicos interesses passíveis de proteção por

63. SANTANA VEGA. *La protección*, p. 93, que trata o conceito como um fundamento e não um instrumento a serviço da ordem e da paz social; GOMES. *Princípio da ofensividade*, ao afirmar que, pela Constituição brasileira, todo poder emana do povo soberano e a dignidade humana é tratada como valor-síntese de todos os demais valores, p. 59. Importa ressaltar que a dignidade e sua proteção é fruto do desenvolvimento histórico de uma concepção individualista do ser humano, necessária à estrutura social e à consolidação das relações econômicas advinda das revoluções burguesas e do liberalismo.

um direito penal Democrático de Direito. A idéia é frisar o "direito penal Democrático de Direito" mesmo. Pode deixar como está.

Desta forma, a utilização legítima do direito penal, no modelo de Estado em vigor, só se faz possível diante de condutas que atentem contra a dignidade humana ou contra os bens e valores que permitam sua existência material. Comportamentos que não afetem esta dignidade não oferecem perigo à funcionalidade do sistema democrático de direito, não ofendem as expectativas de uma convivência plural e, portanto, não devem ser objeto de repressão penal.

A dignidade humana será o princípio basilar sobre o qual se constrói, funcionalmente, o sistema penal, e exige a limitação do uso da pena para um âmbito restrito de atividades, quais sejam, aquelas que afetam os bens jurídicos indispensáveis à autodeterminação do indivíduo.

No entanto, a afirmação da necessidade da existência de um bem jurídico para legitimar a repressão estatal, em si, não apresenta nenhum limite concreto ao direito penal, pois toda norma penal tem, por definição, um objeto de tutela.[64] Conceber o bem jurídico como o referente legitimador das normas penais exige preenchê-lo de sentido, de materialidade, ou seja, identificar quais os requisitos necessários para que um interesse adquira o *status* de bem protegido pelo discurso penal. No entanto, a identificação de tais requisitos não é preestabelecida, nem fechada. É produto da dinâmica social e representa os interesses vitais de um contexto organizacional, vigente em determinado período histórico.[65]

64. JAKOBS. *Derecho penal*, p. 48; CARBONELL MATEU. *Breves reflexiones*, p. 11; TERRADILLOS BASOCO. *Peligro abstracto*, p. 787.

65. HASSEMER. *Lineamientos*, p. 283, afirma que os bens jurídicos não se elaboram em um laboratório, mas na experiência social, variável historicamente. CUESTA AGUADO. *Norma primária*, sobre a ausência de critérios pacíficos na definição de bens jurídicos, p. 172, e, conseqüentemente, na sua incapacidade de sustentar limites claros e precisos para a atuação do direito penal, p. 185. MUÑOZ CONDE. *Derecho*, p. 58, para quem a determinação dos bens jurídicos a proteger supõe uma valoração condicionada historicamente.

Assim, a construção de um critério para a identificação de bens passíveis de proteção penal deve ser realizada sob uma ótica funcional. Isso significa que, no Estado Democrático de Direito, os bens protegidos são aqueles que asseguram sua funcionalidade, ou seja, que sejam essenciais para proteger a dignidade humana. Assim, apenas elementos fundamentais para a concretização da liberdade de desenvolvimento do cidadão podem compor o rol de bens jurídicos passíveis de proteção penal.

Desta forma a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, são interesses vitais sem os quais não há dignidade possível. Merecem a tutela penal porque são bens intimamente ligados à liberdade de autodeterminação, à capacidade do indivíduo de construir seu próprio mundo e modo de vida. Porém, esta legitimidade fica menos evidente quando nos deparamos com bens difusos, cuja titularidade não é mais individual, mas de uma coletividade.

A organização social contemporânea necessita da proteção de bens transindividuais. A própria caracterização do Estado, como instituição voltada para a preservação de condições individuais e coletivas necessárias para a dignidade humana, enseja o amparo de direitos sociais constitucionais.[66] A construção do indivíduo se faz por meio da interação comunicativa com outros, o que exige o compartilhamento de bens entre muitos ou todos os cidadãos. Elementos inerentes ao funcionamento da sociedade não são de titularidade dos indivíduos, mas de toda a coletividade, como o meio ambiente, a saúde pública, a ordem econômica, e sua supressão afetaria sobremodo o desenvolvimento de cada cidadão. Portanto, a preservação da dignidade humana exige a tutela penal de bens coletivos.[67]

66. SANTANA VEGA. *La proteción*, p. 51. SILVEIRA aponta para a proteção constitucional de bens coletivos no Brasil, como o meio ambiente (CF/88, art. 225) a ordem econômica (CF/88, art. 170) e as relações de consumo (CF/88, art. 5.º, XXXII), dentre outros. *Direito penal*, p. 123.

67. CARBONELL MATEU. *Breves reflexiones*, p. 12.

A questão que ora se coloca é como identificar um bem coletivo que mereça o *status* de bem jurídico penal, o que demanda a definição de sua natureza jurídica. Parte do pensamento penal defende a autonomia absoluta dos bens jurídicos coletivos. Compreende que a complexidade e a dinâmica das atuais relações sociais exige a criação de bens difusos, sem relação com os indivíduos que compõem a sociedade, que permitam uma efetiva proteção dos âmbitos de interação social.[68] As categorias de proteção penal seriam o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública, sem referentes individuais, sem um lastro antropológico que os relacionasse com interesses particulares de um indivíduo ou de uma comunidade determinada.

Ocorre que a elevação destes interesses à categoria de bens penalmente protegidos pode levar à dissolução do próprio conceito de bem jurídico. A excessiva abstração dos interesses difusos impede sua delimitação clara e, conseqüentemente, sua utilidade como instrumento de limitação do direito penal. Esta desvinculação da norma penal do conceito de bem jurídico acarreta a tendência, observada atualmente na prática político-criminal, de utilização do direito penal como mero reforço das normas administrativas sancionadoras.

Para evitar uma expansão irracional do direito penal, faz-se necessário recuperar a capacidade crítica do conceito de bem jurídico, especialmente quando se tratar de bens difusos, e isso só pode ser alcançado se estes foram compreendidos como contextos necessários para, ainda que de maneira mediata, garantir a existência de interesses individuais indispensáveis para a materialização da dignidade humana. Isso não significa definir bens transindividuais como mera somatória dos bens jurídicos individuais. O conteúdo de proteção de ambos é substancialmente diferente porque aqueles, quando afe-

68. Nesse sentido, PAREDES CASTAÑON. *Los delitos de peligro*, busca um sentido semântico para a definição de tais bens, caracterizados por pautas e conduta que somente admitem proteção penal por sua importância sistêmica, pela capacidade comunicativa da lesão e pelo número de sujeitos afetados, passim.

tados, em geral não permitem a aferição de prejuízos perfeitamente individualizáveis, pois não se pode quantificar a parcela que pertence a cada indivíduo em relação ao todo.[69] A questão que se coloca não é a legitimidade da proteção dos bens jurídicos coletivos, mas a determinação do substrato material que justifique a intervenção penal.[70]

Os bens jurídicos transindividuais refletem, em última análise, as condições necessárias ou o meio seguro para o livre exercício dos interesses individuais.[71] O respeito à dignidade humana, espinha dorsal do modelo de organiza-

69. CARBONELL MATEU. *Breves reflexiones*, p. 14. Exceções existem, como no caso de delitos societários que afetam os acionistas de uma sociedade anônima, em que a parte de cada indivíduo no todo é identificável. HERNÁNDEZ PLASENCIA, ao tratar dos delitos contra a saúde pública, afirma que o bem jurídico protegido adquiriu substantividade própria no direito penal moderno, ainda que não tenha se desprendido de seu caráter complementário e instrumental para preservar a saúde individual, o que de maneira alguma compromete sua autonomia. *Delitos de peligro*, p. 128.

70. SANTANA VEGA. *La proteción*, p. 83.

71. MAQUEDA ABREU. *La Idea de peligro*, p. 492; HASSEMER. *Lineamientos*, p. 281; FEIJÓO SÁNCHEZ. *Cuestiones básicas*, p. 156; ao tratar especificamente dos delitos de trânsito, e cita, como representantes desta linha de entendimento, ESCRIVÁ GREGORI, MOLINA FERNANDEZ e MUÑOZ CONDE. Também CARBONELL MATEU segue esta corrente, ao afirmar que "não é possível pensar em bens jurídicos que não tenham como referência última o cidadão, individualmente considerado". *Breves reflexiones*, p. 13; SALAS ALMIRALL. *Causalidad e imputacion*, p. 116. CUESTA AGUADO. *Norma primária*, p. 179; ZAFFARONI e a "compreensão teleológica do direito penal fundada no antropológico". *Tratado*, p. 424; FERNÁNDEZ, que defende o caráter *ius humanista* do bem jurídico, que só pode estar conformado por um valor de relação social que sirva à autorealização do homem, e a matéria deste valor de relação social só pode ser dada pelos direitos humanos. *Bien juridico*, p. 292; TERRADILLOS BASOCO afirma que a existência de bens jurídicos coletivos não supõe reconhecer, no plano político, a liberdade do legislador para inventar bens jurídicos coletivos, e que estes devem ficar subordinados, como complementares, aos bens individuais, que constituem a base do nosso sistema político e jurídico e em sua defesa estarão teleológicamente preordenados. *Peligro abstracto*, p. 805. No Brasil, SILVEIRA define os interesses difusos como institutos voltados à proteção de uma situação intermediária, tutelando bens de uma coletividade indefinida, mas com um nexo individual. *Direito penal*, p. 158. Na mesma linha, OLIVEIRA atesta que "o paradigma penal tem por escopo a tutela de bens que dizem respeito ao indivíduo, priorizando principalmente a vida humana, a integridade física do homem e seu patrimônio, intitulados bens jurídicos clássicos. Este padrão penal antropocêntrico considera que a tutela penal deve preocupar-se somente com bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual". *A proteção do*

ção da sociedade brasileira, exige que o direito penal se ocupe, exclusivamente, de atos que interfiram nas condições de livre desenvolvimento do indivíduo. Estas condições podem ser particulares (vida, integridade física) ou coletivas (meio ambiente, segurança no trânsito), mas sempre relacionadas com o mundo de vida (é "mundo" de vida mesmo, e não "modo" de vida) e a liberdade de determinação da pessoa. Os bens jurídicos universais serão legítimos desde que sejam referentes aos interesses dos indivíduos e assegurem as possibilidades vitais do ser humano. Este conceito deve, ao mesmo tempo, englobar aspectos de socialidade e de individualidade dos interesses protegidos.[72]

O referente antropocêntrico será necessário para a caracterização do injusto em qualquer tipo penal direcionado à proteção de bens coletivos. Assim, o direito penal do meio ambiente não existe para proteger os elementos ambientais em si, como objetos autônomos e independentes dos interesses humanos, mas como fatores indispensáveis à vida e à saúde do homem.[73] A conduta contrária ao meio ambiente somente interessa ao direito penal quando afetar o equilíbrio ecológico, ou seja, quando oferecer risco a interesses humanos funda-

bem jurídico, p. 61; PRADO, *Bem jurídico-penal*, p. 89. Importa citar, ainda, a análise de MATA Y MARTÍN, de estabelecer a categoria dos bens jurídicos intermediários, ou de referente individual, ao lado dos bens jurídicos individuais e dos bens jurídicos universais, que teriam caráter suprapessoal, mas estariam vinculados a um bem jurídico pessoal. O autor defende, de *lege ferenda*, a tipificação através da defesa de bens jurídicos intermediários, diante da dificuldade de precisar a lesão ou o perigo aos bens jurídicos meramente coletivos, *Bienes jurídicos*, passim. FIANDACA segue a mesma linha, ao afirmar que "con toda probabilidad resulta más conforme a la Weltanschauung constitucional concebir los bienes colectivos como bienes de naturaleza 'instrumental', cuya finalidad está por siempre a la realización de concretos intereses de los indivíduos singulares", apud HERNÁNDEZ PLASENCIA. *Delitos de peligro*, p. 113.

72. SANTANA VEGA. *La proteción*, p. 91, rechaçando as teorias monistas de bem jurídico, que dão prevalência aos bens universais, e as teorias dualistas, que colocam em um mesmo plano bens jurídicos individuais e coletivos, impedindo a visualização e a valoração hierárquica dos interesses.

73. SILVA SÁNCHEZ chama a atenção para a discussão sobre o referente antropocêntrico ou ecocêntrico do meio ambiente, constatando que a Constituição espanhola confere um caráter personalista a este, que é concebido como um direito dos cidadãos e como um meio para o desenvolvimento da pessoa. *Delitos contra el médio ambiente*, p. 19 e *Política criminal*, p. 147.

mentais.[74] A comercialização de um espécime animal sem autorização, se não violar, por si só, as relações ambientais que formam um ecossistema, não ostenta relevância penal, porque não causará, nem potencialmente, ameaça aos interesses do homem.[75] Os delitos de trânsito não têm o escopo de tornar o transporte viário mais célere e a circulação de veículos mais fluida, mas objetivam, através da previsão de sanções penais, a proteção da vida e da integridade física de condutores e pedestres.[76]

Esta concepção de bem jurídico é a única que permite funcionalizar o conceito em prol da manutenção das expectativas de um Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção penal de bens jurídicos coletivos é legítima, desde que no bojo de uma política criminal orientada à proteção da liberdade de autodeterminação do ser humano, que só pode ser concebida através do indivíduo e não de instituições.

O posicionamento aventado tem reflexos importantes para a caracterização dos crimes de perigo abstrato. Tais delitos podem proteger imediatamente bens jurídicos individuais (vida, saúde, integridade física, propriedade), ou bens jurídicos coletivos (meio ambiente, saúde pública, ordem econômica), porém sua referência última sempre será a preservação da dignidade humana, pelos interesses individuais que a compõem.[77] A determinação da necessidade de referentes individuais últimos nos delitos de perigo abstrato, mesmo nos casos de

74. LYRA. *Dano ambiental*, p. 53; SANTANA VEGA. *La proteción*, p. 95. Assim, quando COSTA JR. *Direito penal*, p. 61, afirma que os bens-interesses ecológicos protegidos pela legislação penal ambiental brasileira são "a pureza da água, do ar e do solo", ou os "fatores essenciais ao equilíbrio natural" devem ser compreendidos, a nosso ver, por uma perspectiva antropocêntrica.

75. A questão que se coloca, nesta hipótese, será a dos delitos cumulativos, nos quais a conduta isolada não aparenta periculosidade, mas o conjunto de ações similares, somadas, apresenta potencial ofensivo suficiente para desencadear uma reação penal.

76. FEIJÓO SÁNCHEZ. *Cuestiones básicas*, p. 157, que afirma a existência, nos delitos de trânsito, de bens jurídicos meio (coletivos) e bens jurídicos fim (individuais).

77. Nesse sentido, AGUADO CORREA. *El principio*, p. 365.

proteção imediata de bens coletivos, dota de capacidade crítica a dogmática, para a análise das novas tendências do direito penal, especialmente no que se refere à sua utilização como mero instrumento simbólico para responder aos anseios da população por maior segurança frente aos novos riscos.

Isto significa que os delitos em análise devem, em primeiro lugar, descrever condutas que afetem, ao menos potencialmente, bens jurídicos individuais ou coletivos, lastreados nos valores necessários ao livre desenvolvimento do ser humano.

9. Estrutura material dos crimes de perigo abstrato

Como relatado, o direito penal se ergue a partir do conceito de dignidade humana, premissa basilar de um Estado Democrático de Direito. O desenvolvimento de conceitos e mecanismos de aplicação das normas penais deve manter a funcionalidade do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, a natureza jurídica dos tipos penais de perigo abstrato e sua estrutura devem ser adequadas ao sistema penal proposto, e aos princípios sobre os quais se fundamentam.

Se o tipo penal de perigo abstrato se direciona unicamente à proteção de bens jurídicos, não haverá legitimidade na incidência da norma penal sobre atos que não maculem os interesses dignos de tutela penal, mesmo se desvalorados pela redação legislativa. Logo, os crimes em análise não são formais, mas são construídos pelo conceito e pelo conteúdo dos bens jurídicos aos quais estão atrelados.

O exposto exige uma concepção material dos delitos de perigo abstrato, que se afaste de uma compreensão do tipo penal como um instituto neutro e avesso a valorações, como pretendia o direito penal clássico (Beling),[78] e que

78. REALE JUNIOR. *Instituições*, p. 138; FERNÁNDEZ. *Bien jurídico*, p. 154; SILVEIRA. *Direito penal*, p. 76.

incorpore conteúdo normativo às prescrições legislativas, atendendo à realidade social e cultural que as cerca.[79] O agir típico não tem sua estrutura completa na mera realização da conduta descrita no texto legal, no mero juízo de correspondência comparativa entre conduta e tipo, mas precisa caracterizar uma ação socialmente intolerável.[80]

Uma primeira concepção do injusto penal em um sistema pautado pela proteção de bens jurídicos, seria vinculada a um desvalor de resultado, que destacasse a antijuridicidade dos efeitos dos comportamentos. As conseqüências da conduta, e não o comportamento em si, seriam o núcleo do injusto penal. No entanto, esta construção apresenta problemas e não está apta para orientar a tutela de bens fundamentais perante os novos riscos e os novos contextos de interação social. Sua aplicação comprometeria a punição da tentativa e a previsão de crimes de perigo abstrato, que não apresentam resultados externos perceptíveis, bem como impediria a exclusão da materialidade típica de atividades lesivas sob diversos aspectos, como nos casos de risco permitido ou de exclusão do âmbito de abrangência da norma penal.[81]

Por outro lado, manter o injusto atrelado somente ao desvalor de ação, sem vinculá-lo às conseqüências que sua prática acarreta para o contexto social, será afastar a norma penal de sua missão basilar de proteção aos bens jurí-

79. CEREZO MIR. *Curso*, pp. 82 ss.

80. JAKOBS. *Derecho penal*, p. 190.

81. Nesse sentido, MARTINEZ ESCAMILLA, ao afirmar que o objeto da norma entendida como mandato ou proibição só pode ser o comportamento humano e não resultados ou processos causais, pois somente sobre aquele pode exercer influência. *La Imputacion*, p. 75. Assim, MIR PUIG. "No cabe, pues, condicionar el injusto (la prohibición) a la producción del resultado, sin convertir la prohibición en algo inasequible para su destinatário. Sin embargo, es cierto que la exigencia de producción de un resultado cumple importantes funciones político-criminales. No se trata de negar la necesidad del resultado, pero este elemento debe encontrar un lugar sistemático distinto del injusto. El resultado há de considerarse um elemento que condiciona o limita la punibilidad del hecho en base a razones de seguridad juridica, de falta de necesidad de pena etc.". *La perspectiva*, p. 13.

dicos.[82] Fundar a legitimidade da atuação penal na necessidade de agir conforme o direito, sem referência aos efeitos concretos do comportamento, afeta os princípios e limites que acompanham o exercício do *ius puniendi* no Estado Democrático de Direito, como a lesividade, a subsidiariedade e a fragmentariedade. Assentar a materialidade da ação penalmente relevante apenas no comportamento ilícito desatrela a norma penal dos limites de proteção exclusiva de bens jurídicos, e legitima a atuação do direito repressor sobre práticas cujo conteúdo de injusto se esgota em um comportamento imoral, ou reprovável do ponto de vista ético-social, sem relação com interesses dignos de tutela penal.[83]

O injusto penal, desta forma, não está suficientemente fundamentado nem no resultado, nem na conduta em si, mas em algum outro fator objetivo que abrigue a potência de resultado lesivo da atitude e que seja reconhecível pelo agente no momento da prática do ato. Este elemento, que caracteriza a tipicidade material, deve acompanhar uma conduta humana (desvalor de ação), pois a norma penal se dirige unicamente a esta categoria de ações e, ainda, refletir uma imagem de resultado prejudicial possível ou provável, que justifique a ameaça de repressão (desvalor de resultado). Nesse sentido, o instituto necessário e fundamental para que uma ação descrita no tipo penal seja materialmente reprovável, congregando as características mencionadas, e permitindo uma

82. Nesse sentido, importante a lição de MARTINEZ ESCAMILLA, ao estabelecer que o objeto da proibição penal é o atuar externo, e a razão desta proibição é a ameaça que o comportamento supõe para bens jurídicos cuja proteção consiste no fim do direito penal: logo, o conteúdo psicológico da ação poderá ser considerado requisito necessário para proibi-la, mas não razão determinante ou suficiente desta proibição. *La imputacion*, p. 74. No mesmo sentido, MIR PUIG. *La perspectiva*, p. 12.

83. Como seria o caso da punição do incesto, que WELZEL entende legítima. *Derecho penal*, p. 94. Posição similar é sustentada por KAUFMANN, ao compreender esgotado o tipo objetivo doloso na própria tentativa acabada, apud HIRSCH. *El desarrollo*, p. 22. Sobre a discussão, ver, ainda, SANTANA VEGA. *La protección*, p. 53 e ss.

orientação teleológica e racional da aplicação dos institutos penais, será a periculosidade ou o risco.[84]

O risco, portanto, é o fator central da conduta típica, em qualquer espécie delitiva.[85] É o elemento que permite superar a dicotomia entre o desvalor da ação e o desvalor de resultado, e define um critério jurídico e normativo de ação penalmente relevante. O risco – que cumpre papel sociológico central na organização social atual e que estrutura o modelo de produção e de distribuição de riquezas – também será o cerne de toda a atuação do direito penal, direcionando a política criminal aplicável pelo gestor de riscos nesta área. Para que um comportamento seja penalmente desvalorado, será necessária a presença de um risco relevante para um bem jurídico, mesmo que abstrato ou potencial.

O risco é o substrato mínimo sobre o qual se constróem todos os delitos, de forma que não existe diferença qualitativa entre os crimes de perigo abstrato, os de perigo concreto e os de lesão, pois os três estão atrelados ao mesmo fundamento valorativo, que é a periculosidade do comportamento humano. A distinção entre estas espécies típicas não está no aspecto material, mas na atualidade ou na intensidade do risco que apresentam.[86]

84. Nas palavras de MARTINEZ ESCAMILLA, "el riesgo, entendido como peligrosidad de la conducta, es el elemento determinante del desvalor de la acción que veniamos buscando, dado que cumple los requisitos de objectividad, reconocibilidad ex ante, etc y esta exento de las deficiencias que le achacábamos al elemento 'capacidad de causalidad' como posible candidato a nuestra elección", *La Imputacion*, p. 76. SOLA RECHE afirma que "el rechaço de la peligrosidad de la conducta como elemento de necesaria concurrencia em la construcion del tipo de lo injusto, doloso o culposo, propiciaria la extralimitación de la legitimidad del Estado en el castigo de comportamientos". *Principio de precaución*, p. 75. Também, MIR PUIG. *La perspectiva*, p. 12.

85. Para MARTINEZ ESCAMILLA, "La peligrosidad como caracteristica de la accion, como un elemento recognoscible y enjuciable ex ante, constituye un requisito basico del desvalor de la acción". *La imputacion*, p. 54. Também MENDOZA BUERGO, ao afirmar que a periculosidade da conduta é elemento imprescindível do injusto. *La configuracion*, p. 70.

86. Nesse sentido, CRAMER, apud HIRSCH. *Limites*, p. 83. SALAS ALMIRALL relata a discussão doutrinária sobre a delimitação conceitual dos crimes de perigo, opondo autores que identificam estes tipos penais como precedentes de lesões a bens jurídicos, a autores que

Nesse sentido, os delitos de perigo abstrato representam o limite inicial da atuação do direito penal, o patamar mínimo diante do qual o aparato repressor pode, legitimamente, atuar. Assim, são caracterizados por ações típicas materializadas pela verificação de uma periculosidade *ex ante* para os bens protegidos.[87]

O injusto típico nestes crimes, portanto, se verifica pelo risco da conduta,[88] ou seja, é necessário que a ação ou omissão crie um perigo potencial para o bem jurídico protegido, que não precisa ser concretizado na ameaça ou lesão de um objeto específico. O que se exige é a comprovação da relevância típica do comportamento, sua periculosidade, a perturbação a que foi exposto o interesse protegido pela norma penal.[89] Logo, fica afastada a aplicação formal dos tipos de perigo abstrato a qualquer comportamento contrário à norma penal, que será inadequada a um direito penal funcional Democrático de Direito, em primeiro lugar porque não se prestaria a defender bens jurídicos, uma vez que não há perigo potencial no ato; em segundo lugar, porque restariam maculados os princípios já explicitados da subsidiariedade, da fragmentariedade, da lesividade e da proporcionalidade.[90]

tomam o objeto de ação como referente para a caracterização do perigo. *Causalidad e imputacion*, p. 115. A distinção do crime de lesão para o crime de perigo, a nosso ver, deve ter por referência a intensidade do ataque ao bem jurídico, objeto de proteção do direito penal. A adoção do objeto de ação como referente torna menos precisa a delimitação, pois a norma dirige-se à proteção do bem jurídico. Ver, ainda, CUESTA AGUADO. *Causalidad*, p. 227.

87. MARTINEZ ESCAMILLA trata da divergência doutrinária sobre a utilização do termo periculosidade, e cita a posição de HORN, que propõe a expressão "lesão do dever de cuidado", ou BISADOLO, que sugere o termo "colocação em perigo". Concordamos com a autora em rechaçar as duas propostas, no primeiro caso, porque a "lesão do dever de cuidado" precisa ser preenchida por um conteúdo, e este conteúdo será justamente a periculosidade; e no segundo caso, a expressão "colocação em perigo" indica proximidade da lesão, mais adequada para o âmbito dos delitos de perigo concreto. *La imputacion*, p. 57, notas 184 e 185.

88. MAQUEDA ABREU. *La Idea de peligro*, p. 486.

89. MENDOZA BUERGO. *La configuración*, p. 71.

90. Nesta linha, CUESTA AGUADO. *Norma primária*, p. 187; MARTINEZ ESCAMILLA. *La imputacion*, p. 57.

A periculosidade, portanto, é elemento implícito da tipicidade objetiva da conduta, mesmo nos casos em que o texto legal não a mencione expressamente, como ocorre nos tipos penais de perigo abstrato.

A periculosidade da conduta como critério inicial de imputação dos delitos de perigo abstrato exige, em primeiro lugar, que ela seja adequada a causar um resultado lesivo. Desta forma, o risco de perigo ou de dano não deve ser improvável dentro do contexto em que se realiza. A constatação desta periculosidade se faz por um juízo *ex ante*, que compreende uma perspectiva ontológica, realizada por meio de um observador externo, que incorpore os conhecimentos especiais do autor sobre o contexto do risco,[91] e sob uma perspectiva nomológica, que agrega a experiência e o conhecimento geral da época sobre cursos causais e projeções futuras do risco criado.[92] Desta forma, exige-

91. Sobre os conhecimentos especiais do autor, JAKOBS pondera que a análise da periculosidade incorpora uma perspectiva objetiva (análise da situação) e subjetiva (conhecimentos especiais do autor), o que acarreta a impropriedade de nominar tal análise de prognóstico objetivo posterior. *Derecho penal*, p. 239. Ainda sobre os conhecimentos especiais do autor, MARTINEZ ESCAMILLA tece comentários sobre a possível falha sistêmica em exigir uma análise subjetiva já na constatação de periculosidade e conclui que ela é perfeitamente possível, porque "lo que ya no resulta legitimo es distorcionar la realidad, de la cual ha de ser um reflejo la estructura del delito, en vez de un purismo sistemático y de la separacion tajante, más distorcionante que aclarativa, entre los diferentes factores determinantes de la relevancia penal del comportamiento, en consideracion a la diferente naturaleza de los mismos". *La Imputacion*, p. 89. Ver, ainda, sobre a questão, BISADOLO. *Delitos de peligro*, p. 64.

92. Nesse sentido, ROMEO CASABONA. *Aportaciones*, p. 92; MUÑOZ CONDE. *Derecho*, p. 320; HIRSCH. *Peligro*, p. 513; BISADOLO. *Delitos de peligro*, p. 60; MAQUEDA ABREU, para quem o juízo de periculosidade pode ser realizado em relação ao início, à fase executiva ou ao final da conduta, ou seja, o intérprete poderia reconhecer circunstâncias de periculosidade presentes no contexto somente após o início da conduta, ou medidas de segurança tomadas pelo autor também posteriores ao começo da execução. *La idea de peligro*, p. 488; FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal*, p. 311. TERRADILLOS BASOCO critica a divisão *parti pris* entre perspectiva *ex ante* e *ex post* e prefere uma distinção sob a perspectiva da vítima, reservando o perigo concreto para o caso de existência de uma vítima no raio da ação perigosa, e o perigo abstrato para uma vítima potencial e inexistente. Sob esta ótica, o juízo de perigo abstrato poderia ser feito sobre as características *a priori* da conduta e sobre os seus efeitos, em qualquer momento de seu desenvolvimento. *Peligro abstracto*, p. 800. Ver, ainda, SOLA RECHE. *Principio de precaución*, p. 177. CUESTA AGUADO propõe três critérios para a verificação da idoneidade da conduta para expor a

se que o intérprete se transporte ao passado e avalie o ato praticado e sua periculosidade diante das regras de experiência geral e o normal acontecer dos fatos (*o id quod plerumque accidit*).[93] A base do juízo de periculosidade compreenderá, assim, a totalidade do saber científico de um determinado tempo e o saber específico do autor: portanto, é formada pelos elementos de risco reconhecíveis, onde as considerações do agente sobre as circunstâncias do fato e suas potenciais conseqüências, gerais ou especiais, somam-se às informações disponíveis sobre os riscos e as probabilidades de dano, oferecidos por teses científicas não refutadas.[94] Os conhecimentos disponíveis (ontológicos e nomológicos) sobre os riscos da conduta são os elementos sobre os quais se estrutura o juízo *ex ante* de periculosidade, elemento indispensável para a tipicidade objetiva dos crimes de perigo abstrato.

Esta construção material dos delitos de perigo abstrato aponta para uma solução uniforme nos casos de comportamentos que violam a norma penal e que, no entanto, não ostentam potencial ofensivo algum diante da realidade em que são realizados. Tome-se como exemplo os crimes de falsificação, perpetrados através de imitações grosseiras e rudimentares.[95] A atipicidade da conduta

risco bens jurídicos, que seriam: os de índole qualitativa, referentes às propriedades da substância ou do conteúdo da ação; de índole quantitativa, atrelados ao potencial perigo envolvido; e, por fim, os temporais, de acordo com sua duração ou permanência dos efeitos possíveis ou prováveis. *Tipicidad*, p. 85.

93. FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal*, p. 310. MARTINEZ ESCAMILLA indica TRAEGER como o autor que formulou, em primeiro lugar, as bases do juízo de adequação, utilizadas para a constatação da periculosidade. *La imputacion*, p. 81.

94. JAKOBS. *Derecho penal*, p. 239.

95. "Não se configura o delito de moeda falsa quando, por força de grosseira contrafação, a moeda se apresente despida de características capazes de ilaquear a boa-fé de quem quer que seja", (TFR, AC *RF* 184/278), "Não há falsidade sem a possibilidade objetiva de enganar, isto é, sem a capacidade de, por si mesma, iludir o *homo medius*. Não basta a *immutatio veri*, é também necessária a *imitatio veri*. Sem esta, ou seja, sem a potencialidade de engano, inexiste praticamente a ofensa à fé pública ou a possibilidade de dano, elemento condicionante do crime" (TJSP, *RT* 492/304), "Se a falsificação é por demais grosseira, não tendo o autor a menor preocupação de imitar a letra da vítima na declaração a ela atribuída,

decorre da constatação de que, nestas situações, a ação, mesmo que compatível com a descrição típica, não apresenta periculosidade, não oferece risco ao bem jurídico resguardado pela norma, qual seja, a confiança nos sistemas de comunicação e de relacionamento social através de documentos, com substrato no interesse individual de proteção patrimonial ou de outros relacionados com a fé pública ou privada.

Outro exemplo concreto, que ilustra a importância da concepção ora defendida para a aplicação dos tipos penais de perigo abstrato, está relacionado à proibição do porte de arma de fogo. A compreensão material do perigo abstrato impede a incidência do tipo em situações concretas de ausência de periculosidade, como ocorre no caso do indivíduo que porta arma irregularmente, em desacordo com o estabelecido no art. 12 da Lei 10.826/2003 ("Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja o titular o responsável legal do estabelecimento ou empresa") e, posteriormente, verifica-se que esta está sem munição. Nesta hipótese, o risco típico não se verifica nem por uma perspectiva *ex ante*, pois a conduta é incapaz de qualquer efeito lesivo previsto no âmbito de abrangência da norma.[96]

Os tribunais brasileiros vêm dedicando atenção à questão dos crimes de perigo abstrato e, em alguns casos, decidindo pela atipicidade diante da ausência de periculosidade nos casos concretos. No entanto, os fundamentos de tais de-

não se configura o delito do art. 298 do Código Penal" (TJSP, *JTJ* 181/270), todos extraídos de FRANCO. *Código Penal*, pp. 3.554, 3.592 e 3.643.

96. Assim se manifestou o STF brasileiro, em julgamento de caso similar, demonstrando uma tendência jurisprudencial de consolidar a visão ora defendida dos crimes de perigo abstrato. Para o tribunal, os delitos em discussão não implicam admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. ROC em HC 81.057-8/SP, *DJ* 29.04.2005, rel. para o acórdão Sepúlveda Pertence.

cisões são variados, em geral voltados para peculiaridades dos dispositivos da Parte Especial do Código Penal ou baseados no princípio da insignificância.[97] No entanto, não se observa, em geral, o reconhecimento da periculosidade como critério de relevância penal das condutas, o que resulta em decisões casuísticas e desarticuladas, sem um norte interpretativo que confira estabilidade à jurisprudência sobre o tema.

O princípio da insignificância não tem capacidade de cumprir este papel de orientação jurisprudencial no âmbito do perigo abstrato porque, embora possa ser utilizado para afastar a tipicidade nas hipóteses de ausência de criação de um risco relevante, não abarca situações de diminuição de risco e de risco permitido, que serão analisadas a seguir. Tome-se como exemplo o comerciante que armazena uma grande quantidade de produtos com prazo de validade vencido, mas toma todas as precauções para que estes bens não sejam colocados em circulação. Neste caso, a conduta, em si, não é insignificante, mas o contexto em que se insere permite afastar sua periculosidade.[98]

A constelação de respostas diversas e casuísticas que buscam justificar a não aplicação dos tipos de perigo abstrato a hipóteses em que o direito penal não é útil ou necessário poderia ser organizada e sistematizada sob o denominador comum da periculosidade, como elemento essencial da conduta típica.

97. Utilizado, por exemplo, para afastar a tipicidade do funcionamento de rádios comunitárias de pequena capacidade sem autorização, como ilustra a decisão do TRF da 5ª Região, Pleno, no Inquérito 2004.05.00.0033920/CE, rel. Paulo Roberto de Oliveira Lima, cuja ementa é a seguinte: "É de se acolher o requerimento do Ministério Pùblico, arquivando-se o inquérito que não fornece elementos ao oferecimento da denúncia, mormente tratando-se de serviço de radiodifusão comunitária de baixa potência e cobertura restrita, o que evidencia o pequeno potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado – o Sistema Nacional de Telecomunicações, antes configurando conduta penalmente irrelevante".

98. MENDOZA BUERGO, ao criticar a previsão legislativa do princípio da insignificância para os delitos em comento, "se critica especialmente que se haya previsto solo la impunidad para los casos en que la ausencia de peligrosidad venga determinada por la escasa cantidad de desechos, sin tener en cuenta ni permitir la eventual toma en consideración de otras posibles causas de la misma, como las que vengan determinadas por el lugar, el tipo de desechos, etc.". *Limites*, p. 309.

Desta forma, a linha de interpretação seria consolidada sob critérios definidos e claros, garantindo a segurança sobre a aplicação dos tipos penais em análise. A adoção desta construção, que coloca o risco no centro do tipo objetivo e exige uma análise do contexto fático para determinar a abrangência da norma penal, permitiria ao intérprete dosar a incidência do poder punitivo, especialmente sobre atividades inócuas para os interesses tutelados.

10. Demonstração da periculosidade

Assentada a posição sobre a necessidade de periculosidade típica da conduta nos crimes de perigo abstrato, deve-se enfrentar a problemática do ônus da demonstração da materialidade delitiva no caso concreto. A questão que se coloca é sobre quem recairá a necessidade de demonstrar a presença ou a ausência eventual de risco do ato praticado, descrito como típico, nos crimes de perigo abstrato. Por um lado, o Estado, detentor do *ius puniendi* pode afirmar seu descompromisso com tal demonstração: afinal, já proibiu o comportamento através do dispositivo legal, e a tarefa de demonstrar que, no caso concreto, não se verifica a hipótese de risco, seria do réu. Por outro lado, tem-se a previsão constitucional da presunção de inocência e o princípio consagrado do direito penal de incumbir a parte acusatória de evidenciar o injusto material da atividade.

A primeira proposição para solucionar a questão do ônus da demonstração da periculosidade nos crimes de perigo abstrato é a aplicação da chamada fórmula negativa, que prevê a exclusão da tipicidade do fato quando restar demonstrada a ausência completa de possibilidade de lesão aos bens jurídicos. Haveria, portanto, uma presunção da existência do perigo quando verificada uma prática conforme ao tipo penal, o que, conforme ensina Schröder, conferiria aos crimes de perigo abstrato a característica de delitos de presunção

refutável de perigo.[99] Esta proposta pretende transformar uma presunção *iuris et de iure* de perigo, que não admite prova em contrário, em uma presunção *iuris tantum*, aberta à demonstração da efetiva inocuidade do comportamento.

No entanto, por mais que a fórmula negativa, tal como exposta, busque relativizar a incidência do injusto que acompanha os tipos penais de perigo abstrato, não há meio de compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência.[100] A inversão do ônus da prova é admitida no direito brasileiro apenas em situações de desequilíbrio processual, quando uma das partes dispõe de informações ou de capacidade de litigância que demande tal mecanismo para recomposição do equilíbrio na lide. É o que ocorre nos litígios que envolvem relações de consumo, por exemplo, em que é patente a hiposuficiência dos demandantes em relação aos demandados, ao menos no que tange às informações necessárias para a demonstração dos fatos. Esta situação, que justifica a inversão do ônus da prova, evidentemente não se verifica no plano penal, quando o indivíduo é colocado diante do Estado para defender-se de imputação fática e da pretensão punitiva sobre um comportamento desvalorado. Não há inferioridade do demandante mas, ao contrário, trata-se do poder público argüindo contra um cidadão: logo, não há legitimidade em exigir deste último a demonstração da irrelevância da conduta.

Por outro lado, descortina-se o posicionamento que exige do órgão acusador a demonstração da periculosidade *ex ante* da conduta e, conseqüentemente, da materialidade delitiva dos crimes de perigo abstrato. Trata-se da fórmula positiva de aplicação dos tipos de perigo abstrato, pela qual a tipicidade se verifica quando demonstrada, no curso da ação penal, a relevância da conduta e seus atributos de antijuridicidade. As regras processuais presentes no Estado

99. Nesse sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ. *Cuestiones básicas*, p. 163; ROXIN. *Derecho penal*, p. 408; GARCÍA DE PAZ. *La criminalización*, p. 697; TORÍO LÓPEZ. *Los delitos*, p. 826.

100. Nesse sentido, TORÍO LÓPEZ. *Los delitos*, p. 827; HIRSCH. *Peligro*, p. 524.

Democrático de Direito exigem que os elementos que fundamentam a sanção sejam demonstrados pela parte que pretende satisfeita sua pretensão punitiva, e a periculosidade, como elemento do tipo penal, não constitui exceção.[101]

11. A periculosidade como elemento fundamental do sistema penal teleológico

A inclusão do risco na dogmática penal, especialmente no tipo, como elemento indispensável à relevância do comportamento, não é uma operação metodológica que visa unicamente resolver problemas de materialidade do injusto nos tipos de perigo abstrato. A construção material da tipicidade apresentada permite desenhar uma teoria da ação penal relevante aplicável a todos os delitos, inclusive aos de perigo concreto e aos de lesão.

Os crimes de perigo concreto também têm seu injusto inicial atrelado à periculosidade *ex ante* da conduta, sem o que não poderá haver a incidência da pena. Ocorre que a completude típica exige outro elemento adicional, qual seja, a constatação de uma situação concreta de perigo, um desvalor de resultado, a existência de um bem dentro do raio da ação perigosa, o que não se dá nos delitos de perigo abstrato, para os quais basta a vítima potencial.[102] Enquanto os tipos de perigo abstrato estão atrelados ao conceito de risco, já definido como um indicador preliminar de situações futuras incertas, os delitos de perigo concreto exigem a presença do perigo, caracterizado como uma realidade objetiva de concretização do risco inicial.[103] Assim, o substrato dos crimes de perigo

101. Nesse sentido, TERRADILLOS BASOCO. *Peligro abstracto*, p. 782, e AGUIRRE OBARRIO. *Segundo paseo con el peligro*, p. 81.

102. GRASSO. *L'anticipazione*, p. 693.

103. MARTIN atesta que os delitos de perigo concreto e abstrato têm um elemento comum, uma estrutura idêntica, pois ambos contêm na parte do resultado a descrição de um estado de coisas. No mesmo sentido, AGUADO CORREA. *El principio*, p. 371, MARTINEZ ESCAMILLA. *La imputacion*, p. 55.

concreto, tem caráter objetivo, é uma situação de fato representada pela crise iminente da integridade de um bem jurídico.[104]

A constatação da conjuntura concreta de perigo se dá através de uma análise *ex post*, que apreende a periculosidade inicial da conduta e a analisa em um momento posterior, diante do ambiente de perigo criado efetivamente. Esta verificação *ex post* exige a presença de um atributo autônomo da própria ação, que independe desta, um resultado de perigo alheio às características da conduta.[105] Porém, cabe ressaltar mais uma vez que a base do injusto nestes delitos será similar àquela dos crimes de perigo abstrato: a periculosidade inicial, atrelada ao comportamento, que independe dos resultados concretos exteriores.

Os delitos de resultado lesivo também atrelam a materialidade típica à periculosidade inicial da conduta, mas sua existência depende, além do risco (verificado *ex ante*), e da criação de um ambiente concreto de perigo (verificado *ex post*), da ocorrência de uma lesão efetiva a bens jurídicos protegidos. Os delitos de lesão caracterizam-se como a fase final de um *continuum* quantitativo desenhado pelas diferentes técnicas de tipificação, com início nos delitos de perigo abstrato, e intermediada pelos delitos de perigo concreto.[106]

A estrutura do tipo penal atrelada à periculosidade pode ser aplicada dentro do marco legal do direito positivo brasileiro, sem acarretar problemas de ordem estrutural e sem conseqüências assistemáticas que exijam alterações legislativas. A própria não punição da tentativa inidônea e do crime impossível, já indica a necessidade de uma possibilidade de dano para a reação penal. (CP, art. 17. "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime"). A atipicidade nestes contextos decorre justamente da ausência de capacidade, mes-

104. SALAS ALMIRALL. *Causalidad e imputacion*, p. 116.

105. MAQUEDA ABREU. *La idea de peligro*, p. 490.

106. Idem, p. 491.

mo abstrata, de a ação causar uma lesão aos bens resguardados, o que reforça a tese de que a periculosidade *ex ante* é fundamento basilar de qualquer conduta que mereça a atenção penal. A impossibilidade de consumação, no caso, não se refere apenas aos delitos de resultado, mas trata, em uma interpretação teleológica, da capacidade de ameaça concreta ou potencial aos bens tutelados pela norma que define o crime. Logo, mesmo os delitos de perigo abstrato devem ser perpetrados com meios idôneos e contra objetos próprios, ou seja, têm que apresentar periculosidade, do contrário não serão punidos.

Tem-se, com as observações expostas, que a base objetiva do injusto penal, caracterizada como a criação de um risco *ex ante* não permitido, é o substrato universal e mínimo sobre o qual se constrói toda a teoria do delito.[107] A incidência da norma penal encontrará um limite material nesta definição de conduta penalmente relevante, definida como aquela que ostente periculosidade. Assim, os comportamentos somente adquirirão atribuição típica se representarem um risco não permitido para bens jurídico-penais. Mesmo nos tipos de perigo abstrato a pretendida antecipação da tutela penal exige que a ação acarrete crise potencial ao interesse protegido.[108]

12. Da legitimidade dos delitos de perigo abstrato diante do princípio da precaução

À luz de todas as considerações anteriores, que pugnam pela necessidade de averiguação da periculosidade nos delitos de perigo abstrato, deve ser enfren-

107. Nesta linha, se bem que em sentido ontológico e não normativo, como sustentamos, FARIA COSTA, ao afirmar que "o perigo não só serve – logo, categoria de valor instrumental – às finalidades últimas do direito penal, como corresponde, até a nível normativo, a um segmento onto-antropológico que determina toda a estrutura do direito penal". *O perigo*, p. 592.

108. CUESTA AGUADO denomina a periculosidade que fundamenta o injusto penal de *transgressão do grau de indenidade do bem jurídico*, que deve ser reconhecida nos crimes de perigo abstrato. *Norma primária*, pp. 187, No mesmo sentido, MARTINEZ ESCAMI-

tada a legitimidade dos tipos penais de precaução. A questão central a ser elucidada é a possibilidade de verificar a tipicidade de atividades cujos efeitos nocivos não são comprovados científica ou estatisticamente (âmbito de aplicação do princípio da precaução). A problemática será afirmar ou negar a periculosidade de tais atos ou condutas.

Ao analisar esta questão, Romeo Casabona defende ser possível a utilização do direito penal para desestimular a prática de atividades violadoras do princípio da precaução sem, com isso, afetar a estrutura material dos tipos de perigo abstrato.[109] Este autor defende que a tipicidade nos delitos de perigo abstrato depende, além da conformação do comportamento à proibição legal, da periculosidade da conduta que, por sua vez, somente será verificada sob uma perspectiva *ex ante* que compreenda elementos ontológicos, perceptíveis através da existência fictícia de um observador externo, com ciência dos conhecimentos especiais do autor, que se coloque no local e no momento dos atos, e de elementos nomológicos, que consistem na experiência comum da época sobre cursos causais e sobre os riscos depreendidos da ação.[110] Desta forma, não basta que a conduta seja aquela descrita na lei penal. A completude do tipo objetivo estaria vinculada à consolidação da periculosidade, constatada através de uma construção que observe a realidade dos fatos e dos conhecimentos científicos disponíveis no momento em que se verifica a atividade contrária à norma penal.

Sobre esta construção material do injusto de perigo abstrato, Romeo Casabona vai enfrentar a questão do princípio da precaução. O autor reconhe-

LLA, ao afirmar que "al resultado típico há de preceder, como estado inmediatamente anterior, lo que excepcionalmente pode estar tipificado como un delito especifico, una puesta em peligro del bien jurídico protegido, y esta há de ser precisamente consecuencia, manifestacion de la peligrosidad inicial de la conducta en virtud de la cual su realizacion estaba prohibida". *La imputacion,* p. 56.

109. ROMEO CASABONA. *Aportaciones*, p. 92. Nesse sentido, também GRASSO. *L'anticipazione*, p. 723.

110. ROMEO CASABONA. *Aportaciones,* p. 92.

ce que, diante dos novos contextos de risco que envolvem a sociedade atual, o direito penal tradicional da prevenção não dispõe de instrumentos para garantir segurança aos bens jurídicos.[111] A imposição da constatação da periculosidade da conduta da maneira proposta não seria adequada para fazer incidir a norma penal sobre atividades em que não houvesse certeza científica de risco, ou seja, aquelas relacionadas com o princípio da precaução. Se, nas hipóteses de vigência da precaução, houver ausência de qualquer conhecimento científico sobre os riscos que envolvem as atividades, não haverá, evidentemente, o elemento nomológico para constatar o perigo potencial do ato praticado. No entanto, é justamente o elemento nomológico um dos pilares para a percepção da periculosidade da conduta na situação concreta, e sua ausência prejudicará a materialização da previsão legal dos tipos de perigo abstrato que tais atividades encerram.[112]

Diante desta problemática, Romeo Casabona afirma que o sistema penal deve ser adaptado de modo a abrigar conteúdos dogmáticos inéditos, que permitam enfrentar situações de incerteza e de falta de conhecimento científico, e que possam, em tese, afetar a segurança e a livre disposição de bens jurídicos.[113] Nos casos em que os riscos decorrentes das ações são apenas indiciários, Romeo Casabona propõe a adaptação do conteúdo da periculosidade à nova realidade e às novas demandas de proteção, substituindo o saber nomológico pelo princípio da precaução.[114] Esta operação justificaria e legitimaria a vedação penal destas atividades, pois a suspeita sobre os riscos envolvidos dotaria o comportamento de desvalor suficiente para garantir a aplicação da norma penal. O princípio da precaução seria o substrato material que supriria a falta de

111. Idem, ibidem.

112. Idem, ibidem.

113. ROMEO CASABONA. *Principio de precaución*, p. 156.

114. ROMEO CASABONA. *Aportaciones*, pp. 93.

constatação plena da periculosidade e, desta forma, contribuiria para a elaboração de um procedimento de imputação para os delitos de perigo abstrato, que prescindisse da constatação efetiva de potencial lesivo. Este princípio poderia ajudar na verificação da ação típica à margem do elemento nomológico que caracteriza a noção inicial de periculosidade, mas com semelhantes, se não superiores, pressupostos de segurança jurídica baseados nas prescrições de conduta que tal princípio impõe.

Em sentido similar, Mendoza Buergo defende uma fundamentação material dos delitos de perigo abstrato na periculosidade e, ao mesmo tempo, abre a possibilidade de existência de tipos de precaução, necessários para o enfrentamento do novo contexto da sociedade de riscos. Para a autora, a tensão imanente entre o Estado Social, que busca garantir certos níveis de segurança em todos os âmbitos da sociedade contemporânea, e o Estado de Direito, que antepõe a esta pretensão alguns princípios e limites, coloca, *prima facie*, alguns problemas para a aceitação da precaução no direito penal, como a inversão do ônus da prova e a ausência de critérios nomológicos para a consolidação da periculosidade.[115] Diante disso, Mendoza Buergo sugere, preliminarmente, que a precaução não constitua um tema penal, mas de políticas públicas outras.

No entanto, a autora identifica um aspecto do princípio da precaução que pode ser relevante para o direito penal. Seria sua aplicação positiva, que se manifestaria quando o gestor de riscos exigisse a implementação de medidas de segurança na realização de certas atividades.[116] A proteção penal destas medidas de segurança seria legítima, diante de situações limite, nas quais faz-se indispensável o recurso ao princípio da precaução. Estas hipóteses extremas permitiriam a previsão de tipos penais de precaução, desde que respeitados

115. MENDOZA BUERGO. *Princípio de precaución*, p. 447.

116. Idem, p. 449.

certos parâmetros, quais sejam: (i) deve-se estar diante de uma situação de incerteza científica baseada em uma suspeita fundada ou razoável de danos potenciais, que evite arbitrariedades, pressões da opinião pública ou protecionismo desmedido; (ii) esta suspeita deve recair sobre a produção de danos graves e irreversíveis para bens de máxima importância e de caráter não renovável; e (iii) que as medidas de precaução devem observar critérios de custo e benefício e ser proporcionais aos prejuízos temidos.[117]

Com este posicionamento, Mendoza Buergo entende não se afastar de sua premissa de incorporar a periculosidade como elemento essencial ao tipo e ao perigo abstrato.[118] Nos casos de precaução, não estaria presente um juízo de periculosidade plena, porque ausente o elemento nomológico necessário para tal, mas se verificaria uma hipótese de periculosidade suficiente, diante da gravidade dos riscos indiciários.[119] A possibilidade séria de risco teria o condão de preencher o tipo de sentido. A substituição da prognose *ex ante* do perigo por uma atitude de precaução seria a resposta à complexidade e à insegurança da vida atual, que demandaria a ampliação das margens do penalmente relevante.[120]

As construções dogmáticas de Romeo Casabona e Mendoza Buergo apontam que o substrato material dos delitos de perigo abstrato é o risco de lesão

117. Idem, p. 442.

118. "No se trata pues de renunciar o prescindir del requisito de la peligrosidad de la conducta como elemento del injusto material, ni ello parece conveniente ni necesario; se trata más bien de seguir exigiéndolo, pero admitiendo ciertos casos en los que en atención a la importancia del bien a proteger y de la entidad de los riesgos que amenazan, redefinimos la peligrosidad en términos de una posibilidad seria, de acuerdo com los conocimientos disponibiles en un momento dado". Idem, p. 446.

119. Importa anotar que a autora compreende nesta hipótese de periculosidade, hipóteses de risco não comprovadas pela ciência, mas que decorram da "existência de una abundante correlación estadística" (Idem, p. 461). Neste caso, entendemos que existe um juízo de periculosidade constatável e, por isso, não se está diante do princípio da precaução, mas da prevenção, que é adequado para os tipos de perigo abstrato.

120. MENDOZA BUERGO. Idem, p. 459.

apresentado pela conduta descrita no tipo, é a periculosidade verificada, sob uma perspectiva *ex ante*, que agrega elementos ontológicos e nomológicos. No entanto, no contexto da sociedade de riscos, tais penalistas aventam a possibilidade de substituir o conhecimento nomológico da periculosidade pelo princípio da precaução, quando houver indícios científicos e sólidos de riscos para os bens jurídicos tutelados.[121] Desta maneira, a suspeita razoável, ainda que não corroborada pela ciência, seria suficiente para apontar a periculosidade da conduta e, conseqüentemente, para a incidência da norma penal.

A nosso ver, as propostas de Romeo Casabona e de Mendoza Buergo não podem prosperar em um sistema penal funcional pautado pela dignidade humana. A construção do risco, ou da periculosidade, como elemento do tipo objetivo, advém da necessidade de normatização das prescrições penais para dar sentido e conteúdo à atividade repressora do Estado, em sua tarefa de proteção de bens jurídicos em uma sociedade plural e democrática. Por isso, esta periculosidade é construída sob uma perspectiva ontológica e nomológica. A primeira tem o escopo de lastrear a avaliação do risco na realidade da vida, no contexto em que o autor pratica os fatos previstos no tipo, de maneira a evitar uma abstração destacada do mundo do ser. O observador objetivo que se coloca no lugar do agente, sob uma perspectiva *ex ante*, deve incorporar os elementos fáticos que perpassam o contexto, como os instrumentos utilizados para a atividade, sua quantidade, qualidade, a capacidade lesiva, a forma de agir e a intensidade do comportamento. Importa ressaltar que os próprios conhecimentos especiais do autor sobre a realidade dos fatos incorporam o saber ontológico, e devem ser levados em conta no momento da consolidação material da periculosidade.

Já o fator nomológico cumpre o importante papel de conferir sentido à realidade objetiva, agregando a análise dos conhecimentos científicos disponí-

121. ROMEO CASABONA. *Aportaciones*, passim.

veis sobre os cursos causais possíveis, que acompanham o comportamento supostamente desvalorado. A necessidade de sua constatação está intimamente relacionada com o papel do direito penal de proteger bens jurídicos de ataques evidentemente ameaçadores e, portanto, de limitar o exercício do poder punitivo sobre condutas que não ostentem um claro potencial de lesão para os interesses tutelados.

Vale ressaltar que o conteúdo do critério nomológico de periculosidade pode ser a certeza científica, ou estatística, do risco aferido, como já delineado. A substituição do saber nomológico pelo princípio da precaução, como sugerem Romeo Casabona e Mendoza Buergo permitirá, portanto, a afetação, pela norma penal, de condutas cuja periculosidade não é constatada nem por revelações científicas, nem por evidências estatísticas, mas simplesmente é presumida pelo gestor de riscos.[122] Por mais que se queira preencher esta presunção de solidez, através da alusão a indícios cientificamente demonstrados, ou suspeitas incisivas, a verificação da periculosidade será mitigada, abrindo espaço para considerações subjetivas ou para opções políticas simbólicas que vão além do estrito círculo de legitimação do direito penal. Permitir a incidência de pena sobre comportamentos cujos riscos não são comprovados pela ciência, nem sequer demonstrados por revelações estatísticas, será abrir as portas do sistema penal ao arbítrio do gestor de riscos, o que maculará a estabilidade da aplica-

122. Nas palavras de SILVEIRA, "o legislador encontra, pois, limite insuperável na criação de tipos de perigo. Trata-se das leis estatísticas. Não pode ele pretender a punição a situações sabidamente inidôneas para a produção da lesão; esta lógica é fruto de uma propriedade objetiva das coisas e não pode, sob pena de quebra da lógica sistêmica do direito penal, ser rompida. A isso ocorrer, ter-se-á verdadeiro efeito teratológico no campo repressivo, inviabilizando sua compreensão lógico-globalizada". *Direito penal*, p. 114. No mesmo sentido, BISADOLO, "el límite lógico a la concepción normativa del peligro estriba en que el legislador no puede ir contra las leyes estadísticas, es decir, no se pueden calificar normativamente como peligrosos comportamientos que, de acuerdo com leyes estadísticas, no son objetivamente idóneos para producir uma lesión". *Delitos de peligro*, p. 50.

ção da norma através de critérios seguros, pautados pelo conceito de periculosidade típica já aventado.[123]

Importante frisar, ainda, que a substituição do elemento nomológico da periculosidade pela precaução afetará também a própria avaliação ontológica necessária à sua verificação. A perspectiva *ex ante* de um terceiro, que se coloca no lugar do autor no momento dos fatos, ficará comprometida, pois estarão ausentes os parâmetros para a valoração dos fatos. Não será possível avaliar a idoneidade da conduta, dos meios, da forma de ação, sem o conhecimento científico sobre os possíveis efeitos decorrentes do comportamento. Se a ciência não dispõe de aparato para responder sobre os perigos potencialmente envolvidos no contexto fático, certamente o intérprete não terá critérios sobre os quais efetuar uma prognose objetiva do risco criado, de forma que o próprio substrato ontológico da periculosidade não pode ser percebido nas hipóteses de precaução.

Nestes casos, portanto, haverá uma hipótese de periculosidade, tanto sob uma perspectiva ontológica, quanto sob a ótica nomológica, que acarreta a incorporação de uma presunção como critério de aferição do penalmente relevante, operação delicada para um direito democrático e limitado que tem como baluarte a máxima do *in dubio pro reo*. Por mais que Mendoza Buergo ateste que sua proposta não estabelece presunções, mas hipóteses de perigo, esta configura-

123. Fenômeno diverso ocorre nos casos em que o autor conhece a periculosidade da conduta, ainda que esta informação não integre o saber da comunidade científica. Tome-se como exemplo o caso dos organismos geneticamente modificados, em que uma empresa distribui produtos derivados desta técnica, sobre os quais não existam evidências científicas ou estatísticas em relação aos riscos envolvidos. A princípio, pela ausência de periculosidade definida, a empresa não poderia ser imputada penalmente. No entanto, se esta mesma empresa dispunha de conhecimentos sobre experimentos científicos que atestavam o risco do produto, fica caracterizada a periculosidade. O elemento ontológico estará presente, na forma dos conhecimentos especiais do autor que dispunha de dados sobre os perigos potenciais do produto, bem como o saber nomológico, reconhecido nas experiências de caráter científico levadas a cabo pela própria empresa, de maneira que o injusto típico resta demonstrado. Neste caso, a norma penal deixará o campo da precaução e será aplicada, legitimamente, como instrumento de prevenção de riscos.

ção fica evidente quando a autora afirma que, nos espaços dos tipos de precaução ficaria subentendida a periculosidade diante da suspeita de um risco sério, de acordo com os conhecimentos científicos disponíveis.[124] Em nosso modo de ver, suspeita indica sempre presunção, mesmo que existam indícios fundados de risco, porque se está diante de um contexto de dúvida, de ausência, de conclusões de evidência da periculosidade ou inocuidade do comportamento.

A questão do ônus da demonstração da periculosidade nos tipos penais de perigo abstrato já foi tratada quando da exposição das diversas formas de aferição do risco, através de critérios positivos ou negativos. A presunção de riscos desenvolvida por Romeo Casabona e Mendoza Buergo para os delitos de precaução acata, ainda que não explicitamente, a fórmula negativa de apuração de periculosidade, que trata as ações descritas nos tipos de perigo abstrato como comportamentos com presunção refutável de perigo. Nestas hipóteses, a exclusão da tipicidade do fato pela ausência de periculosidade somente se verifica quando restar demonstrada, pelo autor, a ausência completa de possibilidade de lesão aos bens jurídicos. A ação seria considerada arriscada *a priori*, pelo simples fato de estar descrita no tipo penal, e caberia ao agente a demonstração de sua inocuidade.

Assim, em havendo presunção de periculosidade, a tarefa de demonstrar a ausência de capacidade lesiva do comportamento seria do autor da ação desvalorada.[125] A utilização da fórmula negativa nas hipóteses de precaução amplia ainda mais o grau de presunção do risco.

124. MENDOZA BUERGO. *Princípio de precaución*, p. 473.

125. Nesse sentido, SILVA, "assim, quando alguém pretende introduzir uma nova tecnologia, como a dos transgênicos, por exemplo, com conseqüências sobre o meio ambiente, este alguém deverá se certificar e provar que essa novidade não causará danos ambientais. Isso significa que há uma inversão no ônus da prova que milita em favor da preservação do meio ambiente. É obrigação dos idealizadores ou interessados na atividade provar que os produtos geneticamente modificados são seguros, e não a sociedade provar que são inseguros". *Os organismos*, p. 107, e RIOS. *O Mercosul*, p. 51.

Nos delitos de perigo abstrato de prevenção, relacionados a comportamentos cujos riscos são reconhecidos, ainda haverá a possibilidade de o autor sustentar, com base nos fatos ontológicos e em dados nomológicos, a ausência de periculosidade. Nas hipóteses de precaução, a refutação do risco não pode ser feita, justamente porque não existem informações disponíveis sobre os potenciais cursos causais danosos que as envolvem. A presunção *iuris tantum* de perigo passa a ser *iuris et de iure*, ou seja, absoluta e irrefutável, que atinge a materialidade do injusto e o aproxima dos crimes de desobediência, em que a mera violação da norma já legitima a intervenção penal sobre o comportamento. Nestes casos, a dúvida, a incerteza, a obscuridade que recai sobre as atividades restritas pelas medidas de precaução pesa contra o acusado, que terá que demonstrar a inocuidade de seu comportamento em um contexto em que nem a ciência pode oferecer respostas claras sobre a questão.

Tal exigência macula o princípio da presunção de inocência, pelo qual a ausência de provas não solidifica a pretensão punitiva do Estado, mas implica presunção favorável ao réu. O ônus da demonstração da periculosidade, neste caso, deve recair sobre a parte que busca a incidência da pena, e não o contrário. O princípio da presunção de inocência impõe uma diretriz clara à aplicação do direito penal. Trata-se de garantia fundamental que preserva o cidadão diante da atividade repressiva e notadamente agressiva do Estado no exercício do *ius puniendi*, também atrelada ao princípio da dignidade humana e à necessidade de impedir a imposição da pena arbitrariamente. A presunção de inocência é um corolário inafastável do direito penal de um Estado Democrático de Direito.

O respeito à presunção de inocência, nos delitos de perigo abstrato, pressupõe que o ônus da demonstração de periculosidade seja da acusação. O risco não é presumido, mas deve ser evidenciado pela parte que pretende a punição, o que torna inviável a incidência da norma penal sobre as hipóteses de precaução.

Importa ressaltar que, no âmbito dos delitos de perigo abstrato, a demonstração da periculosidade da conduta, imposta à parte acusatória, não exige grandes considerações, uma vez que o tipo penal não prevê resultado nem situação concreta de perigo. A prova da periculosidade da conduta, necessária para a caracterização da tipicidade, é realizada pela simples demonstração da potencialidade do ato de causar danos ou lesões, e esta constatação decorre da verificação dos elementos ontológicos e nomológicos, que podem ser refutados pelo autor do fato, em um salutar e democrático embate argumentativo.

No entanto, nos espaços de precaução, verifica-se justamente a ausência de provas de periculosidade da conduta, que não podem ser aferidas nem pelo Estado nem pelo particular, devido à não disponibilidade de conhecimento científico sobre a matéria. Nestes casos, a falta de evidências de risco não decorre da incapacidade de uma das partes em apresentá-las, mas da própria ausência absoluta de conhecimento nomológico capaz de sustentar a tipicidade. A falta de dados e informações afetará os argumentos da acusação e da defesa. Logo, imprimir ao acusado a obrigação de produção de prova de inocuidade da conduta, dentro de um contexto de clara incapacidade científica para qualquer aferição consistente, levará à violação do princípio da presunção de inocência.[126]

Diante da inadmissibilidade de presunção de periculosidade, a utilização dos tipos penais de precaução não pode ser acatada, sob pena de criar um sistema de imputação baseado em indícios ou suspeitas não refutáveis, incompatível com um modelo de Estado Democrático de Direito, que funda sua funcionalidade na preservação da dignidade humana. O direito penal trabalha com uma lógica diversa dos demais instrumentos de gestão de risco, pois seu funcionamento gira em torno das garantias individuais em todos os elementos de

126. Assim, a premissa do direito ambiental para o princípio da precaução, pela qual "é melhor errar em favor da proteção ambiental do que correr sérios riscos ambientais por falta de precaução dos agentes do Estado". RIOS. *O Mercosul*, p. 50. Pode ser aplicável e legítimo na esfera administrativa, mas não é admissível o erro que coloque em risco a liberdade e os direitos fundamentais em prol de uma dúvida.

construção do tipo, com uma finalidade que não pode ser a seguridade geral, mas a imputação de um fato punível a uma pessoa, através dos limites impostos pelos princípios constitucionais estabelecidos.[127]

O limite inquebrantável do direito penal é a existência de risco, que delimita a fronteira existente entre a prevenção e a precaução, de modo que fica afastada a incidência das normas penais diante do descumprimento de regras de precaução, impostas pela ausência de conhecimento científico sobre a periculosidade das novas tecnologias e produtos.

13. Conclusão

A ilegitimidade da atuação do direito penal nos âmbitos assinalados impõe o desenho de uma solução dogmática ou legislativa, para rechaçar a incidência da sanção nos casos de precaução.

Uma primeira alternativa seria identificar as condutas que envolvem o princípio da precaução e afastar delas as sanções privativas de liberdade, adotando a proposta de Silva Sánchez do direito penal de duas velocidades.[128] Tal operação teria a vantagem de manter a integridade do direito penal atual, incorporando seus elementos expansivos, o que seria importante diante da solenidade e da força coercitiva simbólica do instituto da pena. Desta forma, os delitos de precaução estariam presentes no ordenamento repressivo, mas a conseqüência da violação da norma não poderia ser a pena privativa de liberdade. Com isso, ficaria resguardada a dignidade humana e os princípios dela decorrentes, mesmo diante da flexibilização das regras de imputação impostas pelo

127. HASSEMR. *Lineamientos*, p. 281.

128. Que consiste, em apertada síntese, na distinção de dois sistemas de reação penal, um que faria o papel de enfrentar a criminalidade clássica e violenta, através de penas privativas de liberdade, e outro que trataria com a nova criminalidade (bens jurídicos difusos, crimes de perigo abstrato) através de sanções que não importassem a prisão. Para mais detalhes, ver *A expansão*, passim.

direito penal de riscos.[129] As regras vigentes de exclusiva proteção de bens jurídicos, com referencial individual, e de tipicidade material atrelada à periculosidade, seriam suplantadas por construções elásticas que permitiriam abraçar as hipóteses de descumprimento de medidas de precaução, desde que a norma primária não estivesse atrelada à prisão. Ficariam mantidos os tipos penais em questão no ordenamento repressivo, mas seria alterada a qualidade da resposta estatal, que passaria ao caráter pecuniário, alternativo, ou mesmo reparatório.

No entanto, parece-nos que a discussão sobre a problemática relação entre princípio da precaução e direito penal não se resume à qualidade da pena, mas à própria legitimidade da intervenção penal nestes casos. A solenidade, a força intimidatória da norma penal, e a estigmatização social inerente à atuação do poder punitivo estatal, ressaltados por Silva Sánchez como argumentos decisivos em prol da expansão do poder punitivo a novos contextos,[130] existem justamente porque são aplicados apenas diante de situações limite, de disfuncionalidade social grave, representados pela afetação da dignidade humana em sua concepção constitucional. A proposta de utilizar desta incisividade inerente ao direito penal para reforçar normas de organização social, para inibir práticas sem periculosidade evidente, acabará por esgarçar a atuação do poder punitivo e acarretará a minoração da força comunicativa deste instrumento.[131] O direito penal incorporará, cada vez mais, uma demanda de regulamentação total de riscos, refletida em uma conformação jurídica cada vez mais defeituo-

129. SILVA SÁNCHEZ não se refere diretamente ao princípio da precaução, mas admite a inclusão, no direito penal de duas velocidades, de delitos por acumulação ou de perigo presumido, distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais. *A expansão*, p. 147. Desta forma, a crítica em tela não tem por objeto a proposta do direito penal de duas velocidades, mas a incorporação dos tipos penais em comento ao direito penal através da construção metodológica deste autor.

130. SILVA SÁNCHEZ. *A expansão*, p. 141.

131. HERZOG. *Limites*, p. 81.

sa das decisões políticas, em um déficit de execução e na conseqüente desintegração do sistema.[132]

Desta forma, optamos, sob uma ótica funcionalista, por atribuir ao direito penal a função de exclusiva proteção de bens jurídicos, o que não significa rechaçar a importância de reflexão sobre novos institutos dogmáticos, desenvolvidos pela necessidade de atuar diante dos novos riscos e de suas características. No entanto, a utilização do instrumento penal para fazer frente à violação das regras de precaução não comporta os padrões mínimos necessários para legitimar a incidência do *ius puniendi*: logo, não pode ser incorporada ao sistema repressivo sem ferir a coesão harmônica obtida pela fundamentação do ato penalmente relevante no risco decorrente da conduta.

Outra possibilidade seria remeter os tipos penais de precaução ao direito de intervenção, proposto por Hassemer, que consistiria em um ordenamento intermediário, entre o direito administrativo e o direito penal, que abrigaria sanções mais brandas que este último, porém que apresentaria um sistema de garantias mais flexível, para permitir ao Estado uma apuração mais eficaz e efetiva das condutas não admitidas.

A proposta de Hassemer tem a vantagem de afastar do direito penal qualquer inovação que implique na supressão das garantias constitucionais ou na flexibilização da rígida dogmática que envolve seus institutos. No entanto, não está desenvolvida nem delimitada de maneira suficiente, o que poderia implicar a utilização do direito da intervenção para a construção de um sistema autoritário e expansivo que, sob a justificativa de agir por meio de penas mais brandas, legitimasse uma atuação arbitrária do poder público para o combate a tais atividades.[133]

132. SANTANA VEGA. *La protecion*, p. 170.

133. SILVEIRA cita o temor de parte da doutrina diante das propostas de HASSEMER, que indaga se o tratamento diferenciado concedido a este novo campo regulatório não acaba-

Outro problema que dificulta a concretização da proposta de Hassemer, e que também pode ser apontado como obstáculo à aplicação da sugestão de Silva Sánchez, especialmente relacionado aos tipos penais de precaução, diz respeito à dificuldade de identificar e particularizar estes dispositivos na legislação penal. Não há como separar os tipos de precaução dos demais delitos de perigo abstrato, para que a eles se possam aplicar penas mais brandas ou remetê-los ao direito de intervenção.

As prescrições legais, em geral, não dispõem sobre a existência ou não de conhecimentos científicos sobre a periculosidade do ato proibido, simplesmente vedam sua prática. Cabe ao intérprete reconhecer, nestes dispositivos, a presença do princípio da precaução ou da prevenção. O reconhecimento dos tipos penais que punem o descumprimento de medidas de precaução é complexo, porque depende de um elemento externo à norma, qual seja, o conhecimento científico existente sobre os riscos do comportamento. A classificação hipotética dos tipos penais de prevenção e de precaução não é factível e, se o fosse, sua presença no ordenamento penal ou no ordenamento de intervenção, como quer Hassemer, ou a qualidade da pena atribuída a estes, como pretende Silva Sánchez, estaria condicionada ao desenvolvimento da ciência e das descobertas sobre os riscos atrelados às condutas desvaloradas. Desta forma, uma conduta sobre a qual pairem suspeitas não comprovadas de risco figuraria como um ilícito no ordenamento de intervenção (Hassemer), ou não comportaria uma pena privativa de liberdade (Silva Sánchez), mas o advento de uma comprovação científica, uma evidência estatística sobre sua periculosidade, ensejaria uma alteração legislativa para remanejá-la ao direito penal (Hassemer) ou para atrelar a ela uma ameaça de prisão (Silva Sánchez).

ria por quebrar garantias democráticas ao tratar, de forma desigual, diferentes condutas criminosas. *Direito penal*, p. 200.

O condicionamento da relevância penal de uma atividade, no campo da precaução, sem dúvida estará atrelado à capacidade da ciência em conhecer seus riscos, mas exigir do legislador que altere a natureza da norma a cada descoberta científica dificultará sobremaneira a construção de um sistema coerente e a formulação de uma política criminal sólida. Para ilustrar a problemática exposta cite-se, mais uma vez, a questão dos transgênicos. A comercialização de organismos geneticamente modificados para alimentação poderá ser não perigosa, perigosa, ou indeterminada (pode deixar como está), de acordo com a espécie de produto oferecido a consumo. Assim, suponha-se que a ciência comprove que o alimento transgênico X seja absolutamente desprovido de qualquer potencialidade lesiva, que o alimento Y represente um risco considerável para a saúde humana e para o meio ambiente, e não ofereça conclusões sobre a periculosidade do alimento Z.

Nesta hipótese, a aceitação da proposta de Hassemer ou de Silva Sánchez para os casos em tela exigiria excluir o comércio do primeiro produto da incidência da norma penal (ou não atribuir a este pena de prisão), a manutenção na órbita do regulamento repressivo (ou da pena de prisão) da distribuição do segundo produto, e a remissão dos atos que envolvam o terceiro ao direito de intervenção (ou mantê-los no direito penal e não atribuir a eles a pena de prisão), com a necessidade de alterar a legislação a cada nova descoberta científica, para manter a coerência da lei aos princípios já desenvolvidos. Não nos parece uma construção racional nem prática.

A norma penal que proíbe a comercialização de transgênicos não faz referência ao conhecimento ou à ignorância sobre os riscos envolvidos, apenas desvalora o comportamento e atribui a ele uma sanção, da mesma forma que a norma que veda a distribuição de medicamentos sem autorização da autoridade competente pode abarcar situações de precaução, quando não haja certeza dos riscos envolvidos com um produto inédito, como medidas de prevenção, quando constatados os perigos inerentes à atividade. Logo, não existem, no

plano positivo, normas de precaução. Este sentido lhes é dado diante da realidade concreta, quando não existam informações sobre os perigos potenciais agregados à ação.

Assim, as condutas descritas no tipo podem ou não ostentar periculosidade *in concreto*, o que impõe ao intérprete, diante de uma situação fática, verificar a existência do risco, por meio dos critérios já apontados. A constatação de que uma proibição típica é resultante da aplicação do princípio da precaução ou do da prevenção não é realizada pela redação abstrata do tipo penal, mas pela autoridade competente para sua aplicação a uma situação concreta. Isso explica o difícil êxito das propostas de Hassemer ou de Silva Sánchez para a problemática posta.

Por outro lado, nada impede outra categoria de alteração legislativa, que consistiria em explicitar, em uma cláusula geral, a irrelevância penal de condutas que não apresentem periculosidade evidente para os bens jurídicos protegidos, o que afetaria as prescrições típicas que dispõem sobre o princípio da precaução. Esta modificação do direito penal positivo teria a vantagem de indicar cabalmente o sentido da atuação do intérprete, e evitar maiores debates doutrinários sobre o tema, pacificando a jurisprudência no sentido ora defendido. A operação legislativa, aqui, seria oportuna para indicar a necessidade de avaliação normativa do risco diante do caso particular de perigo abstrato, e minimizar a discussão em torno da atividade interpretativa. A transformação dos delitos de perigo abstrato em tipos penais de perigo abstrato-concreto, em que a periculosidade é expressa na redação da própria norma penal a fim de superar qualquer dúvida sobre o afastamento da relevância de condutas cujos riscos não estão demonstrados cientificamente, seria pertinente e útil.[134]

Importa ressaltar, no entanto, que qualquer alteração legislativa no sentido de afastar o direito penal da precaução encontraria um obstáculo de difícil

134. Proposta de CEREZO para retirar expressamente a relevância penal de atividades não arriscadas, exposta em TERRADILLOS BASOCO. *Peligro abstracto*, p. 802.

transposição, qual seja, o ambiente político decorrente da atual demanda social pela ampliação da proteção penal, pelo recrudescimento das medidas de contenção de riscos. O legislador é sensível ao discurso da repressão, e qualquer propositura que objetive limitar a incidência das normas penais aos novos âmbitos de risco não encontraria respaldo nem apoio ostensivo, e estaria fadada ao fracasso. Desta forma, diante da dificuldade prática em fazer tramitar qualquer processo legislativo que restrinja a aplicação do direito penal, outra alternativa extraparlamentar deve ser buscada para atrelar a atividade punitiva aos preceitos oriundos de um Estado Democrático de Direito.

A nosso ver, a solução para a problemática exposta será de cunho dogmático, e não legislativo, e passa pela construção de uma interpretação dos delitos de perigo abstrato que atente para a materialidade típica do comportamento prescrito, revelada pela periculosidade. Atrelar o injusto do tipo penal de perigo abstrato à periculosidade e, conseqüentemente, afastar a legitimidade do direito penal da precaução, depende unicamente de uma interpretação teleológica da norma, de acordo com os fins do direito penal funcional, que busca a proteção de bens jurídicos dentro de um modelo de Estado que consagra a dignidade humana como valor estruturante.[135]

É no instante da aplicação da norma penal que uma operação interpretativa deve ser realizada, no sentido teleológico proposto. A estrutura superficial da redação dos tipos penais de perigo abstrato não fala expressamente sobre a periculosidade ou sobre as formas de constatá-la. O tipo penal do art. 55 da Lei 9.605/98 ("Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida") não se refere aos potenciais lesivos da conduta, não menciona o risco como elemento objetivo da tipicidade, só aponta um comportamento e atribui a ele uma sanção penal.

135. Sobre a interpretação teleológica, ver GIMBERNAT ORDEIG. *Conceito e método*, pp. 70 e ss.

Apenas uma análise da estrutura profunda do tipo, que compreenda seus elementos de sentido, permitirá que o intérprete, sem se afastar do texto da lei, atribua valor a seus termos, de acordo com as exigências da dinâmica social sem, com isso, afetar a segurança jurídica.[136] Para isso, segundo Camargo, será necessária a utilização de um componente transformacional que permita reconhecer o sentido semântico da norma, revelando seu conteúdo material.[137]

Nos delitos de perigo abstrato, o intérprete deverá utilizar-se do conceito de dignidade humana, elemento fundador do direito penal, para aferir tal sentido semântico, preenchendo de conteúdo a estrutura superficial da redação do tipo. A orientação do entendimento neste sentido implica a identificação dos bens jurídicos tutelados subjacentes em cada tipo penal. Será esta operação que revelará o alcance dos dispositivos que carregam o perigo abstrato, direcionados teleologicamente à proteção de interesses fundamentais e, portanto, exigindo um elemento de risco para a tipicidade material.

A compreensão semântica do tipo penal de perigo abstrato, por conseguinte, torna imperativo que se eleve a periculosidade à categoria típica, mesmo que uma análise superficial do enunciado legal não permita esta conclusão. Assim, o dispositivo penal que proíbe a lavra de recursos minerais sem autorização exige, em um sentido material, a comprovação da periculosidade desta atividade. Ou seja, incorporar o risco na tipicidade prescinde da alteração legislativa, mas impõe ao juiz um labor interpretativo que permita aplicar a norma penal de acordo com os princípios do direito penal democrático. A ele caberá, no papel de autoridade gestora de riscos, observar a existência do risco,

136. Nesse sentido, CAMARGO afirma que "na operação de delineamento, o intérprete terá em vista que o tipo descrito na lei penal, concretizado na frase, representa uma estrutura superficial desta mesma frase, que é o sinal físico, que possibilita sua interpretação fonética. Verificando-se quais as regras transformacionais aplicadas, chegaremos à estrutura profunda, à qual o componente semântico atribuirá um valor semântico, o que permitirá a compreensão da frase, abstratamente, no momento da ação praticada". *Tipo penal*, p. 88.

137. CAMARGO. *Tipo penal*, p. 67.

sob uma perspectiva *ex ante*, para revestir de materialidade o injusto penal. Cumpre à autoridade judicial compreender que esta periculosidade não está no enunciado descritivo do comportamento desvalorado, mas na estrutura profunda da sentença gramatical, que fundamenta a tipicidade objetiva e estrutura toda a ação penalmente relevante.[138]

Diante desta metodologia será possível afastar a tipicidade nas hipóteses de precaução sem que o texto legal seja alterado. Apenas desta forma os delitos de perigo abstrato podem ser compreendidos, e apenas assim poderão cumprir com sua missão funcional de proteger a dignidade humana de acordo com os parâmetros de um Estado Democrático de Direito.

14. Bibliografia

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio e proporcionalidad en derecho penal.* Madrid: Edersa, 1999.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. Segundo paseo con el peligro. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 3, fasc. 4-5, mar. 1997, pp. 57-81.

ALVES, Alaôr Caffé. *Linguagem, sentido e realidade da norma jurídica*: dialética da norma jurídica. Tese de livre docência. São Paulo: Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, 1996.

ALVES, Wagner Antônio. *Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro.* Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2005.

ARCE VÍQUEZ, Jorge Luis e CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. Los problemas de la política criminal del peligro: consideraciones em torno a la punibilidad de los llamados "actos preparatorios" como delitos independientes. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1999, p. 3-54.

138. Assim, TERRADILLOS BASOCO, na ausência de referência expressa de periculosidade na norma, o intérprete é obrigado a suprir o silêncio legal, em decorrência do princípio constitucional de lesividade. *Peligro abstracto*, p. 803.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1994, pp. 5-24.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia, VARELLA, Marcelo Dias. O princípio de precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de mudanças climáticas. *Revista de Direitos Difusos* – bioética e biodiversidade, São Paulo, v. 12, 2002, pp. 1.587-1.596.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Barcelona: Paidós, 1998.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses*: a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro.* São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

_____. *Tipo penal e linguagem.* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos. *Cuadernos de derecho judicial*, n. 36, Madrid, 1994, pp. 0-22.

CARO CORIA, Dino Carlos. 'Sociedades de riesgo', bienes juridicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Revista peruana de Ciencias Penales*, n. 9, año V, Lima, 1999, pp. 177-219.

CEFIC, European Chemical Industry Council. Precautionary principle. The precautionary principle, industry and law-making. Position paper. Disponível em: http://www.cefic.be/position/sec/pp_sec05.htm. Acesso em: 11.01.2006.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal espanhol*: parte general. Madrid: Technos, 2001.

CEZAR, F. G., e ABRANTES, P. C. C. Princípio da precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o progresso de

análise do risco. *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, v. 20, n. 2, Brasília, mai.-ago. 2003, p. 225-262.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPÉIA SOBRE O RECURSO AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, Comissão das Comunidades Européias, Bruxelas, 02.02.2002, COM (2000) 1 final. Disponível em: http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/press/press38_pt.html. Acesso em: 11.01.2006.

CORREAS, Óscar. *Crítica da ideologia jurídica*: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Causalidad de los delitos contra el médio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. *Revista Seqüência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*, Florianópolis, n. 28, jun. 1994, pp. 45-54.

DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. (1992). Disponível em: www.interlegis.gov.br. Acesso em: 10.01.2006.

FARIA COSTA, José Francisco de. _____. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstrato y concreto en relación con el transito. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, fasc. 0, mai.-ago. 2000, pp. 150-181.

FERNANDES, Paulo Silva. O direito penal no amanhecer do século XXI: breves questões à luz do paradigma da sociedade do risco. *Sub Judice*: justiça e sociedade, Coimbra, fasc. 19, jul.-dez. 2000, pp. 111-127.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

FIANDACA, Giovanni. *La tipizzazione del pericolo*. Dei delitti e delle pene, Bari, 03, 1984 pp. 441-472.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, fasc. 33, jan.-mar. 2001, pp. 39-65.

FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui (coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. La criminalización en el ámbito prévio como tendencia político-criminal contemporanea. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo e MORALES PRATS, Fermín (coord.) *El nuevo Derecho Penal Español*. Estudios en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Elcano: Aranzadi, 2001, pp. 685-722.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Série as ciências criminais no século XXI, v. 09. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto?: a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, out.-dez. 1994, p. 69-84.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRASSO, Giovanni. L´anticipazione della tutela penale: I reati di pericolo e i reati di attentato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 29. Milano, 1986, pp. 689-728.

GUIVANT, Julia S. A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n. 46, Rio de Janeiro, 2º sem. 1998, pp. 3-38.

HAMMERSCHIMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *RT*, v. 808, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, fev. 2002, pp. 39-56.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, Barcelona, fasc. 1, 1991, pp. 23-36.

_____. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico.* Doctrina Penal: teoria y practica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, fasc. 45-48, 1989, pp. 275-285.

_____. MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Delitos de peligro con verificación de resultado: concurso de leyes? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 47, fasc. 1, ene.-abr. 1994, pp. 111-140.

HERZOG, Felix. Límites al control penal de los riesgos sociales: una perspectiva critica ante el derecho penal en peligro. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 46, fasc. 1, ene.-abr. 1993, pp. 317-327.

HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43, ano 11, abr.-jun. 2003, pp. 11-45.

_____. Peligro y peligrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, fasc. 2, may.-ago. 1996, pp. 509-528.

JAÉN VALLEJO, Manuel. Los principios superiores del derecho penal. *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, v. 5. Madrid: Dykinson, 1999.

_____. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, t. XLVIII, fasc. I, ene.-abr., 1995, pp. 57-70.

JAKOBS, Günter. *Derecho penal* – parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KINDHAUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LYRA, Marcos Mendes. Dano ambiental. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, ano 2, out.-dez. 1997, pp. 49-83.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e o direito ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 8, ago. 2001, pp. 1.081-1.094.

MAQUEDA ABREU, Maria Luiza. *La idea de peligro en el moderno derecho penal*. Algunas reflexiones a proposito del Proyecto de Código Penal de 1992. Actualidad penal, Madrid, n. 26-27, junio 1994, pp. 481-498.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes juridicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997.

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

_____. Exigencias de la moderna politica criminal y principios limitadores del derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, t. LII, 2002, pp. 279-321.

_____. La configuración del injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, fasc. 9, ene. 2002, pp. 39-82.

_____. *Limites dogmaticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.

_____. *Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro*. Princípio de precaución – biotecnologia y derecho. Bilbao-Granada: Comares, 2004, pp. 434-473.

MIR PUIG, Santiago. La perspectiva *ex ante* en derecho penal. *Anuário de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, v. 36, jan.-abr. 1983, pp. 5-22.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. Um direito penal do risco para uma sociedade de risco? (Uma discussão dentro da perspectiva penal ambiental). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, 2003, pp. 102-119.

MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal* – parte general. 2. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

OLIVEIRA, Lenôra Azevedo de. A proteção do bem jurídico ambiental e os limites do direito penal contemporâneo. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*, pp. 47-94. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, Madrid, fasc. 11, ene. 2003, pp. 95-164.

PENALVA DA SILVA, F. O princípio da precaução e a biossegurança de transgênicos. *Revista de Direitos Difusos* – interesses difusos: temas polêmicos, São Paulo, v. 17, jan.-fev. 2003, pp. 2.341-2.371.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Sociedad de riesgos y reforma penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 43, 1996, pp. 61-84.

PINHO, Demosthenes Madureira de. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

POPPER, Karl R. A lógica da investigação científica. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1975.

POSSAS, Cristina A., e MINARÉ, Reginaldo L. *O princípio ético da prudência ou precaução na engenharia genética*: implicações para a saúde humana e meio ambiente. Parcerias Estratégicas, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, n. 16, out. 2002, pp. 183-191.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Biossegurança e direito penal. *RT*, v. 835, ano 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 2005, pp. 415-433.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE BIOSSEGURANÇA da Convenção sobre Diversidade Biológica. Texto Completo do Protocolo. Disponível em: www.ctnbio.gov.br. Acesso em 10.01.2006.

PROTOCOLO DE QUIOTO À CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE MUDANÇA NO CLIMA. Ministério da Ciência e Tecnologia. Texto Principal. Disponível em: www.mct.gov.br. Acesso em: 10.01.2006.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *I reati di pericolo nella politica criminale del nostro tempo*. In: STORTONI, Luigi e FOFFANI, Luigi (cura). Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L´analisi critica dela scuola di Francoforte. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000, Milano: Giuffrè, 2004, pp. 347-356.

REALE JR. Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral: v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIOS, Aurélio Virgilio Veiga. O Mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução. *Revista de direito ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, ano 7, out.-dez. 2002. pp. 41-57.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudência*. Colección autores de derecho penal. Dirigida por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires: Rubinal-Culzoni, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*. Congresso Internacional de la Facultad de derecho de la UNED: Modernas tendências en la ciencia del derecho penal y en la criminologia. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

_____. *Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo*. Estudios de derecho judicial, Madrid, n. 40, 2002, pp. 153-186.

_____. Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías. *Revista del Poder Judicial*, n. 31, sep. 1993, pp. 163-204.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Jus Navigandi*, a. 8, n. 439, 19 set 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722. Acesso em: 10.01.2006.

ROSSATO, Elisiane Rubin. Os direitos fundamentais como amparo ao princípio da precaução. Estudos jurídicos. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos*, v. 35, n. 94, 2002, pp. 5-26.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

SALAS ALMIRALL, Salvador. *Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro*. Cuadernos de derecho judicial, Madrid, n. 26, 1994, pp. 111-170.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: FADUSP, 2005.

SANDS, Philippe. O princípio da precaução. In: VARELA, Marcelo Dias, BARROS-SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SCHULZ, Lorenz. De la aceleración de las condiciones de vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho Penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, pp. 477-468.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 2, fasc. 1-2, abr. 1996, pp. 17-49.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Enio Moraes da. Os organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução como instrumento de proteção ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, abr.-jun., 2003, pp. 98-112.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. *As ciências criminais no século XXI*. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *Política criminal y nuevo derecho penal* – libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIRC. Social Issues Ressearch Centre. *Beware the precautionary principle*. Disponível em http://www.sirc.org/articles/beware.html. Acesso em: 10.01.2006.

SOLA RECHE, Esteban. Princípio de precaución y tipicidad penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). *Princípio de precaución, biotecnologia y derecho*. Bilbao-Granada: Comares, 2004, pp. 475-191.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignácio José. Prevención de riesgos laborales y derecho penal. *Revista del Poder Judicial*, n. 64, 4º trim., 2001, pp. 83-102.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal, *Pena y Estado*, fasc. 1, Barcelona, 1991, pp. 9-22, 1991.

_____. Peligro abstracto y garantias penales. El nuevo derecho penal español. *Estudios en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Elcano: Aranzadi, 2001, pp. 787-815.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Acción peligrosa y dolo – perspectivas jurisprudenciales y legislativas. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, n. 33, 1994, pp. 55-177.

_____. Cursos causales no verificables en derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XXXVI, fasc. I, ene.-abr. 1983, pp. 221-238.

_____. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 34, fasc.2-3, may.-dic., 1981, pp. 825-847.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman* – parte general. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1993.

WOLFRUM, Rüdiger. *O princípio da precaução*. In: VARELLA, Marcelo Dias; e PLATIAU, A. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Notas sobre causalismo y finalismo en derecho penal. *Doctrina Penal*: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 4, fasc. 13-16, 1981, p. 351-366.

_____. *Tratado de derecho penal* – parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____. e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado[1]

Wolfgang Naucke

Resumo: O autor critica o descaso votado pela doutrina e pela jurisprudência ao princípio da legalidade penal, baluarte de um direito penal garantidor. Tal situação só poderá ser remediada uma vez que se abandone a atitude positivista dominante, que vê já em toda "regra" uma lei penal, entregue aos humores da política, em favor de uma concepção da lei penal como um imperativo categórico fundamentalmente apolítico.

Palavras-chave: Princípio da legalidade – Teoria da pena – Retributivismo – Direito Penal mínimo – Escola de Frankfurt.

Abstract: The author makes critical remarks about the usual treatment awarded to the "principle of penal legality" or to the "penal rule of law" (Strafgesetzlichkeit) by lawyers and judges. This situation can only be overcome

1. Título original: "Die Aushölung der strafrechtlichen Gesetzlichlikeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus". Traducción a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Téngase en cuenta, a propósito de la expresión alemana *Geselzlichlteit,* que hemos traducido aquí por principio de legalidad (penal), lo que se afirma *supra* en pág. 6, nota*, a propósito de los términos *Geselzlichkeil y Legalität.*

once the dominant positivist approach, which gives up the rule of law in favor of the changing interests of politics, is abandoned in favor of an conception of penal law as a fully apolitical categorical imperative.

Key-words: Rule of law – Theory of punishment – Retributivism – Minimalism – Frankfurt School.

I
Introducción

La doctrina sobre el principio de legalidad y la praxis de éste se encuentran en una situación deplorable. Los grandes manuales de Derecho penal, que tendrían motivo y espacio suficiente como para exponer planteamientos personales y vigorosos sobre el mismo, se limitan a tina escueta consideración sobre el alcance del artículo 103.II GG.[2] El tenor de las consideraciones es el siguiente: el principio de legalidad penal no es un problema central del Derecho penal. Ninguno de tos grandes manuales de Derecho penal comienza con el problema del principio de legalidad (aunque sin duda se expresa ya en el § 1 StGB); no cabe esperar mocho de la doctrina del principio de legalidad; el principio de legalidad no pretende alcanzar ningún objetivo; las exigencias de precisión que se han de derivar del principio de legalidad penal no tienen por qué ser mayores.[3] De este modo, la doctrina acaba por aceptar lo

2. [Art. 103.II GG: "Un hecho sólo podrá ser castigado si su punibilidad estaba determinada por la ley de modo previo a su comisión". Tomo la versión de SILVA SÁNCHEZ, trad. de SCHUNEMANN, El *sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 196. El § 1 StGB posee idéntico contenido al del art. 103.II GG] (N. del T).

3. BAUMANN/WEBER, *Strafiechl, Allgerneiner Teil*, 9. ed., 1985, p. 121; JAKOBS, *Strafrecht, Allgenteiner Teil*, 2. ed., 1991, p. 63 ss. [existe versión castellana, a cargo de CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Derecho penal. Parte general. Fundamientos y teoría de la imputación*, Madrid, 1997]; MAURACH/ZIPF, *Strafrechl, Allgemeìner Teil*, v. 1, 8. ed., 1992, p. 120 ss. [versión castellana de la 7. ed. alemana, a cargo de BOFILL/AIMONE, *De-*

que la praxis, sin atender a aquélla, ha desarrollado con la interpretación del art. 103.II GG en la jurisprudencia más constante: en Derecho penal no hay por qué concebir un principio de legalidad entendido de modo muy estricto; en la práctica hay que ser generoso a la hora de decidir los contenidos lícitos y de valorar la exigencia de determinación de la ley penal.[4]

El estudiante no muestra gran respeto por la ley penal; pero tampoco se le inculca dicho respeto. En cuanto llega a las clases de Derecho aprende enseguida –la mayor parte de las veces sin preguntarse el porqué ni su sentido– extensas cadenas de opiniones que sólo débilmente se apoyan en la ley, que dan vueltas alrededor de la misma y que poseen una existencia jurídica propia. Se habla de la protección legal de bienes jurídicos, pero se trata de una fórmula vacía. Y cuando en las clases se llega a la fórmula de que quien teme a los hombres debe amar la Ley, se pisa incómodamente por encima de ella. En definitiva, únicamente se enseña y se aprende una habilidad en el manejo de unos textos que se hallan en las recopilaciones de leyes y que ya resultan suficientemente difíciles de encontrar.

Las conversaciones académicas sobre la ley penal son puro aburrimiento y cinismo. ¿Es que en el correr de la vida cotidiana del Derecho pretenden las leyes penales aproximar-se al orden de valores morales?: ¡que no se rían los penalistas! Las leyes son en cualquier caso actas que el legislador levanta; y que permiten por eso mismo establecer en las clases un arbitrario manejo de la ley (y dejar en ridículo enseguida al alumno que tras una reflexión no da con la ley).

recho penal. Parte general, I, Buenos Aires, 1994]; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed., 1994, p. 91 ss., 100 ss. [versión castellana, a cargo de LUZÓN PENA/DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, *Derecho penal. Parte general, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997]. Más estricto JESCHECK, *Lehrbuch dos Strafrechis, Allgemeiner Teil*, 4. ed., 1988, p. 119 ss. [versión castellana, a cargo de MANZANARES SAMANIEGO, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Granada, 1993].

4. Así, KRAHL, *Die Rechlsprechung dos Bundesvofassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103.II GG)*, 1986, en especial, p. 277 ss.

En la ley penal –es la opinión de moda– todo es posible, con tal de que se alcance cierto grado de precisión, sin que ni siquiera ésta deba ser excesiva,[5] y/o con tal de que sirva en Derecho penal para una objetivación mínimamente identificable o aseguramiento de un programa [de objetivos políticos].[6] No existe una discusión sobre la relación entre ley penal y lo que merece ser recogido en la ley penal. De la prudencia de las leyes no gusta hablarse. En definitiva: se sabe que no hay le que impida al tirano abusar de su posición. Y se sabe también que no hay género alguno de violencia o usurpación que no acabe por quedar justificada por medio de una ley correctamente elaborada. Debe haber leyes penales; la Ley Fundamental de Bonn de 1949 a fin de cuentas lo exige. Pero así, la ley penal no es nada singularmente importante y de entidad en la praxis jurídica. Las leyes resultan simplemente "sancionadas", lo cual no pasa de ser un modo de decir de juristas que se acepta como si fuera algo serio.

Existen en la doctrina extensas obras sobre el principio de legalidad penal, y sin embargo ninguna aborda el problema real del "principio de legalidad penal"; antes bien muestran un panorama aséptico de la bibliografía –por supuesto siempre con muestras de escepticismo ante las demandas de un principio de legalidad penal no comprometido.[7]

5. JAKOBS, cit. (nota I), p. 64 *ss* (la frase "La propia ley debe impedir su abuso para finalidades ilegítimas de regulación" –*ibidem*, p. 78– simplemente no es consecuente).

6. HASSEMER, *AK-StGB*, 1990, § 1, núm. marg. 19, 20. Para la situación de estos problemas en la ciencia de la legislación resulta muy expresiva esta posición. El encabezamiento (del párrafo es realmente "aseguramiento del programa y de los resultados" por medio de la ley penal (núm. marg. 19); pero la controversia evidencia así claramente que el principio de legalidad penal "no" puede entenderse "en el sentido de aseguramiento de los resultados", sino sólo en el sentido de un aseguramiento abierto del programa. La referencia que hace JAKOBS a HASSEMER (*vid.* nota 1), p. 78, nota 41a, resulta inexacta.

7. KOHLMANN, *Der Begriff dos Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschrifien*, 1969; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil dos Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970; KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983; SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1976. Resulta una excepción, en cambio, RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, 1989.

II
El Principio de Legalidad Penal como marco de la justicia penal

La ley penal es un imperativo categórico. Aunque la frase suma a cita propia de la filosofía kantiana, no lo es. Al contrario, la filosofía kantiana ha incluido en dicha expresión lo que cualquier ciudadano aun sin formación filosófica espera de la ley penal.

La ley penal es algo solemne y se ocupa de objetos con contenido de valor. Solemnidad y dignidad se expresan con total claridad. La ley no crea el hecho punible. Lo que merece pena, se reconoce (se "reconoce", no se decide o consiente) sin necesidad de la ley, y recibo expresión en la forma de la ley. Con dicha forma adquiere un contenido preciso que no resulta ya manifiesto a cualquiera. La ley misma es un programa de contenidos. El merecimiento real de pena y la legalidad real concuerdan mutuamente en lo que a contenido se refiere. Por eso, sólo escasas veces se presenta la legalidad penal[8] en cuanto tal: es más bien el ámbito de la *justicia* penal, al que envuelve la *legalidad* penal, el ámbito que para cualquier ciudadano de un Estado resulta indispensable, con independencia de cuál sea el sistema político dominante. Con ello se expresa el carácter no político del principio de legalidad penal. La ley penal es la constitución de la libertad cotidiana (se afirma de nuevo sin sentido filosófico). La ley muestra en pocas líricas el desprecio por la libertad que suponen el homicidio, las lesiones, las detenciones ilegales –incluidas la violación y las coacciones–, y asigna enérgicamente penas limitadas y proporcionadas a dicho desprecio. La ley penal expresa, sin arrogancia ni brutalidad algunas, la fuerza moral de la pena. Y expresa el entendimiento de que dicha fuerza tiende a sobrepasarse; y por eso la propia ley penal desea también restringir el desprecio

8. Aunque, por supuesto, muchas veces legalidad penal equivale impropiamente a simple responsabilidad.

hacia la libertad del autor, para lo cual cuenta en muy relevante medida con las leyes procesales.

La ley penal es un producto cultural trabajosamente elaborado. Lo trabajoso reside precisamente en cómo se mantiene intacta dicha realidad a pesar del carácter dinámico de la política: para preservar a través de la ley la libertad frente a las corrientes políticas, para considerar por medio de la ley la libertad del ciudadano como un absoluto, para lograr el acuerdo. La ley penal se mantiene intacta en medio de las diversas formas de Estado. La ley penal es inviolable; esto es, escapa al alcance de la voluntad política de personas determinadas (concretamente de quienes influyen en la legislación y aplicación de las leyes).

Esta concepción de la ley penal como intocable determinación política de la libertad no es ninguna quimera jurídica propia de románticos. El mundo de los penalistas vive de este entendimiento sobre la ley, tanto en la ciencia como en la praxis. De otro modo, ¿cómo podría si no sancionarse a alguien? La expresión "infracción de la ley" requiere una ley que refleje la voluntad política. "Lesión de la ley", una hermosa expresión jurídica, resulta impensable si no es bajo la condición de que existe un cuerpo de intereses humanos, ajenos a toda manipulación, susceptible de ser vulnerado. Sólo pueden estar (los jueces) "sujetos a la ley" (art. 97.I de la Ley Fundamental;[9] § 1 GVG), si ésta expresa igualmente la justicia tanto al sancionar como al absolver, por lo que puede necesitar autoridad. El principio de legalidad procesal (§ 152.I StPO) da forma a dicha legalidad y logra darle sentido en el plano procesal. El principio de legalidad penal está presente cuando el ciudadano, como víctima o autor, en el trance de una lesión grave de la libertad, tiene esperanza en "la ley". El principio de legalidad penal entraña la idea de una justicia que acusa y juzga ai dictador que en épocas de dictadura menosprecia a los hombres.

9. [Art. 97 I 1 GG: "Los jueces son independientes y sólo están sujetos a la Ley."] (N. del T.).

La fuerza emocional e intelectual, necesaria para pensar en tal concepto de ley, y para sostener cualquier posición jurídica particular, ha sido ciertamente minusvalorada; quizá se han temido los esfuerzos que tal concepto de ley exigía.

III
Modelos jurídicos del principio de legalidad penal

1. Feuerbach

En FEUERBACH Se encuentra de forma cabal la unidad entre contenido y forma que el principio de legalidad penal requiere. En el enunciado "*nullum ennten, nulla poena sine leg*", se hace referencia con "*enmew*" al injusto realmente grave (y sólo a éste) contra la persona y el Estado; y con "*poena*" a la condena soberana (que no brutal) del injusto grave. La teoría de la coacción psicológica no sirve para los pequeños robos o estafas, sino para el homicidio, la violación y la alta traición.[10] La fuerza con la que se amenaza, que (la lugar a la prevención intimidatoria de FEUERBACH, sólo será posible si se da un engarce entre el injusto grave y el convencimiento de sancionado adecuadamente.[11]

El principio de legalidad, en el pensamiento de FEUERBACH, es el recipiente que recoge dicho engarce y continuamente le da forma. En FEUERBACH, principio de legalidad penal y dignidad de la ley son conceptos

10. La prueba más clara de ello se encuentra en los libros II y III del Código penal bávaro de 1813 [que fue obra de Feuerbach: cfr por ejemplo MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 200 (N. del T)]. Específicamente, NAUCKE, "Zu Feuerbachs Straftatbegriff", en *Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität Jena*, 4/1984, p. 479 ss.

11. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 3. ed., 1805, §§ 8 ss., 21 ss.

jurídicos complementarios. El principio de legalidad es para FEUERBACH expresión y determinación de una organización jurídico-penal que no sanciona porque casualmente hay una ley penal, sino que sanciona necesariamente porque existe una ley que reproduce la justicia. El concepto de lesión del Derecho merecedora de pena se presupone; y puede reconocerse sin instrucción sobre las leyes; la ley solo puntualiza la infracción jurídica merecedora de pena.[12]

En la teoría de la coacción psicológica no tiene cabida ni la idea de una ley penal que resulte irrelevante, ni la de una que sea absolutamente injusta. El problema principal de los modernos desarrollos del Derecho penal está en determinar cuando, por qué y con qué medios conceptuales resulta viable trasladar a la legalidad este modelo apolítico de justicia cuando impera un positivismo jurídico-penal politizado.

2. Binding

Las primeras construcciones dotadas de consistencia que irrumpen contra el principio jurídico-penal de legalidad se encuentran en BINDING. Muy acertadamente es calificado Bicho autor por los actuales historiadores del Derecho penal, más que como un promotor del principio de legalidad seguidor de FEUERBACH, Como un teórico de un nuevo pensamiento de Derecho penal: el positivismo.[13] El paso de la idea de legalidad al positivismo jurídico penal encierra una modificación decisiva del contenido del Derecho penal.

Ciertamente, con BINDING emerge la idea de la invulnerabilidad de la ley, de su inquebrantable autoridad.[14] Incluso se confirma la "excelencia" de la ley.[15] Pero no se concibe ya el principio jurídico-penal de legalidad, ni en

12. FEUERBACH, *Lehrbuch*, cit. (nota 8), §§ 8 ss.

13. RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 2. ed., 1991, p. 87.

14. BINDING, *Grundriß des Deutschen Strafrechts, Algemeiner Teil*, 7. ed., 1907, p. 226 ss. (§ 92).

15. BINDING, cit. (nota 11), p. 228.

cuanto al contenido, ni en cuanto a la forma, como un absoluto cultural. Con BINDING se desarrolla aquella singular relación, tan útil para las necesidades profesionales de los modernos juristas, entre el contenido casual, condicionado por el tiempo, y una apurada estilización de las forzosas posibilidades legales, aquella relación que se perpetúa como típica en el Derecho actual, y que en la praxis conduce a acabar con el principio de legalidad penal. La ley no es más que un gesto despótico.

El contenido de dicha ley, dotada de excelencia, viene determinado en BINDING en función precisamente de las necesidades del Estado o de la sociedad. Textualmente, y como autoridad para su propia concepción de la "sumisión del delincuente a la excelencia del Derecho", cita BINDING a MERKEL, cuando éste dice: "la pena pública se presenta siempre y sobre todo como una exteriorización del poder social al servicio de la autoafirmación social".[16] La concepción política dominante en cada tiempo determina el contenido de la ley.[17] El principio de legalidad no persigue un programa propio [de objetivos políticos]. Positiviza la adecuada exteriorización del poder social.

Ello es consecuencia simplemente de que BINDING reduce la forma estricta de la ley penal a una regla *(Regel)* penal flexible. Se burla de la interpretación subjetiva.[18] Toma la prohibición de la analogía por un sin sentido.[19] Suena plenamente moderno: da analogía es ... revelación del Derecho latente".[20] La ley no es más que la voluntad política actual positivizada en forma fluctuante –aunque, eso sí, dotada ciertamente de excelencia. He aquí un modo

16. BINDING, *Die Normen, I*, 4. ed., 1922, p. 419, nota 5; Véase también BINDING, cit. (nota 11), p. 235.

17. BINDING, cit. (nota 11), p. 235. Para conocer las líricas principales, precursor de esta concepción se muestra Beccaria (*Über Verbrechen und Strafen*, ed. de WILHELM ALFF, 1966, p. 55).

18. BINDING, *Handbuch des Strafrechts I*, 1885, VIII, p. 17 ss, 213 ss., 450 ss., 454 s., 469 ss.

19. BINDING, cit. (nota 11), p. 68 ss.; véanse también los pasajes citados en la nota 15.

20. BINDING, cit. (nota 11), p. 69.

totalmente distinto de entender el principio de legalidad; una vez más: he aquí el positivismo enfrentado al principio de legalidad penal.

3. Von Liszt y Radbruch

Estos penalistas no añaden contenidos nuevos al positivismo de BINDING.[21] Solamente lo modernizan en cuanto al modo de expresión y al contenido iusfilosófico. Rechazan la imagen romántica de la "excelencia" de la ley, como algo absolutamente trasnochado, y la sustituyen por la idea de inevitable coacción burocrática a través de la ley.

a) Von Liszt simplifica la cuestión. Concepto central de su idea del Derecho penal es la política criminal como lucha contra el delito. El concepto de delito resulta en dicha concepción algo abierto, algo que determina sus peculiaridades en función de usos meramente políticos. La política criminal como lucha contra el delito debe ajustarse a fines, esto es, debe estar tan dotada de fuerza que supere el volumen y la fuerza del delito (o sea, que pueda contener al delito).[22] Por de pronto, principio de legalidad y/o positivismo no desempeñan, en este modelo de eficacia de la pena, papel alguno. Este modelo resulta inseparable de su idea de fin.[23]

21. "Toda pena es pena final": ésta formulación es de BINDING (cit., nota 11, p. 253), y no de VON LISZT. "La única forma sostenible y fructífera de la pena retributiva es la pena preventiva": esta es, en cambio, formulación de VON LISZT (*ZStW 3* 1883, p. 29), y no de BINDING. Urge abandonar la cómoda diferenciación de escuelas entre clásica y moderna; cfr. FROMMEL, *Prëventionsmodelle in. der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, sobre todo, p. 115 ss., 135 ss.; NAUCKE, "Über den Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jahrhundert", en BLÜHDORN y RITTER (eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1969, p. 27 ss.; WESTPHALEN, *Karl Binding (1841-1920)*, 1989, p. 479 ss.; RÜPING, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechispflege*, vol. II: Von der *Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung* 1994, p. 108.

22. VON LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", *ZStW 3* (1883), p. 1 ss. [Existe versión castellana, de PÉREZ DEL VALLE, con introducción y nota biográfica a cargo de ZUGALDÍA ESPINAR, *La idea de fin en Derecho penal,* Granada, 1995].

23. VON LISZT, cit. (nota 19), p. 12 ss., 16 ss., 23 ss.

Casi de modo arbitrario – y probablemente a través de la intuición de mochos penalistas reconocidos de que un Derecho penal orientado a fin fácilmente pierde todo limite – se hace una concesión a la tradicional idea de la necesaria sujeción del Derecho penal a la ley. Von Liszt formula aquella ancla de salvación de la que pende la idea de Derecho penal adecuado a fin con las siguientes palabras:

"Así de paradójico suma que el Código penal es la *magna charla* del delincuente ... El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal."[24]

Resulta difícil de desentrañar lo que estas frases pretenden expresar. Son confusas. Confunden "Código penal" con "Derecho penal". La imagen de "barrera infranqueable" es vaga. Y la inversión del pensamiento de la *"magna charta"*, desde la protección de la libertad del ciudadano a una *magna charta* del delincuente", resulta escandalosa para el jurista.[25]

Con todo, estas frases permiten apreciar lo que en 1890 se aceptaba en la doctrina sobre la ley penal. Nada se ha salvado de las ideas de Feuerbach. La relación entre ley penal y dignidad de la ley penal se ha interrumpido. Sobre todo, si es que puede todavía hablarse de "dignidad de la ley penal", por tal ha de entenderse que algo está previsto bajo pena. Una delimitación de esta área

24. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, vol. II, 1905, p. 80.

25. Sin que su opinión se preste a dudas, expresamente manifiesta VON LISZT: el Código penal no protege a la generalidad, sino al particular que contra ella se alza (cit. – nota 21 –, p. 80). En dicho lugar, aparece ciertamente el "ciudadano" como favorecido por el positivismo al que se refiere, pero dicho "ciudadano" es el delincuente. En otro lugar (*Lehrbrach*, 7. ed., p. 79) se repite la idea del Derecho penal como *magna charta* delincuente, pero se hace marginalmente, en una anotación (p. 79, nota 13). La apostilla, que a través de esta interpretación no resulta posible, de "que el peligro para la sociedad se conjura mediante la inculpación individual", posee un contenido prometedor, pero resulta arbitraria e irreal en el plano de la política criminal, si se sigue a VON LISZT. Para combatir con argumentos frente a la posición de éste en cuanto al principio de legalidad, no basta expresar que es "lógicamente incorrecta» (SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*. 1978, p. I, nota 2). Ello sólo rompe con las formas, sin entrar en el fondo.

de la sanción carece ya práctica y teóricamente de lugar. Von Liszt puede incluir en su doctrina de la ley penal todo el Derecho penal positivo de su tiempo[26] – desde el Derecho penal colonial, hasta el homicidio doloso. La barrera de la ley queda así siempre abierta. Resulta difícilmente compatible la estricta exactitud de la ley con la claridad de su contenido. Por eso se encuentran en Von Liszt referencias sólo incidentales y carentes de interés sobre la doctrina de la interpretación y la prohibición de analogía.[27] La "infranqueable barrera" queda como simple muletilla, como concesión meramente formal en una tradición que se desvanece.

En definitiva, desde el pensamiento de Von Liszt: la ley penal es una regla positivizada no determinada en cuanto a su contenido en la que puede apreciarse la dimensión e identidad de la fuerza de la pena estatal. Derecho penal como ley penal y Derecho penal como lucha contra el delito se han escindido.

b) En el pensamiento de Radbruch el paso del principio absoluto de legalidad penal al simple positivismo jurídico-penal se había de agudizar por medio de la adición del relativismo iusfilosófico, hecho aceptable en teoría y expresado en una forma moderna, hasta hoy no superada. De nuevo, las ideas fundamentales se expondrán brevemente.

En una ingenua y política radicalización de Kant, se entiende que el Derecho natural[28] resulta teóricamente imposible.[29] Las proposiciones de deber

26. A diferencia de los modernos tratados de Derecho penal, VON LISZT aporta en su *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (por ejemplo, 14. ed., 1905, p. 59 ss.) una visión general de la existencia global del Derecho penal positivo-desde la ley concerniente a la elevación de los arbitrios de la sal, hasta la ley para la lucha contra la filoxera, pasando por el Derecho penal militar. Pero da como resultado una área de conocimiento enorme, carente de unidad. La impresión de que ningún interés puede permanecer al margen del Derecho penal, de que no hay absolutamente ningún límite infranqueable, tiene fundamento.

27. VON LISZT, *Lehrbuch*, cit. (nota 23), p. 79, 87 s.

28. [Cuando en este contexto se trata de Derecho natural, se refiere el autor, lo mismo que a mentido quienes lo tratan en la ciencia penal alemana, al planteamiento del Derecho natural propio de la Escuela Moderna del Derecho natural: autores como PUFENDORF, THOMASIO o WOLFF, que pretenden una construcción racional deductiva de un sistema de Derecho válido para todos los hombres con independencia de su origen y religión. Respecto

(Sollensdtze) se aceptan sólo con asentimiento de fe, pero no son susceptibles de percepción.[30] La ciencia no puede de ninguna manera fundamentar proposiciones de deber, por lo que no puede en absoluto realizar descripciones de hechos penales. Con ello, la afirmación propia de Von Liszt, de que – haciendo abstracción de la voluntad *(Wollen)* positivizada– no se da relación alguna entre hecho penal y la incorporación del mismo a la ley penal, recibe ahora una fundamentación filosófica aceptable para el jurista.[31] La ley penal se constituye así como regla positiva, como recipiente que espera recibir su contenido del acuerdo legislativo. Pero resulta así sencillamente llamativo que dicha "ley", continente jurídico rellenado de contenidos relativos, adquiera de pronto validez absoluta.[32]

"El juez, a pesar de ponerse al servicio de la ley sin consideración a su justicia, no se convierte por ello en mero vasallo de objetivos arbitrarios. También

a dichos autores, particularmente desde el pensamiento de WOLFF, ofrece KANT una nueva versión del Derecho natural, en clave de la filosofía crítica: de las normas abstractas y racionales se pasa a los principios a. priori. Propiamente, en KANT el *Derecho* natural existe y es defendido, pero se trata de un Derecho formal, de principios *a priori*, y no de contenidos materiales. Se entiende por eso que la interpretación posterior de KANT dé lugar fácilmente a negación del Derecho natural, entendido éste como conjunto de preceptor materiales.] (N. del T.).

29. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6. ed., ed. de E. WOLF, 1963, p. 97, 106 ss.

30. RADBRUCH, cit. (nota 25), p. 100. Es ésta una de las proposiciones de la ética profesional del jurista más funesta que puedan pensarse. La misma hace posible la separación entre técnica jurídica profesional y el manejo de reglas por la persona que las emplea profesionalmente. Hace posible que el jurista se repliegue tras la regla penal ("la ley así lo ordena") y se quede con la conciencia tranquila. En caso de que adecuada y oportunamente las propias ideas sean, o fueran, o lleguen a ser absolutamente distintas de las plasmadas era las proposiciones de deber de la ley, siempre puede retrocederse ante ésta.

31. De donde habría que preguntarse si el planeamiento por RADBRUCH del problema de la naturaleza de las cosas *(Sachprobleme)* no estaría motivado por la coyuntura política *(tagespolitisch)*. Lo que puede interpretarse, bien como desquiciamiento teórico de una política jurídico-penal conservadora de era época, bien como allanamiento del camino para una política progresista, en realidad se concibe como la oportunidad para llevar a cabo cualquier política en materia jurídico-penal, también incluso para la peor de todas.

32. RADBRUCH, cit. (nota 25), p. 182 s.

cuando él, porque la ley así lo quiere, deja de ser servidor de la justicia, permanece como servidor de la seguridad jurídica. Aunque menospreciamos al predicador que perora en contra de sus propias convicciones, apreciamos al juez que no se deja desconcertar de mala gana por su mal sentimiento jurídico cuando respeta las leyes."[33]

Realmente son expresiones horribles. Lo peor de ellas es que la fuerza alarmante provenga del fundamento de Derecho natural de la propia legislación penal (una fuerza y alarma que se deriva de la gravedad del hecho penal, que sólo puede mostrarse en la ley), y que dicha fuerza carente de fundamento se transfiera a una regla penal positiva cualquiera (siempre que ésta se haya elaborado técnicamente, lo cual en el siglo XX no será difícil). La forma de la ley se carga de contenido. Que la ley ser digna, santa y merecedora de confianza, significa que lo correcto y lo incorrecto puedan distinguirse. Y, sin embargo, la decisión sobre el merecimiento de pena de entre lo que es lícito sancionar se troca, con el positivismo, en mera decisión sobre la fijación de la pena de entre lo que viene penalmente descrito. Amenaza y ejecución de la pena toman tan sólo a la conducta como un mal. El § 1 de la OWiG es un instrumento apto en este sentido;[34] los correspondientes preceptos no están en el StGB simplemente porque para los modernos juristas resultan autoevidentes. Se da comienzo así a la burocratización del Derecho penal, que hace posible su brutalización. La burocratización del Derecho penal es una idea cómoda y mezquina, pero se demuestra extraordinariamente eficaz.

Para Von Liszt y Radbruch la ley penal es de nuevo un imperativo categórico – pero lo resulta para todo lo imaginable, y no sólo para las conductas que encierran un avasallamiento de la libertad.

33. RADBRUCH, cit. (nota 25), p. 182.

34. [Establece el § 1 de la OWiG (Ley de infracciones del orden –de contravenciones–): "Definición. (1) Constituye contravención aquella conducta antijurídica y reprochable, sancionada con una multa, que realiza el supuesto de hecho definido en una ley. (2) Una conducta

Se trata de un notable relativismo alojado en el interior mismo (del positivismo jurídico-penal, ya de por sí relativista. Dicho relativismo ha sido tan postulado, y basta tal punto subyace y sostiene a la ley, que el mismo se acepta incluso como rasgo característico del Derecho natural. Esta mutación del positivismo jurídico-penal relativista es un *caracteristicum* de esta doctrina, en el que no se ha reparado lo suficiente: por una parte, presenta el suficiente grado de indiferencia ante la ley como para servir pata cualquier cosa; y por otra, la ley, que admite todo esto con relativa discrecionalidad sale fortalecida con inusitado vigor.

IV
La invención del "injusto legal"

Esta evolución acaba por derribo con la fórmula del "injusto legal". La fórmula no constituye sin embargo ninguna joya del pensamiento jurídico, sino que encierra un defectuoso compromiso conceptual, lleno de significativas alusiones, aunque también hace posible que el trabajo del jurista prosiga y acabe en algo degenerado hablando en términos jurídicos.

Si se sigue a Feuerbach, no es posible acabar en la idea de injusto legal. La ley penal reproduce realmente el injusto; la ley penal es, en cuanto al contenido, la forma acorde con el hecho punible. La ley no puede incorporar más que la realidad del hecho penal, su persecución y sanción. Si a pesar de ello se intenta embutir en la ley algo distinto al hecho penal y su persecución, entonces ya no hay ley penal alguna, sino injusto escrito. "Injusto legal" es una contradicción impensable. No hay alternativa: o ley, o injusto.

En el paso desde Bicho principio de legalidad penal estricto al positivismo jurídico-penal se hace necesario un compromiso. En realidad, tan

amenazada con multa, aunque no resulte reprochable, es conducta antijurídica que realiza el supuesto de hecho definido en una ley, en el sentido del párrafo primero."] (N. del T).

imposible resulta el injusto legal en el positivismo, como en la idea del principio de legalidad penal, pero lo es por causas totalmente distintas. Como la ley es pura forma vacía, puede desde una concepción positivista acoger de todo: derecho, desorden o injusto. No caben restricciones. También la ley injusta es válida.[35]

¿Qué dirá en el futuro la historia del Derecho penal sobre los penalistas? ¿Que aceptaron, practicaron y consideraron tal dogma como plausible? Posiblemente se afirmen dos cosas: por una parte, que los mismos cumplieron con lo que constituyen modos de hacer propios de la ética de su profesión, pero que eran unos aburridos técnicos sin vocación alguna para la reflexión; sin embargo, por otra parte, que ciertamente reflexionaron sobre la ley: que a ésta le es inherente el constituir una contribución al sostenimiento del Estado, a lo que podría denominarse segundad jurídica, resultando con ello legitimada.

"Confianza en la ley a causa de la seguridad jurídica";[36] o lo que es lo mismo, queda así asegurada en la actuación del jurista la pretensión del positivismo jurídico de Radbruch. El "injusto legal" no acaba con nada de esto. Con el positivismo de Radbruch, en realidad, puede producirse, gracias a una generosa Administración de justicia penal, por ejemplo, la caída de la dictadura en 1944/45.

Calificar esta idea de Radbruch como positivismo jurídico formal es un malentendido.[37] En virtud de la inclinación que posee el positivismo jurídico-penal para ver una contribución a la tan apreciada segundad jurídica, incluso en una ley inaceptable en cuanto a su contenido, se explica la sutileza de los

35. RADBRUCH, "Geseuliches Unrecht und Cibergesetzliclres Rectit", en *SJZ*, 1946, citado según la reimpresión en *Rechtsphilosophie*, 6. ed., 1963, p. 347 y 353. [Existe traducción, entre otras, la versión a cargo de AZARETO DE VÁSQUEZ, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962].

36. RADBRUCH, cit. (nota 29), p. 182.

37. De modo parecido, M. WALTER, en *KJ*, 1988, p. 263 y 269.

penalistas para autoasegurarse frente al delincuente individual; pero a la vez, se explica la incapacidad de los mismos para hallar tal segundad frente a los delincuentes del poder político. Estos delincuentes –con frecuencia muy dados a dictar reglas penales– aportan siempre alguna contribución a la segundad jurídica. Pero así, las formulaciones de Radbruch no permiten distinguir segundad jurídica de la mera estabilización por el poder.

A pesar de las diversas perversiones de la pena estatal en las colonias tras 1871 y la lucha contra los adversarios políticos internos, a pesar de las continuas y reiteradas perversiones en el uso del Derecho penal entre 1914 y 1918 y en el periodo revolucionario que sigue a la primera guerra mundial, una discusión sobre los dogmas del Derecho penal y sobre el relativismo jurídico tan sólo se pone en marcha de forma clara tras el fin de la dictadura nacionalsocialista. Sin embargo, el abandono del positivismo jurídico-penal no fue objeto entonces de discusión. Incluso en momentos en los que impera una desordenada praxis judicial penal, esta cuestión se muestra como el tránsito desde un principio de legalidad absoluto hacia el positivismo jurídico penal, relativista y dócil a influencias políticas.[38] Así, la ley, dotada de un contenido discrecional, constituye a la vez un severo instrumento en manos del poder político para Crear deberes; y en ningún caso se desea desprender-se de él. Esto constituye sin embargo una consecuencia intolerable. Se recurre entonces a pensar en la idea de una zona marginal en la ley, cuyo cumplimiento a nadie puede exigirse. A dicha zona marginal se refiere la denominación de "injusto legal".[39] El objeto así etiquetado no resulta sin embargo aclarado; su adopción permanece indeterminada en términos jurídicos, y resulta desalentadora. Seguramente, y es posible encontrar esta afirmación, la ley errónea carece de toda

38. La única explicación aceptable a este respecto es que se desea hablar, con el ropaje del positivismo relativista, de la legalidad absoluta, que es de lo que hay, que hablar.

39. RADBRUCH, cit. (nota 30), p. 353.

supremacía cuando "la contradicción con la justicia alcanza una medida intolerable tal, que la ley como 'derecho injusto' ha de ceder ante la justicia".[40] Y la idea entonces procede en consecuencia. El "injusto legal" carece, ante todo, de naturaleza jurídica.[41] Pero esta hermosa consecuencia perderá después en gran medida su precisión. La afirmación de que el "injusto legal no es en absoluto Derecho" se centra más adelante en favor de la acentuación del injusto precisamente en forma de ley: subsiste la posibilidad de pensar que una ley pueda contener un injusto sin perder el carácter de ley.[42] Y así – por su contradicción con un criterio que nunca se define –,[43] el contenido del injusto en forma de ley se ve limitado sin fundamento alguno, de tal forma que "injusto legal" apenas pasa de ser un etéreo vocablo. Puede entenderse entonces sin temor a equivocarse que dicha expresión no constituye motivo alguno que aliente a los juristas que aplican la ley penal a hacer abundantes reflexiones sobre la justicia de ésta. "No debería estar permitido que cualquier juez rebaje el valor de la ley por propia iniciativa".[44] De todo esto se seguiría que las "leyes de Nürnberg" habrían sido desvalorizadas por un juez cualquiera. Pero lo que no debería en ningún caso prosperar es el argumento de que sólo el ámbito de lo justo compromete a los juristas. La "segundad jurídica" podría verse así en peligro;[45] lo cual no supondría sino que estaría formalmente en peligro en caso de que cualquier poder del Estado respaldara la autoridad de la ley (esto es, la situación de poder del momento). Es tarea de los respectivos Estados dotar de contenido a la "segundad jurídica". Lo que resulta casualmente de utilidad para cualquier estado de los existentes vendrá a ser – como "segundad jurídica" – el fundamento

40. RADBRUCH, cit. (nota 30), p. 353.
41. RADBRUCH, cit. (nota 30), p. 353 s.
42. RADBRUCH, cit. (nota 30), p. 353 s.
43. RADBRUCH, cit. (nota 30), p. 353 s.
44. RADBRUCH, cit. (nota 30), p. 355.
45. RADBRUCH, cit. (nota 30), p. 355.

para el establecimiento y aplicación de reglas penales. Este principio, núcleo de la fórmula de Radbruch, ni se ve afectado por la idea del "injusto legal", ni debe serlo. No es el relativismo positivista quien deja indefensos a los juristas frente a las prácticas degeneradas, sino la yuxtaposición de un relativismo políticamente sobrecargado y la sobredimensión de la ley. El penalista que se entregue al positivismo jurídico-penal se convierte en un ingeniero de la protección del Estado. El fundamento ético del proceder de los juristas con esta posición es la aversión, fácil de asegurar en teoría, a retirar limites frente al Estado y su Derecho penal. La cuestión, con la idea del "injusto legal", queda en pura ilusión, porque el injusto no es susceptible de ser descubierto, puesto que posiblemente entonces el mismo no exista de ninguna manera; sencillamente: toda ley se identifica con la protección de cualquier Estado.

De este modo, con la invención del "injusto legal" el sistema del positivismo jurídico-penal únicamente se ve completado y asegurado.

V
El principio de legalidad penal y el positivismo jurídico-penal deben separarse estrictamente

1. Realmente el principio de legalidad penal da lugar a ulteriores consecuencias prácticas; forma parte de la cultura jurídico-penal. Las leyes son algo más que reglas formuladas por escrito, asociadas a una voluntad política. La ley penal no es ningún servicio social de un Estado obsequioso, sino un quebradizo objeto con entidad separada que el Estado únicamente ha de preservar.

El principio de legalidad penal hace posible y reclama el principio de legalidad procesal. La legalidad penal es presupuesto para la firme organización de la independencia judicial y del juez determinado por la ley. Del principio de legalidad penal depende la fuerza de convicción de las decisiones penales to-

madas en un proceso; y el crédito que merecen las defensas invocadas depende de la ley. Sin principio de legalidad no hay en los tribunales ambiente alguno posible de racionalidad, como tampoco estudios jurídicos de altura.

La interdicción del derecho consuetudinario, la prohibición de la analogía o de la retroactividad, depender de un principio de legalidad estricto. La igualdad ante la ley penal sólo se sostiene convincentemente citando la ley delimita un injusto de tales características que resulta indiferente quién sea el que haya cometido el hecho. La igualdad ante una ley penal de tal carácter conduce a que la sanción de quien delinque contra los demás sea algo totalmente normal para quienes detentan el poder, y no una excepción difícilmente justificable.

Las pretensiones jurídicas – la condena sólo puede fundarse en un verdadero estado de cosas, y no en suposiciones o sospechas – sólo son justificables con vistas a una ley que conmine bajo pena a cumplir el Derecho.

El principio de legalidad no admite el plural. Así como hay positivismos diversos, no hay en cambio diversos principios de legalidad (socialistas o capitalistas). La legalidad no admite graduaciones ni compromisos. Sólo hay un principio de legalidad penal; admitir un principio de legalidad más o menos estricto deja de ser legalidad.

Esta visión de la ley penal no supone desconocer las múltiples necesidades de regulación que la vida social en la actualidad lleva consigo. Pero las necesidades de regulación o de actuación – distintas en cuanto al injusto – en cualquier caso sólo conducen a reglas, y no al Derecho penal mismo. El distintivo principal de la regla es que puede tanto ser creada como también dejar de crearse; pero no debe entremezclarse de forma antinatural con la ley penal, como tampoco con la pena. El ámbito del principio de legalidad penal y el régimen de las reglas ordenadoras (*Steuerungsregeln*) deben diferenciarse claramente.[46]

46. Se lleva a cabo, en particular, en NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985 (diferencia de Derecho penal y Derecho de intervención preventivo

El principio penal de legalidad es el contra-principio en la política criminal que recurve a la pena; es la Constitución, de contenido limitado, del Derecho criminal. El principio de legalidad penal no es así ninguna faceta del Estado providencia. Es más bien un objeto que se mueve en las aguas de la corriente del desarrollo social.

2. En Derecho penal el tránsito al positivismo lleva consigo la pérdida de una cultura jurídico-penal, por mocho que doctrina y práctica se esfuercen a la vez en probar que no ha sido así. Lo que caracteriza de modo más general esta pérdida es una inflación de las posibilidades que posee el Derecho penal sin un correspectivo crecimiento de la teoría elaborada sobre la lucha contra la criminalidad. Lo que más impulsó esta inflación, si no se toma por absurdo, fue el distinguir mochas versiones del positivismo jurídico-penal, buenos y malos, como también restrictivos[47] y estrictos,[48] respectivamente. Seria posible caracterizarlos como antiguo o nuevo positivismo,[49] también respectivamente, y como positivismo que se autodescompone,[50] sin incurrir en contradicción alguna.[51] El positivismo jurídico-penal no piensa en rígidas fronteras entre lo

con el acento de que en el "Derecho" de intervención la idea de Derecho, adoptada del Derecho penal, se ha visto alterada, esto es, se ha minimalizado). Consideraciones paralelas traza HASSEMER, *ZRP*, 1992, p. 378 ss. y 383; y en *Produktveranwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. *22* ss.

47. LÜDERSSEN, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?*, 1992, p. 12 s. y en *ZStW* (1992), p. 735.

48. JAKOBS, en ISENSEE (ed), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, p. 53: dicha posición es reflejo del más propio pensamiento de RADBRUCH, que encierra esa huida con subterfugios hacia el mero reconocimiento ("retroceso cultural" debido a la existencia de precisas determinaciones válidas por mero reconocimiento: *ibidem*, p. 53). [Hay versión castellana, a cargo de Patricia S. ZIFFER, con el título completo de "¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendinfento del derecho penal tras la fractura del régimen político", en *ADPCP*, 1994, II, p. 137 ss.].

49. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975, p. 59 s.

50. NAUCKE, *KritV*, 1986, p. 191 s.; 201 ss.

51. RANSIEK, cit. (nota 5), p. 54, conforme con la descripción de un positivismo que positiviza su propia disolución.

falso y lo cierto –ni siquiera en el homicidio o las detenciones ilegales–, sino que piensa en un libre juego de fuerzas que conduce a la sanción o a la impunidad. "Espacios de juego" –¿o debería decirse "mercados"?– son los procesos de legislación y el proceso penal concreto; el número de jugadores resulta difícil de determinar.

Las leyes son sólo reglas registradas de contenido casual que vienen o pueden venir asociadas a una coacción ciertamente contundente. Falta, sin embargo, una fundamentación para esta coacción. No puede encontrarse en el contenido de la ley, pues éste es relativo (debe reconocerse que "relativo" en la práctica significa "arbitrario").

Si se busca la fundamentación de la coacción (penal) en la elaboración de una regla por la correcta teoría del consenso o de la constitución, sólo se encontrará aquélla en el plano teórico, esto es para los ciudadanos, que ni emplean las reglas en la práctica, ni sufren su aplicación. Quien sanciona, o quien es sancionado, no puede permanecer tranquilo con la apreciación de que todo esto sucede a causa de una ley correctamente elaborada. La ley es sólo reconocible por lo que obtiene mediante la fuerza. No se ha de predecir así qué ley presenta una intensificación de este factor. Un mes la ley regula el delito de lesiones, y un mes después, aunque limitado según regiones y horas del día, los limites de velocidad.

La regla penal positiva – esta expresión "regla" (*Regel*) resulta para el positivismo jurídico-penal más adecuada que la de "ley"– es una figura jurídica que carece singularmente de contenido, a la vez que altamente dinámica y flexible. Vale sólo en sentido escalonado: desde la estricta validez, hasta la validez restringida. La regla positiva se dota a sí misma de elementos conceptuales, que garantizan en esa medida la validez o no validez: interpretación objetiva, principio de bagatela, principio de oportunidad en lugar de legalidad, reparación y compromiso entre autor y víctima como causas de liberación de la pena, prescindir de la pena, prescindir de la persecución, la *diversion*, amnistía, indulto (la

enumeración no es exhaustiva). La tendencia de estos instrumentos apunta más bien hacia la no validez. Pero no se trata de una tendencia unívoca. Cuando se trata de lo conveniente en términos políticos, dichos instrumentos pueden tanto pasarse por alto, como al contrario manipularse en su aplicación. El positivismo jurídico-penal, sin necesidad de prolongar excesivamente la relación de tipos legales, se encuentra así en situación de incrementar las penas y multiplicar las medidas de seguridad. Sólo es preciso insistir en la validez de la regla a la vez que se incluye en las recopilaciones de textos legales.

La independencia judicial es cosa pasada; los jueces no pueden evitar ser criticados si no dan con lo que está a la orden del día. El positivismo jurídico-penal vive de la connivencia de los juristas con sus contemporáneos, también en épocas muy cortas (la legalidad penal vive del distanciamiento respecto a su época). La dedicación del penalista, construida sobre la idea de un principio de legalidad determinado de manera estricta en cuanto a su contenido, se disipa (ello cuando no se mantiene artificialmente con vida, como una mera aportación francamente admirable en los tratados, sobre todo de parte general, del *curriculum* jurídico que conduce al primer examen de Estado). Los esfuerzos conceptuales en torno a la delimitación del desistimiento en la tentativa carecen así de interés, especialmente cuando cualquier conducta positiva posterior al delito permite abonar la impunidad.

Además, el jurista especializado en Derecho penal no puede ya desconocer que cualquier ley contiene reglas penales. La ciencia ni siquiera se esfuerza en sistematizar las regulaciones que se contienen en el Boletín Oficial (BGBl). No hay en la actualidad ninguna guía sistemática a través del Derecho penal positivo y su aplicación. Por ejemplo, ya se sabe -sin duda quien lo sabe time motivos para ello- que en la Ley de productos médicos (MPG = *Medizinproduktgesetz*, BGBl 1994, 1963) fueron incluidos, sin teoría penal moderna explicable alguna, instrumentos difícilmente comprensibles que podían

emplearse en el Derecho penal (§§ 17 sigs. MPG). Pero tampoco es imprescindible recurrir a dichos preceptos. Pues bien, en el positivismo jurídico-penal puede suceder, tanto el que una regla que no se desea aplicar, sea a pesar de ello promovida (para después dejarla amontonada), como el que aquella otra, cuando por un concreto motivo resulte necesaria, sea hallada en el montón de preceptos penales, o se elabore fácilmente una nueva. En la MPG esto significa: si en el ámbito de los productos médicos algo resulta inadecuado, o se presenta como contrario a los intereses, y quiere sancionarse, siempre se está a tiempo de ir a buscar la regla oportuna para hacerlo; puede esperarse con absoluta calma, pues se acabará encontrando lo buscado.

El principio de legalidad penal en el positivismo jurídico se ha degenerado. Y esta degeneración, que se mantiene pacíficamente por todas partes como opinión dominante, se designa con un término que resulta adecuado políticamente: el de "oportunidad legal".[52]

La formación de juristas se desarrolla mediante el entrenamiento memorístico, sin pretensión teorética alguna, con recuerdos escogidos arbitrariamente de lo que es principio de legalidad penal estricto, y se encamina hacia una total escisión entre el saber jurídico y la persona social y política a quien pertenece.

Ciertamente, en Derecho penal resulta posible hacer tanto una cosa como la otra; lo uno es a menudo tan bueno como lo otro. Pero debe en Derecho penal quedar constancia de humanidad, para el autor y para la víctima. Y el positivismo ni puede ni quiere garantizar dicha constancia. El positivismo sólo quiere el movimiento por el movimiento. Durante la égida del positivismo ju-

52. KERL, *ZRP*, 1986, p. 312 ss.; más referencias en NAUCKE, *JuS*, 1989, p. 866, nota 44. Sobre la explicación de la oportunidad legal, carente de objecciones desde el Derecho constitucional, cfr. por todos, BVerfG en *NJW* 1994, p. 1.583, con jurisprudencia. En sentido crítico, caracteriza STAECHELIN (*JA*, 1994, p. 246) el proceder del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) como "legalización de la oportunidad".

rídico-penal la nueva historia del Derecho penal no ha resultado ser más que un largo e inconstante ir de acá para allá.

Restringido en cuanto al contenido, un principio de legalidad penal empeñado en hallar concretos contenidos de humanidad es lo que caracteriza fundamentalmente a la idea de legalidad. Abierto en cuanto al contenido, la idea de oportunidad legal absolutamente exorbitante es lo que caracteriza principalmente el nimbo tomado hacia un positivismo relativista sobrecargado de elementos políticos.[53] El Derecho penal ha quedado en una insostenible situación; ya ha nacido ese algo distinto del Derecho penal, pero no es en absoluto algo mejor que el Derecho penal.

53. Caracterización parecida – desde la óptica de una política criminal limitada por el Estado de Derecho – en ALBRECHT, *KritV*, 1986, p. 55 ss.; 1988, p. 182 ss.; y resumidamente, tos nuevos desarrollos, en *StV*, 1994, p.. 265 ss.

Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha: avaliando a eficácia da entrevista cognitiva

Maria Lúcia Campani Nygaard
Advogada. Jornalista. Mestre em Psicologia Social e da Personalidade na PUC-RS.

Leandro da Fonte Feix
Psicólogo. Mestrando em Psicologia Social e da Personalidade na PUC-RS. Bolsista do CNPq.

Lilian Milnitsky Stein
Psicóloga. Mestre em Psicologia Cognitiva pela *University of Toronto*. Ph. D. em Psicologia Cognitiva pela *University of Arizona*. Professora da Pós-Graduação em Psicologia da PUC-RS. Bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Sumário: 1. Introdução – 2. Método: 2.1 Amostra; 2.2 Instrumentos: 2.2.1 Fato a ser testemunhado; 2.2.2 Entrevista cognitiva; 2.2.3 Interrogatório; 2.3 Procedimentos – 3. Resultados: 3.1 Efeito do tipo de inquirição; 3.2 Acurácia – 4. Discussão – 5. Referências bibliográficas.

Resumo: No âmbito forense, o depoimento testemunhal, na falta de outras evidências, é muitas vezes, o único meio da prova. O presente trabalho testou,

pela primeira vez no Brasil, a eficácia da Entrevista Cognitiva (EC), técnica de inquirição já utilizada em diversos países. Setenta e duas participantes assistiram a um vídeo sobre um seqüestro relâmpago simulado. Uma semana depois, a sua memória foi testada. Metade delas foram aleatoriamente designadas para participarem de um interrogatório utilizado comumente nas delegacias de polícia e a outra metade, com a técnica da EC. Todas as participantes foram inquiridas individualmente. Os resultados indicaram que a EC parece ser mais efetiva, produzindo com exatidão mais informações juridicamente relevantes. Os resultados são discutidos à luz da maximização das garantias individuais do estado democrático de direito.

Palavras-chave: Depoimento testemunhal – Entrevista cognitiva – Memória – Garantias individuais – Prova e relevância jurídica.

Abstract: In a forensic setting, it is often the case that a witness testimony is the only available evidence about a case. The present research tested for the first time in Brazil the efficacy of the Cognitive Interview (CI) which is a forensic technique that has been used in several countries around the world. Sixty two women were randomly assigned to watch one of two videos of an abduction simulation. Their memory for the video was latter tested using either the CI or a structured interview based on what is normally done by policemen during the investigative phase of a case. Results indicated that the CI seems to be more effective in producing reliable legal relevant information. Results are discussed in terms of the maximization of individual rights within a democratic state.

Key-words: Eyewitness testimony – Cognitive interview – Memory – Individual rights – Forensic relevant evidence.

1. Introdução

A importância da exatidão dos depoimentos prestados no decorrer da lide para o convencimento e posterior prolação da sentença justa e equânime

vem despertando a curiosidade de estudiosos pelo mundo afora. Nesse sentido, buscando fornecer aos juristas e operadores da lei importantes subsídios teóricos sobre a natureza do comportamento humano, os psicólogos cognitivos começaram, há duas décadas, o estudo da memória humana aplicada à esfera jurídica.

A psicologia do testemunho,[1] sempre próxima do direito, já que ambas disciplinas se preocupam com direitos fundamentais inerentes à personalidade das pessoas, atenta às implicações judiciais de certas posturas, vem firmando entendimentos científicos de grande relevo. Entre esses, salientam-se os conhecimentos advindos da pesquisa básica, direcionada especificamente ao aprimoramento de técnicas capazes de possibilitar a mais fidedigna evocação de fatos vividos ou testemunhados.

Nos grandes centros europeus e nos Estados Unidos e Canadá, diversos experimentos são realizados anualmente na expectativa de desenvolver técnicas capazes de minimizar as falhas inerentes à memória e maximizar a verossimilhança das recordações.[2-3-4] Com base nesses experimentos, pode-se dizer que não restam mais dúvidas a respeito da dificuldade que todos nós temos de recuperar lembranças fiéis aos eventos vividos. Os psicólogos cognitivos vêm obtendo dados consistentes em diversas pesquisas que comprovam esse fato.[5-6-7] A pesquisa científica tem mostrado, repetidamente, que a imposição de forças internas e externas pode influenciar a memória. Como os pesquisadores não usam observações naturalistas, nem tampouco confiam na coincidência, a pes-

1. Whipple, 1913.
2. Finger; Pezdek, 1999.
3. Köhnken et al., 1999.
4. Memon; Bull, 1999.
5. Loftus, 1989.
6. Roediger, 1996.
7. Payne; Elie; Blackwell; Neuschatz, 1996.

quisa experimental sobre memória usa várias estratégias de verificação, buscando um maior controle das variáveis possivelmente envolvidas.

A partir do estudo das capacidades intelectuais humanas, tais como a memória, a atenção, os julgamentos e tomadas de decisões, a inteligência, é possível desenvolver técnicas e estratégias capazes de minimizar os efeitos das falhas inerentes nas recordações. Os experimentos realizados com pessoas que testemunharam fatos delituosos, tais como, por exemplo, um homicídio ou um acidente de trânsito, sugerem que a memória está sujeita a falhas e que também pode ser manipulada.[8] O comprovado fenômeno das falsas memórias, ou seja, lembrar de algo que na realidade não aconteceu, tornou-se um dos tópicos de interesse nas pesquisas, devido a sua implicação, entre outras, na área jurídica.[9]

Elisabeth Loftus,[10] pesquisadora norte-americana, perita forense na área de memória, sugere, através de seus estudos, que nem todos os detalhes de um incidente testemunhado chamam a atenção da mesma forma ou são igualmente memoráveis. Alguns aspectos chamam mais a atenção do que outros. Por isso, um detalhe que tenha sido observado atentamente tem maiores probabilidades de ser relatado espontaneamente por uma testemunha. Segundo a autora, as pessoas têm a tendência de reparar mais no incomum e nas cenas interessantes do que nas ações do cotidiano.

Por que é tão importante que um inquiridor tenha conhecimento do funcionamento da memória? Ocorre que toda a entrevista de investigação ou interrogatório tem o objetivo de obter informações sobre experiências passadas. Nesse sentido, um depoimento testemunhal nada mais é do que um teste de memória. Assim, a testemunha inquirida pelo investigador, pelo delegado de polícia, pelo promotor, pelo advogado de defesa ou pelo juiz, ao relatar o que

8. Loftus, 1979.
9. Stein; Neufeld, 2001.
10. Loftus, 1979.

vivenciou, usa muitos elementos da sua capacidade cognitiva. Logo, num depoimento judicial, o primeiro fator a entrar em julgamento é a memória do depoente. Daí a necessidade de que os interrogadores saibam como a memória trabalha, quais os caminhos mentais percorridos quando alguém tenta lembrar de alguma coisa, como a memória é frágil e como os interrogados podem ser influenciados por aqueles que fazem as perguntas.

Depois de décadas investigando o poder da falsa informação, os pesquisadores da memória já conhecem muitas das condições que podem deixar as pessoas mais suscetíveis à sua influência. Por exemplo, os indivíduos são particularmente propensos a modificarem suas lembranças com a passagem do tempo; o estresse tem efeitos sobre a percepção e, adultos e crianças mudam suas memórias quando sugestionados por pessoas influentes.

Ceci, Ross e Toglia[11] demonstraram que as crianças entre três e quatro anos de idade são mais suscetíveis à sugestão do que crianças mais velhas, principalmente quando a falsa informação é dada por um adulto. A idade e o desenvolvimento dos sujeitos têm sido investigados de forma exaustiva.[12] Entretanto, o efeito da falsa informação está mais relacionado a condições como, tipo e formato de perguntas; o intervalo entre o fato e a recordação; a recuperação da memória e o grau de sugestão do que às características individuais das pessoas.[13]

Entre a apreensão de um fato através dos sentidos, sua codificação e armazenamento na memória e a posterior evocação desse evento, podem ocorrer falhas.[14-15] Os erros de memória são tão fascinantes quanto eles importam

11. Ceci; Ross; Toglia, 1987.
12. Ceci; Bruck, 1999.
13. Diges, 1997.
14. Schacter, 2001.
15. Roediger, 1996.

na rememoração de fatos. A memória não armazena os fatos como o faz uma filmadora ao gravar imagens num filme. Por isso, ela falha e muitas vezes, apresenta problemas.

Na área jurídica, os clássicos italianos foram grandes estudiosos dos depoimentos e dos testemunhos e, desde há muito tempo, se aperceberam dos aspectos psicológicos e cognitivos envolvidos num interrogatório. Para Altavilla,[16] a maneira de perguntar tem uma profunda força, pois certos perguntadores conseguem arrastar a testemunha para onde desejam, obtendo a resposta pretendida. A habilidade do juiz se revela quando ele consegue comunicar ao acusado somente aquilo que deve ser dito. E isso só se obtém quando o interrogador emprega os meios convenientes para impedir que as suas perguntas, demasiadamente insistentes e talvez involuntariamente intimidativas, possam provocar no interrogado um estado emocional capaz de dificultar a correta descrição dos fatos, ensinava Batistelli.[17]

Dentro do cunho finalístico e instrumental do direito processual, exalta-se a relevância do seu fator funcional. Sob esse ponto de vista, os depoimentos ganham especial relevo na área criminal, onde está em questão a liberdade dos indivíduos. A figura principal de qualquer drama forense é o acusado. Ele tem indiscutíveis direitos que não devem ser exagerados em detrimento da defesa social. No momento em que uma testemunha acusa uma determinada pessoa, um juízo de valor já foi formado pelo inquiridor. O crime cria um conflito entre o seu autor e a sociedade e todos têm o interesse em que o culpado seja punido. Não se pode pensar, entretanto, no objetivo de criar um responsável por todo delito e aplicar uma pena.

Embora existam discussões teóricas e doutrinárias a respeito do inquérito policial, sem entrar no mérito e nem tomar posições extremadas a respei-

16. Altavilla, 1946.

17. Batistelli, 1963.

to, pode-se dizer que apesar de ser um procedimento considerado informativo para a eventual propositura da ação penal, existem certos procedimentos que só são possíveis de realizar na fase administrativa. Nesse contexto, surge a relevância do depoimento testemunhal quando único detentor da evidência do fato delituoso. Nos Estados Unidos, os levantamentos apontam que cerca de 77 mil pessoas são processadas por ano, com base unicamente em depoimentos.

No Brasil, a questão de como a informação é trazida aos tribunais tem recebido pouca atenção das pesquisas, embora, no contexto internacional, vários autores já tenham demonstrado a falibilidade do caminho pelo qual as evidências são obtidas nos tribunais.[18,19] Os advogados, por serem estudantes da linguagem por profissão, exercitam o seu poder nos tribunais, manipulando os pensamentos e opiniões de outras pessoas, através de sua habilidade em usar a palavra.

Diversos estudos se dedicaram a pesquisar a força e também os pontos fracos dos depoimentos testemunhais. Entretanto, poucos oferecem sugestões consistentes sobre a maneira como as pessoas devem ser inquiridas. A experiência tem demonstrado que os depoimentos testemunhais contêm muitas falhas. Mesmo as testemunhas honestas e objetivas erram ao evocar e interpretar um fato observado: essa é a natureza da memória humana. Devido à importância dos testemunhos, psicólogos forenses como Loftus[20] e George[21] demonstraram a falibilidade da memória das testemunhas e a falta de treinamento dos policiais para realizar interrogatórios.

Esse panorama levou os norte-americanos Fisher e Geiselmann[22] a estruturarem uma nova forma de inquirição, a partir de uma revisão da litera-

18. Kebbell; Johnson, 2000.
19. Brainerd ; Reyna, 2005.
20. Loftus, 1979.
21. George, 1991.
22. Fisher; Geiselman, 1992.

tura em psicologia, examinando os princípios gerais da cognição, especialmente no que tange o funcionamento da memória. O procedimento, denominado de Entrevista Cognitiva (EC), utiliza diversas técnicas cognitivas na tentativa de alcançar o máximo possível de informações corretas do depoente e foi desenvolvido com o intuito de aumentar a performance da memória dos interrogados nas investigações policiais. Importante lembrar que a obtenção de dados corretos pode determinar a resolução de uma investigação criminal, com o início do devido processo ou com a liberdade do suspeito.

A Entrevista Cognitiva representa uma aliança entre dois campos de estudo: cognição e comunicação. A versão original foi delineada a partir dos achados da psicologia cognitiva sobre como as pessoas recordam. Uma das principais técnicas e, provavelmente, a mais efetiva ocorre quando o entrevistado é incentivado a recriar mentalmente o contexto do evento. Sabe-se, através dos estudos sobre o funcionamento da memória,[23] que a recriação do contexto original aumenta a acessibilidade das informações armazenadas. Através da técnica de "recriação do contexto", o entrevistador solicita ao entrevistado que volte mentalmente ao ambiente em que ocorreu o evento em questão, recuperando o maior número de detalhes possíveis. Estimula-se o entrevistado a recordar-se de algum som, cheiro, sentimento que tenha ocorrido no momento em que vivenciou o evento que está buscando recordar. Quando o entrevistado houver conseguido recolocar-se no contexto original, ele é estimulado a relatar tudo o que conseguir se lembrar. Recomenda-se ao entrevistado que relate livremente absolutamente toda lembrança que lhe ocorrer, sem fazer nenhum tipo de edição baseada em julgamento da relevância do material recordado. A partir da "recriação do contexto", espera-se que o depoente tenha o maior número de pistas possíveis à sua disposição, maximizando a quantidade e a qualidade das informações desejadas. A

23. Tulving,1973.

robustez desta técnica é tamanha a ponto de ser considerado o componente mais efetivo da EC.[24]

Posterior ao relato livre, inicia-se a parte interrogativa da entrevista, onde são realizadas perguntas abertas, com base somente naquelas informações recordadas pela testemunha no momento do relato livre, objetivando aprofundar e especificar as informações lembradas. Finalmente, o entrevistador encoraja a testemunha a ativar imagens mentais acerca de informações relevantes para a investigação, e realiza perguntas descritivas sobre as imagens evocadas.

Tendo por base outro princípio sobre o funcionamento da memória, qual seja, de que existem múltiplas rotas de acesso para as informações armazenadas, o fato de o indivíduo não ter conseguido recuperar uma informação num primeiro momento não significa que não possa consegui-lo numa nova tentativa. Buscando facilitar ainda mais o acesso à memória, o entrevistador pode ainda valer-se de estratégias como: solicitar que a situação seja relatada de trás para diante, pedir que o entrevistado coloque-se no lugar de outra pessoa que tenha passado pelo mesmo evento e descreva-o sob esta nova perspectiva, focalizar em diferentes aspectos sensoriais da experiência, entre outros.[25]

A contribuição da teoria da comunicação possibilita que as técnicas cognitivas sejam utilizadas num ambiente agradável para a testemunha relatar o fato. Uma das premissas para que isso ocorra de maneira efetiva é a "transferência de controle". Segundo essa perspectiva, é o entrevistado que detém todas as informações sobre o fato, portanto é ele quem cadencia o ritmo da entrevista. Essa instrução confere ao entrevistado respeito e poder. Além disso, os entrevistadores devem evitar fazer interrupções durante o relato das testemunhas, mesmo quando essas fazem longas pausas.

24. Memon; Higham, 1999.

25. Fisher; Brennan; Mccauley, 2002.

Ao final, o entrevistador faz um encerramento e agradece o entrevistado, colocando-se a disposição para receber novas informações que por ventura possam ser recordadas posteriormente.

A maior parte das pesquisas sobre a EC sugere que a utilização dessa técnica leva à obtenção de maior número de informações corretas em comparação aos interrogatórios habitualmente utilizados pelos policiais. Nessa esteira, o procedimento foi adaptado,[26] de forma pioneira na América do Sul, para a realidade brasileira, já que em nosso país pouco se fala no aspecto psicológico cognitivo das evocações e sua implicação jurídica.

A partir da premissa de que o direito busca disciplinar o exercício da jurisdição através de regras que venham conferir ao processo a mais ampla efetividade, com maior alcance prático e menor custo na proteção concreta dos direitos fundamentais dos cidadãos, optou-se pela adaptação da Entrevista Cognitiva e pela realização do experimento a seguir relatado. O presente trabalho tem o escopo precípuo de levar ao conhecimento de juristas e outros profissionais brasileiros esse conjunto de técnicas cientificamente elaboradas, testadas e constantemente aperfeiçoadas para obter um relato fidedigno de experiências, respeitando os caminhos utilizados pela mente, no esforço da evocação. Não se pode esquecer que, na falta de outras evidências, o testemunho, com todo o seu valor probatório deve ser verificado de forma a garantir, principalmente, a liberdade dos inocentes.

Na realização do experimento em foco no presente trabalho simulou-se uma investigação preliminar, sem a caracterização da provas repetíveis em juízo processual. Essa escolha deu-se com base nas afirmações de Fisher e Geiselman[27] de que a inquirição através da entrevista cognitiva deve ser realizada no momento mais próximo possível da ocorrência do fato para evitar o

26. Stein; Memon, 2006.

27. Fisher; Brennan; Mccauley, 2002.

esquecimento. No caso, pretendeu-se comparar os efeitos de dois tipos de inquirição: a entrevista cognitiva (EC) e o interrogatório (INT), nos moldes preconizados pela lei adjetiva penal, na evocação de fatos e detalhes juridicamente relevantes, bem como os erros cometidos pelas participantes nos dois procedimentos.

O estudo científico realizado passa a ser apresentado a seguir.

2. Método

O presente estudo envolveu um delineamento experimental com o objetivo de apurar os efeitos do tipo de inquirição na evocação e relatos de testemunhas de uma simulação de um fato delituoso – seqüestro relâmpago – apresentado em vídeo.

2.1 Amostra

Participaram do estudo 62 mulheres, com média etária de 36 anos e grau de escolaridade médio nas seguintes proporções: 32,8% com o ensino fundamental incompleto; 36,1% com o ensino fundamental completo; 14,8% com o ensino médio incompleto; 14,8% com o ensino médio completo e 1,6% com o curso superior incompleto.

A amostra, composta por funcionárias responsáveis pela limpeza de uma universidade particular do Rio Grande do Sul como sujeitos de pesquisa, foi motivada pela busca de uma maior validade ecológica do estudo. Procurou-se estabelecer um perfil semelhante à típica testemunha brasileira: pertence à classe social mais baixa e tem menor grau de instrução.

2.2 Instrumentos

Dois instrumentos foram utilizados nesse estudo: a) o fato a ser testemunhado, na forma de dois vídeos que foram denominados para fins de con-

trole, de vídeo A e vídeo B; b) a inquirição testemunhal, em dois tipos: entrevista cognitiva (EC) e interrogatório (INT)

2.2.1 Fato a ser testemunhado

Com a intenção de controlar possíveis efeitos do material a ser testemunhado pelas participantes, foram selecionados dois vídeos, com a duração aproximada de um minuto cada. Os vídeos apresentavam dois fatos típicos, antijurídicos e culpáveis semelhantes, vulgarmente conhecidos como "seqüestros relâmpago". Os personagens e o automóvel envolvidos eram os mesmos, mas as circunstâncias dos acontecimentos, propositalmente, diferentes.

2.2.1.1 Vídeo A

Uma jovem caminha em direção a um automóvel branco quando é abordada por três homens, dois deles encapuzados. Um dos homens está armado e outro toma a direção do veículo que sai andando por ruas pouco movimentadas. A moça é empurrada para o banco de trás, ameaçada com um revólver por um dos assaltantes, enquanto o outro mexe na bolsa dela. Depois, o carro pára e ela é colocada dentro do porta-malas.

2.2.1.2 Vídeo B

A mesma moça do vídeo anterior está dentro de um automóvel, sentada no banco de trás e é ameaçada por um homem armado, enquanto outro dirige. O carro pára em frente a um banco e aparece um terceiro homem saindo do banco com um cartão na mão. Ele entra atrás, senta ao lado da moça e o carro arranca por ruas pouco movimentadas.

2.2.2 Entrevista cognitiva

A entrevista foi baseada na adaptação do roteiro de Fisher e Geiselman,[28] traduzido e revisado do original, em inglês, com as instruções adequadas para a língua brasileira. Dois acadêmicos de psicologia foram cuidadosamente treinados por um período de quatro meses na técnica da entrevista cognitiva. Durante esse período, tiveram o seu desempenho avaliados como entrevistadores, filmado diversas vezes e analisado para fins de melhoria da performance e obtenção de um comportamento natural durante o procedimento.

Ao realizar a entrevista cognitiva, os estudantes obedeceram ao comportamento indicado pela técnica, utilizando a postura a seguir descrita: sentar de forma relaxada; virar o corpo em direção à entrevistada; falar pausadamente; demonstrar atenção e interesse; elogiar a entrevistada pelo seu progresso em geral; evitar movimentos e estilos de linguagem; não interromper a entrevistada e demonstrar paciência.

2.2.3 Interrogatório

Com base na regulamentação legal concernente ao testemunho e à inquirição de testemunhas, dando especial atenção à resposta das perguntas: quem, como, quando e onde, foi compilado um interrogatório padrão. Os inquiridores foram instruídos a conduzir a entrevista, realizando questões fechadas (sim/não), repetindo algumas perguntas e fazendo interrupções durante o processo. A partir disso, buscou-se simular uma situação mais próxima da realidade das delegacias de polícia brasileiras.

Dois estudantes da graduação de psicologia foram treinados e tiveram suas performances avaliadas, através de filmagens e orientações.

28. Fisher; Geiselman, 1992.

Nos dois procedimentos de inquirição (entrevista cognitiva e no interrogatório), os estudantes realizaram uma coleta piloto com seis participantes em cada um para fins de refinamento do treinamento. Cada dupla de interrogadores/entrevistadores recebeu a instrução de explicar às participantes que elas deveriam se comportar como se fossem capazes de elucidar um crime, já que eram as únicas testemunhas que tinham presenciado o fato.

2.3 Procedimentos

As participantes da pesquisa foram designadas aleatoriamente para assistir a um dos filmes, vídeo A ou B, em duplas. Os vídeos foram apresentados nas dependências do programa de pós graduação em psicologia da PUC-RS, numa sala aromatizada, equipada com TV e vídeo e ambientada com música de fundo (música erudita).

Antes da apresentação do filme, foi feito um *rapport* com as participantes durante o qual foi explicado que elas participariam de uma pesquisa sobre o funcionamento da memória e que a participação delas era voluntária. Explicou-se que elas iriam assistir a um filme curto e que não deveriam trocar comentários nem durante nem depois do vídeo. Elas também foram informadas que o trabalho seria realizado em duas etapas e que elas estavam convidadas a retornar em uma semana para a segunda fase, quando participariam de uma entrevista individual e que essa entrevista seria filmada.

Todos os procedimentos relativos à ética na pesquisa foram tomados em conformidade com a legislação nacional.[29] Dessa maneira, somente as participantes que assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido colaboraram com a pesquisa.

Respeitando o intervalo mínimo de uma semana e o máximo de 10 dias, cada participante retornou, conforme orientação anterior e foi entrevistada ou

29. Brasil, 1996.

interrogada de acordo com o cronograma estabelecido para possibilitar uma distribuição aleatória e equânime de participantes entre os entrevistadores e o tipo de entrevista.

Buscando aproximar ainda mais a situação do estudo com a realidade vivida por inquiridores nas delegacias, todos os entrevistadores estavam "cegos" para o conteúdo dos vídeos sobre os quais fizeram as entrevistas. Eles não sabiam também qual dos dois filmes, vídeo A ou vídeo B, a pessoa entrevistada tinha assistido.

No início de cada entrevista, as participantes foram alertadas de que o entrevistador não tinha conhecimento dos fatos que elas viram no filme e que deveriam responder às perguntas como se fossem testemunhas reais do evento assistido.

Todas as entrevistas foram filmadas e gravadas em áudio para posterior análise e também para se aproximar do contexto emocional de um interrogatório, onde as pessoas sabem que terão seus depoimentos registrados e analisados.

3. Resultados

Com o objetivo de investigar o efeito do tipo de inquirição no depoimento testemunhal, no que tange tanto à qualidade quanto à quantidade de informações juridicamente relevantes lembradas, foram computados os detalhes corretos e incorretos, assim como subjetivações e confabulações produzidas pelas participantes em suas recordações sobre o vídeo que assistiram.[30]

As unidades de detalhe corretas consistiram na nomeação fidedigna da informação presente no vídeo (e.g., "um homem estava com um revólver"). As

30. Memon et al., 1997.

incorreções ou erros foram considerados indicadores de falsas memórias, pois correspondiam a distorções das situações representadas no vídeo e possuíam base mnemônica (e.g., "o carro era azul"; existia um carro que aparecia no vídeo, mas esse era de cor branca). Foram consideradas subjetivações as interpretações pessoais dos detalhes vistos (e.g., "o cara tava com jaqueta de bandido"). Por fim, foram classificados como confabulações as invenções, ou seja, os detalhes que não apareceram no vídeo (e.g., "a moça estava indo para o trabalho").

Todos os levantamentos, tais como transcrições de áudio das inquirições, contagem de número de detalhes dos vídeos e conferências dos dados foram feitos por pesquisadores independentes, para fins de maior especificidade e controle das variáveis estudadas.

Inicialmente, os dois vídeos utilizados foram exaustivamente analisados. Levantadas todas as unidades de detalhe (i.e., local, ação, pessoa e objeto) que apareceram nos filmes, com a finalidade de obter o maior número de detalhes possíveis, foram submetidas a dois juízes independentes: um estudante da graduação e uma mestranda em psicologia. Dois mestrandos em ciências criminais, um promotor público e um advogado criminal, assistiram aos vídeos e apontaram as unidades de detalhe juridicamente relevantes, ou seja, aqueles detalhes que podem auxiliar na identificação do suspeito, do tipo de infração, etc., enfim, detalhes essenciais para a abertura de um processo criminal. Por exemplo, a lembrança de que um suspeito estava armado e encapuzado. A evocação por parte das testemunhas dessas unidades de detalhe juridicamente relevantes foram objetos de análise do presente trabalho.

As unidades de detalhe, computadas nos vídeos A e B, podem ser observadas na seguinte tabela:

Tabela 1

Número de unidades de detalhe presentes nos vídeos

Tipo de detalhe	Vídeo A		Vídeo B	
	Juridicamente Relevante	Sem relevância jurídica	Juridicamente Relevante	Sem relevância jurídica
Local	6	25	6	25
Ação	62	92	19	27
Objeto	21	27	17	17
Pessoa	56	80	55	81
TOTAL	145	224	97	149

Em primeiro lugar, com o objetivo de se investigar se as possíveis diferenças observadas no número de detalhes recordados ocorreram em função do vídeo, influenciando assim o total de recordações dos participantes, foram testados os vídeos A e B em relação ao tipo de inquirição: entrevista cognitiva (EC) e interrogatório (INT). A técnica estatística adotada para essa verificação foi a Análise da Variância (ANOVA), utilizada para comparar médias em mais de dois grupos e avaliar as interações das variáveis.[31]

Dessa forma, conduziu-se uma ANOVA 2 (vídeo: A e B) x 2 (tipo de inquirição: EC e INT), na qual não ficou evidenciado um efeito principal do tipo de vídeo ($F(3,58) = 0,70, p > 0,05$). Foi observado um efeito principal do tipo de inquirição ($F(3,58) = 23,79, p < 0,001$). Não foi evidenciada uma interação entre essas duas variáveis ($F(3,58) = 0,23, p > 0,05$). Esse dado sugere uma equivalência entre os vídeos A e B. Dessa maneira, os resultados a seguir apresentarão os dados dos dois vídeos de forma agrupada.

Observou-se que, para os inquiridores que fizeram a entrevista cognitiva não houve diferença em relação ao total de informações lembradas ($t(29) = -0,57, p > 0,05$). O resultado sugere que não houve influência dos inquiridores

31. Para um maior detalhamento dos procedimentos estatísticos utilizados nas análises dos resultados ver Bisquera, Sarriera & Martinez, 2004

que receberam treinamento na técnica da EC durante o mesmo período de tempo e através dos mesmos treinadores.

Para os interrogadores, contudo, foi observada uma diferença em relação ao total de informações recuperadas (t (29) = -3,56, p < 0,05). Como um dos interrogadores havia recebido anteriormente o treinamento para a técnica da entrevista cognitiva, a diferença pode ter ocorrido em razão desse treinamento, pois as perguntas feitas pelos dois interrogadores seguiram um mesmo padrão. Outro detalhe a ser considerado nesse resultado é que o outro interrogador era novo no grupo de pesquisa, e assim não foi contaminado pelo treinamento e palestras a respeito da entrevista cognitiva. Apesar da diferença, resolveu-se agrupar todos os interrogadores nas análises subseqüentes, pois a diferença foi no sentido de produzir maior número de informações corretas através do interrogador treinado na técnica da entrevista cognitiva. Resolveu-se correr o risco mesmo que, enfraquecido o efeito da diferença entre os tipos de entrevista, talvez minimizado o efeito da entrevista cognitiva. Os entrevistadores que conduziram a entrevista cognitiva também foram agrupados nas análises subseqüentes.

3.1 Efeito do tipo de inquirição

Com o objetivo de verificar o efeito do tipo de inquirição na quantidade de informações juridicamente relevantes recordadas, foi realizado um teste t de *Student*, comparando o total de informações trazidas pelas participantes na entrevista cognitiva (M = 41,35, DP = 11,62) e no interrogatório (M = 30,64, DP = 9,15), o qual evidenciou diferenças estatisticamente significativas (t (60) = 4,029, p < 0,001).

Esse primeiro resultado não considerou o tipo de detalhe, nem se as informações lembradas foram corretas ou incorretas. De acordo com as expectativas, a análise sugere que a inquirição realizada através da técnica da entrevista cognitiva produziu maior número de detalhes juridicamente relevantes.

Para as próximas análises, optou-se por apresentar os dados separadamente: acertos, erros, confabulações e subjetivações, sempre juridicamente relevantes.

a) Acertos

Conduziu-se uma ANOVA 2 (tipo de inquirição EC e INT) x 4 (tipo de detalhe: local, ação, objeto, pessoa), em relação aos acertos. Os resultados indicaram um efeito principal do tipo de detalhe ($F(3,58) = 89,59, p < 0,001$); um efeito principal do tipo de entrevista ($F(1,60) = 17,68, p < 0,001$), bem como uma interação entre essas duas variáveis ($F(3,58) = 8,716, p < 0, 001$).

De acordo com o esperado, apontado pela literatura, a EC produziu mais detalhes corretos do que o INT (Tabela 2). Foi realizada uma testagem *post hoc*, com correção de Bonferroni, e ficou evidenciado que a maioria dos acertos se deu em relação aos detalhes referentes à ação e à pessoa. No que tange aos detalhes do local e do objeto, os dois tipos de inquirição não apresentaram diferenças estatisticamente relevantes.

b) Erros

Em relação aos erros, detalhes não presentes no vídeo que foram lembrados pelos participantes, indicadores de falsas memórias de acordo com Memon (2002), foi realizada uma ANOVA 2 (tipo de inquirição: EC e INT) x 4 (tipo de detalhe: local, ação, objeto e pessoa). Os resultados evidenciaram um efeito principal de tipo de detalhe, evidenciando que independentemente do tipo de inquirição, alguns tipos de detalhes propiciaram mais erros ($F(3,58) = 35,53, p < 0,001$; não ficou evidenciado um efeito principal do tipo de inquirição, ($F(1,60) = 0,17, p > 0,05$), nem uma interação entre essas duas variáveis ($F(3,58) = 1,37, p > 0,05$)

Observa-se pela Tabela 2, nos testes *post hoc* para esse resultado, que foram produzidos mais erros em relação aos detalhes referentes à ação e à pessoa, sem que tenha havido diferenças estatisticamente significativas em relação ao tipo de inquirição, ao contrário do esperado, pois em grande parte dos ex-

perimentos, a literatura sugere que a técnica da EC, além de produzir mais acertos, produz maior número de erros, em relação aos outros tipos de inquirição.

c) Confabulações

Essa variável se refere a detalhes "inventados" pelas participantes, por exemplo, foi considerada uma confabulação, o depoimento da participante que afirmou ter visto no vídeo, "um ladrão entrando na casa de uma mulher", uma vez que essa ação não apareceu no vídeo.

Foi conduzida uma ANOVA 2 (tipo de inquirição: EC e INT) x 4 (tipo de detalhe: local, ação, objeto, pessoa). Os resultados evidenciaram um efeito principal do tipo de detalhe ($F(3,58) = 5,63, p < 0,001$; não evidenciaram um efeito principal do tipo de entrevista ($F(1,60) = 0,86, p > 0,05$). Também não foi evidenciada uma interação entre essas duas variáveis ($F(3,58) = 1,34, p > 0,05$). Nos testes *post hoc*, os resultados demonstram que ocorreram mais confabulações nos relatos relativos à ação, o que pode ser visto na Tabela 2.

Ao contrário das expectativas, não se obteve maior número de confabulações na EC, apesar de que, com essa técnica as testemunhas têm oportunidade de falar mais. De acordo com a sugestão dos artigos precedentes, as condições da entrevista cognitiva favorecem os maiores números de confabulações.

d) Subjetivações

Considerou-se como subjetivação as opiniões das participantes a respeito dos detalhes lembrados, por exemplo, se a participante disse: "Era uma moça bonita" ou, "Os assaltantes estavam vestidos com roupa de bandido".

Foi utilizada uma ANOVA 2 (tipo de inquirição: EC e INT) x 4 (tipo de detalhe: local, ação, objeto, pessoa). Os resultados evidenciaram um efeito principal do tipo de detalhe ($F(3,58) = 19,00, p < 0,001$); um efeito principal do tipo de entrevista, ($F(1,60) = 4,52\, p < 0,001$) bem como uma interação entre essas duas variáveis, ($F(3,58) = 4,34, p < 0,001$).

Nos testes *post hoc*, nota-se (Tabela 2) que houve maior número de subjetivações em relação ao local, à ação e à pessoa.

3.2 Acurácia

O índice de exatidão ou acurácia da entrevista cognitiva, comparada com outros procedimentos inquisitórios, é um dos aspectos mais polêmicos em termos de análise. Utilizamos nesse trabalho dois tipos de análise: a análise sugerida por Memon (2002), ou seja, o total de detalhes corretos divididos pelo total de detalhes corretos, erros e confabulações e a análise sugerida por Fisher (1996): total de detalhes incorretos divididos pelo total de informações lembradas, ou seja, total de detalhes corretos, incorretos e confabulações. As subjetivações foram excluídas do cômputo devido a sua relativa irrelevância num interrogatório ou processo judicial.

Através do teste *t*, observou-se que a acurácia da EC, $M = 0,82$, $DP = 0,12$ (Memon) e $M = 0,15$, $DP = 0,11$ (Fisher) não difere da exatidão demonstrada pelas participantes no INT, $M = 0,79$, $DP = 0,09$ (Memon) e $M = 0,18$, $DP = 0,09$ (Fisher). Na análise sugerida por Memon, se obteve o seguinte resultado: ($t\,(60) = 0,92$, $p > 0,05$) e na análise utilizada por Fisher, o resultado foi: ($t\,(60) = 1,18$ $p > 0,05$).

Em linhas gerais, podemos considerar que a entrevista cognitiva produziu mais detalhes juridicamente relevantes corretos (cerca de 30%) em comparação ao interrogatório. Além disso, o índice de erros (falsas lembranças) não diferiu entre as duas condições, o que corrobora ainda mais a robustez da técnica EC para a inquirição de testemunhas. O índice de confabulações também não apresentou diferença entre as duas condições, ou seja, o fato de as testemunhas estarem à vontade com os entrevistadores cognitivos não produziu um relato inverossímil. Esse resultado é sustentado também pela semelhança na acurácia de ambas inquirições.

Tabela 2

Média do tipo de detalhe recordado (desvio padrão entre parênteses)

Tipo de recordação/detalhe	Tipo de Inquirição	
	Entrevista Cognitiva	Interrogatório
Acertos		
Local	2,68 (1,76)	3,00 (1,18)
Ação	14,03 (6,71)*	8,13 (3,80)
Objeto	4,77 (1,80)	4,19 (1,37)
Pessoa	10,58 (4,22)*	7,48 (3,18)
TOTAL	32,06 (10,29)*	22,81 (6,64)
Erros		
Local	0,42 (0,56)*	0,13 (0,34)
Ação	1,23 (1,20)	1,45 (1,26)
Objeto	0,65 (0,60)	0,71 (0,82)
Pessoa	3,26 (2,33)	3,16 (2,26)
TOTAL	5,55 (2,71)	5,45 (3,08)
Confabulações		
Local	0,10 (0,39)	0,03 (0,18)
Ação	0,77 (1,25)	0,48 (0,89)
Objeto	0,00 (0,00)	0,03 (0,18)
Pessoa	0,00 (0,00)	0,03 (0,18)
TOTAL	0,87 (1,33)	0,58 (1,11)
Subjetivações		
Local	0,48 (0,62)*	0,16 (0,37)
Ação	1,84 (1,55)	1,23 (1,14)
Objeto	0,06 (0,25)	0,23 (0,49)
Pessoa	0,48 (0,81)*	0,19 (0,54)
TOTAL	2,87 (2,14)*	1,81 (1,64)

*p<0,01 (Probabilidade de erro ao rejeitar a hipótese nula demonstrando, portanto, que há diferenças significativas entre os dois tipos de inquirição).

4. Discussão

O material coletado e o experimento desenvolvido não têm a pretensão de esgotar o tema da imprecisão dos depoimentos testemunhais. Objetiva-se, isso sim, oferecer à comunidade jurídica um novo instrumento de trabalho e de reflexão. A entrevista cognitiva, constituindo uma nova forma de interrogar, com embasamento científico na psicologia e na teoria da comunicação, gera a recordação de um maior número de detalhes juridicamente relevantes corretos. Isso quer dizer que uma testemunha inquirida através da técnica da entrevista cognitiva traz mais informações e também mais informações corretas, possibilitando maior eficácia na elucidação de fatos delituosos.

De fato, os psicólogos cognitivos já mostraram a dificuldade que as pessoas têm de lembrar de experiências passadas. Trazendo um maior número de lembranças correta, a técnica da entrevista cognitiva é um procedimento que auxilia a recordação. Dessa forma, e a exemplo de outros países, merece ser pesquisada e desenvolvida no Brasil como uma alternativa às práticas hoje vigentes para a inquirição de testemunhas e vítimas. Nesse contexto, fica claro que se pretende sugerir a premente necessidade de abertura de espaço para uma avaliação técnica do depoimento testemunhal. Dentro da herança inquisitorial do inquérito policial brasileiro, busca-se através da adaptação da EC, substituir a empiricidade do procedimento pátrio pelos avanços científicos e tecnológicos que foram desenvolvidos através do estudo pioneiro de Fisher e Geiselmann.[32]

Não se quer dizer com isso que a informalidade observada dentro de nossas delegacias de polícia signifique a ausência de atos investigativos. O que se pretende é oferecer instrumentos que venham a facilitar as investigações. Isso porque, observa-se que, por não obedecerem a essas investigações e interroga-

32. Fisher; Geiselman, 1992.

tórios a um critério cientificamente comprovado na sua validade, podem ocasionar maior número de falhas, o que acaba por atrapalhar o trabalho administrativo e, em conseqüência, o judicial. Assim, a entrevista cognitiva, como pressuposto científico que auxilia a rememoração de fatos, é precursora na busca de maior eficácia na realização de inquirições preliminares. Esse procedimento, já é utilizado além do laboratório, como na caso da Inglaterra, onde é, desde 1992, pressuposto obrigatório para inquirições policiais.[33]

Pesquisadores como Amina Memon, Sarah Stevenage, Edward Geiselmann, Philip Higam, Rhonda Douglas, Morris Goldsmith, Kim Roberts, Wayne Roberts, Mark Kebbell, Graham Wagstaff, Asher Koriat, Ray Bull, entre outros, utilizam a pesquisa experimental para buscar novas ferramentas científicas que venham servir à efetividade da prestação juridicional de seus países. Nesse contexto, "a entrevista cognitiva é o protocolo para entrevistar adultos que tem recebido mais atenção nas pesquisas".[34]

Kebbel e Milne,[35] preocupados com a qualidade da entrevista cognitiva, questionaram 96 oficiais da polícia inglesa e do País de Gales sobre quais aspectos eram considerados positivos e quais os negativos na prática do procedimento. Os aspectos positivos apontados foram os seguintes: 1) traz maior número de informações; 2) por ser mais detalhada e estruturada, oferece menos possibilidade de que algum item seja esquecido; 3) produz maior quantidade e maior qualidade de informações; e 4) maior número de detalhes exatos são obtidos. Os aspectos negativos observados pelos policiais foram: 1) entrevista cognitiva leva muito tempo, o que é um problema para os departamentos policiais assoberbados de trabalho; 2) um oficial uniformizado não deve perder muito tempo com as testemunhas e as vítimas; 3) a técnica não produz bons

33. Kebbell; Johnson, 1999.

34. Yuille; Marxen; Cooper, 1999, p. 324.

35. Kebbel; Milne, 1998.

resultados quando se trata de identificar suspeitos; 4) crianças abaixo de sete anos de idade se atrapalham com algumas instruções e, 5) os entrevistadores precisam de mais esforço para aplicá-la.

Apesar desses senões apontados por policiais que utilizam o procedimento no dia a dia, é importante se observar que, com base na teoria e nos estudos realizados em diversos países, a entrevista cognitiva é um avanço na forma de inquirir. Salienta-se também que a técnica está continuamente sendo estudada e necessita de adaptações a realidades distintas e a sistemas legais diferentes. Porém, a ciência é universal e novas idéias são discutidas na comunidade científica internacional e novos procedimentos são testados na perspectiva de aprimorá-los na busca de maximizar os seus efeitos. É o caso do presente estudo, onde a entrevista cognitiva, comparada com o interrogatório policial usual na prática brasileira, mostrou o benefício de trazer mais informações juridicamente relevantes por parte das testemunhas.

Deve ficar claro que se realizou um experimento de laboratório. Nesse sentido, pode-se alegar que os fatos presenciados na vida real diferem na forma como são armazenados na memória: outras emoções entram em jogo, ou seja, as pessoas ficam com medo, com raiva, etc., quando presenciam um crime. Por isso, buscou-se a maior proximidade ecológica possível, provocando-se uma certa ansiedade nas participantes, tanto no momento da apresentação do vídeo quanto na posterior inquirição. As participantes foram consultadas sobre a necessidade de serem filmadas. Elas concordaram e ao mesmo tempo demonstraram ansiedade, uma vez que a grande maioria nunca tinha sido filmada nessas condições: fazendo um teste de memória. Entretanto, o fato de existir a filmagem, provavelmente, simulou em parte a pressão psicológica que uma testemunha sente na delegacia, quando inquirida. Tanto os entrevistadores quanto os interrogadores foram claros quando afirmaram do que se tratava o filme. As participantes eram as únicas testemunhas e por isso, deviam relatar os fatos como se estivessem numa delegacia de polícia ajudando a esclarecer um

crime. Essa transferência de controle colocou o entrevistador, no caso da entrevista cognitiva na posição de facilitador e não no papel de uma autoridade controladora. Na realidade, quem detém as informações é o entrevistado, pois foi ele quem se envolveu com o fato. É o entrevistado que precisa controlar o fluxo mental de informações.[36]

Além de produzir maior qualidade e mais quantidade de informações corretas, a EC não produziu mais erros do que o interrogatório. Em nosso estudo, as testemunhas submetidas à condição de entrevista cognitiva lembraram corretamente cerca de 30% a mais de detalhes corretos, em comparação ao interrogatório. Esse resultado, contrário a maior parte dos estudos realizados,[37] nos quais a EC produz mais erros do que os procedimentos utilizados para comparação, é mais um ponto positivo demonstrado pelo presente estudo. Os dados indicaram que, acertando mais no procedimento da EC, as pessoas erraram da mesma forma nos dois tipos de inquirição. Assim, o índice de erros, sendo estatisticamente semelhante nos dois procedimentos, produziu resultados que depõem a favor da performance da EC como técnica de inquirição. Para Goldsmith e Koriat[38] é melhor que sejam lembrados muitos fatos, mesmo que alguns desses sejam errados, durante a primeira fase de uma investigação. É importante que o erro seja analisado qualitativamente em relação ao episódio lembrado, pois, eles podem ser graves ou até não ter nenhuma importância para o esclarecimento do fato.

Infelizmente, na maioria das vezes, um erro é de suma importância na análise jurídica. Pode-se afirmar que, dependendo do caso, do momento e da situação, um erro é pior do que um acerto. Em se tratando de um testemunho, muitas vezes é melhor que o depoente permaneça calado do que traga infor-

36. Milne; Bull, 1999.

37. Memon et al., 1997.

38. Goldsmith; Koriat, 1996.

mações erradas. Para pesquisadores como Goldsmith e Morris,[39] "numa situação em que um erro cometido pelo entrevistado ocasionar conseqüências catastróficas, a melhor performance da memória é que a testemunha não lembre de nada". O equívoco pode colocar em funcionamento a máquina judiciária, seja através de investigações policiais, na fase pré-processual, seja na abertura do processo com todos os ônus implicados: no sistema financeiro estatal, com os gastos do erário público decorrentes ou pior ainda, no âmbito pessoal, quando um suspeito falsamente denunciado é julgado e condenado.

Os depoimentos baseados nas falsas memórias, que são decorrência dos erros e das confabulações, não são uma novidade na literatura referenciada por estatísticas alarmantes. Para esses casos, em alguns países, já estão sendo modificadas legislações e a norma passa a ser a utilização de meios científicos de comprovação contundente, como é o caso dos exames de DNA. Exemplificando, Loftus[40] traz o caso de um homem, Ronald Cotton, que foi condenado em 1986 à prisão perpétua, pelo estupro de uma estudante de 22 anos. A base da condenação foi o testemunho da vítima. Entretanto, o teste de DNA, que começou a ser utilizado 11 anos depois da prisão de Cotton, acabou por inocentá-lo. Um outro homem, Bobby Poole era o culpado. E os 11 anos de prisão desse homem? O governo dos Estados Unidos já está habituado a pagar milhões e mais milhões de dólares por indenizações cíveis cobradas por inocentes que foram julgados e condenados erroneamente, com base em evidências totalmente falsas, ainda que baseadas na lembrança de testemunhas ou vítimas.

No presente estudo observou-se que a maior concentração de recordações equivocadas deu-se nos detalhes referentes às pessoas, tanto no interrogatório quanto na EC. Memon e Stevenage[41] encontraram resultados semelhan-

39. Goldsmith; Morris, 1996.

40. Loftus, 2003.

41. Stevenage; Memon, 1996.

tes, com os sujeitos de pesquisa errando mais ao se referirem às pessoas vistas. Trata-se de um dado importante que deve ser objeto de estudos mais aprofundados. Por que as testemunhas erram mais quando descrevem pessoas? Não há como responder de imediato e tampouco se encontrou na literatura explicações plausíveis. Em outros estudos feitos, a concentração dos erros deu-se em relação aos fatos lembrados,[42-43] detalhes referentes à ação. Tomando-se o experimento aqui realizado, supõe-se que em relação às pessoas e aos fatos havia mais detalhes a serem lembrados. Trata-se de uma mera suposição, pois os erros observados foram primários: por exemplo, a vítima, uma mulher morena foi dada como loira por algumas testemunhas; os assaltantes, três homens, dois morenos e um branco foram todos vistos como negros por algumas pessoas e assim por diante. Nesse caso, é interessante sugerir que outras evidências sirvam de corroboração aos dados informados, para não se incorrer em erros graves.

Outra variável que não demonstrou efeito do tipo de inquirição foi a confabulação, uma vez que as confabulações ocorreram tanto na EC quanto no interrogatório. No caso da entrevista cognitiva, mesmo atentando para o fato de que as participantes tiveram oportunidade de falar mais, não houve aumento significativo de confabulações. Deve-se salientar que, ao se referir a detalhes que na realidade não apareceram no evento testemunhado, essa invenção das testemunhas pode ter graves conseqüências legais. Constatando que uma confabulação, dependendo do contexto, é tão grave ou quase tão grave quanto um erro, verificou-se mais um aspecto favorável da EC, já que o procedimento manteve o mesmo índice de confabulações que o interrogatório usual.

No caso das subjetivações, observou-se um efeito favorável em prol da EC. Supõe-se que as entrevistadas, ao se depararem com a oportunidade de falar

42. Fisher; Geiselman; Raymond, 1987.

43. Clifford; Bull, 1978.

mais, talvez tenham se sentido à vontade para expressar as suas opiniões pessoais e, por exemplo, achar que um dos assaltantes era feio, inferir que outro se vestia como todo ladrão, com roupa de couro e que a vítima era bonita ou estava com muito medo. As implicações jurídicas das subjetivações foram verificadas, devido ao fato de que, ao serem analisadas qualitativamente, podem servir de subterfúgio para o esclarecimento de determinados detalhes. Assim, as qualidades de feio, bonito, cara de bandido, apesar de serem conceitos pessoais, já foram estigmatizados em nossa sociedade, devido a padrões divulgados principalmente pela mídia.

Outro aspecto analisado foi a acurácia ou exatidão do depoimento, que se mostrou semelhante na EC e no interrogatório. Sem dúvidas, o grau em que a lembrança da testemunha corresponde à realidade do que aconteceu é um dado importante na medida em que a precisão do relato é o objeto principal de uma investigação.

A acurácia é usualmente calculada nos experimentos que comparam a EC com outros procedimentos. Entretanto, a forma como deve ser medida a exatidão tem sido objeto de discussão na literatura.[44] Quais as medidas que vão ser utilizadas? Depende do objetivo da inquirição. No caso de uma investigação preliminar, o mais importante é que sejam lembrados mais detalhes, mesmo que a exatidão seja equivalente a de outros tipos de inquirição.[45] Nesse estágio inicial, pode ser que o objetivo do investigador seja obter o maior número de detalhes possível, pois uma testemunha que não lembra de nada ou lembra muito pouco, tem pouca eficácia. Num segundo momento, com o prosseguimento da investigação, a necessidade de detalhes mais precisos torna-se o alvo fundamental, portanto, quanto maior a exatidão do relato, melhor será o resultado.

44. Goldsmith; Koriat, 1996.

45. Idem.

Partindo da premissa de que a técnica da EC foi desenvolvida com o intuito primordial de trazer mais lembranças exatas, Higham e Roberts[46] mencionam que, apesar de trazer mais recordações, a EC ainda não atingiu o nível de exatidão pretendido, já que nesse sentido, se equipara aos outros procedimentos utilizados para a comparação nos experimentos de laboratório. Pergunta-se então, se o procedimento da entrevista cognitiva é realmente efetivo. E a resposta é que sim, pois, sendo o índice de exatidão uma probabilidade condicional, o igual número de erros observados no experimento e a superioridade dos acertos coloca a EC numa posição extremamente eficaz.

Como instrumento de tutela do cidadão, frente ao poder ilimitado do estado, dentro de seu caráter abusivo que pressupõe a construção de um modelo jurídico de garantias,[47] o procedimento da entrevista cognitiva pode ser uma valiosa ferramenta científica valiosa. Isso porque, como já foi dito, um depoimento é um teste de memória e a memória muitas vezes falha. Na falta de outras evidências, é impossível deixar de acreditar numa testemunha que aponta o dedo para o acusado e diz: "Ele é o culpado!" Por isso, com todo o seu peso probatório, o depoimento testemunhal deve ser verificado de forma que possa garantir, sobretudo, a liberdade dos inocentes.

5. Referências bibliográficas

ALTAVILLA, E. *Psicologia judiciária, a testemunha, o documento, o perito e o intérprete.* v. 1, 2 3 e 4. São Paulo: Saraiva, 1946.

BATISTELLI, L. *A mentira nos tribunais, estudos de psicologia e psicopatologia judiciária.* Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

46. Higham; Roberts, 1996.

47. CARVALHO, 2001, p. 213.

BISQUERRA A., R; SARRIERA, J. C.; MARTINEZ, F. *Introdução à estatística:* enfoque informático com o pacote estatístico SPSS. Porto Alegre: Artmed, 2004.

BRAINERD, C. J.; REYNA, V. F. *The science of false memory*. New York: Oxford University Press, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 196/96 sobre pesquisa envolvendo seres humanos. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 out 1996. Disponível em: http://www.aids.gov.br/rescns.htm. Acesso em 11 mai 2004.

CARVALHO, S. *Pena e garantias*: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CECI, S.J.; BRUCK, M. *Jeopardy in the courtroom*: a cientific analysis of children testimony. Washington-DC: American Psychological Association, 1999.

CECI, S.J.; TOGLIA, M.P.; ROSS, D.F. (Eds). *Children's eyewitness memory*. New York: Springer-Verlag, 1987.

CLIFFORD, B.R.; BULL, R. *The psychology of person identification*. London: Routledge, 1978.

DIGES, M. *Los falsos recuerdos, sugestion y memoria*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

FINGER, K.; PEZDEK, K. The effect of the cognitive interview on face identification accuracy: Release from verbal overshadowing. Claremont: *Journal of Applied Psychology* v. 84, 1999, p. 340-348.

FISHER, R.P. Misconceptions in design and analysis of research with the cognitive interview. Southampton: *Psycoloquy*, v. 7, n. 35, 1996.

FISHER, R.P.; GEISELMAN, R.E. *Memory enhancing techniques for investigative interview*: the cognitive interview. Illinois: Charles C. Thomas Publisher, 1992.

FISHER, R.P.; GEISELMAN, R.E.; RAYMOND, D.S. Critical analysis of police interviewing techniques. Arlington: *Journal of Police Science and Administration*, v. 15, 1987, p. 177-185.

FISHER, R.P.; GEISELMAN, R.E.; MCCAULEY, M.R. Improving eyewitness testimony with the cognitive interview. In: D. ROSS, J.S. READ; M. TOGLIA (Eds.). *Adult eyewitness testimony*: current trends and developments. London: Cambridge University Press, 1994, p. 45-269.

GEORGE, R. *A field and experimental evaluation of three methods of interviewing witnesses and victims of crime.* Dissertação de Mestrado não publicada. Polytechnic of East London, London, UK, 1991.

GOLDSMITH, M.; KORIAT, A. The assessment and control of memory accuracy. Southampton: *Psycoloquy*, v. 7, n. 23 Witness memory (9), 1996.

HIGHAM, P.A.; ROBERTS, W. Measuring recall performance. Southampton: *Psycoloquy*, v. 7, n. 38, 1996.

KEBBEL, M. R.; JOHNSON, S. D. Lawyers questioning: the effect of confusing question on witness confidence and accuracy. Springer: *Law and human behavior*, v. 24, n. 6, 2000, p. 629-641.

KEBBEL, M.R.; JOHNSON, S.D. The cognitive interview: a survey of its forensic effectiveness. Oxfordshire: *Psychology, crime & law*, v. 5, 1999, p. 101-115.

KEBBEL, M.; MILNE, R. Police officer's perception of eyewitness factors in forensic investigations. Washington DC: *Journal of Social Psychology*, v. 138, 1998, p. 323-330.

KÖHNKEN, G.; MILNE, R.; MEMON, A.; BULL, R. The cognitive interview: a meta-analysis. Oxfordshire: *Psychology, Crime & Law*, v. 55, 1999, p. 3-27.

LOFTUS, E. *Eyewitness testimony.* Cambridge-MA: Harvard University Press, 1979.

LOFTUS, E. Our changeable memories: legal and practical implications. Washington DC: *Science and society*, v. 4, 2003, p. 231-234.

LOFTUS, E. F., HOFFMAN, H. G. Misinformation and memory: the creation of new memories. Washington DC: *Journal of Experimental Psychology*: general, v. 118, n. 1, 1989, p. 100-104.

MEMON, A. Psicologia Forense: últimos avanços em falsas memórias. *Conferência realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre, 2002.

MEMON, A.; BULL, R. *Handbook of the psychology of interviewing*. West Sussex: Wiley & Sons, 1999.

MEMON, A.; HIGHAM, P.A. A review of the cognitive interview. Oxfordshire: *Psychology, crime & law*, v. 5, 1999, p. 177-196.

MEMON, A.; STEVENAGE, S. Memory: What to measure and when to report. Southampton: *Psycoloquy*, v. 7, n. 31, 1996.

MEMON, A.; WARK, L.; HOLLEY, A.; BULL, R.; KOEHNKEN, G. Eyewitness performance in cognitive and structured interviews. Washington DC: *Memory*, v. 5, n. 5, 1997, p. 636-656.

MEMON, A.; YARMEY, A. D. Earwitness recall and identification: comparison of the cognitive interview and the structured interview. Missoula: *Perceptual and motor skills*, v. 88, 1999, p. 797-807.

MILNE, R.; BULL, R. *Investigative interviewing, psychology and practice*. West Sussex: John Wiley & Sons, 1999.

PAYNE, D.G., ELIE, C.J., BLACKWELL, J.M., NEUSCHATZ, J.S. Memory illusions: recalling, recognizing and recollecting events that never occurred. Washington DC: *Journal of Memory and Language*, v. 35, 1996, p. 261-285.

ROEDIGER, H.L. III. Memory illusions. Washington DC: *Journal of Memory and Language*, v. 35, 1996, p. 76-100.

SCHACTER, D.L. *The seven sins of memory, how the mind forgets and remembers*. Boston: Houghton Mifflin, 2001.

STEIN, L. M.; MEMON, A. Testing the efficacy of the cognitive interview in a developing country. Hoboken, NJ: *Applied Cognitive Psychology*, v. 20, n. 5, 2006, p. 597-605.

STEIN, L.M.; NEUFELD, C.B. Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram? Umuarama: *Arquivos de ciências da saúde*, v. 5, n. 2, 2001, p. 179-186.

THOMPSON, A. *Quem são os criminosos*: o crime e o criminoso entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

TULVING, E., THOMSON, D.M. Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory. Washington DC: *Psychological review*, v. 80, n. 5, 1973, p. 359-380.

WHIPPLE, G.M. Psychology of testimony and report. Washington DC: *The psychological bulletin*, v. 10, 1913, p. 264-268.

YUILLE, J.C.; MARXEN, D.; COOPER, B. Training investigative interwiers: adherence to the spirit as well as the letter. Washington DC: *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 22, 1999, p. 323-336.

O processo internacional penal diante do tempo[1]

Yann Jurovics

Doutor em Direito pela Universidade Paris 1 – Panthéon – Sorbonne.
Professor (*Maître de Conférences*) na Universidade de Picardie – França.
Ex-jurista na Corte de Apelação dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, em Haia.

Sumário: Introdução – 1. O tempo antes da infração e a retroatividade: 1.1 Ausência de retroatividade: interditos anteriores à instrumentalização: 1.1.1 Padrões de comportamento preexistentes; 1.1.2 As proibições legais similares preexistentes; 1.2 Ausência de retroatividade: significado preciso e alcance do princípio da legalidade em DIP (uma exigência de justiça): 1.2.1 A interdição da retroatividade: um princípio limitado; 1.2.2 Um princípio não obrigatório – 2. O tempo após a infração e a imprescritibilidade: 2.1 Uma norma de repressão justificada para os atos inexpiáveis: 2.1.1 A prescrição não é de direito comum; 2.1.2 As justificativas da inaplicabilidade da prescrição aos crimes de direito internacional; 2.2 Uma norma de repressão costumeira: 2.2.1 O caráter unicamente declaratório das normas que constatam a imprescritibilidade; 2.2.2 As dificuldades de aplicação pelos direitos internos.

Resumo: O transcurso do tempo entre a prática de um crime de direito internacional e sua tipificação por um texto normativo posterior suscita questionamentos quanto à eventual retroatividade da ação penal e, nesse caso, de sua validade. Levanta-se então a questão do esgotamento de um eventual prazo pres-

1. Este artigo foi originalmente publicado na *Revue de science criminelle et de droit penal comparé* (Paris, n. 4, out.-dez. 2001, p. 781-797). A tradução para o português é de Fabia de

cricional e da sua adequação ao processo internacional. O artigo objetiva demonstrar que os atores da justiça internacional, conscientes de que o julgamento permanece indispensável, encontram progressivamente os meios jurídicos para contornar os obstáculos impostos, às vezes, pelo tempo.

Palavras-chaves: Processo internacional penal – Princípio da legalidade – Crimes de direito internacional – Crimes internacionais – Direito internacional penal – *Jus cogens* – Direito costumeiro – Ação penal internacional – Retroatividade – Prescrição – Leis de anistia – Imprescritibilidade – Competência temporal.

Abstract: The extension of time between committing a crime legally bound to International Law and its legal definition for a posterior law call forth further questionings as to a potential retroactivity of the criminal action and, in this case, its validity. Furthermore, questioning regarding to the exhaustibility of an eventual limitation and of its adequacy to the International Proceeding is brought about. The article is meant to demonstrate that those in charge of dealing with International Justice, once aware that the judgment remains indispensable progressively find the juridical means to get around the obstacles levied on them sometimes due to the time.

Key-words: International Criminal Procedure - principle of legality - crimes of International Law - international crimes - International Criminal Law - *jus cogens* - Customary Law - International Criminal Action - retroactivity - prescription - laws of amnesty - imprescriptibility - temporal competency.

Melo-Fournier. Todas as citações feitas pelo autor no corpo do artigo foram traduzidas, figurando o original em nota. Por outro lado, para não ofender nenhum direito autoral, a tradutora manteve as citações feitas pelo autor em nota de rodapé, na língua em que aparecem no texto original, reservando-se, porém, o direito de traduzir aquelas que remetem, direta ou indiretamente, a decisões judiciais e textos normativos, nacionais ou internacionais.

Introdução

Summum jus summa injuria. Um extremado legalismo pode traduzir-se em injustiça, e levar em consideração o tempo pode limitar consideravelmente a responsabilização dos autores de crimes de direito internacional, primeiramente em razão do efeito retroativo que as ações penais podem ocasionar; segundo em razão de uma eventual prescrição dos atos em questão.[2] É bem verdade que "toda pessoa acusada de um crime de direito internacional tem direito ao devido processo legal",[3] e o direito internacional penal (infra DIP) respeita essas garantias judiciais. Mas é difícil aceitar que o tempo possa excluir os criminosos de um merecido julgamento. Assim, o fato de Guilherme II, invocando o princípio da legalidade, não ter sido extraditado pelos Países Baixos, decepcionou os atores da justiça internacional de 1945 e ainda afeta processos recentes.[4]

A prática recente encontrou então uma solução na aplicação de regras específicas, adaptadas aos crimes de direito internacional, assegurando que, qualquer que seja o efeito do tempo sobre a regra de direito, "os crimes mais graves, que atingem a comunidade internacional como um todo, não poderiam ficar impunes".[5]

2. Aliás, a limitação *rationae temporis* das jurisdições internacionais, a exemplo do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI), que não julgou os crimes cometidos contra os judeus no período de 1933 a 1939, ou dos Tribunais Penais Internacionais (TPI), instalados em datas precisas, diz respeito somente às suas competências e não afeta em nada o caráter criminoso dos atos cometidos fora dessas datas, nem as possibilidades de processo penal por outras jurisdições. Essa relação do tempo com o processo internacional é, portanto, demasiado limitada em suas disposições e suas conseqüências para ser abordada aqui.
3. Art. 5.°. dos "Princípios de Direito Internacional consagrados pelo Estatuto do TMI e no julgamento do Tribunal", adotados pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em julho de 1950. Cf. Relatório da CDI sobre os trabalhos da 2ª sessão, Documentos Oficiais da Assembléia Geral das Nações Unidas, 5ª sessão, suplemento n. 12, A/1.316, 1950.
4. Cf. TPIY, processo IT-95-10-I, *Jelisic*, decisão de 14.12.1999, § 60, em que os juízes confessam a sua preocupação, associada àquela expressa pelo Secretário Geral no Doc. ONU, S/25704, § 34, de moderar esse princípio.
5. Preâmbulo do Estatuto do Tribunal Internacional permanente. Saliente-se que, para a jurisprudência francesa, "os crimes contra a humanidade estão... sujeitos, no que diz respeito

1. O tempo antes da infração e a retroatividade

O princípio da legalidade *nullum crimen nulla poena sine lege* quer que ninguém seja punido na ausência de um texto que preveja a interdição e a repressão do ato censurado. Processar um indivíduo por uma infração criminal inexistente à época dos fatos equivaleria, com efeito, a fazer retroagir a regra que tipifica essa conduta. Ora, a não retroatividade da lei penal constitui um dos princípios gerais do DIP,[6] pilar inevitável da credibilidade de um processo, ao qual a repressão internacional não deveria subtrair-se.

A questão foi suscitada, sobretudo, em Nuremberg, por ocasião da primeira elaboração de um estatuto de uma jurisdição, definindo os crimes de direito internacional. Esse estatuto constituiu, com efeito, um precedente para as definições ulteriores, evitando-lhes, desde então, o óbice da retroatividade decorrente da criação de novas normas ou da sua primeira formulação. Sendo o direito penal de interpretação restritiva, algumas situações permanecem, porém, juridicamente problemáticas, notadamente a repressão de fatos não exatamente previstos nos textos ou as tentativas recentes de tipificação *a posteriori* dos crimes que marcaram a história, como a escravidão dos negros, o massacre dos armênios ou de populações indígenas.

à instauração de processo e à repressão, a regras que exorbitam do direito interno" (ANGEVIN. Rapport sous Cass. crim., 03.06.1988, *Barbie, JCP*, 1988, II, n. 21.149, p. 48); idem para a lei belga (ANDRIES, A.; VAN DEN WIJNGAERT, C.; DAVID, E.; VERHAEGEN, J. Commentaire de la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infraction graves au droit international humanitaire. *Revue de droit pénal et de criminologie (RDPC)*, n. 11, nov. 1994, p. 1.137).

6. Arts. 22 e 23 do Estatuto do TPI permanente, além de, entre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11-2), Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (art. 15-1), Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 7-1), Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 9); Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (art. 7-2). Na França, a não-retroatividade já era prevista (art. 8 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), tendo sido erigida em princípio de valor constitucional.

Mas o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI), incriminando atos cometidos antes de sua criação, consagrou, na realidade, uma mudança, não do princípio da legalidade, mas de sua aplicação, de seu significado. Com efeito, os juízes do TMI fundamentaram suas conclusões sobre a eqüidade, a justiça, os princípios gerais do direito. Embora tenha sido dito que, contrariando a necessária objetividade da ciência jurídica, o processo internacional limita-se a "banir das relações internacionais o espírito, assim como a regra do *nullum crimen nulla poena sine lege*",[7] convém antes considerar que se trata de uma interpretação particular, bastante ampla, desse princípio, justificada pela especificidade do DIP e pela proteção que ele assegura aos interesses superiores da humanidade.[8]

Por outro lado, se "faz parte da essência do direito internacional ser, de fato, um direito costumeiro",[9] um direito fundado sobre padrões não escritos de comportamento, o princípio da legalidade é aí avaliado pela medida dessa especificidade, enunciando-se então não como *nullum crimen sine lege*, mas como *nullum crimen sine jure*.[10]

7. DONNEDIEU DE VABRES, H. Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international. *RCADI*, 1947, p. 525 [No original: "bannir des relations internationales l'esprit aussi bien que la règle *nullum crimen nulla poena sine lege*"].

8. "Os princípios de legalidade, em direito penal internacional, são diferentes dos princípios correspondentes dos sistemas legais nacionais, no que diz respeito a sua aplicação e a suas normas. O que os diferencia parece ser o evidente objetivo de manter um equilíbrio entre a preservação da justiça e da eqüidade em relação ao acusado e a necessidade de preservar a ordem mundial. Com essa finalidade, o Estado ou os Estados envolvidos devem levar em consideração os seguintes fatores, *inter alia*: a natureza do direito internacional, a ausência de políticas e de normas legislativas internacionais, os procedimentos *ad hoc* da redação técnica e a hipótese fundamental segundo a qual as normas de direito penal internacional serão incorporadas ao direito penal interno dos diferentes Estados" (TPIY, Proc. IT-96-21, *Delalic* e outros ,"Celebici", decisão de 16.11.1998, § 405).

9. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 575 [No original: "Il est de l'essence du droit international d'être, en fait, un droit coutumier"].

10. Cf. BASSIOUNI, C. *Crimes against humanity in international criminal law*. La Haye: Nijhoff, 1992, p. 112; ou ainda, TPIY, processo *Furundzija*, n. IT-95-17/1-T, decisão de

Ora, a interdição da prática dos crimes de direito internacional não é, no momento de sua instrumentalização, uma novidade no direito, mas a expressão escrita do direito internacional geral. A repressão não faz então, em nenhuma hipótese, retroagir uma lei penal posterior, uma vez que, de um lado, aparecem os interditos anteriores à instrumentalização, de outro lado, o princípio da legalidade assume, no DIP, um significado e um alcance particulares.

1.1 Ausência de retroatividade: interditos anteriores à instrumentalização

Mesmo em Nuremberg, a repressão dos crimes contra a humanidade, definidos pouco tempo antes, não provinha de um direito novo,[11] mas apenas confirmava as regras enunciadas por duas fontes do direito internacional:[12] o direito natural e os instrumentos consagradores de normas similares.[13] Ainda hoje, o direito natural, fundado sobre a moral, estabelece normas intemporais que precedem a todas as tentativas de definições escritas, das quais são até mesmo independentes. Já os instrumentos que condenam atos similares oferecem uma base legal que permite por analogia, assegurar a proposição das ações penais.

10.12.1998, § 184: "não se trata de incriminar atos que não eram criminosos no momento em que foram cometidos", mas de atos não tipificados por um texto.

11. Ilustrando seu raciocínio por meio da repressão dos crimes de guerra, o TMI pôde lembrar que há anos os tribunais militares julgavam as infrações de guerra, aplicando a Convenção de Haia, que jamais as qualificou como crimes (TMI, t. I, p. 232).

12. "A Carta é a expressão [...] do direito internacional existente ao tempo de sua criação" (TMI, t. II, p. 147 e t. XXII, p. 461).

13. "Les actes en question ne viennent pas d'être stigmatisés comme illégaux [...]. Au moment où ils ont été commis, ils étaient considérés comme illégaux non seulement par *la conscience publique du monde civilisé*, mais aussi par *les législations des pays civilisés*" (GLASER, S. La Charte du Tribunal de Nuremberg et les nouveaux principes du droit international. *Revue pénale suisse*, 1948, p. 27, grifos do autor).

1.1.1 Padrões de comportamento preexistentes

O fato de crimes de direito internacional não serem instrumentalizados no momento dos fatos deve-se à total imprevisibilidade de atos de tamanha gravidade. Entretanto, a repressão fundada sobre padrões intemporais de comportamento, independentemente dos textos em vigor, não é, em nenhuma hipótese, retroativa *stricto sensu*. Aliás, o instrumento legal cuja vocação é a delimitação oficial da fronteira da ilicitude revela-se bem menos útil se a proibição é claramente conhecida, como, por exemplo, a proibição de matar.[14]

Assim, como o Estatuto de Nuremberg, que apresentava um caráter declaratório,[15] o conteúdo do DIP é definido por padrões de comportamento anteriores à elaboração escrita de normas internacionais, cujo objetivo, aliás, era apenas confirmar essas leis morais costumeiras e corrigir certas imprecisões.

1.1.1.1 Uma proibição costumeira assegurada por normas morais

À semelhança de Antígona fazendo referência a "estas leis não escritas e que não poderiam ser apagadas", os juízes internacionais podem fundar suas

14. "Certamente, ninguém pode alegar a menor pretensão de pensar que há alguma mancha de *ex post* factuismo na norma do homicídio [...] [assim como] não pode ser dito que antes da Lei n. 10 do Conselho de Controle não havia normas proibindo o homicídio. O assassinato de um ser humano sempre foi um crime potencial que exigiu explicação" (The *Einsatzgruppen* Case. *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1948, p. 658. Esse caso foi julgado pelo Tribunal Militar Americano de Nuremberg, em 10.04.1948).

15. "The facts were so horrendous that no law, no matter how prescient could have anticipated them. But this was not a case where no law existed, but rather no specific positive law on point had been elaborated. And how could it? No law can divine the absurd, the grotesque or the inhumane" (BASSIOUNI, 1992, p. IX). Ver ainda BASSIOUNI, ibid., p. 226, nota 136, citação do caso *Finta* (Canadá), ressaltando que a proibição dos crimes contra a humanidade existia antes de 1945.

decisões sobre as leis morais que proíbem certos comportamentos.[16] A moral está na origem da proibição, e o costume dá-lhe força executória.

1.1.1.2 Uma proibição assegurada por normas morais

Por ocasião do cometimento de um ato de tamanha gravidade que traz prejuízos à humanidade como um todo, o criminoso, a vítima, as testemunhas sabem que um crime foi cometido. Ninguém poderia, em 1945, afirmar não ter tido consciência de participar de um crime, ao matar judeus ou ciganos. Com efeito, como era impossível acreditar que "o direito das gentes tivesse ficado tão atrasado em relação ao senso moral da humanidade",[17] a repressão pôde fundamentar-se sobre "os princípios de direito natural que, no fundo, fornecem a justificação jurídica e moral da Lei n. 10".[18]

Ninguém poderia ignorar a moral que precede à lei, a proibição flagrante e, em seguida, desprezar que "o sentimento interior de justiça permitiu aos ho-

16. "Nada no princípio *nullum crimen sine lege* se opõe ao julgamento e à condenação por atos que, no momento em que foram cometidos, eram tidos como criminosos segundo os princípios gerais do direito" (*Bulletin du TPIY*, supplément judiciaire n. 1, 15.02.1999).

17. Discurso inaugural do Procurador Geral americano Jackson em Nuremberg. *Justice Jackson's Opening Statement*, TMI, v. 2, p. 101, ata da audiência de 21.11.1945 [No original: "Le droit des gens soit resté tellement en retard sur le sens moral de l'humanité"].

18. Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (decisões da Corte Suprema da zona britânica, infra OGH). Berlim, 1949, t. II, p. 233. O TMI concluiu igualmente que o princípio da legalidade não é violado, nem no que concerne à repressão dos crimes contra a paz (TMI, t. I, p. 231), nem no que concerne à repressão dos crimes de guerra (TMI, t. I, p. 266), e, se ele não trouxe resposta específica no que tange à repressão dos crimes contra a humanidade, que considerava subsidiários, é evidente que ela estava *a pari* sujeita ao mesmo raciocínio. Os tribunais militares americanos adaptaram o raciocínio a essa noção: cf. *Trials of war criminals before the Nuremberg military tribunals under control council Law n. 10.* Washington, US: Government Printing Office, 1949-1953 (infra: *US Mil. Tribunals*), caso IX, t. IV, p. 458, caso XIII, t. XI, p. 476, e sobretudo caso III, t. III, p. 966: "muitos crimes contra a humanidade, senão todos [...] constituíam uma violação de princípios preexistentes do direito das gentes. [...] *A lei do Conselho de Controle pode ser considerada mais como uma condificação que como uma legislação material original*" (grifo do autor).

mens agir diante de 'um ato' assim como diante de uma 'transgressão' [...] essa lei que eles possuíam nos seus corações antes que ela fosse escrita, *já que eles podiam considerar, sem lei escrita, que um ato era 'uma violação'*".[19] O texto internacional, que vem apenas reconhecer a proibição moral e sua aplicação a atos cometidos antes de sua elaboração, não constitui, então, em nenhuma hipótese, uma distorção do princípio da legalidade.[20]

1.1.1.3 A força costumeira da proibição

"A sua proibição [dos crimes de direito internacional] faz parte, necessariamente, do direito internacional costumeiro".[21] O ato é proibido, não em virtude de um instrumento, mas antes de uma convicção comum do caráter obrigatório do interdito, que lhe confere um valor de costume.[22] Os textos de DIP têm valor apenas declaratório, e não constitutivo, da infração; eles vêm consolidar em direito escrito os princípios gerais em vigor.[23] Conseqüentemente, a

19. ARONEANU, E. *Le crime contre l'humanité*. Paris: Dalloz, 1961, p. 17, grifo do autor [No original: "Le sentiment intérieur de justice a permis aux hommes d'agir devant 'un acte' comme devant une 'transgression' [...] cette loi qu'ils avaient dans leurs coeurs avant qu'elle ne soit écrite *puisqu'ils pouvaient considérer, sans loi écrite, qu'un acte était 'une violation'*"]. Da mesma maneira, "en se référant, par-delà la diversité des droits positifs, à des principes éternels, à des lois de l'humanité applicables par tous les États, les juges de Nuremberg s'inscrivaient dans la tradition classique du droit des gens" (FINKIELKRAUT, A. *La mémoire vaine du crime contre l'humanité*. Paris: Gallimard, 1989).

20. KELSEN, H. Collective and individual responsability in international law with particular regard to the punishment of war criminals. *Calif. L. Rev.*, 1943, p. 544.

21. TPIY, Proc. IT-94-I-T, *Tadic*, decisão de 07.05.1997, p. 237, § 623.

22. Cf. a referência freqüente à "convicção jurídica comum das nações civilizadas estabelecendo princípios de humanidade e constituindo um fundamento de direito" (OGH. Berlim, 1949, t. II, p. 271-272; MEYROWITZ, H. *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité (et de l'appartenance à une organisation criminelle) en application de la Loi n. 10 du Conseil de contrôle allié*. Paris: LGDJ, 1960, p. 347.

23. Cf. TMI, t. II, p. 147. Ainda, "o genocídio é um crime do direito das gentes" (Preâmbulo e art. 1.º da Convenção sobre o genocídio) e não um crime resultante de uma definição legal, "e em todos os tempos considerado um crime do direito das gentes, o que a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio só fez confirmar" (*Annuaire de la Commission de Droit International (ACDI)*, 1991, v. 1, p. 227, § 31).

jurisdição internacional "aplica as normas do direito internacional humanitário que, indubitavelmente, fazem parte do direito costumeiro".[24] Enquanto o caráter costumeiro da proibição dos crimes contra a humanidade é inconteste desde Nuremberg, a sua repressão é fundada num legalismo universal e intemporal que, evidentemente, não poderia transgredir o princípio da legalidade.

1.1.1.4 A inexistência de instrumentos legais: uma ausência compreensível, porém indutora de uma proibição imprecisa

A inexistência de instrumentos legais pode ser explicada pela imprevisibilidade dos atos hediondos ou ainda pela influência tomada do iniciador da ação criminosa sobre o poder político ou legislativo. De qualquer forma, "a exigência de incriminações precisas e de sanções claramente definidas adapta-se mal às mudanças de aspectos da vida e da criminalidade internacionais".[25] Uma nova incriminação vem compensar, então, o desaparecimento do estado de direito, favorável aos criminosos mais organizados.[26]

É bem verdade que a total inexistência de instrumentos suscita a questão da subjetividade ou da imprecisão da delimitação da proibição, notadamente para atos cometidos muito antes de uma eventual codificação, como os massacres dos armênios, ou, mais remotamente, dos índios da América e, sobretudo,

24. Relatório do Secretário Geral da ONU, 03.05.1993, Documentação das Nações Unidas, S/25704, § 34 [No original: "Applique les règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier"]. Cf. também caso *Tadic*, já referido, p. 234-237, §§ 618-623.

25. DONNEDIEU DE VABRES, H. Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines. *RDPC*, 1946-1947, p. 816 [No original: "l'exigence d'incriminations précises et de sanctions nettement définies s'adapte mal aux aspects changeants de la vie et de la délictuosité internationales"].

26. Cf. OGH, t. II, p. 232 et seq.

o tráfico dos negros africanos. Neste último caso, uma regra de repressão recente pode revelar-se realmente anacrônica. Para que a proibição seja legítima e fundada, ela deve ser determinada por regras realmente universais, precisas e intemporais.

No que concerne a atos muito recuados no tempo, além da incerta utilidade penal de uma incriminação, sua pertinência jurídica depende da continuidade do padrão de comportamento. Se a proibição de matar, fundamento de toda vida social, transcende às épocas e aos sistemas jurídicos, outros casos, hoje criminosos, como a tortura, podem ter sido considerados lícitos em outros tempos. Portanto, é sempre muito delicado transportar fatos anteriores ao direito recente. É importante, assim, determinar quais padrões permitirão uma incriminação permanente. A justiça internacional é realmente o prolongamento da moral, e não sua desnaturação. Mesmo que a moral e as exigências da vida social evoluam, é sempre possível invocar, como em Nuremberg, essas regras consideradas intemporais para "punir os atos considerados criminosos desde a época de Caim e que se encontram identificados como tal em todos os códigos civilizados".[27]

A referência a princípios excessivamente imprecisos do direito internacional pode justificar alguns receios quanto ao respeito do princípio da legalidade. A repressão não deverá fazer uso de qualquer norma, mas é seu dever traduzir o espírito dos princípios elaborados pelos principais sistemas penais numa linguagem tão neutra e universal quanto possível.[28] Desse modo, às vezes, é até preferível referir-se ao direito internacional ou aos direitos internos a

27. Relatório R. Jackson. *United States Representative to the International Conference on Military Trials*. Washington: US Superintendent of Documents, 1949, p. 50 [No original: "Punir les actes qui ont été considérés criminels depuis l'époque de Caïn et se trouvent désignés comme tels dans tous les codes civilisés"].

28. Cf. WISE, E. M. General Rules of Criminal Law. In: BASSIOUNI, C. (Ed.). *The International Criminal Court*: observations and issues before the 1997-98 Preparatory Committee and administrative and financial implications. Toulouse: Erès, 1997, p. 271.

utilizar expressões menos "concretas", tais como os princípios gerais do direito internacional.[29]

1.1.2 As proibições legais similares preexistentes

A repressão pode, igualmente, apoiar-se em textos que prevêem a proibição de atos similares sem tornar-se retroativa por esse motivo.[30] A norma repressiva é então extensiva *a pari* ao ato que se intenciona sancionar. Essa tese da existência de um indiscutível interesse repressivo confere, porém, um grande poder de apreciação ao juiz.

Ocorre que as jurisdições internacionais consideram a possibilidade de se fundamentar em regras existentes no direito internacional[31] ou

29. Cf. *ACDI*, 1996, v. II, 2ª parte, § 5, comentários sobre o art. 13 "não retroatividade". Ainda: "To rely on 'general principles' may also be a way of begging the whole question of legality since 'general principles' are more likely to produce generality than specificity" (BASSIOUNI, 1992, p. 121-122).

30. "The principles of criminal law contained in the Charter of the International Military Tribunal are the expression of the principles contained in a number of international agreements [...] and in the criminal law of all civilized countries" (Declaração final do Procurador Geral Soviético Rudenko, TMI, t. XIX, p. 576). Com base nesse mesmo argumento, foi rejeitado o argumento da defesa fundado na novidade da noção de crime contra a humanidade pelo fato de que tais atos já eram condenados pela Cláusula *De martens* (Corte Internacional Criminal de Haia, caso *Rauter. Annual Digest of Public International Law Cases*, XVI, 12 jan. 1949, p. 542. No mesmo sentido: DISTRICT COURT OF JERUSALEM, caso *Eichmann*, 12.12.1961, *ILR*, 1968, t. XXXVVI, p. 295). O Código Penal Soviético de 1926 (art. 16, derrogado em 1958) previa que "se um ato socialmente perigoso não é expressamente previsto nesse código, o fundamento e os limites da responsabilidade aplicada ao seu agente são determinados de acordo com os artigos do código que prevêem os delitos cuja natureza mais se aproxime daquele". Todas essas fontes tornam "surréaliste de parler d'incrimination rétroactive pour le crime contre l'humanité, même en 1945!" (DAVID, E. *Principes de droit des conflits armés*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 654).

31. Assim, o Estatuto do TPI permanente precisa: o princípio da não-retroatividade "não impede que um comportamento seja qualificado como crime sob a ótica do direito internacional, independentemente do presente estatuto" (art. 22). E prevê, por outro lado, que se "a Corte somente tem competência em relação aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto" (art. 11), aqueles cometidos anteriormente permanecem submetidos

nacional.[32] As regras internas são, no entanto, na maioria dos casos, insuficientes para transcrever a especificidade do crime de direito internacional, e a remissão feita ao direito penal comum interno (às vezes, utilizado pelos Estados que não tomaram nenhuma medida legislativa específica) revela-se uma solução "muito pouco satisfatória, pois as incriminações do direito penal comum abrangem apenas de maneira imperfeita, ou nem abrangem, as de direito penal internacional".[33] Os atos unanimemente condenados pelos direitos internos são objeto de uma proibição geral, justificando a competência do direito internacional para os mais graves.

As mais universais e imperiosas destas proibições formam o *jus cogens*, destinado a ser protegido pelo DIP. A condenação por analogia complementa, então, a proibição costumeira. O consenso, tanto interno quanto internacional, sobre a gravidade dessas ofensas permite uma repressão que, não obstante a ausência de texto normativo no momento dos fatos, não contraria o princípio da legalidade.

às regras de direito internacional existentes" (art. 10). No mesmo sentido, o art. 13-2 do projeto de Código de 1996 da Comissão do Direito Internacional da ONU.

32. No *American Draft of Definitive Proposal* (art. 7), apresentado em abril de 1945 aos ministros de Relações Exteriores em São Francisco (cf. BASSIOUNI, 1992, p. 756), era possível fazer-se referência à lei de qualquer potência do Eixo ou de seus satélites, assim como à de qualquer país das Nações Unidas. No mesmo sentido, o art. 13-2 do projeto de Código de 1996 da CDI. O TPIY justifica o uso de tal recurso: "quando as normas de direito penal internacional não definirem uma noção de direito penal, é legítimo buscá-la no direito interno" (caso *Furundzija*, já referido, § 178; cf. também § 177).

33. ANDRIES, A.; VAN DEN WIJNGAERT, C., DAVID, E.; VERHAEGEN, J., 1994, p. 1.117 [No original: "Très peu satisfaisante car les incriminations du droit pénal commun ne recouvrent qu'imparfaitement, voire pas du tout, celles du droit pénal international"]. Reflexão sobre os crimes de guerra, que os autores estenderam às infrações graves do direito internacional humanitário.

1.2 Ausência de retroatividade: significado preciso e alcance do princípio da legalidade em DIP (uma exigência de justiça)

O fato de justificar a retroatividade no DIP em função da gravidade dos crimes[34] não parece bem fundamentado. No processo internacional, não há arbitragem entre legalidade e moral, mas antes a adoção de uma interpretação do princípio da legalidade, segundo a qual esse princípio não impede de forma alguma a repressão, sendo impensável ver no DIP qualquer retroatividade.

Após 1945, os debates foram intensos. Entre retroatividade proibida (Donnedieu de Vabres) e retroatividade justificada (Glaser), convém hoje privilegiar uma via mediana, que consiste em constatar "desde o final do século XIX, um declínio progressivo do princípio da legalidade criminal",[35] não do princípio em si, mas de seu conteúdo; a legalidade internacional fica resguardada.

A retroatividade pôde ser justificada no processo internacional por quatro idéias fundamentais.[36] A princípio, a autoridade superior da norma repressiva impor-se-ia ao princípio da legalidade que possui somente um valor de lei. Em seguida, argumento de oportunidade, o caráter e o objetivo excepcionais da incriminação justificariam essa distorção. Além disso, o princípio seria estranho ao DIP em razão da natureza jurídica desse direito proveniente da *common law*. Por último, os princípios de justiça e de eqüidade justificariam o julgamento dos crimes de direito internacional. Considerar esses quatro argumentos como uma justificativa da violação do princípio da legalidade parece inapropriado, pois

34. Nesse sentido, cf. BASSIOUNI, op. cit., p. 73 (e nota 64).

35. GRYNFOGEL, C. *Le crime contre l'humanité, notion et régime juridique*. Tese. Universidade de Toulouse, 1991, p. 218. "Depuis la fin du XIX, un déclin progressif du principe de légalité criminelle".

36. MEYROWITZ, 1960, p. 351 et seq. O autor evoca a Lei n. 10, mas sua teoria pode ser extensivamente aplicada a todo o DIP.

uma justificativa não afasta a iliceidade, apenas permite tolerá-la. Ora, a retroatividade não é jamais justificada, tanto ela enfraquece, desacreditando-a, qualquer empreitada repressiva. Consideremos antes que esses argumentos, amplamente fundamentados, afastam ou enfraquecem o princípio da legalidade muito mais do que o violam.[37] Em todo o caso, eles permitem uma classificação interessante dos fundamentos do afastamento do princípio da legalidade, demonstrando que a interdição da retroatividade constitui um princípio, em primeiro lugar, limitado, em segundo lugar, não obrigatório.[38]

1.2.1 A interdição da retroatividade: um princípio limitado

1.2.1.1 Um princípio de justiça e de eqüidade

A finalidade substancial do DIP é a justiça, e não parece, pois, possível invocar o princípio da legalidade, tendo igualmente vocação de justiça,[39] para justificar o abandono de ações penais. Tal solução constituiria uma injustiça[40] e desvirtuaria, finalmente, o princípio da legalidade em seu sentido profundo.[41] O princípio da legalidade, que impõe certas condições de forma para assegurar a justiça, seria corrompido se estas prevalecessem sobre o seu conteúdo, o

37. Nesse sentido, cf. TPIY, proc. IT-94-I-T, *Tadic,* decisão [...] concernente à exceção prejudicial de incompetência, de 02.10.1995, § 141: "é inegável [...] que a definição dos crimes contra a humanidade [...] encontra-se em conformidade com o princípio *nullum crimen sine lege*".

38. "The rather relative rule against *ex post facto* laws, open to so many exceptions" (BASSIOUNI, 1992, p. 136).

39. "La loi n'est autre chose que l'expression juridique de ce sentiment de justice" (ARONEANU, 1961, p. 17).

40. "La question n'était pas de savoir s'il était légal, mais s'il était juste de juger Goering et ses semblables [...], la réponse est évidente" (BIDDLE, F. Le procès de Nuremberg. *Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP)*, 1948, p. 9. Cf. TMI, t. XXII, p. 444).

41. Nesse sentido, cf. OGH, t. II, p. 380.

seu objeto. Uma ação penal internacional com base numa infração de direito internacional inexistente no momento dos fatos, desde que ela não crie uma injustiça, respeita o fundamento, a substância de tal princípio.[42] A vocação de justiça desse princípio oferece um argumento interessante aos partidários de uma retroatividade justificada. Seria preferível a menor das duas distorções de uma regra jurídica; uma repressão merecida, porém "pouco legal", a um legalismo injusto. Permanecendo legalistas, ressaltemos antes que a ausência de repressão constitui uma violação aos princípios judiciários.[43]

1.2.1.2 O DIP: um direito inspirado na *common law*

Os sistemas jurídicos de *common law* satisfazem-se com leis não escritas. O princípio da legalidade não é desconhecido nesses sistemas, mas é apresentado diferentemente, privilegiando sua destinação, a defesa do acusado contra o arbitrário, não a sua forma. Ora, desde o seu primeiro esboço de codificação em Nuremberg, o DIP inspirou-se amplamente nesse sistema.[44]

Se esse direito é um direito costumeiro e, por isso, "desprovido de leis" em sentido estrito, ele encontra, então, seus fundamentos na noção de justiça e de moral e pode nuançar o princípio da legalidade. Em conseqüência, para a repressão internacional dos crimes de direito internacional, "não se pode exigir que tais infrações sejam tipificadas no momento de sua realização por uma lei".[45]

Por outro lado, freqüentemente originadas de negociações políticas e diplomáticas, as normas internacionais são menos submetidas ao legalismo técnico

42. Cf. DISTRICT ..., 1968, t. XXXVI, p. 61.

43. Nesse sentido, cf. OGH, t. I, p. 5.

44. Um parentesco ressaltado desde 1945. Cf. *US Mil. Tribunals*, caso III, t. III, p. 966. Ver também BASSIOUNI, 1992, p. 20.

45. GLASER, S. apud BASSIOUNI, ibid., p. 109 [No original: "On ne peut pas exiger que ces infractions soient incriminées au moment de leur accomplissement par une loi"].

e rigoroso dos mecanismos internos de legislação. Isso explica, às vezes, a imprecisão das definições dos crimes de direito internacional. Sobretudo portadoras de uma condenação universal, as definições internacionais nem sempre se destinam à aplicação direta aos indivíduos; destinam-se antes a ser transcritas pelos Estados que garantirão, nessa fase, o respeito ao princípio da legalidade, como se o direito internacional exprimisse uma profissão de fé, legalmente colocada em prática no nível interno.

1.2.2 Um princípio não obrigatório

1.2.2.1 Um princípio de valor inferior a outras normas

A quase totalidade dos sistemas jurídicos proíbe a retroatividade das leis penais, mas nem todos conferem a esse princípio um caráter absoluto para todos os aspectos do processo penal. Depreende-se dos diversos sistemas de direito interno que não se trata de um princípio realmente obrigatório. Sua vocação de justiça faz dele muito mais um princípio moral do que um princípio legal,[46] podendo, pois, ser afastado por exigências de justiça.

O princípio da legalidade tem, portanto, um valor inferior a outras normas ou princípios, notadamente as normas de *jus cogens*. Entre dois princípios de justiça concorrentes, aplica-se o mais elevado na hierarquia das normas, no caso, a norma de repressão, enquanto se apaga o princípio da legalidade.[47] Evidentemente é muito mais justo e, portanto, juridicamente superior, punir o autor

46. "A principle of justice" (TMI, t. I, p. 219). Em francês, essa expressão reduziu-se a "une règle généralement suivie" (TMI, t. I, p. 231). O juiz britânico chegara à conclusão de que não se trata de um princípio rígido, mas de um simples princípio de justiça (BIRKETT, N. International Legal Theories evolved at Nuremberg. *International Affairs*, London, v. XXIII, jul. 1947, p. 324).

47. Nesse sentido, MEYROWITZ, 1960, p. 352, § 216. Esse autor justifica a repressão de 1945 pela supremacia da Lei n. 10 sobre o princípio da legalidade.

de atos prejudiciais à humanidade do que satisfazer o formalismo de um princípio de força absolutamente relativa e sujeito a tantas exceções.

Por outro lado, o princípio da legalidade repousa, sobretudo, na idéia de um direito escrito e dificilmente corresponde a um direito costumeiro, como o direito internacional, que não foi verdadeiramente codificado. Para um direito nesses moldes, o termo *lege* na máxima *nullum crimen sine lege* adquire o significado de lei no sentido amplo, norma ou *law*,[48] e não uma lei escrita no sentido do direito civilista. Regras não escritas podem, então, ser invocadas a título da repressão, sem atribuir a esta última um caráter retroativo.

A moral pode, assim, tornar-se uma fonte de direito, uma norma superior à regra estrita da legalidade. Se o ato em questão era, no momento dos fatos, moralmente, se não fosse legalmente, ilícito, uma lei *ex post facto* atribuindo-lhe uma sanção não é, então, absolutamente retroativa no sentido moral.[49] Na realidade, não se trata de retroatividade, mas da aplicação de uma lei, concretizando padrões preexistentes, cujo *status* é, além disso, superior ao princípio da legalidade. Em síntese, "no direito internacional atual, não há lugar para o princípio *nullum crimen*",[50] que não apresenta um caráter de obrigatoriedade absoluta.

1.2.2.2 Circunstâncias excepcionais

Se é possível dizer que o TMI "reconheceu a existência da retroatividade e, ao mesmo tempo, justificou-a",[51] é mais justo considerar, como para toda a responsabilização penal de um crime de direito internacional, que a proibição

48. Cf. *US Mil. Tribunals*, caso II, t. IV, p. 458; caso X, t. IX, p. 1.331.

49. Cf. KELSEN, 1943, p. 544.

50. GLASER, S. Le principe de la légalité des délits et des peines et le procès des criminels de guerre. *RDPC*, 1947-1948, n. 3, p. 230 [No original: "Dans le droit international actuel, il n'y a pas de place pour le principe *nullum crimen*"].

51. HUET, A.; KOERING-JOULIN, R. *Droit Pénal International*. Paris: PUF, 1994, p. 56 [No original: "A tout à la fois reconnu qu'il y avait rétroactivité et justifié cette rétroactivité"].

da retroatividade pode ser contornada por um imperativo de caráter absoluto. Num processo penal internacional, o princípio da legalidade perde assim sua rigidez,[52] uma vez que o DIP se aplica a situações extraordinárias. Isso não significa dizer que os acusados são julgados sem lei, mas que eles são submetidos a uma lei específica, mais compatível com a natureza altamente criminosa de seus atos.[53] Na realidade, a justiça internacional não ignora a lei, como os autores de tais atos criminosos, mas, a fim de condená-los, ela procede a uma adaptação e a uma interpretação flexível do princípio da legalidade... Seguindo a mesma lógica, enquanto o tempo escoa após a infração, a repressão afasta toda possibilidade de prescrição.

2. O tempo após a infração e a imprescritibilidade

Após a Segunda Guerra Mundial, a questão da prescrição não foi abordada pelos textos repressivos, com exceção da Lei 10.[54] Essa indiferença original, ressaltada por vários autores,[55] explica-se pela certeza de que crimes, tão

52. Cf. DONNEDIEU DE VABRES, 1946-1947, p. 816.

53. R. Jackson pôde, então, criticar o argumento de defesa dos acusados com base no princípio da legalidade: "Eu não posso, obviamente, negar que esses homens estão surpresos que isso seja a lei; eles realmente estão surpresos que exista algo como lei. Esses acusados não se fundaram em nenhuma lei. Os seus programas ignoraram e desafiaram todas as leis" (TMI, t. II, p. 144). A lei alemã de 28.06.1935 tinha, justamente, derrogado a 2ª Seção do Código Penal de 1871 que continha o princípio da legalidade. Logo, os criminosos invocaram em sua defesa um princípio que eles tinham abolido. O princípio foi restabelecido na Alemanha somente em 1945 pelo Conselho de controle (Lei 7, art. IV).

54. Art. II-5.º. "os acusados não terão direito a nenhum prazo de prescrição no que diz respeito ao período de 30 de janeiro de 1933 a 1º de julho de 1945". Para alguns, esse texto já instituía uma imprescritibilidade por princípio de todos os crimes de direito internacional (MEYROWITZ, 1960, p. 234). No entanto, tratava-se, em verdade, de uma imprescritibilidade que visava tão-somente compensar a impossibilidade de exercer as ações penais durante o período de tempo referido, portanto, fortemente limitada e exclusivamente voltada para o passado. Porém, a tendência já estava esboçada.

55. Cf. HERZOG, J. B. Étude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité. *Revue des Sciences Criminelles et de Droit Comparé*, 1965, p. 339; GRAVEN, J. Les crimes

próximos no tempo, iam ser todos julgados imediatamente. Esse "silêncio qualificado"[56] implicava, além disso, a imprescritibilidade como uma evidência natural para o DIP.

A constatação da impunidade de fato de certos criminosos, que se tornaria, com a aproximação da data de prescrição, ocorrida na Alemanha em maio de 1965,[57] uma impunidade de direito, demonstrou a urgência de tomar-se medidas formais. Vários Estados adotaram então, a exemplo da República Federal da Alemanha até 1979, soluções transitórias e *ad hoc*, que consistiam em prolongar o prazo interno de prescrição. Em outros Estados que não conheciam a prescrição, uma solução adequada, de cunho internacional, permanente e geral parecia indispensável.

A consagração da imprescritibilidade torna-se, então, objeto de uma verdadeira "corrida contra o relógio".[58] Desde dezembro de 1964, o Conselho da Europa tomou a iniciativa, rapidamente seguida pela Comissão dos Direitos Humanos (21ª Seção). Esses trabalhos resultaram na consagração em 1968 da imprescritibilidade em direito internacional para os crimes de direito internacional.[59] Contudo, grandes dificuldades surgiram: de um lado, para a repressão

contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription? *Revue Pénale Suisse*, 1965, p. 150; LEVASSEUR, G. Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription. *Journal de Droit International*, 1966, p. 274.

56. GRAVEN, ibid., p. 150.

57. Prazo suspenso até 31.12.1919, data da constituição do Estado, pela Lei de 13.04.1965, depois estabelecido em vinte a trinta anos pela Lei de 04.08.1969. A prescrição foi finalmente abolida pela Lei de 03.07.1979. Solução dificilmente alcançada num clima de exaltação, no qual as medidas anti-nazismo e o julgamento da comunidade internacional não eram bem aceitos. Cf. Résumés. *Revue des Sciences Criminelles et de Droit Comparé*, 1967, p. 546; GRAVEN, 1965, p. 113-178.

58. CASSIN, R. Projet de convention internationale sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, enquête et avis de l'Association Internationale de Droit Pénal. *RIDP*, 1966, p. 385.

59. Convenção sobre a imprescritibildade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra (26.11.1968). Cf. também a Convenção Européia sobre a imprescritibilidade dos cri-

internacional dos crimes cometidos antes dessa data, já que, "em nenhuma das declarações solenes, atos e convenções visando a responsabilização e a repressão de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, foi prevista uma limitação no tempo";[60] de outro lado, por ocasião da transposição – ou de sua ausência – , dessa regra nos direitos internos. Na esfera interna, faz parte das obrigações internacionais do Estado assegurar a justa repressão dos crimes de direito internacional. Uma lei nacional de prescrição de tais atos é, pois, contrária ao direito internacional e não pode ser invocada pelo acusado, durante o processo internacional.[61]

Os textos internacionais foram úteis para formalizar a imprescritibilidade tal como ela se impunha em razão da própria natureza dos crimes. Com efeito, essa norma de repressão é não somente justificada para atos de tamanha gravidade, mas, ainda, seu caráter costumeiro consagrou o caráter unicamente declaratório dos textos e sua autoridade sobre os direitos internos.

2.1 Uma norma de repressão justificada para os atos inexpiáveis

2.1.1 A prescrição não é de direito comum

"A prescrição dos crimes não é um direito essencial da pessoa e, menos ainda, do criminoso, acusado ou já condenado: não é uma exigência da justiça em si, geralmente consagrada nas instituições dos povos civilizados; é uma prática de oportunidade, que se tornou regra em períodos, na sua maioria, recen-

mes contra a humanidade e dos crimes de guerra (25.01.1974) e o Estatuto do TPI permanente, art. 29.

60. Preâmbulo da Convenção de 1968.

61. O TPIY condena, pois, essas "legislações nacionais incompatíveis" com o direito internacional. Cf. *Bulletin du TPIY*, n. 1, 15.02.1999, resumo de *Furundzija*, a respeito da anistia que, assim como a prescrição, extingue as possibilidades de ação.

tes, regra, aliás, ainda não admitida em importantes sistemas jurídicos, e sempre discutida e criticada mesmo naqueles que a admitiram".[62]

A prescrição aparece freqüentemente como um direito superado. Ela não é, aliás, nos direitos internos, um instituto, uma regra geral ou absoluta, mas antes uma exceção. Primeiramente, ela não é conhecida nos países da *common law*; nem, no que diz respeito aos crimes mais graves, nos países de tradição germânica (Alemanha, Áustria, Suíça, etc.). Ela foi instituída, aliás, tardiamente no direito francês.[63]

A prescrição não pode absolutamente, portanto, ser considerada como um direito natural,[64] nem mesmo como "um direito do homem ou uma liberdade fundamental".[65] Geralmente, a prescrição recobre, na maior parte dos direitos nacionais, apenas uma regra de forma ou de processo, para a qual não existiria, então, direito adquirido.[66]

Em DIP, a prescrição não corresponde tampouco ao direito comum. Particularmente, a prescrição dos crimes de direito internacional nascidos no direito internacional não se justifica e constituiria "uma grosseira violação do direito das gentes [...], nenhum documento legal internacional menciona a pos-

62. GRAVEN, 1965, p. 132 [No original: "La prescription des crimes n'est pas un droit essentiel de la personne et encore moins du criminel accusé, voire condamné: ce n'est pas une exigence de la justice même, généralement consacrée dans les institutions des peuples civilisés; c'est une pratique d'opportunité devenue règle à des périodes souvent encore récentes, règles au surplus non admise encore dans d'importants systèmes juridiques, et toujours discutée ou critiquée même dans ceux qui l'ont admise"]. Cf. também NORDMANN, J. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. *Gazette du Palais*, 23.04.1983, p. 163.

63. Lei 64-1326, de 26.12.1964, constatando a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. *J.O.*, 29.12.1964, p. 17.788.

64. HERZOG, 1965, p. 364.

65. TRUCHE, P.; BOURETZ, P. Crimes de Guerre – crimes contre l'humanité. *Encyclopédie Dalloz*, ago. 1993, p. 8, § 66. Cf. Cass. Criminelle, de 26.01.1984, caso *Barbie*, *Gazette du Palais*, 1984, I, p. 202.

66. Argumento forte, que se opõe à idéia de que a declaração de imprescritibilidade de crimes já prescritos contraria o princípio da legalidade.

sibilidade de aplicar a prescrição aos criminosos [...]; o direito das gentes, desconhece, em geral, qualquer estatuto de prescrição".[67]

Além do fato de o DIP desconhecer a prescrição, a natureza e a gravidade dos crimes de direito internacional afastam os fundamentos tradicionais da prescrição, então inadequados.

2.1.2 As justificativas da inaplicabilidade da prescrição aos crimes de direito internacional

"Seria odioso, seria funesto admitir que, após um certo tempo, a perfídia pudesse triunfar sobre a inocência",[68] que os autores de crimes de direito internacional escapassem com o tempo a uma merecida repressão. Em conseqüência, da mesma forma que esses criminosos devem ser procurados "até os confins da terra",[69] eles devem sê-lo até o fim de suas vidas. Os argumentos de sociologia jurídica justificando tradicionalmente a prescrição são inaplicáveis aos crimes de direito internacional. Invocá-los para esses crimes é do domínio da utopia ou de uma escolha política. O debate sobre a função penal da prescrição deve levar em conta o fato de que, para esses crimes, "suas conseqüências duráveis não aparecem imediatamente, mas elas se desenvolvem com o tempo e não cessam de crescer".[70] Esses crimes não podem, em nenhuma hipótese,

67. RUDENKO apud GRAVEN, 1965, p. 122-123 [No original: "Une grossière violation du droit des gens [...], aucun document légal international ne mentionne la possibilité d'appliquer la prescription aux criminels [...]; le droit des gens ne connaît en général aucun statut de prescription"]. Cf. também DAVID, 1999, p. 713.

68. BENTHAM, J. *Traité de législation civile et pénale*. Paris: Bossange, 1802, t. II, p. 148 et seq. [No original: "Il serait odieux, il serait funeste de souffrir qu'après un certain temps la scélératesse pût triompher de l'innocence"].

69. Declaração de Moscou de 30.10.1943.

70. JANKELEVITCH, V. *L'imprescriptible*. Paris: Seuil, 1986, p. 18 [No original: "Leurs conséquences durables n'apparaissent pas du premier coup, mais elles se développent avec le temps et ne cessent de s'amplifier"].

serem tratados como crimes de direito comum, pois eles se inscrevem, definitivamente, na memória coletiva. Por conseguinte, não obstante o passar do tempo, o crime não pode ser esquecido, e nada, nem mesmo a idade avançada do criminoso, após uma longa fuga, nem um pretenso desaparecimento das provas[71] deveria subtraí-lo a um justo castigo.

2.1.2.1 O impossível esquecimento

Diferentemente das infrações de menor importância, para as quais pode ser legítimo estabelecer um limite temporal à ação penal, "quando se trata de crimes atrozes cuja lembrança permanece por muito tempo entre os homens [...], não deve haver nenhuma prescrição".[72] Certamente, pôde-se afirmar que a imprescritibilidade "poderia entravar as tentativas de reconciliação nacional e a anistia dos crimes",[73] perturbar uma paz social reconquistada. Mas, na realidade, a paz não pode ser feita com tais criminosos. O sentimento contra eles é intemporal.

Além do mais, a responsabilidade penal é individual, contrariamente à reconciliação nacional. Essa noção de reconciliação nacional, à semelhança das comissões de reconciliação e das leis de anistia para esses crimes, repousa sobre fundamentos criticáveis, uma profissão de fé política sem conseqüências

71. "Les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles par leur nature parce que les fondements de la prescription criminelle, à savoir le dépérissement des preuves et le défaut d'exemplarité, font défaut" (COSTE-FLORET, P., autor da proposta de lei. NORDMANN, 1983, p. 163).

72. BECCARIA, C. *Des délits et des peines*. Paris: Dalibon, 1823, § XIII, p. 119 [No original: "Lorsqu'il s'agit de crimes atroces dont la mémoire subsiste longtemps parmi les hommes [...], il ne doit y avoir aucune prescription"]. Mais precisamente: "on ne conçoit pas d'application de la loi de l'oubli pour des crimes qui ont été perpétrés contre la communauté des nations et l'humanité en tant que telle. Ces crimes sont imprescriptibles par nature" (MARTENS, P. *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*. Tese. Universidade de Bruxelles, 1974, p. 226).

73. Argumento do Reino Unido diante da CDI (12º relatório sobre o projeto de Código, Doc. A/CN. 4/460 de 15.04.1994, p. 14).

práticas, um absurdo jurídico e uma heresia judicial. O rancor que pode subsistir numa nação exerce-se apenas contra os criminosos e não no grupo dos concidadãos. O conceito de reconciliação coletiva ou de ódio coletivo é irreal. Ademais, a impunidade que resultaria da prescrição dos crimes de direito internacional seria mais próprio para reavivar os rancores do que para adormecê-los. Seria, por exemplo, uma obra de paz social aceitar que Brunner, após ter-se escondido por muitos anos na Síria, reaparecesse numa cidade alemã ou austríaca? Merecem certo destaque as paixões desencadeadas pela adoção da lei francesa sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Tendo em vista a indelével ofensa que constitui um crime de direito internacional, é mesmo necessário reconhecer que sua prescrição, quer dizer, um perdão e um esquecimento, organizados e impostos, é imoral para a vítima coletiva, a humanidade, e inaceitável para a vítima direta, para quem "a abominação do aniquilamento jamais se apaga".[74] A imprescritibilidade não consagra, pois, a aplicação judicial do rancor e do ódio, mas uma justiça merecida sem consideração do tempo.

É bem verdade que o perdão é uma virtude, mas ele se dirige a um indivíduo, por razões relacionadas à sua pessoa ou a seus atos, um sinal de arrependimento, por exemplo. Ora, a prescrição dos crimes de direito internacional, nem justificada, nem individual, satisfar-se-ia com o escoamento do tempo, para organizar o irreal perdão judicial dos piores criminosos.

O esquecimento é, além disso, a garantia da repetição de tais crimes. Na base do seu plano criminoso, Hitler tinha, aliás, apostado no esquecimento, no qual já havia caído o genocídio dos armênios. Para proteger o futuro, o direito internacional doravante decidiu não mais esquecer e tornar-se o guardião de uma

74. AMÉRY, J. apud LEVI, P. *Les naufragés et les rescapés*. Paris: Gallimard, 1989 [No original: "L'abomination de l'anéantissement ne s'eteint jamais"].

memória coletiva, não levando, por vezes, em conta que "o esquecimento seria uma traição de nossos mortos".[75]

De uma maneira geral, é inadmissível para esses crimes "calar-se, favorecer uma espécie de conspiração do silêncio na dignidade [...], deixar cair o véu do esquecimento".[76] A memória desses crimes chega muitas vezes a ser transmitida de geração em geração (cf. os pedidos de reconhecimento oficial dos crimes dos quais foram vítimas os escravos capturados na África negra, os índios,[77] os armênios, etc.). O DIP escolheu não mais recusar o julgamento às vítimas, não mais evitá-lo aos criminosos, mesmo que seja muito tempo após os fatos. A fuga do criminoso durante anos não muda em nada essa escolha: "as vítimas não podendo esquecer, o esquecimento não é permitido aos criminosos".[78]

2.1.2.2 Uma longa fuga não traz a inocência

Bentham demonstrou que a prescrição podia ser um prêmio à vilania, um encorajamento a uma ação calculada e à fuga, pois "se o ladrão, o assassino [...] conseguem esquivar-se [...] à vigilância dos tribunais, sua destreza será recompensada, sua segurança, restabelecida".[79]

75. Senhora Vaillant-Couturier. ASSEMBLÉE NATIONALE. Débats relatifs à l'adoption de la loi du 26 déc. 1964. *J.O.*, sessão de 16.12.1964, p. 6.145 [No original: "L'oubli serait une trahison de nos morts"].
76. GRAVEN, J. Comment juger le jugement *Eichmann*? *RI. crim. et pol. et techn.*, 1962, p. 32 [No original: "Se taire, favoriser une sorte de conspiration du silence dans la dignité [...], laisser tomber le voile de l'oubli"].
77. Note-se que "A República Francesa reconhece que o tráfico de escravos no oceano Atlântico, assim como o tráfico no oceano Índico de um lado, e a escravidão de outro, praticados a partir do século XV, nas Américas e no Caribe, no oceano Índico e na Europa, contra as populações africanas, ameríndias, malgaxes e indígenas constituem um crime contra a humanidade" (Lei 2001-434 de 21.05.2001, tendendo ao reconhecimento do tráfico e da escravidão enquanto crime contra a humanidade, art. 1.º, *J.O.*, n. 119, 23.05.2001, p. 8.175).
78. TRUCHE, P. La notion de crime contre l'humanité. *Esprit*, maio 1992, n. 5, p. 80 [No original: "Les victimes ne pouvant oublier, l'oubli n'est pas permis aux criminels"].
79. TRUCHE, ibid., p. 119 et seq. [No original: "Si le voleur, le meurtrier [...] parviennent à éluder [...] la vigilance des tribunaux, leur adresse sera récompensée, leur sûreté rétablie"].

Assim, no país em que eles conservaram o poder ou nos países simpatizantes, os criminosos são protegidos, a salvo da extradição. Durante o período ao longo do qual se escoaria o eventual prazo prescricional, é, aliás, ilusório pensar que esses indivíduos reencontrariam um senso humano que os atormente tão duramente quanto o faria uma pena judicial. Esse tipo de argumento faz parte de uma psicologia criminal superada e utópica: o único sentimento que explica o silêncio de tais criminosos, não é a compaixão, mas o medo da punição.[80]

O escoamento do tempo pode também implicar um considerável envelhecimento dos acusados. Os processos recheiam-se, então, de apelos à compaixão (foi o caso, por exemplo, de Papon, Priebke, Pinochet, etc.). Exonerar o acusado de pena, até mesmo de uma ação penal, em razão de sua idade, equivale, na realidade, a uma anistia geral dos antigos chefes de Estado criminosos. De fato, o cargo não é geralmente ocupado por um jovem, e, quando as circunstâncias (coleta de provas, perda do poder, localização dos criminosos etc.) permitem, enfim, a repressão, a média de idade dos acusados aumentou consideravelmente. Escapariam, de fato, às ações penais os criminosos mais responsáveis, aqueles cujos meios de fuga são tão eficazes quanto os poderes que eles colocaram a serviço do crime.

A imprescritibilidade permite igualmente uma certa exemplaridade. Servatius, advogado de Eichmann, afirmava que a humanidade não tinha mais nada a temer desses servidores da Alemanha nazista já tão envelhecidos e que a pena perdia toda razão de ser. Mas a imprescritibilidade não é fundada no medo de recidiva *stricto sensu*, isto é, na repetição dos mesmos atos pelos mesmos criminosos, mas antes no receio de atos inspirados na mesma ideologia criminosa. Ela tem, então, o importante papel social de sensibilizar a opinião e de ameaçar os eventuais imitadores ou simpatizantes do acusado.

80. CASSIN, 1966; GRAVEN, 1965, p. 417.

Algumas ações penais são até facilitadas pelo escoamento do tempo. Notadamente, a caducidade das provas, real para certos crimes, não existe para os crimes de direito internacional. Ao contrário, os meios, notadamente estatais, de que dispõem os criminosos permitem o desaparecimento das provas, que somente o tempo faz reaparecer. Essa eventualidade tinha sido considerada já em 1945, e decidiu-se que, se "o Conselho de controle para a Alemanha descobrir novas provas que julgar constituir uma nova infração",[81] ele deverá informar a comissão encarregada das ações penais. Ainda hoje se pode assistir ao ressurgimento, pela descoberta de documentos esquecidos, do passado criminoso de algum dirigente alemão ou austríaco, de algum alto funcionário francês.

Além disso, a tensão internacional que sobrevém aos períodos de cometimento de tais crimes não facilita a comunicação das informações e das provas. E o número de criminosos intervém em seu favor; em relação à Segunda Guerra mundial, "o número de criminosos que se escondem ou que não ainda foram descobertos é muito grande, e mesmo alguns dos mais conhecidos, os 'grandes criminosos' desaparecidos, tiveram a sorte de escapar um dia das condenações que eles mereciam",[82] como no Camboja, na ex-Iugoslávia, em Ruanda, etc.

Se a compaixão – noção, aliás, tão imprecisa quanto subjetiva – que o tempo pode trazer aos acusados deve ser levada em conta, seus efeitos deverão limitar-se a uma redução da pena, deixada tão-somente à apreciação do juiz. O tempo e a compaixão não deveriam servir de escapatória ao julgamento sob pena de esvaziar o direito internacional penal de sua substância. Reconhecendo que a imprescritibilidade impõe-se pela natureza e gravidade dos crimes, o

81. Estatuto do TMI, art. 29 [No original: "[si] le Conseil de contrôle pour l'Allemagne découvre de nouvelles preuves qu'il juge de nature à constituer une charge nouvelle"].

82. GRAVEN, 1965, p. 124 [No original: "Le nombre des criminels qui se cachent ou ne sont pas encore découverts est très grand, et même certains des plus connus d'entre eux, les 'grands criminels' disparus, ont chance d'échapper un jour aux condamnations qu'ils ont méritées"]. Cf. vários exemplos, nota 6.

DIP consagrou, então, de maneira geral, o princípio da oportunidade sistemática[83] das ações penais, ainda que tardias.

2.2 Uma norma de repressão costumeira

2.2.1 O caráter unicamente declaratório das normas que constatam a imprescritibilidade

O fato de o instrumento declarar, *ex post facto*, a imprescritibilidade suscita questões importantes quanto a sua utilidade e sua validade. Com efeito, se se considerar que é a natureza excepcionalmente grave dos crimes de direito internacional que justifica a imprescritibilidade, só resta reconhecer que essa natureza precede evidentemente ao instrumento. A norma repressiva que institui a imprescritibilidade é, pois, costumeira, da mesma forma que a norma de comportamento que proíbe o ato criminoso: o instrumento não a constitui, mas constata a sua aplicabilidade.

Esse caráter costumeiro da norma repressiva pode justificar o silêncio dos textos repressivos da Segunda Guerra Mundial: os autores, convencidos dessa imprescritibilidade por natureza, não teriam julgado necessário formalizá-la. Os textos posteriores apenas constataram, para melhor formulá-la, a imprescritibilidade. O efeito declaratório da Convenção de 1968 é reconhecido pelos trabalhos preparatórios, embora as delegações tenham divergido durante um certo tempo sobre o assunto. Nenhuma dúvida existe, doravante, quanto ao caráter costumeiro da norma.[84]

83. N. da T.: O "princípio da oportunidade sistemática", a que faz referência o autor, corresponde ao princípio da obrigatoriedade do oferecimento da denúncia.

84. *ACDI*, 1986, v. 2, 1ª parte, p. 73, § 172 (jurisprudência e doutrina em sentido contrário, DAVID, 1999, p. 713, nota 3). A Lei Francesa de 1964 "tendant à constater l'imprescriptibilité" deixava antever seu caráter declaratório, reconhecendo, assim, ao menos implicitamente, o caráter costumeiro da imprescritibilidade e sua aplicabilidade subseqüente a todos os crimes contra a humanidade". Nesse sentido, os casos *Touvier*, de

Enquanto a justiça enfrentou atos cometidos no silêncio dos textos, foi invocada a retroatividade que poderia implicar uma norma criadora, *ex post facto*, da imprescritibilidade. Assim, estabelecendo a imprescritibilidade dos crimes "qualquer que seja a data em que foram cometidos",[85] a Convenção de 1968 tocou um ponto bastante sensível, colocando novamente em questão as prescrições adquiridas.[86] No entanto, deduz-se claramente do espírito do texto e sobretudo do direito internacional em geral que essas normas de prescrição já eram contrárias a este último e deviam ser afastadas.

Além disso, se a prescrição tivesse existido para esses crimes, ela teria sido apenas uma norma processual, de nenhum modo compreendida na proibição geral da retroatividade. O princípio da legalidade, em verdade, diz respeito mais às infrações e às penas do que às modalidades de responsabilização penal. Subsiste, porém, a dificuldade considerável de fazer respeitar e aplicar a imprescritibilidade pela totalidade dos direitos nacionais.

2.2.2 As dificuldades de aplicação pelos direitos internos

Antes que a Convenção de 1968 tivesse declarado expressamente, foi possível considerar que o direito internacional fazia remissão aos direitos na-

30.06.1976. *Bull. crim.*, 1976, n. 236, p. 620 et seq., *Leguay*, de 21.10.1982. *Bull. Crim.*, 1982, n. 231, p. 628 et seq., *Barbie*, de 26.01.1984, *Bull. Crim.*, 1984, p. 90 et seq. Esse tríptico jurisprudencial reconheceu, progressivamente, o caráter costumeiro da norma.

85. Art. 1.º. O art. IV precisa que "onde existisse um prazo prescricional sobre a matéria [...], ele será abolido".

86. Diante da controvérsia, a Convenção Européia de 1974, correndo o risco de ser regressiva, preferiu limitar seu alcance aos crimes cujo "prazo prescricional ainda não expirou até esta data" (art. II). A Convenção internacional pretendeu ser geral, reconhecendo o caráter costumeiro da norma, enquanto a Convenção regional protegeu-se de toda crítica no que diz respeito à regra de retroatividade. Os dois textos, o audacioso e o tímido, conheceram o mesmo insucesso. Inúmeros Estados não os assinaram seja porque, por tradição jurídica ou por escolha política, estavam apegados ao instituto da prescrição, e, no caso daqueles que esta-

cionais no que concerne às normas repressivas. Em Nuremberg, por exemplo, o Procurador Geral de Justiça francês De Menthon confirmava que "o direito internacional se superpõe assim ao direito interno, o qual conserva a sua base repressiva".[87] Da mesma forma, as Convenções de 1968 e de 1974 não consideram como diretamente aplicável o princípio de imprescritibilidade que elas estabelecem e remetem aos direitos nacionais para a sua aplicação: "os Estados-partes na presente Convenção comprometem-se a tomar [...] todas as medidas legislativas ou outras que seriam necessárias para assegurar a imprescritibilidade".[88]

Se o uso do futuro do pretérito traduz a possibilidade de conservar as legislações que não se opõem à imprescritibilidade, todos os Estados-partes são ao menos obrigados a assegurá-la. A incontestável liberdade de meios não permite, em nenhuma hipótese, concluir por uma liberdade nacional qualquer quanto ao conteúdo do princípio. Os Estados ficam duplamente comprometidos a assegurar a imprescritibilidade da repressão: primeiro, obviamente, em razão do seu compromisso, para os Estados que fazem parte da Convenção de 1968; segundo, para todos, pelo caráter costumeiro da norma. Em resumo, o direito internacional, doutrinário e jurisprudencial antes de 1968; convencional após 1968; costumeiro em qualquer tempo erige a imprescritibilidade em um princípio que se impõe aos direitos internos.

Leis foram adotadas, nesse sentido, por diversos Estados. Em alguns deles, o prazo prescricional foi aumentado. Essa escolha foi feita, por exemplo, pela Alemanha quanto aos crimes contra a humanidade, na modalidade "homicídio", enquanto o genocídio foi reconhecido como imprescritível. Ou-

vam convencidos do caráter costumeiro da imprescritibilidade, porque consideravam suficiente a Convenção de 1974.

87. N. da T.: [No original: "Le droit international se superpose ainsi au droit interne qui conserve sa base répressive"].

88. Art. IV da Convenção de 1968.

tros Estados, em maior número, tiveram de adotar disposições particulares para constatar uma imprescritibilidade geral, ditada pela natureza dos crimes de direito internacional.[89] É motivo de orgulho, aliás, a formulação da lei francesa que constata uma imprescritibilidade por natureza e o "caráter audacioso de uma fórmula que significaria admitir a integração direta de uma infração internacional ao direito interno francês, e chegaria até a *autorizar a aplicação direta dos princípios gerais do direito internacional na nossa ordem interna*".[90]

Todavia, a supremacia da norma internacional, em razão de seu caráter costumeiro, ainda gera, às vezes, algumas resistências. Alguns Estados, felizmente em posição minoritária, tentaram questionar o princípio da imprescritibilidade, notadamente por ocasião dos trabalhos da CDI,[91] esperando esquivar-se às exigências do direito internacional, valendo-se para isso de métodos que consistiam em prolongar o prazo prescricional ou em modificar, mesmo artificialmente, os termos inicial ou final desse prazo. Essas escapatórias, ainda que engenhosamente formuladas, chocam-se doravante com a solução confirmada, clara e definitivamente, pela Convenção de 1968 e, posteriormente, pelo Estatuto do TPI. E já passou a época em que a autoridade do DIP ainda não era totalmente reconhecida...

89. Lei israelita de 1950 (arts. 1 e 2, *f*); lei polonesa de 22.04.1964; lei belga de 03.12.1964; lei francesa de 26.12.1964; Dec. soviético de 04.03.1965; Dec.-lei búlgaro de 22.03.1965; lei federal austríaca de 21.03.1965; lei iugoslava de 24.04.1965. Igualmente, o Código Penal Suíço, art. 75 bis; a lei belga de 16.06.1933, art. 8; a lei de Ruanda de 30.08.1996, art. 37.

90. FRANCILLON, J. Crimes de guerre, crimes contra l'humanité. *Jurisclasseur de droit international*, mar. 1993, fasc. 410, p. 20, § 51, grifo do autor [No original: "Caractère audacieux d'une formule qui reviendrait à admettre l'intégration directe d'une infraction internationale au droit interne français et irait même jusqu'à *autoriser l'application directe des principes généraux du droit international dans notre ordre interne*"].

91. Cf. as observações feitas pelos Estados no 12º relatório sobre o projeto de código. Doc. A/CN. 4/460 de 15.04.1994, p. 14, notadamente Costa Rica, Paraguai e Turquia, e mesmo o Estado modelo de *common law*, o Reino Unido.

Hoje é ponto pacífico que cada Estado deve assegurar a imprescritibilidade[92] e que a lei interna contrária deve ser afastada, por ser contrária ao direito internacional costumeiro. Existem paliativos, possibilidades de julgar os atos que um direito interno fez prescrever, desde que o acusado encontre-se nas mãos do TPI[93] ou da jurisdição de um outro país.[94] O momento é, assim, propício a um inegável fortalecimento da norma que impõe a imprescritibilidade, para não se correr o risco de evitar cada vez mais as dificuldades ligadas ao filtro dos direitos internos.

Em conclusão, convém consolidar a repressão no tempo e, a exemplo de Jackson em Nuremberg, "não podemos jamais esquecer que os fatos pelos quais nós julgamos estes acusados hoje são os mesmos pelos quais a história nos julgará amanhã".[95]

92. "Il y aurait au contraire violation du droit international si un Etat refusait de s'acquitter de ses obligations en invoquant une disposition de droit interne telle que la prescription" (GRAVEN, 1965, p. 151). "Esse princípio impede que uma regra de direito interno permita a uma pessoa declarada culpada de um desses crimes subtrair-se à ação da justiça em razão do efeito do tempo" (Cass. crim., 03.06.1988, caso *Barbie, JCP*, 1988.II.21149).

93. Os arts. 17-1, *a* e 20-3, *a* de seu Estatuto, denunciando, respectivamente, a incapacidade nacional de promover, a contento, as ações penais e o julgamento, impedindo o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa, poderiam ser interpretados para se aplicar, respectivamente, às situações em que o direito interno tipifica os atos em questão e depois impede as ações penais, e à hipótese da subtração à responsabilidade penal da pessoa sob o argumento da prescrição dos atos. O TPI poderia, então, julgar o acusado, sem por isso ferir o princípio do *non bis in idem*.

94. Assim a jurisdição israelita não se sentiu obrigada pela lei argentina que previa a prescrição (DISTRICT ..., 1968, t. XXXVI, p. 76-79).

95. "We must never forget that the record on which we judge these defendants today is the record in which history will judge us tomorrow". *Justice Jackson's Opening Statement*, TMI, v. 2, p. 101, ata da audiência de 21.11.1945.

La perspectiva de género en la defensa de mujeres bajo el nuevo sistema procesal penal chileno[1]

Lidia Casas

Abogada. Investigadora del *Centro de Investigaciones Jurídicas* y profesora de la *Facultad de Derecho* de la Universidad Diego Portales.

Olga Espinoza

Abogada. Magister en Derecho de la Universidad de São Paulo-Brasil. Consultora del programa de Derechos Humanos y Ciudadanía de la Fundación Ford.

Sumário: 1. El problema de investigación: 1.1 Sobre el objeto de nuestro estudio: 1.1.1 Criminología feminista; 1.1.2 Las especiales condiciones de la mujer; 1.2 Perfil de la mujer agresora; 1.2.2 La criminalidad femenina juzgada y los estereotipos en el sistema de justicia – 2. Las mujeres en conflicto con el sistema penal en Chile: 2.1 Hallazgos generales; 2.2 Estereotipos judiciales – 3. Características de las causas atendidas por la Defensoría Penal: 3.1 Caracterización de las mujeres imputadas; 3.2 El desarrollo de las causas; 3.3 Formas de término; 3.4 Ejecución de la pena y rol del defensor; 3.5 Características de las

1. Este artículo se basa en la investigación encomendada por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Dicha investigación fue llevada a cabo junto a los investigadores Rodrigo Cordero y Ximena Osorio.

estrategias de defensa y las consideraciones de género; 3.6 Evaluación de las imputadas sobre la defensa recibida – 4. Conclusiones – 5. Bibliografía.

Resumo: O artigo tem por objetivo explorar as particularidades da defesa efetuada para mulheres penalmente processadas, em face da Reforma do Processo Penal no Chile. Para isso propõe identificar as principais características da defesa realizada pela Defensoria Penal Pública, construindo argumentos que incorporem a perspectiva de gênero na prestação da defesa técnica.

A proposta das autoras procura problematizar um modelo de exercício profissional que, embora pretenda ser neutro, desconsidera o contexto no qual se insere a criminalidade feminina, prejudicando a prestação deste serviço em favor das mulheres processadas e, por via de conseqüência, limitando o acesso dessas mulheres à justiça.

Palavras- chave: Defesa técnica – Criminalidade feminina – Perspectiva de gênero – Reforma do processo penal.

Abstract: This article reviews the defense counsel services provided to female defendants under Chile's newly reformed criminal justice system. It examines the characteristics of the services provided by the Office of the Public Criminal Defender and argues for the need to build a gendered approach into such services.

The authors scrutinize a system of professional practice that professes to be neutral yet fails to account for the context in which female crime often occurs. As a result, defense services provided to female defendants may not be as effective as they should be and may in fact constrain women's access to justice.

Key-words: Competent counsel – Female crime – Gender perspective – Criminal justice system reform.

La perspectiva de género en la defensa de mujeres

Las mujeres constituyen más del 50% de la población chilena, sin embargo, no siempre se encuentran visibilizadas en los espacios públicos ni en las políticas gubernamentales. Bajo estas circunstancias, cabe preguntarnos que papel ellas juegan (y han jugado) en el proceso de reforma procesal penal. Investigaciones han dado cuenta que las mujeres, en tanto grupo, han sido especialmente vulneradas en el resguardo de sus derechos como usuarias del sistema penal[2] y han permanecido en situación de mayor invisibilidad cuando están en conflicto con la ley.

Estos resultados motivan la realización de profundos estudios para responder a la inquietud que planteamos. Nuestra propuesta en este artículo es contribuir con la discusión sobre el tema, dialogando sobre las particularidades y necesidades de defensa penal de mujeres imputadas, bajo el nuevo sistema de justicia penal, a fin de incorporar la perspectiva de género en la prestación de la defensa penal pública. Este trabajo resume los principales resultados de la investigación *La perspectiva de género en la defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal chileno: un estudio exploratorio*. Este estudio se propuso determinar los principales contenidos y características de la defensa de mujeres imputadas, buscando que ello proporcione insumos para proponer argumentos de defensa desde una visión de género. Para ello se realizaron entrevistas a operadores y mujeres usuarias de la Defensoría,[3] se analizó jurisprudencia, se recopiló

2. Véase por ejemplo, Lidia Casas y Alejandra Mera, Violencia de Género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones. *Cuadernos de Análisis Jurídico* 16. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2004.

3. En el informe original, se incluyó una sección que presentaba la caracterización y resultados, tanto cuantitativos como cualitativos en la II y VII Regiones, de los delitos lesiones, hurto, tráfico de drogas, aborto, homicidio e infanticidio. Todo ello, además, presentado en el contexto de las apreciaciones obtenidas a través de entrevistas a defensores en dos regiones del país, 5 de ellos defensores institucionales y uno licitado, y los relatos de 21 mujeres usuarias de los servicios de la Defensoría Penal Pública, sobre el abordaje y la defensa que los operadores ensayan en los casos de hombres y mujeres.

información cuantitativa que diera noticias sobre la situación de las mujeres en el sistema penal y se sistematizó estudios realizados en Chile y América Latina en esta materia.

A continuación se presenta una síntesis de la recopilación y análisis de estudios sobre criminalidad femenina realizados en países de la región, que sirve de marco teórico para el análisis de este trabajo. En una segunda sección, se analizan los estudios desarrollados en Chile y que dan inicio a una panorámica nacional sobre el abordaje de la criminalidad de las mujeres. A partir de esos estudios, se plantea un resumen de los datos duros que el sistema produce desde las distintas instituciones nacionales, a fin de advertir diferencias entre los sexos. Finalmente, la tercera sección aborda una aproximación de lo que debiera ser una perspectiva de género en la prestación de servicios y acceso a la justicia.

1. El problema de investigación

1.1 Sobre el objeto de nuestro estudio

Entendemos que para desarrollar una investigación que involucra a mujeres como grupo de estudio es necesario incorporar la perspectiva de género, entendida como las relaciones culturales y de poder que van a facilitar o limitar la interacción entre hombres y mujeres o entre cada uno de estos grupos.

Siendo así, necesitamos reconocer qué diferencias puede proporcionarnos este enfoque si pretendemos mirar el ejercicio de la defensa pública en beneficio de mujeres imputadas. Para ello, realizaremos un breve análisis del lugar que han ocupado las mujeres en los estudios de la criminología.

1.1.1 Criminología feminista

La década de los 60 constituyó un tiempo propicio y privilegiado para la ebullición de los postulados feministas. En el ámbito criminológico, las teorías feministas[4] se inspiraron en las discusiones del interaccionismo simbólico[5] para

destacar la necesidad de observar al oprimido y dotarlo de voz, o sea, otorgar derecho de palabra a aquel que es estigmatizado, seleccionado y punido por el sistema criminal. Sin embargo, el entendimiento de la criminología feminista demanda la exploración del trayecto recorrido por estudiosos de ambos sexos que identificaron a la mujer agresora como objeto de estudio.

Los estudios feministas que se aproximaron del sistema criminal tuvieron dificultades para ajustarse a la división entre el paradigma etiológico (propio de la criminología positivista) y el paradigma de la definición social (propio da criminología crítica).

La distinción más evidente en el campo penal separa los estudios sobre los "comportamientos problemáticos"[6] de las mujeres como agentes de agresión, de aquellos sobre las mujeres como víctimas de la agresión.[7] Mientras que la úl-

4. Para graficar el desarrollo de las teorías feministas al interior de la criminología, recurriremos a las palabras de Kathleen Daly, para quien, "en los años 80, la teoría feminista fue especialmente influenciada por la filosofía y la literatura. Esa situación marcó un cambio de énfasis sociocultural e histórico con respecto a los años 70, cuando las académicas revelaron historias de mujeres desvendando la diversidad etnográfica y la generalidad presentes en sus vidas. En la década de los 70, las académicas feministas se referían a las mujeres o a las experiencias de las mujeres sin problematizarse, destacando la importancia de diferenciar el sexo biológico del género sociocultural y desarrollando una teoría feminista comprensible capaz de sustituir a las teorías liberales, marxistas o psicoanalíticas. Un desafío crítico surgió desde los espacios de las mujeres marginalizadas por la teoría feminista y de una variedad de teóricos y textos post-modernos/post-estructuralistas. Esos desarrollos plantearon cuestionamientos al conocimiento feminista y a la forma como debía ser producido y evaluado". R. Del Olmo. Teorías sobre la criminalidad femenina. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina.* Org. Rosa del Olmo. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998, p. 30. Se hizo necesario de-construir el modelo androcéntrico de sociedad, en el que se basan las relaciones de discriminación contra la mujer y otros grupos marginalizados, con la intención de promover la reconstrucción de modelos que se preocupen en el otro, como individuo concreto e inscrito en un sistema de relaciones.
5. Que, entre otras cosas, propone resaltar la auto percepción del individuo en conflicto con el sistema penal, dialogando con la forma como construye su realidad y como la interpreta.
6. O "desviados", según la criminología tradicional.
7. A. Pires e F. Digneffe. Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pour une reconstruction du champ criminologique. *Criminologie.* Montréal: Les Presse de l'Université de Montréal, v. XXV, n. 2, 1992, p. 36.

tima perspectiva ha sido ampliamente abordada en los trabajos feministas,[8] el análisis de la primera se ha mostrado menos frecuente.

Los pocos trabajos existentes sobre la delincuencia femenina han sido encarados bajo distintas concepciones teóricas, desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. Para A. I. Meo, es posible distinguir dos líneas de interpretación más importantes: la que contempla a las concepciones clásicas y la que incluye los esfuerzos críticos contemporáneos que buscan encontrar las motivaciones de tal práctica.[9]

En el primer grupo se encajarían criminólogos y criminólogas que trabajaron (y trabajan) bajo la orientación del marco conceptual tradicional y cuyos estudios sobre la mujer criminal fueron guiados por la visión androcéntrica de la criminalidad, esto es, aquella que toma como referencia la función reproductiva de la mujer en la práctica de conductas desviadas, tales como el aborto, el infanticidio y la prostitución. El desvío es explicado por la no-adecuación al rol reproductivo. Fundamentan esa visión las teorías biológicas y constitucionales.[10] A pesar de la existencia de estas investigaciones, la tendencia a considerar a la mujer criminal como objeto de estudio ha sido escasa,[11] evitada en algunos casos y no raramente ignorada.[12]

8. No pretendemos analizar esa temática en el presente trabajo. Sin embargo, debemos destacar que los estudios de la mujer como víctima han sido utilizados por movimientos feministas para reclamar mayor represión de los agresores masculinos, reivindicando el uso más efectivo del derecho penal, situación que entra en contradicción con la demanda de descriminalización de conductas que consideran a la mujer como autora de crímenes (como, por ejemplo, en el caso del aborto). Ver R. Van Swaaningen, E. R. Zaffaroni, C. Parent y F. Digneffe, V. P. de Andrade, entre otros.
9. A. I. Meo, ob. cit., p. 115.
10. Uno de los primeros trabajos fue elaborado por C. Lombroso y G. Ferrero.
11. Algunas de las razones que justificaron la escasa atención teórica dada a la mujer y a su criminalidad son el reducido número de delincuentes femeninas, el carácter prudente de su criminalidad, la aceptación acrítica de las explicaciones "biologisistas" y psicológicas de la criminalidad femenina, entre otros (A. I. Meo, ob. cit., p. 113).
12. R. del Olmo, ob. cit., p. 19.

En el marco de las concepciones contemporáneas, el énfasis está en la criminología feminista,[13] que tuvo un desarrollo más acentuado a partir de los años 60, década en la que se produjo la ruptura teórica que fomentó el surgimiento de las teorías feministas. Su desarrollo no fue uniforme y algunas de sus propuestas no consiguieron desprenderse de la tradición positivista, como fueron los casos de Freda Adler y Rita Simon.[14] Eso es fácil de comprender porque muchas de esas posturas fueron inspiradas en las teorías feministas que partieron de enfoques y propuestas conflictivas.[15] Sin embargo, a pesar de las críticas que puedan recibir, los trabajos motivados por las teorías feministas de tendencia liberal y radical consiguieron tornar visible la criminalidad femenina y abrieron caminos para la elaboración de nuevas teorías que, valiéndose de la perspectiva de género, consolidaron la criminología feminista.[16]

Fue principalmente en las décadas de los 70 y de los 80 que la criminología feminista de perfil más crítico ofreció nuevas aproximaciones y análisis sobre el tema en foco.[17] Se tejieron críticas a las tesis tradicionales, con la intención de promover el debate acerca "de los estereotipos sexistas que alimentan esas teorías, [y de explicitar] los límites de una criminología positivista

13. Debemos aclarar que no existe una única perspectiva feminista en criminología; conviven diversas corrientes que intentan interpretar la criminalidad femenina bajo diversos enfoques. Por esa razón, sería inconsecuente hablar de "una" criminología feminista, así como de una única criminología crítica, pues subsisten múltiples visiones criminológicas que se autodenominan críticas. Entre tanto, siguiendo a R. Van Swaaningen, preferimos utilizar esa expresión "cuando pretendemos explicar un paradigma específico: el paradigma del feminismo como perspectiva" (ob. cit., p. 89).

14. Para esas criminólogas, la delincuencia femenina se constituiría a partir de la mudanza subjetiva de la mujer, quien habría abandonado su pasividad para tornarse más atenta y agresiva (tesis de la masculinidad, defendida por Freda Adler), o como resultado de su mayor acceso al mercado de trabajo y al espacio público, ámbito en el que transcurre la criminalidad (tesis de la oportunidad, de Rita Simon). Rosa del Olmo, ob. cit., p. 23-24.

15. O. Espinoza. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. *IBCCRIM*, São Paulo, 2004.

16. R. del Olmo, ob. cit., p. 25.

17. A. I. Meo, ob. cit., p. 118.

cuyas premisas son inadecuadas y que se presenta como instrumento de control y de preservación del *status quo*".[18] Los defensores y defensoras de la criminología feminista basada en postulados críticos comprenden la intervención penal como una de las facetas del control ejercido sobre las mujeres, una instancia en que se reproducen e intensifican las condiciones de opresión mediante la imposición de un padrón de normalidad.[19]

Para esa corriente criminológica, la mujer "desviada"[20] no es más el punto de partida. Se pretende explorar las circunstancias que afectan no solamente a las mujeres agresoras, sino también a las demás mujeres, así como a los grupos marginalizados, de personas desprovistas de poder, socio-económicamente desfavorecidas y a los grupos *ethnicisés* y *racialisés*.[21]

Las preguntas que se levantan después de reflexionar sobre el sucinto panorama que aquí delineamos es: ¿Por qué insistir en observar a las mujeres imputadas bajo la óptica de la criminología feminista? ¿Qué ventajas puede generar ese abordaje? Intentaremos responder estas preguntas.

18. C. Parent. La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie. *Criminologie*. Montréal: Les Presse de l'Université de Montréal, v. 25, n. 2, 1992, p. 75.

19. En ese sentido, y tomando en consideración el reducido número de mujeres alcanzadas por el sistema penal, debemos analizar las otras formas de control que les afecta (controles informales de la familia, escuela, religión, vecindario, etc.) y cuales son las consecuencias de esa constatación en aquellas que no se ajustan a eses controles y transgreden las normas sociales.

20. El desvio, en la criminología feminista, ha sido especialmente estudiado, porque durante mucho tiempo el solo hecho de ser mujer ya representaba una forma de desvío. Para Simone de Beauvoir, "ser mujer [era] heredar un *status* de desviada, aquel 'del otro' [no masculino]". C. Parent, analizando el desvío con base en el paradigma de la definición, destaca que, "si el punto de partida del desvío es un asunto de definición, no siempre será necesario un acto específico para la imposición de una etiqueta. Normalmente, una persona será estigmatizada no por actos concretos que le imputemos, sino por la forma como la percibamos". *Féminisme et criminologie*. Paris/Ottawa: De Boeck/Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, p. 98.

21. Es decir, considerados a partir de sus características étnicas y raciales. C. Parent e F. Digneffe, ob. cit., p. 93.

La perspectiva de género en la defensa de mujeres

Los estudios de la criminología feminista, en la medida que buscaron atender las necesidades y los intereses de las mujeres como grupo, posibilitaron la superación de algunos límites de la criminología, desarrollada bajo patrones masculinos. Así, "sus investigaciones abrieron nuevos caminos que pueden servir de inspiración al cuestionamiento actual en la criminología".[22]

Partimos por reconocer las innumerables e importantes contribuciones del feminismo a los estudios criminológicos, sin embargo, seleccionamos las más representativas[23] porque sintetizan más eficientemente el espíritu de la criminología feminista.

La primera gran contribución está dada por la introducción de la perspectiva de género como instrumento para observar a las mujeres en el sistema punitivo, es decir, para entender el sistema criminal como construcción social que pretende reproducir las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y los papeles femeninos y masculinos, tal como han sido instituidos en la modernidad.[24] Por ello, para conocer como se construye la feminilidad en el sistema penal, debemos extrapolar ese ámbito y estudiar a las mujeres justiciables en el mundo de las propias mujeres. De ese modo, podremos comprender la "criminalidad femenina" a partir del cuestionamiento de la sociedad y proponer políticas basadas no en la rehabilitación de las imputadas, sino en la "reforma

22. "Ciertamente, la herencia feminista parece hoy ser tan importante y diversificada que podemos afirmar que la disciplina criminológica precisa del feminismo. Sería importante, entonces, que esa contribución fuese finalmente reconocida". C. Parent. La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie. *Criminologie.* Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, v. 25, n. 2, 1992, p. 88.

23. Otras importantes contribuciones identificadas por los estudios feministas en criminología pueden ser encontradas en los trabajos de C. Parent (1992), C. Parent y F. Digneffe (1994), V. P. de Andrade (1997), R. Van Swaaningen (1990).

24. L. Biron destaca que "las feministas han incorporado la noción de sexo en su cuadro conceptual, lo que ha provocado el refinamento y el enriquecimiento de su paradigma". Les femmes et l'incarcération. Le temps n'arrange rien. *Criminologie.* Montréal: Les Presses de l'Université de Montreal, v. 25, n. 1, 1992, p. 126.

de las relaciones sociales basadas en el sexo y de las instituciones que las sustentan.[25] Esa propuesta, que expresa una postura favorable hacia las mujeres y presenta su desvío en relación al *status* de sujetos oprimidos en la sociedad, no pretende principalmente "combatir" el "crimen" cometido, sino las condiciones de exclusión que les afecta en tanto grupo.

La segunda contribución se funda en la posibilidad de estudiar el sistema por medio de la observación de sus actores considerados como sujetos. En ese sentido, los análisis feministas sobre la criminalidad femenina intentaron identificar a las mujeres concediéndoles la palabra, de tal manera que mediante sus voces y experiencias de vida, los investigadores/as puedan aproximarse y entender a su objeto de estudio. Esa actitud abre el camino hacia el "otro", y acentúa la dimensión relacional de la situación o problema; la preocupación se centra en el otro como ser individual y particular, y no solamente como sujeto de derechos o como entidad abstracta a analizar.[26] La clave está en crear una relación de empatía[27] entre investigador/a e investigada. De modo general, creemos que toda investigación o discurso racional y objetivo debe ser construido a partir de cierto distanciamiento entre observador y observado, a fin de proteger al investigador de la subjetividad propia de todo ser humano, sin embargo, ese discurso no puede desconocer los grados de empatía que surgen en las interacciones humanas.

25. C. Parent. *Féminisme et criminologie*, ob. cit., p. 147.

26. Ana Mesutti, esclareciendo la incoherencia de la abstracción en el sistema criminal y de como esa abstración representa un mecanismo de fuga ante el dolor, nos dice que "la condena pronunciada en el escenario penal contra el sujeto de derechos abstrato, se encarnará en la persona física y mortal que aquel sujeto representa. El tiempo 'destemporalizado' se retemporalizará en el recorrido de la pena. La muerte, que ha sido desvinculada del individuo, sobrevirá durante la pena, mas el individuo morirá su muerte. Y sufrirá la propia pena, porque la pena abstrata se materializará en un dolor concreto". Reflexiones sobre el pensamiento penal. *IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, 2000, p. 21.

27. Humanizando el conflicto del que forma parte la investigada.

La interdisciplinaridad es igualmente valorizada por los estudios feministas. En el caso de la criminología, el empleo de ese concepto permite la incorporación de disciplinas distintas en el análisis de la problemática que envuelve a la "criminalidad", generando miradas alternativas para entenderla mejor.[28]

Además, los estudios feministas en la criminología han denunciado el carácter androcéntrico y parcial de la criminología, permitiendo el distanciamiento del "modelo de análisis concebido para el hombre blanco promedio y mostrando que no es aplicable para todos"[29] – característica no percibida, y algunas veces negada, por representantes de la criminología crítica.[30]

Las investigaciones elaboradas bajo el marco de la criminología feminista deben superar la oposición de sexo, a fin de evitar el desgaste de energías en la búsqueda de diferencias que justifiquen abordajes distintos. Por ello, debemos identificar a las mujeres imputadas en el conjunto de grupos excluidos. De esa forma, el problema será evaluado a través de una dimensión macro estructural, que "tome en consideración la criminalización de las mujeres a partir de su opresión como grupo, dentro de un cuadro global de sociedad capitalista y/o patriarcal".[31]

Cabe agregar que a través de las contribuciones de la criminología feminista fueron explicitados los sistemas de opresión de los grupos marginalizados. Por lo tanto, hoy más que nunca, debemos estimular la producción de

28. "Los estudios feministas han facilitado la confluencia de muchas corrientes teóricas diferentes, porque ello les permite transgredir los límites establecidos arbitrariamente". L. Biron, ob. cit.

29. Idem.

30. C. Parent. *Féminisme et criminologie*, ob. cit., p. 150.

31. C. Parent. Au delà du silence: Les productions féministes sur la "criminalité" et la criminalisation de femmes. *Déviance et societe*. Ginebra: Édition Médicine et Hygiène, v. 16, n. 3, 1992, p. 319.

análisis que adopten la perspectiva de género para mirar a la mujer y a todos los individuos insertados en el sistema punitivo. Así, la óptica del género nos llevará a cuestionar la propia estructura del sistema, "de-construyendo el universo de las formas tradicionales de legitimación punitiva y procurando soluciones más equitativas, que valoricen las situaciones concretas en las que evolucionan los diferentes protagonistas de la intervención penal".[32] Creemos que la criminología feminista es, en ese sentido, el marco teórico adecuado para el estudio de las mujeres imputadas.

1.1.2 Las especiales condiciones de la mujer

La reducida presencia numérica de la mujer en el sistema criminal ha provocado desinterés, tanto de investigadores[33] como de autoridades, y la consecuente "invisibilización" de las necesidades femeninas en la política criminal que, en general, se ajusta a modelos típicamente masculinos.[34] Por lo tanto,

32. C. Parent e F. Digneffe, ob. cit., p. 102.

33. Ver V. C. Brant. *O trabajo encarcerado* Rio de Janeiro: Forense, 1994. Diversos estudios sobre prisiones femeninas, desarrollados recientemente, subrrayan esa falta de atención. También se puede consultar C. Stella, As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as). *IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, 2001, p. 239; M. Winifred. Vocational and technical training programs for women in prison. *Corrections today*, v. 58-5, American Correctional Association, 1996; I. Nagel & B.L. Johnson. The role of gender in a structured sentencing system: equal treatment, policy choices and the sentencing of the female offenders under the United States sentencing guidelines. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 85-1. Chicago: Northwestern University, School of Law, 1994, p. 181.

34. En contextos como Brasil, este ajuste se materializa en aspectos menos visibles, que pasan desapercebidos, tales como el uso del mismo uniforme de los presos varones, hasta otros más visibles, como la falta de infraestructura física para atender sus necesidades específicas (tales como la instalación de salas cuna y guarderías para las mujeres presas que trabajan). A. Teixeira & M. Fernandes. *Presidiárias*: eqüidade e libertad, difíceis caminhos, mímeo. En Chile, resulta evidente la existencia de un número reducido de prisiones de mujeres, lo que obliga a recluirlas en prisiones masculinas, en pabellones o celdas adaptadas para este uso. Y. Bavestrello & P. Cortés. *Mujeres en conflicto con el sistema penal*. Santiago: SERNAM, GENCHI, 1997, p. 116-117.

el problema criminal ha sido enfocado por los hombres y para los hombres en conflicto con el sistema penal.[35]

La carencia de políticas públicas que respondan a las necesidades y particularidades de este grupo ha ocasionado perjuicios en las mujeres afectadas y en sus familias. En los casos en que se observa intentos de responder a estas particularidades puede percibirse que éstos se restringen a aspectos vinculados con la infraestructura penitenciaria, pues buscan instalar a las mujeres condenadas y detenidas en espacios exclusivamente femeninos. Sin embargo, la existencia de establecimientos carcelarios para mujeres no garantiza que éstos contemplen ambientes tales como salas cuna o guarderías para los hijos, escuelas, celdas especiales para mujeres embarazadas, ni que estén regulados por normas que permitan ejercer derechos como el de visita íntima.

Si tomamos en consideración la poca atención que se proporciona a la mujer privada de libertad, en nada nos sorprenderá que sea menor la atención a aquellas que aún no adquirieron la calidad de condenadas, es decir, que se encuentran sometidas a los procedimientos del sistema de justicia, que no la reconoce como sujeto diferenciado y susceptible de atención especializada.[36] Es ese el vacío que pretende cubrir nuestro estudio.

1.2 Perfil de la mujer agresora

Al evaluar las condiciones y características de las mujeres agresoras pudimos verificar que éstas son bastante semejantes entre las mujeres latinoamericanas (y, consecuentemente, entre las chilenas). En la mayoría de países los índices de criminalidad femenina se han incrementado notablemente

35. C. Anthony. Mujer y cárcel: rol genérico de la ejecución de la pena. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina.* Org. Rosa del Olmo. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998, p. 64.

36. Consecuentemente, puede entenderse el también reducido número de investigaciones que estudian a la mujer en el proceso penal.

durante la década de los 80, llegando, inclusive a triplicarse,[37] lo que ha provocado que se otorgue mayor atención a este grupo.[38] Sin embargo, recurrentemente se observa que a pesar del aumento de la participación de mujeres, ésta se reduce a actividades de menor importancia en la escala de poder, es decir, las mujeres no están insertas en las redes de poder que circunscribe a este tipo de delitos.[39]

El perfil de las mujeres que integran el sistema criminal es bastante similar en la mayoría de estudios evaluados. Así, se trata de mujeres típicamente jóvenes y solteras. La mayoría de ellas tiene hijos, educación precaria, poca o ninguna experiencia laboral. Estas características reflejan el universo de mujeres presas en la mayoría de países.[40]

Considerando el reducido número de presidios femeninos y de centros de detención provisional para mujeres, las autoridades se ven obligadas a trasladarlas a espacios distantes de su comunidad, ocasionando la pérdida de sus vínculos externos, pero principalmente, obstaculizando la manutención de las relaciones familiares.[41] Ante el resultado de abandono que estas condiciones

37. C. Conly. The women's prison association: supporting women offenders and their families. *National Institute of Justice*, U.S. Department of Justice, Washington, 1998, p. 3. Ver también E. Azaola, C. Antony, L. Francia, Y. Bavestrello & P. Cortés.

38. De acuerdo a información extraída de órganos oficiales, en el Brasil la mujer representa 4,33% de la población carcelaria total. Los índices no difieren sustancialmente en otros ámbitos geográficos latinoamericanos (en Argentina alcanza el 10% y en Perú el 7%).

39. C. Anthony: "Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas". *Género y derecho.* Santiago: Ediciones LOM, 1999, p. 739.

40. C. Conly, op. cit. En su artículo la autora señala que otra característica de la población femenina recluída es el uso y abuso de drogas, situación que no ha sido verificada en estudios latinoamericanos.

41. En una investigación llevada a cabo en el Centro Penitenciario Femenino de Rennes (Francia), Robert Cario afirma que la distante ubicación geográfica restringe considerablemente las posibilidades de mantener relaciones familiares, "el elevado costo de movilidad impide que la familia (marido, hijos y otros familiares) visite a la detenida, quien permanecerá en la cárcel por largos años". Esta situación genera efectos traumatizantes en los directa-

provocan, algunos países se han preocupado por implementar programas de apoyo a la inserción post carcelaria.

Uno de los aspectos más cruciales en las aflicciones provocadas por la detención entre las mujeres presas es el distanciamiento de la familia. Lemgruber resalta que "el rompimiento del contacto continuo con sus familiares y, sobretodo, con sus hijos es extremadamente difícil de soportar".[42] Esa afirmación debe confrontarse con datos estadísticos que señalan que entre el 63%[43] y el 89%[44] de esas mujeres son madres, de las cuales aproximadamente 60% son jefas del hogar,[45] o sea, constituyen la principal fuente de ingresos de la familia.

También intensifica la separación familiar la cantidad de restricciones para el ejercicio del derecho a visita íntima.[46] Samantha Buglione y Lívia Pithan resaltan que "existe un proteccionismo discriminatorio cuando se trata de

mente afectados (Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres. *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima.* Bilbao: Ediciones Mensajero, 1989, p. 119-120).

42. *Cemitério dos vivos.* Análisis sociológica de uma prisão de mujeres. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 96.

43. Según la investigación elaborada por Julita Lemgruber en el presidio Talavera Bruce (idem, p. 57) en el Estado de Rio de Janeiro. En el estudio del Colectivo de Feministas Lesbianas, publicado en el *Relatório sobre prevenção de HIV. AIDS na Casa de Detenção Femenina de Tatuapé – São Paulo*, 1997, p. 15; en el Estado de Sao Paulo, 74% de las mujeres en aquella prisión era madres.

44. Según la investigación elaborada por Samantha Buglione y Lívia Pithan en la Penitenciaria Femenina Madre Pelletier, A face femenina da execução penal. A mujer e o poder punitivo. *Relatório Azul. Garantias e violações dos derechos humanos no Rio Grande do Sul.* Porto Alegre: Asamblea Legislativa, 1997, p. 364, en el Estado de Rio Grande do Sul.

45. Colectivo de Feministas Lesbianas, ob. cit., p. 9.

46. Varios Estados brasileños permiten el ejercicio de la visita íntima femenina (Rio de Janeiro, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, etc.). Sin embargo, Estados como São Paulo recién la están implementando. Én diciembre del 2001, la Secretaria de Administración Peniteinciaria emitió la Resolución SAP 96 (del 27.12.2001), que reglamenta el ejercicio de la visita íntima para mujeres presas, reconociéndolo como derecho y no como regalía. A. Teixeira & J. Sinhoretto. A visita íntima às presas: uma primera vitória? *Boletim do IBCCRIM*, n. 112. Disponible en internet: http://www.ibccrim.org.br/boletim/0005/ [12.11.2004].

asuntos que envuelven la sexualidad femenina, siendo la mujer presa desestimulada en su vida sexual debido a la burocratización del acceso a la visita conyugal".[47]

Las relaciones al interior de la prisión también pueden ser bastante conflictivas. Los trabajos que estudian el suministro de medicamentos y drogas en mujeres presas develan que este es parte del tratamiento proporcionado a mujeres con la intención de corregir su desvío[48] o de mantener el orden. El tratamiento a través de drogas puede resultar sumamente perjudicial para las mujeres, no sólo por los efectos dañinos que provocará en su salud sino también porque limitará sus habilidades para defenderse en caso de haber cometido una falta o de aún encontrarse sometida a proceso judicial.

Tomando como ejemplo Brasil, podemos decir que diversas pesquisas construyen el perfil de las mujeres que conforman el universo carcelario femenino. Las mujeres no blancas (negras, mulatas, amarillas, rojas) representan el contingente mayoritario de 61,4%.[49] En cuanto a la edad, 78% tiene entre 19 y 34 años. La gran mayoría nació en la región urbana (62%) y creció ahí mismo (67%). En lo que se refiere a la escolaridad, 84% de ellas no concluyeron la enseñanza primaria, y 44% tiene un grado de escolaridad muy bajo, habiendo

47. La investigación que ellas elaboraron destaca que apenas 13% de las mujeres presas reciben visita íntima.

48. Kathleen Auerhahn y Elizabeth D. Leonard. Docile bodies? Chemical restraints and the female inmate. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 90. Chicago: Northwestern University, School of Law, 2000, p. 628.

49. Investigación de la Fundación SEADE, publicada en el *Boletim do IBCCRIM* concluye al analizar la discriminación de las mujeres negras que "es con [ellas] que la doble discriminación se torna alarmante. Progresivamente ellas van siendo más sobrerepresentadas a lo largo de las etapas de la investigación policial y del proceso, mientras que las blancas van, en sentido inverso, saliendo del sistema [...]. Este hecho, observado también en relación a los hombres, es todavía más acentuado en el caso de las mujeres, revelándose como otro mecanismo de reproducción de segregación y de exclusión al que las mujeres negras son sometidas en nuestra sociedad". A. Teixeira, J. Sinhoretto & R. de Lima. Raça e género no funcionamento do sistema de justiça criminal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 125, abr. 2003.

frecuentado hasta la mitad de la primaria. La jefatura de la familia es comandada por 59% das mujeres presas.[50]

Los estudios mencionados advierten cambios en la conducta delictiva de las mujeres. Los crímenes cometidos por ellas ya no se encajan en los denominados "delitos femeninos" – infanticidio, aborto, homicidio pasional –, pues se dio un incremento en los índices de condenas por crímenes de tráfico de drogas, robos, secuestros, homicidios, entre otros. La investigación del Colectivo de Feministas Lesbianas destaca que 40% de las mujeres estarían presas por tráfico de drogas, 37% por robo, 12% por hurto y sólo 10% por homicidio. El trabajo del Instituto Gino Germani de Argentina también expresa una mudanza, identificando un porcentaje de 60% de mujeres recluidas por tráfico y de 20% por delitos contra el patrimonio.[51] Por lo tanto, la conducta que tiene a mujeres como sujeto activo adquirió una connotación desvinculada de la categoría de género para alinearse en lo que puede llamarse "criminalidad de pobreza".[52]

La situación de las mujeres es especialmente discriminatoria si verificamos el porcentaje de mujeres detenidas en centros de detención preventiva. El número de detenidas en esos centros de detención, con o sin condena, supera proporcionalmente el de los hombres. Según el último censo realizado en el

50. En el referido informe se destaca una investigación de la Fundación SEADE de 1994, realizada en la región metropolitana del Gran São Paulo, que revela que hogares cuya jefe de familia es una mujer tienen una situación inferior a la clasificación económica más baja (clase D), enfrentando las peores condiciones sociales y económicas. Ese fenómeno global se denomina "feminización de la pobreza", nueva característica de la marginalidad socioeconómica del mundo globalizado.

51. Estas cifras deben ser observadas con cierto cuidado, pues ellas sólo grafican la situación de las mujeres presas (condenadas y procesadas), condición que no comprende los delitos que normalmente no reciben prisión preventiva ni aquellos cuya condena no es privativa de libertad (como el hurto simple o las lesiones).

52. Llama la atención que ninguna de las investigaciones mencione la existencia de mujeres presas por aborto, a pesar que en los países seleccionados esta conducta es punida como delito. Esto podría explicarse porque la pena inferida a esta conducta es reducida y termina resolviéndose a través de medidas alternativas.

Estado de São Paulo,[53] el porcentaje de mujeres que integran el sistema penitenciario paulista alcanza el 2,5%, mientras que el número de reclusas en los referidos centros se extiende a 13,5%, es decir, a pesar de constituir una parte menor de la esfera carcelaria, las mujeres están sobrerepresentadas en los centro de detención provisional, espacios que, en la práctica, son inadecuados para el cumplimiento de pena.[54] En esa misma línea se ubica otro problema que afecta a las mujeres, cual es el cumplimiento de su pena o su detención en cárceles masculinas, es decir, en ambientes adaptados (medianamente excluidos) para albergar a este grupo. En la práctica, este tipo de establecimientos penitenciarios reúne una serie de irregularidades que contradicen normas internacionales (Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos), como por ejemplo, el contratar agentes penitenciarios masculinos en recintos carcelarios femeninos, el que no exista ambientes especiales para las madres con hijos lactantes, etc. Mavila, en el estudio preparado sobre cárceles de mujeres en Perú, expuso la existencia de únicamente siete cárceles de mujeres y cincuenta prisiones mixtas (masculinas, con un pabellón para mujeres).[55] Esta situación se explica por la falta de interés en la construcción de establecimientos penitenciarios femeninos y, consecuentemente, en la elaboración de políticas públicas capaces de atender las necesidades de un grupo minoritario.

Los datos descritos para el contexto regional latinoamericano refuerzan la certeza de que la mujer reclusa integra las estadísticas de la marginalidad y exclusión: la mayoría no es blanca, tiene hijos, presenta escolaridad incipiente y conducta delictiva que se caracteriza por la menor gravedad, vinculación con el patrimonio y reducida participación en la distribución de poder, salvo con-

53. Elaborado por la Fundación "Profesor Manoel Pedro Pimentel" de Amparo al Trabajador Preso (Funap), junto al Instituto Universidad y Empresa (Uniemp), el año 2002.

54. Algunas características de esos centros de detención son la sobrepoblación, la inexistencia de programas de empleo, instalaciones insalubres, la falta de servicios de salud, entre otras.

55. R. Mavila, ob. cit., p. 182.

tadas excepciones. Ese cuadro sustenta la asociación de la prisión a la desigualdad social, a la discriminación y a la selectividad del sistema de justicia penal, que acaba puniendo a los más vulnerables, de acuerdo a las categorías de raza, clase social y género.

1.2.2 La criminalidad femenina juzgada y los estereotipos en el sistema de justicia

Son conocidas las conclusiones de diversas investigadoras para quienes las mujeres agresoras cometen un doble desvío: por desviarse de la ley y, al mismo tiempo, de su rol género.[56] Por un lado, suele señalarse que las mujeres sometidas al sistema penal reciben un trato más benevolente[57] por su condición de género.[58] Pero, por otro lado, también se afirma que esta situación suele provocar una mayor punición contra esas mujeres, por huir de las expectativas sociales y del padrón construido en torno de ellas.

Algunas estudiosas afirman que cuando la benevolencia de los operadores jurídicos se basa en las responsabilidades familiares, éstos pueden estar per-

56. Deborah W. Denno, ob. cit., p. 86.

57. Ana Elena Obando. Mujer, justicia y género. *Seminario/Taller de capacitación y monitoreo de los derechos humanos en la justicia penal.* Costa Rica: ILANUD, 2003. La autora sostiene "sobre el tratamiento a las mujeres por parte de los tribunales de justicia, [que] la tesis de la caballerosidad estableció que el menor índice de mujeres encarceladas no obedecía a que éstas delinquieran menos, sino a un trato más benévolo de los jueces [sin embargo], las mujeres pueden recibir un trato más benévolo cuando el delito o su situación personal responde al deber ser femenino y menos benevolente cuando no responda a ese deber ser o no se adecue a la imagen de mujer respetablemente tradicional. En ese trato más o menos benévolo pueden influir otras variables relacionadas con el tipo de delito, la etnia, la edad, la raza, la opción sexual, la clase, que en el fondo develan el orden jerárquico de géneros", p. 27.

58. Sally S. Simpson. Feminist theory, crime and justice. *Readings in contemporary criminological theory.* Boston: Northeastern University Press, 1990; Carol Hedderman & Loraine Gelsthorpe. *Understanding the sentencing of women.* Washington: Home Office Research Studies, 1997 y Johan Goethals, Eric Maes y Patrizia Klinckhamers. Sex/Gender-based decision-making in the Criminal Justice System as a possible (additional) explanation for

petuando estereotipos femeninos o asumiendo posiciones paternalistas. Kathleen Daly reflexiona y señala que el trato a mujeres imputadas reproduce la "justicia familiar" que se basa en dos factores: 1. En los controles sociales informales que funcionan en lugar del encarcelamiento formal y 2. En el mayor costo social creado como consecuencia de la prisión de la mujer. Los jueces tratan con más benevolencia a las mujeres porque asumen que sus responsabilidades familiares proporcionarán un control social informal en sus vidas y porque consideran esencial el cuidado de las madres para beneficio de los niños.[59] Además, este criterio se funda en la constatación de que la condena de las mujeres –madres a prisión, probablemente ocasionará la pérdida del vínculo con sus hijos, producto del abandono familiar (lo que no sucede en el caso de imputados hombres). Otra tendencia cuestiona la imposición de un modelo de género neutral, pues los resultados pueden ser más dañinos ya que desconocería la desigual distribución social del cuidado de los hijos.

Según Hedderman y Gelsthorpe, los argumentos acogidos por los jueces para efectos de atenuar la pena de las imputadas son: el tener familiares dependientes de ella y la tenencia de hijos menores de edad. Estos argumentos no siempre son válidos para los imputados. De acuerdo con los magistrados que las autoras entrevistaron, la mujer hurta para alimentar a su familia, sustraen cosas que ellas, o especialmente sus hijos, necesitan; inclusive, cuando hurtan objetos más extravagantes (como una lata de salmón), lo hacen para dar un gusto a su familia, a diferencia del hombre quien hurta para mantener sus hábitos de adicción. Generalmente, el perfil de estas mujeres será de madres solteras con escasos recursos económicos. Por otro lado, insisten en reconocer que los crímenes violentos practicados por mujeres siempre están dirigidos

the under representation of women in official criminal statistics. *International Journal of comparative and applied criminal justice*, v. 21-2, 1997.

59. S. Simpson, ob. cit., p. 12.

contra personas conocidas (como la pareja abusiva de la imputada), a diferencia de los hombres, que atacan a extraños (como resultado de una pelea en un bar). Algunos jueces opinan que las mujeres deben ser tratadas de igual forma que los hombres,[60] sin embargo, otros sugieren que el trato debe ser distinto en razón del rol de la mujer en la escala de poder de la criminalidad o de haber cometido el ilícito penal por inducción o influencia de otra persona.

También se afirma que el criterio de mayor benevolencia hacia las mujeres no se mantiene en todos los casos. La imputada que no se encaja en el modelo de madre ideal, como es el caso de mujeres pobres, negras, lesbianas, solteras y mujeres que cometieron crímenes "no femeninos" puede ser tratada con mucha severidad, inclusive mayor que la recibida por los imputados. Algunos jueces han asumido que la madre blanca de clase media o clase alta[61] es más susceptible a controles no judiciales, y más importante para el bienestar de sus hijos que madres con otras características. La realidad cuestiona este entendido, pues, contrariamente a lo que se piensa, las madres consideradas "más desviadas" (las pobres, solteras, etc.) pueden necesitar rebajar sus condenas pues los vínculos con sus hijos serán más afectados y quebrados con su encarcelamiento.[62]

En cuanto a la defensa recibida por las mujeres imputadas, es común "encajarlas como víctimas de un desajuste biológico, en vez de considerarlas como agentes que actúan en un contexto político social particular".[63] Inclusi-

60. Especialmente cuando se trata de mujeres adictas al alcohol o a las drogas.

61. En el caso de las mujeres con mejor posición económica, los argumentos expuestos no se resumen a la maternidad sino también a la posición de clase. J. Goethal, E. Maes & P. Klinckhamers, ob. cit., p. 224.

62. S. Simpson, ob. cit., p. 13. Estos resultados no son de aceptación unánime, habiendo sido contradichos en otras investigaciones. J. Goethal, E. Maes & P. Klinckhamers, ob. cit., p. 221.

63. Dorothy E. Roberts. Foreward: the meaning of gender equality in the criminal law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 85-1. Chicago: Northwestern University. School of Law, 1994, p. 10.

ve, en muchos casos las mismas acusadas sustentan explicaciones biológicas (como el síndrome premenstrual o la depresión post parto antes que las restricciones/coacciones de su rol tradicional femenino) para explicar sus motivaciones al momento de cometer el ilícito penal. Una propuesta importante es la planteada por Rioseco cuando se trata de crímenes contra la vida. Ella sugiere utilizar el argumento del "síndrome de la mujer agredida" para contextualizar el asesinato del cónyuge en el marco de la violencia familiar sufrida por la imputada.

Si analizamos con cuidado descubriremos que son pocos los trabajos que mantienen especial interés en la mujer, en cuanto sujeto, estando, más bien preocupados por la familia (como estructura social) y por el costo social que ocasionaría para el Estado su desestructuración. De esa forma, el trato más benévolo hacia la mujer podría ser explicado por los conceptos de control social y de costo social.[64]

El estudio llevado a cabo por Birgin, permitió constatar que "las mujeres son estigmatizadas en el discurso judicial. Se las condena a cumplir las funciones y a seguir los modelos que se les asignó históricamente, aun cuando esa imagen de mujer no corresponda a la realidad actual. La mujer es vista como un ser al que debe protegerse en su papel de esposa, madre y continuadora de la estirpe. Esta imagen de mayor fragilidad suele generar un trato diferencial, casi paternalista, cuando la mujer resulta autora de conductas delictivas de menor gravedad.[65] Contrariando los resultados expuestos, la investigación de Graciela Otano, concluye no hallar diferencias sustanciales en el tratamiento judicial a hombres y mujeres, pues los argumentos valorativos que dicen relación con las pruebas producidas son de orden técnico y no aluden a consideraciones

64. J. Goethal, E. Maes & P. Klinckhamers, ob. cit., p. 212-213.

65. H. Birgin. *El derecho en el género y el género en el derecho*. Rompiendo la indiferencia. Santiago: Fundación Ford, 2000, p. 168. La propuesta integral del estudio elaborado por esta autora contempla las áreas del Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho del Trabajo.

personales. En todo caso, señala observar una ligera tendencia a recibir penas menores, en el caso de las mujeres. Este dato debe ser confrontado con el hecho de que hombres que delinquen poseen antecedentes criminales o son reincidentes y con el rol que ocupan en la comisión de delitos. La contradicción de ambos trabajos se puede explicar al observar que el primero centró su atención en los delitos tradicionalmente femeninos, mientras que el segundo, tomo como referencia un marco más amplio de crímenes.

Finalmente, pudimos observar información relevante sobre la defensa pública durante el proceso penal y la ejecución de la pena en el informe de investigación del Instituto Gino Germani. De las encuestas aplicadas, pudo extraerse la valoración que hacen las mujeres imputadas y condenadas de la defensa técnica recibida. Esta valoración[66] fue medida tomando en cuenta la frecuencia de visitas realizadas por el defensor. Así, se concluye que los defensores públicos tienen mucho menos contacto con sus defendidas, que los abogados particulares, "sólo el 32,4% de las mujeres que cuenta con defensor oficial han tenido contacto con él al menos una vez, mientras que el 67,6% de las mujeres encuestadas, con defensor oficial, jamás tuvo contacto con él. Por su parte, el 75% de las mujeres que posee abogado particular ha tenido contacto con el mismo".[67] En ese mismo sentido, al cruzar la cantidad de veces que el defensor vio a la defendida con el tipo de defensa, se aprecia claramente que las mujeres con defensor oficial resultan mucho más vulneradas en su derecho a ser asistidas por su abogado defensor. Por lo tanto, se puede afirmar que aquellas mujeres que no disponen de abogado particular son más sometidas a maltratos, son más sancionadas y apelan mucho menos a las sanciones penitenciarias.[68]

66. El abogado defensor tiene un papel relevante en el imaginario de las mujeres imputadas, pues se le identifica como aquel o aquella que les sacará de la cárcel. Al mismo tiempo, los abogados representan una primera contención, proporcionando seguridad y amparo ante la incertidumbre del encierro. Ob. cit., p. 91.
67. Idem, p. 92.
68. Idem, p. 94.

También cabe resaltar los trabajos que se ocupan de la influencia del sexo del magistrado en las decisiones finales, los que concluyen que la condición masculina y femenina están presentes en ambos géneros (entendiendo la primera vinculada a la ética del derecho y la segunda a la ética del cuidado).[69] Además, las mujeres jueces suelen confiar más en los fiscales y a seguir las reglas procedimentales, mientras que los jueves hombres son más propensos a ponerse del lado de la defensa, provocando que ellas actúen con mayor severidad.[70] Una hipótesis, planteada en el mismo trabajo, indica que esta mayor severidad puede deberse a que las mujeres necesitan probar que se encuentran capacitadas para desempeñar su papel de jueces con la misma objetividad que los varones y sin que su condición de género distorsione el resultado de sus decisiones. Finalmente, puede afirmarse que, a pesar de la imparcialidad y la objetividad ser el más alto ideal al que la judicatura aspira, el sistema judicial norteamericano ha realizado prácticas regularmente subjetivas y diferenciadas en perjuicio de las mujeres.[71]

De lo expresado hasta aquí, puede concluirse que la mujer, ya sea como imputada o magistrada, deberá encajarse en un modelo de conducta impuesto socialmente, pues sólo de esta forma podrá ser beneficiada de la benevolencia en el tratamiento del sistema penal o podrá ser reconocida como un actor legítimo al interior del mismo sistema.

2. Las mujeres en conflicto con el sistema penal en Chile

Diversos trabajos contextualizan el universo de mujeres imputadas en Chile. Casi todos centran su atención en las características de las mujeres pri-

69. Carol Gilligan. *A different voice*. Psychological theory and women's development. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

70. Richard Fox y Robert Van Sickel. Gender dynamics and judicial behavior in criminal trial courts: an exploratory study. *The Justice System Journal*, v. 21-3, 2000, p. 261.

71. Idem.

vadas de libertad, como un todo, siendo que algunos se ciñen a aspectos más específicos, tales como las relaciones entre madres presas y sus hijos o la situación de las mujeres condenadas por tráfico de drogas.

Entre los estudios que presentan un panorama general de la población en cuestión, se encuentra el preparado por Bernarda Gallardo, Lorena Fries y Pedro Muñoz: "Características de la población penal intramuros" (1997), que al caracterizar a la población penal en términos demográficos, psicosociales, socioeconómicos y criminológicos, presenta un análisis comparativo en función del género.[72]

Merece destaque el trabajo de Doris Cooper: "Criminología y delincuencia femenina en Chile" (2002), quien ha desarrollado diversas investigaciones sobre la transformación de la criminalidad femenina urbana y las características de la delincuencia masculina urbana, profesional y no profesional, aspectos de la delincuencia rural mapuche y no mapuche, etc. Uno de los principales aportes de estos estudios es haber incorporado la teoría criminológica norteamericana (escuela de Chicago) y haberla adaptado al contexto nacional elaborando teorías que responden a las características de la sociedad chilena.

Otra investigación importante es la realizada por Yolanda Bavestrello y Pablo Cortés: "Mujeres en conflicto con el sistema penal" (1997), que describe las relaciones de las mujeres presas con su entorno familiar y en su vida intramuros. Esta investigación ha sido utilizada como un referencial para posteriores trabajos sobre la materia.[73]

72. Fueron aplicadas encuestas sobre una muestra probabilística aleatoria de 500 casos desagregados a nivel nacional. Bernarda Gallardo, Lorena Fries & Pedro Muñoz. *Características de la población penal intramuros*. Santiago: Corporación La Morada / UNICRIM, 1997.

73. Hacemos la aclaración de que al definir la muestra como "la población femenina adulta recluida en recintos penitenciarios cerrados del país, administrados por Gendarmería de Chile, en calidad de procesadas o condenadas", no incluyó a la totalidad de mujeres imputadas, pues no se integró a aquellas que cometieron ilícitos penales por delitos que pudieran sig-

En cuanto a estudios más específicos, debe citarse el elaborado por Iván Silva Arenas y Claudio Rubio González: *Drogas y mujeres en prisión:* evolución en una década (1995), quienes partiendo de un análisis teórico, exploran el aumento de la criminalidad femenina en el delito de tráfico de droga. En esa línea, se ubica el preparado por Claudia Gibbs: *Características que diferencian a mujeres recluidas por tráfico de estupefacientes del resto de la población penitenciaria femenina* (2001), que se propone dar a conocer las características que diferencian a las mujeres que trafican de las que realizan delitos comunes. Otro estudio específico es el preparado por la Unidad de Investigación Criminológica del UNICRIM: *La construcción simbólica y social del rol de la mujer-madre y sus consecuencias en quienes cumplen condena* (2002), que busca conocer la situación de la mujer encarcelada y los efectos que provoca en ella y en su entorno la construcción simbólica y social de su rol de mujer y de madre.

Desde otros enfoques, se advierten investigaciones que analizan los criterios utilizados por los operadores jurídicos para definir la condena o absolución de las mujeres imputadas. En ese sentido, el trabajo de Lidia Casas: *Mujeres procesadas por aborto* (1996) busca presentar a un grupo de mujeres bastante vulnerables, así como las consecuencias de su condena en sus vidas y en la de terceros. La continuación de este estudio, *Encarceladas.* Leyes contra el aborto en Chile (1998), intenta identificar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, teniendo en cuenta la normativa nacional e internacional. Su principal aporte es develar el perfil socio-biográfico de las mujeres que cometen este ilícito y los caminos que recorrieron dentro del sistema judicial.

El estudio de Lorena Fries y Verónica Matus: *La ley hace el delito* (2000) también se ocupa del análisis de sentencias judiciales, abarcando, además del aborto, los delitos de violación, abusos deshonestos, incesto, parricidio e

nificar medidas alternativas a la pena privativa de libertad, como es el caso del hurto y las lesiones (crímenes de alta densidad en los porcentajes totales de mujeres imputadas).

infanticidio. Se observa así, crímenes que afectan a las mujeres en calidad de víctimas y de agresoras.

Cabe resaltar que las investigaciones que acabamos de presentar son anteriores a la reforma procesal penal, lo que constituye una dificultad para efectos de realizar comparaciones con los datos extraídos del trabajo de campo.

2.1 Hallazgos generales

Como lo indicamos líneas arriba, los efectos del encarcelamiento de la mujer suele ocasionar perjuicios en ellas y sus familias, las que pueden llegar a desintegrarse una vez que se concreta en encarcelamiento. Esto coincide con la aseveración de que la mujer asume un rol cohesionador en nuestra sociedad.[74]

Si observamos el perfil de las mujeres acogidas por el sistema punitivo verificaremos que varias de sus características se repiten en los estudios ya analizados. En ese sentido, verificaremos que uno de los cambios más llamativos es el evidente crecimiento de los índices de imputadas. En Chile, el número de presas se ha duplicado entre 1986 y 1995, alcanzando un porcentaje de 7,7%.[75]

Una de las características de las mujeres recluidas es la juventud. En Chile, la "población femenina interna en penales es predominantemente joven y adulta, con potencialidad de activación económica y muy probablemente con expectativas, experiencia y/o responsabilidades de un proyecto familiar propio".[76] De acuerdo al contexto familiar, puede afirmarse que la mitad de las mujeres mantiene relación de pareja estable (el otro restante estaría conformado por

74. Y. Bavestrello & P. Cortés. *Mujeres en conflicto con el sistema penal.* Santiago: SERNAM, Ministerio de Justicia e Gendarmería de Chile, 1997, p. 17.

75. Y. Bavestrello & P. Cortés, ob. cit., p. 14. Los datos de Gendarmería disponibles para el periodo 1998-2003 muestran que la población masculina en régimen de reclusión (detenidos, procesados y condenados) se ha mantenido con escasa variación en cuanto al peso que tienen las mujeres.

76. Y. Bavestrello & P. Cortés, ob. cit., p. 31.

mujeres solteras, separadas o viudas). Por otra parte, el 90% de mujeres declara ser madre (más de un tercio fue madre adolescente)[77] y la mitad de las madres se reconoce como jefa del hogar, es decir, proporciona el sustento exclusivo de su familia. El distanciamiento de los hijos como consecuencia de la detención también se presentó como una constante.

El nivel de instrucción de las mujeres es bastante incipiente (aunque el número de analfabetas es reducido: de 5,5%, en comparación a la situación de Brasil, donde es más bajo). Así, sólo la mitad de mujeres presas habría terminado el ciclo básico y el 10 % habría concluido la enseñanza media. En cuanto al trabajo, la mayoría de presas que trabajaba cuando estaba en libertad lo hacía en actividades típicamente femeninas de estrato socioeconómico bajo, de un modo precario e inestable.[78]

Por la ausencia de políticas penitenciarias bajo un enfoque de género, una realidad bastante común en la región es que las mujeres estén recluidas en establecimientos penitenciarios masculinos, existiendo pocos centros penitenciarios exclusivamente femeninos. De acuerdo a los estudios realizados en la década de los '90, en Chile, el 47% de mujeres recluidas se encuentra en centros de detención preventiva o en centros de cumplimiento penitenciario masculinos y sólo el 53% reside en prisiones de mujeres. Otra situación que provoca alarma es el elevado número de mujeres en calidad de imputadas (que alcanza la cifra de 66%).[79] Esto ocasiona que la mayoría de mujeres no tenga

77. El 87,1% de madres reclusas entrevistadas afirmó tener hijos menores. Y. Bavestrello & P. Cortés, ob. cit., p. 32.

78. Y. Bavestrello & P. Cortés, ob. cit., p. 38.

79. Según datos de Gendarmería, en 1998 la mayor proporción de internas se encontraba en calidad de "procesada/imputada", 51.4% (8.2 puntos más que los hombres), mientras que una proporción inferior, 41.5%, estaba "condenada" (8.3 puntos menos que los hombres) y sólo el 7% estaba "detenida". En los años siguientes la condición de "procesada/imputada" dejó de ser la más frecuente entre las mujeres, disminuyendo hasta 39.7% en el año 2003, lo que es similar a la proporción de hombres que se encontraba en esta situación el mismo

acceso a programas y proyectos de reinserción. Nuevamente, debemos contextualizar esta información, pues ha sido extraída de investigaciones realizadas bajo el sistema anterior a la reforma procesal penal.

La situación de las personas sometidas a *medidas alternativas* (Ley 18.216) muestra algunas diferencias. Las mujeres están sujetas a remisión condicional con mayor frecuencia que los hombres, 18.4% y 10.1%, respectivamente, situación que se reitera en el caso de la libertad vigilada, 2.5% y 0.9%, respectivamente. En tanto, entre los hombres es levemente superior la proporción de quienes ingresaron en calidad de beneficiados con reclusión nocturna, 3.2%, un punto sobre las mujeres. Esto se podría explicar de acuerdo a lo señalado por un entrevistado en la VII Región, pues la reclusión nocturna no es una medida viable para las mujeres que se encuentran distantes del único penal para mujeres de la región, en aquellos casos ese defensor solicita o negocia con el Ministerio Público otras medidas alternativas. Respecto a los *beneficios penitenciarios*, el 2.5% de las mujeres se encontraba con beneficio de libertad condicional, porcentaje que entre los hombres alcanza el 0.9%. Por su parte, el arresto nocturno es un atributo esencialmente masculino, 8.8% – 7.5 puntos más que las mujeres.[80]

Con relación al tipo de delito, la investigación de Bavestrello y Cortés, demuestra que la tipología criminológica ha cambiado.[81] Actualmente, el crimen que congrega al mayor número de imputadas es el de tráfico de estupefacientes (que se enmarca en la categoría de delitos contra el orden y la seguridad pública), alcanzando a 62,3% de mujeres. El segundo delito de acuerdo a la

año. En efecto, esto trajo consigo un aumento de la proporción de mujeres "condenadas" hasta un 52.8% en el año 2003 (4 puntos menos que los hombres).

80. Estadísticas proporcionadas por Gendarmería (año 2003).

81. De acuerdo a las investigaciones de Cooper ha habido un cambio respecto de los delitos típicamente femeninos. Desde mediados de la década de los 80 la delincuencia femenina urbana se ha caracterizado por el predominio de los crímenes contra la propiedad. D. Cooper. *Criminología y delincuencia femenina en Chile.* Santiago: Ediciones LOM, 2002.

importancia es contra la propiedad (21,4%), seguido de los delitos contra las personas (9,7%).[82] Como ya lo mencionamos, las cifras señaladas fueron extraídas de una muestra constituida sobre la base de población recluida, en consecuencia, los datos no son generalizables para la totalidad de mujeres imputadas. De acuerdo a información producida por la Defensoría Penal Pública (durante el año 2003), el delito más común entre las mujeres imputadas es el de "hurto", 24.1% (14.1 puntos más que entre las causas de hombres), seguido por "otros delitos", 13.1%, los "delitos económicos", 12.1% (6.3 puntos más que entre los hombres), las "lesiones", 9.5%, "otros delitos contra la propiedad", 8.8%, y "delitos de la ley de drogas", 5.2%. En particular, en estos 6 tipos de delitos, las figuras penales más frecuentes fueron: "hurto simple", 24.1%, "otras faltas al Código Penal", 13.1%, "giro doloso de cheques", 7.5%, tráfico ilícito de drogas", 4.5%, "lesiones leves", 4.1%, "daños simples", 3.9%, "receptación", 2.7%, y "apropiación indebida", 2.1%.[83]

Se extrae como reflexión que tanto en las estadísticas producidas sobre el total de mujeres recluidas, así como en las elaboradas sobre el universo de imputadas, la conducta delictiva femenina tiene un fuerte componente patrimonial.

2.2 Estereotipos judiciales

En la investigación realizada por Lorena Fries y Verónica Matus se analizan las pautas y criterios de magistrados, hombres y mujeres, utilizados para condenar o absolver una imputada. Entre las respuestas señaladas existen observaciones comunes, tanto en magistrados como en magistradas, tales como

82. Según datos producidos al 2003 por Gendarmería, la mayoría de hombres se encuentra recluido por "robos", 53.5%, seguidos por aquellos recluidos por "hurto", 9.8%, por "homicidios", 6.1%, y por "delitos sexuales", 5.2%. Entre las mujeres, una proporción importante, 37.5%, se encuentra recluida por "robos", seguidas por aquellas acusadas de "hurtos", 20.4%, "delitos de la ley de drogas", 17.4%, y "homicidios", 6.0%.

83. Esta tiende a confirmar la evidencia presentada por diversas investigaciones en cuanto a las diferencias que existen entre el perfil delictual de hombres y mujeres.

el que las mujeres cometen delitos distintos a los varones, que es reciente el fenómeno de participación de las mujeres en delitos violentos o que las motivaciones que operan en las mujeres para delinquir son distintas a las de los hombres.[84] Sin embargo, fue posible identificar padrones culturales que influyen en su percepción al momento de seleccionar su instrumental jurídico y a la hora de formar una convicción para resolver cada caso.[85] Según las investigadoras, tales padrones culturales serían pautas de conducta que "asignan a las mujeres cualidades 'femeninas' y un lugar tradicional de madre, esposa y dueña de casa como atributos de la naturaleza".[86] Bajo este modelo se encajan las imputadas que son tratadas más benevolentemente y no aquellas que enfrentan al juez y que realizan actos tan violentos cuanto los hombres.

En cuanto a la defensa, de acuerdo con la investigación de Bavestrello y Cortés, la mayoría de mujeres, a la fecha de la investigación, disponía de asistencia jurídica (75% de mujeres afirmó haber tenido abogado durante su proceso), siendo que la defensa particular fue más usada que la defensa pública. Llama nuestra atención que la defensa pública (proporcionada en la época de la investigación por la Corporación de Asistencia Judicial) era menos utilizada en los casos de tráfico de drogas, centrándose en delitos contra la propiedad y contra las personas (80% de las mujeres procesadas por tráfico, que tuvieron asistencia jurídica, fueron atendidas por abogados particulares).[87] Por otro lado, la misma investigación señala que tuvieron más dificultades para acceder a

84. L. Fries & V. Matus. *La ley hace el delito*. Santiago: Ediciones LOM, 2000, p. 51.

85. Ob. cit., p. 52.

86. Idem.

87. Identificamos un fallo que hace referencia a la sanción impuesta a un abogado de la Corporación quien se excusa de su obligación del turno de defender a un imputado por drogas, Ley 19.366, atendido lo señalado en sus obligaciones. Se cita el art. 51 de esa ley que exime a los abogados de la CAJ. Por lo cual, la Suprema deja sin efecto la sanción en contra del abogado, Rec. de protección Papic García con Pleno de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Corte Suprema 4 de octubre de 1999, rol 23.899.

asistencia jurídica gratuita aquellas mujeres reincidentes, privilegiándose la selección de mujeres primeriza para la atención.[88] En cuanto a la evaluación por los servicios de defensa prestados (por abogados particulares y por la defensa pública), ésta fue bastante negativa (sólo el 22,9% de las mujeres entrevistadas en la pesquisa tuvo un juicio positivo de la asistencia judicial recibida). Los juicios más negativos se concentraron en el tráfico de estupefacientes y los delitos contra la propiedad. Los fundamentos de la evaluación negativa fueron: realizó mal su trabajo (39,3%), no conoció a su abogado (17,3%), la abandonó o no realizó su trabajo (17,3%), la estafó (11,9%), sólo le interesaba el dinero (6,5%). Las expresiones más duras provinieron de las condenadas más que de las procesadas.[89]

En general, se puede decir que la construcción de la imagen de la mujer agresora en el sistema de justicia chileno, es bastante similar a la presentada en los estudios anteriores.

3. Características de las causas atendidas por la Defensoría Penal[90]

3.1 Caracterización de las mujeres imputadas

De acuerdo a la caracterización que hacen los defensores sobre el tipo de criminalidad en que participan las mujeres en su región, sus percepciones

88. Ob. cit., p. 66.

89. Idem, p. 67. Estos datos deben encuadrarse en el contexto temporal en que se extraen, pues en el año 1995 (fecha de realización de la investigación) aún no se había implementado la reforma procesal penal, por lo tanto, no existía la figura institucional de la Defensoría Penal Pública.

90. En el informe original se entendió que para explorar la manera como es ejercida la defensa pública en Chile en cuanto a las consideraciones de género, especialmente en lo relativo a los criterios y argumentos que los operadores utilizan en la gestión de causas de mujeres imputadas, resultaba necesario observar las diferencias y similitudes existentes entre los hombres y las mujeres que son atendidos por la Defensoría Penal Pública. Por ello se in-

tienden a confirmar las estadísticas. Al indagar sobre el perfil de estas mujeres, las respuestas de los entrevistados nos permitieron recrear la imagen de la mujer imputada, no extraíble de los datos cuantitativos.

En cuanto al tráfico de drogas, la percepción de los defensores sobre la magnitud de la participación femenina, en ambas regiones, sugirió que la cantidad de imputadas en el sistema es superior a la atendida por la Defensoría Penal. Sobre la caracterización de las mujeres que delinquen por este delito, los entrevistados señalaron que se trataría de mujeres "dueñas de casa" y jefas de hogar – jóvenes y con hijos – que utilizan el tráfico como una forma de supervivencia económica o de obtener ingresos, sin que tengan mucha claridad acerca de la ilicitud de su conducta, esgrimiendo como fundamento, el hecho "de que muchas personas hacen lo mismo". En la II Región apareció la motivación para delinquir (robo y hurto) fuertemente asociada a la drogodependencia de las defendidas.[91]

En materia de delitos económicos, las mujeres son caracterizadas como una valla de contención para hombres cuyas fuentes de crédito han sido agotadas, y referían que era raro que las mujeres, por sí mismas cometieran giro doloso. Sin embargo, uno de los defensores ha observado casos de mujeres mayores con enfermedades catastróficas que han incurrido en altos niveles de endeudamiento que explicaría giros de cheques que luego no podrían cubrir.

cluyó un capítulo que se ocupaba de esta materia a partir de las siguientes variables: número de mujeres atendidas a escala nacional y regional, tipo de delitos de las causas ingresadas, tipo de procedimiento seguido, medidas cautelares decretadas, tipo de término de las causas, tipo de salidas alternativas y duración de los procesos, incluyendo una visión nacional y luego concentrando el análisis en dos regiones previamente seleccionadas: la II y la VII Región. En ese informe también se incluía el análisis de entrevistas aplicadas a defensores públicos y mujeres imputadas de esas regiones (realizadas durante el mes de noviembre de 2004). Para efectos de este artículo parte de los principales datos serán resumidos en esta sección.

91. Resulta interesante establecer que estas apreciaciones, de ser válidas, significaría que las políticas de persecución penal – y por tanto de seguridad ciudadana – en estos delitos serían refractarias si es que no están acompañadas con programas eficaces en rehabilitación en materia de salud para la población adulta.

Específicamente en los casos de giro doloso, uno de los defensores señaló que se trata de mujeres de nivel socioeconómico más alto que el general de las mujeres atendidas por la Defensoría, pertenecen a una clase social de profesionales técnicos y con aspiraciones de estándar de vida que no necesariamente pueden solventar. Con todo, afirman que las mujeres son las caras visibles de obligaciones contraídas por sus parejas e incluso figuras masculinas como hermanos, y que las obligaciones que contraen obedecen o ceden en favor de terceros o de la familia.

En materia de hurto,[92] las opiniones de los defensores de ambas regiones tienden a ser similares, desde comentarios que a las mujeres "no les da más que para ser mecheras", hasta que hurtan en tiendas o supermercados productos que puedan rápidamente vender como artículos de tocador.[93] Los hombres en materia de hurto son percibidos en forma distinta por los defensores, quienes sostienen que sustraen comestibles o bebestibles.[94] El estudio de la jurisprudencia revela que tanto hombres como mujeres hurtan en supermercados o en tiendas. Las mujeres que se dedican al hurto, según las apreciaciones de los defensores entrevistados, serían jóvenes, pero no "lolitas".

92. Las entrevistas a mujeres condenadas por hurto muestra que todas ellas eran jóvenes, cuestión que también confirmarían los fallos estudiados. Sus relatos muestran a mujeres expuestas a ambientes asociados a criminalidad, hermanos o padres condenados previamente. En general, se trata de mujeres que tienen una historia de antecedentes por el mismo delito.

93. El relato de las mujeres por hurto y las condenadas por robo, confirma que su actividad está relacionada con la subsistencia. No obstante, se advierte la existencia de personas que ingresan a la justicia penal y que no comparten esta realidad de vulnerabilidad social. Se trataría de hurtos en supermercados de artículos caros y que afectaría a hombres y mujeres: así relataron el hurto de centolla, por parte de una mujer y de whisky por parte de un hombre, hechos que eran despachados rápidamente con el acuerdo de todos los operadores en atención a la vergüenza y escarnio social que pudiera provocar. No se pudo indagar si el hurto se realizó para satisfacción personal o familiar, pues como sugieren los estudios, las mujeres hurtan para agradar a su entorno familiar, a diferencia de los hombres.

94. Una fiscal señalaba que esta diferencia radicaba en que las mujeres eran más "inteligentes", puesto que ellas sustraían cosas que pudieran reducir rápidamente, mientras que los hombres lo hacían para su consumo.

La percepción de algunos operadores, incluyendo la única fiscal entrevistada, es que hay ciertos delitos que tienen un perfil claramente femenino, ellos son los daños y las amenazas. Ello no se reflejaría tan claramente en las estadísticas por tener una escasa incidencia en los números totales. De acuerdo, a estas apreciaciones las víctimas de estos delitos son personas que han "ofendido" o dañado a la víctima en su dignidad personal, por lo cual podrían ser considerados *delitos pasionales*. Así, los hombres infieles a las mujeres, son susceptibles de que sus automóviles o alguna otra especie de su propiedad o de la persona con quien han sido infieles, sufra importantes daños.[95]

En materia de lesiones, las víctimas son, en general, conocidos de las imputadas por lo cual se generan situaciones especiales sobre las salidas alternativas. Se trataría en todo caso, según el estudio de los fallos, de lesiones leves.

3.2 El desarrollo de las causas

Sobre las medidas cautelares decretadas en las causas, los datos indican que la medida de vigilancia es la más decretada tanto en hombres como mujeres con similares proporciones.[96] Entre las otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, se observa que no hay mujeres a quienes se les impone cauciones reales. Esta diferencia podría explicarse por las percepciones que manifestaron algunos defensores en el sentido de que las mujeres no tienen acceso a recursos, y a veces no cuentan con una red familiar que las apoye.

La prisión preventiva muestra niveles de utilización mayor en la II Región que en la VII. Lo que destaca de ese resultado, es que en el norte

95. Se trataría de casos en que se quiebran vidrios de autos o casas, se rayan los autos e incluso se provocan incendios.

96. La medida de vigilancia es más usada en la II Región que en la VII Región mientras que la medida de arraigo es más utilizada en la VII Región que en la II Región.

aparecen más mujeres sometidas a prisión preventiva de lo que hay hombres. Ello nuevamente podría ser explicado en atención al tipo de delito. Estas cifras contradicen las percepciones de los entrevistados en la II Región quienes señalaban que tenían mayor probabilidad de obtener la libertad de una mujer que de un hombre o sustituir la medida de prisión por otra cautelar, en atención al tema del arraigo familiar y/o social. Si las cifras de esa región muestran que hay una proporción levemente superior de mujeres sometidas a prisión preventiva, otra posible explicación de la diferencia entre percepción y datos estadísticos, es que los defensores no estén incorporando en su análisis a mujeres extranjeras, a quienes no es posible sustituirles la medida de prisión preventiva, de acuerdo a lo que ellos mismos señalaron.

La gravedad y naturaleza del delito, la existencia de antecedentes penales previos, y la existencia de arraigo social y familiar son argumentos comúnmente utilizados entre los defensores para imputados e imputadas. Sin embargo, los propios relatos de los entrevistados dan cuenta que entre sus argumentaciones recogen elementos sobre las consideraciones de género, en especial la maternidad. Es decir, cuando se trata de aspectos "técnicos" como naturaleza y gravedad del delito, las consideraciones parecieran ser compartidas entre hombres y mujeres, y las consideraciones de género entran en análisis o en juego, cuando se intenta ver si es posible sustituir la medida por otra cautelar e incluso explicar los móviles del delito.

Sobre los roles de género y cómo ellos juegan en la argumentación de la defensa y la aceptación de ésta por parte del Ministerio Público y jueces sobre prisión preventiva, lo que parece relevante, es que defensores sienten que no pueden validar algunas de las consideraciones sobre arraigo familiar o jefatura familiar, para sustituir la prisión preventiva de los hombres. Pareciera ser que los hombres, si no tienen vínculo laboral y están ausentes del círculo familiar, es decir privados de libertad, serán remplazados por una figura femenina que dará de soporte a su familia.

El arraigo posee diferencias entre hombres y mujeres, ya que los hombres participan de "actividades públicas", como clubes deportivos y juntas de vecinos, mientras que las mujeres carecen de participación en redes comunitarias o institucionales, lo que hace más difícil su acreditación. Ya el arraigo familiar se constituye en una de las principales argumentaciones en el caso de las mujeres infractoras, pues son ellas las que se hacen cargo de los hijos, de los adultos (hijos o parientes enfermos o con discapacidad) y existe mayor probabilidad de que cumplan otras cautelares. La sustitución de la prisión por otras cautelares se produciría en el caso de los hombres solo en la medida en que el arraigo pudiera ser acreditado.

Algunos de los defensores señalaron que las argumentaciones en torno a los roles familiares tiene más acogida entre jueces respecto de imputadas que de imputados co-reos, tratándose incluso del mismo delito. En este sentido, los hallazgos corroborarían lo señalado por Daly, en el sentido de que se reproduce una justicia familiar, así los operadores tratarían con mayor benevolencia a las mujeres porque la familia se convierte en un control social informal y el costo asociado de que las mujeres no estén al cuidado de los niños.[97] No obstante, el rol que las mujeres cumplen en el cumplimiento de las condiciones impuestas para los hombres y de hecho en su defensa, podría ser un elemento que relativizaría tal aserto.

La acreditación de algunos de los antecedentes pesa en la medida en que los soportes familiares puedan hacer algo por el o la imputada. Si la red familiar "se mueve", entrega certificados o antecedentes, hace que la tarea de la defensa sea más fácil. En ello, nuevamente los roles de género cumplen un papel, ya que son fundamentalmente las mujeres las que se hacen cargo de producir estos elementos que necesita la defensa. Si no hay apoyo o red familiar esa tarea es más difícil.

97. S. Simpson, ob. cit., p. 12.

Los defensores señalaron que los imputados son los que demandan más contacto con su defensor. Advirtieron que ello no significa que lo hagan personalmente, pues es común que los parientes, en general mujeres (madre, pareja, hermana, abuela), se preocupen de mantener el contacto con el defensor y pedir información sobre el estado de la causa. Las mujeres, son percibidas, como un grupo que no demanda atención en la misma proporción que los hombres. Sin embargo, un entrevistado señaló que cuando las mujeres tienen quejas del servicio lo hacen saber.

Otra diferencia que algunos destacan es el tipo de atención demandada o requerida a los defensores de parte de las imputadas. Las mujeres suelen solicitar atención que se "extrapola el ámbito jurídico-penal", desean ser escuchadas en sus problemas, mientras que las demandas de los hombres son aparentemente más prácticas y como señala un defensor, solo les interesan los resultados.

3.3 Formas de término

El nuevo proceso penal introduce una serie de salidas alternativas distintas a la dictación de una sentencia. Las cifras generales de la Defensoría Penal muestran que las salidas alternativas son las principales formas de conclusión de los casos atendidos por esa institución. Así, hay una mayor proporción de hombres condenados, aún cuando el porcentaje es claramente distinto entre las regiones.[98]

Se advierte también que hay una proporción mayor de casos terminados por suspensión condicional del procedimiento en ambas regiones y que no

98. La condena de hombres en la II Región representa casi 25% de los casos terminados, y respecto de mujeres ese porcentaje baja al 19%. La VII Región, por su parte, exhibe cifras distintas en que el 13,9% de los hombres fueron condenados en comparación con el 7.2% de las mujeres atendidas.

se presentan diferencias significativas entre sexos. Sin embargo, en algunas regiones los acuerdos reparatorios muestran diferencias. Así, la VII Región presenta un porcentaje levemente mayor de mujeres que reciben acuerdo reparatorio, respecto de los hombres. Algunos defensores señalaron que las mujeres podrían alcanzar un mayor número de acuerdos reparatorios, pero que dado su escaso acceso a recursos financieros propios, terminan en suspensiones condicionales.

Existen particularidades sobre las mujeres y los acuerdos reparatorios. Un defensor señaló que su materialización en ciertos delitos era más difícil. Se refería a las lesiones o daños inflingidas a "la otra" o a la pareja infiel. En estos casos las mujeres serían más renuentes a alcanzar un acuerdo reparatorio que signifique pedir disculpas, ya que ello significaría una especie de humillación. Para el defensor, quien por primera vez reflexionaba sobre el tema, las imputadas aparecían como "irracionales", puesto que preferían optar por otras vías incluso más gravosas de aquellas que eran más beneficiosas para ellas.[99] La diferencia en esta materia con los hombres, según el mismo entrevistado, radicaba en que éstos son más "prácticos", no alegan razones de principios para no aceptar o promover acuerdos reparatorios, sino que simplemente quieren terminar rápidamente con un problema.

En materia de salidas alternativas, los defensores sostenían que era posible que las causas de mujeres tuvieran esa forma de término, atendido al tipo de delito, inexistencia de antecedentes penales previos y algunas consideraciones de género. Según los entrevistados, existe la percepción de que las mujeres cumplen en mayor medida las condiciones impuestas en las suspensiones condicionales y los acuerdos reparatorios, lo que puede incidir en que el sistema – fiscales y jueces – tenga una predisposición positiva a darles una salida

99. El entrevistado incluso planteaba que algunas mujeres preferían ir a juicio que a tener que dar disculpas públicas por el hecho.

distinta antes que llevarlas a juicio oral. Sin embargo, miradas las cifras esa percepción de benevolencia pareciera no existir, pues tanto en la II Región como en la VII las cifras indican que hombres y mujeres alcanzan porcentajes similares de suspensiones condicionales.

Las mujeres, en palabras de algunos de los defensores, aparecían como usuarias más difíciles, más allá de los casos de delitos "pasionales" reseñados anteriormente, puesto que antes de aceptar las condiciones impuestas reflexionaban o se tomaban un mayor tiempo antes de aceptar. La diferencia radicaría en que ellas pensarían críticamente, si están en o no en condiciones de cumplir con las condiciones impuestas, mientras que los hombres aceptaban de plano, la causa se terminaba, pero no había conciencia de poder cumplirlas a cabalidad.

3.4 Ejecución de la pena y rol del defensor

La literatura indica que la práctica jurídica prueba que una vez que una persona recibe una condena, es abandonada por su defensa, pues considera que su papel culmina ante la decisión que pone fin al proceso penal. Sin embargo, esta persona sólo adquiere otra categoría, la de sentenciado, y se integra al sistema de ejecución penal o recibe una sanción alternativa.

La mayoría de defensores entrevistados reconocieron que es importante mantener algún tipo de contacto con el condenado. Ello, debido a los riesgos contra la integridad al interior del penal, a la necesidad de agilización de los trámites para beneficios penitenciarios, especialmente para evitar el incumplimiento de los requisitos que condicionan la medida alternativa, etc. Algunos defensores añadieron que su presencia resulta fundamental en la medida en que la cárcel representa uno de "los grandes baluartes del sistema inquisitivo". Ello en razón de que el proceso para establecer las sanciones no es independiente, no reconoce el derecho de defensa, ni de apelación contra la

sanción, entre otros.[100] Además, afirman que su participación puede ser crucial en la tramitación de las sanciones, las que pueden provocar consecuencias directas en la obtención o no de beneficios.

Tal como preveíamos, las extranjeras tienen mayores dificultades para acceder a los beneficios penitenciarios,[101] por cuanto les resulta más difícil garantizar el arraigo y otros requisitos que se exige para su obtención.

3.5 Características de las estrategias de defensa y las consideraciones de género

Una primera impresión que emerge de las entrevistas es que los defensores no utilizan argumentos específicos en la defensa de mujeres imputadas. Sin embargo, en el transcurso de la conversación, ellos mismos expresaron la distinta fundamentación planteada en las defensas de ambos grupos. Así, algunos operadores declaran no tener estrategias comunes de defensa ni tampoco hacer alusión a consideraciones de género, pues las consideran poco relevantes, ya que argumentan, en primer lugar, *desde lo jurídico*. La contradicción de las posiciones se expresó claramente en uno de los defensores entrevistados, quien indicó no considerar el tema género como relevante, pero inmediatamente se explayó en las razones que justifican un trato diferenciado a las mujeres (se trataría de imputadas por delitos más delicados, como homicidio y aborto, que

100. Uno de los hechos relatados por un defensor es que en aquellas situaciones en que la Defensoría ha interpuesto acciones en favor de la condenados, Gendarmería ha respondido en la Corte con escritos firmados por los recurrentes y con las huellas dactilares de los condenados quienes se desisten de sus reclamos, con lo cual Gendarmería le "quita el piso al defensor". Situaciones similares a las descritas ha ocurrido en acciones emprendidas en contra de Gendarmería por la Clínica de Acciones de Interés Público del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

101. El artículo 108 del Reglamento establece que "Cuando se trate de extranjeros condenados que tengan decreto de expulsión del país, antes de otorgarles alguno de los beneficios deberá darse aviso del día y hora y la duración de la salida a la Policía de Investigaciones de Chile. En caso de ignorarse si el interno tiene o no orden de expulsión, deberá recabarse tal antecedente antes de conceder la salida".

requieren un trato adecuado, de no culpabilización, sin una carga de reproche social). De ello puede deducirse que los defensores no están conscientes de haber incorporado el discurso del género en el ejercicio de su trabajo. Con todo, otros defensores argumentaron que el tema de género era de principal importancia, añadiendo que éste debería haber sido incorporado en el trabajo de los operadores desde antes de la implementación del nuevo sistema en el sistema inquisitivo.

En general, los defensores indican que existen argumentos más beneficiosos para las mujeres, que para los hombres. Respecto de las mujeres, se utilizan argumentos relativos a la maternidad, al ser principal fuente de renta en el hogar, el tener hijos a su cuidado (hijos pequeños e hijos enfermos). Todo ello garantizará arraigo social y disminuirá las posibilidades de fuga. Otro argumento bastante utilizado es la irreprochable conducta anterior y la probabilidad promover medidas alternativas distintas a la privación de libertad, por su mayor posibilidad de reinserción social, salvo las drogo-dependientes que son reiterativas.

En el caso de los hombres, los defensores no utilizan la misma fundamentación, basándose casi exclusivamente en lo jurídico. Solo utilizan el arraigo familiar, destacando su condición de proveedor y su pertenencia a redes deportivas (forma parte de una comunidad que lo respalda) y la necesidad de darles una oportunidad, ya que cuentan con una familia y presentan continuidad laboral. Los argumentos sobre jefatura de familia masculina no son aprovechables porque en comprensión de los operadores jurídicos, suele existir el subsidio de la jefatura femenina para hacerse cargo de la familia cuando el hombre no está, no así respecto de las mujeres que cuando son detenidas no cuentan con un soporte familiar que se haga cargo de los hijos. La estrategia de los defensores se basa en personalizar la defensa, en demostrar que las imputadas/os tienen lazos de apoyo o red social.

La perspectiva de género en la defensa de mujeres

Una de las cuestiones que quisimos indagar fue el rol que cumple la familia en la defensa. Ella fue especialmente valorizada, según declaran los defensores, sobretodo en el caso de los hombres. Ellos tienen la posibilidad de que la parentela femenina entregue y aporte los antecedentes para acreditar el arraigo social o familiar e incluso reparar "el mal causado" a través de consignaciones de dinero.

En el caso de las mujeres, de acuerdo a lo expresado por los entrevistados, la familia no aparece como un agente facilitador. La familia emerge como un ente cuya alocución puede ser más severa contra las mujeres que contra los hombres. Ella se inserta en el discurso del control social informal que afecta principalmente a las mujeres y les impone un padrón de conducta establecido. Sumado a ello, de acuerdo a la doctrina se considera que la familia será un indicador para la obtención de un trato más o menos benévolo, pues según criterios de los operadores jurídicos la familia será un límite para la actuación delictual, situación que difiere en el caso de los hombres. Como ya señaláramos, la familia es importante porque proporciona los antecedentes del arraigo, da recursos para reparaciones y facilita todo tipo de información que la Defensoría Penal Pública no puede recabar por si sola. Considerando que las mujeres normalmente representan al núcleo familiar, cuando ellas están detenidas ni siquiera reciben apoyo de su pareja. No habiendo apoyo familiar para las imputadas, el defensor realiza un trabajo pro-activo, solicita al asistente social que indague en las redes familiares y sociales.

Un asunto de destaque es el referido a la necesidad de humanización del caso, de intentar identificar la fibra del proceso, al margen de recurrir a lo jurídico, y "colocarse en el lugar del otro". Este ejercicio forma parte de una propuesta de la criminología feminista, que plantea la importancia de observar al sujeto con el que trabajamos con cierta empatía, humanizando el conflicto que lo enmarca.

Todas estas apreciaciones deben ser complementadas con los resultados hallados en el estudio de jurisprudencia. Estos muestran claramente que el trabajo de la Defensoría está centrado en la acreditación de atenuantes o eximentes incompletas, pero que no hay una verdadera propuesta de controvertir el caso de la Fiscalía. Ello puede deberse a que muchas de las mujeres imputadas por hurto, tráfico de drogas u otros, fueron actuadas en flagrancia y, en general, al reconocimiento de su participación en los hechos imputados.

De hecho, en los casos de tráfico de drogas estudiados respecto de imputadas, éstos se desarrollaron principalmente en procedimiento abreviado, lo que requiere necesariamente admisión de responsabilidad y renuncia al juicio ordinario por parte de las imputadas.[102] En cuanto a las argumentaciones de la defensa, éstas se caracterizan por la alegación de circunstancias atenuantes y, en algunos casos, por la existencia de colaboración eficaz prestada por las defendidas y la consiguiente solicitud de concesión de alguna salida alternativa de la ley 18.216.

Es interesante notar que cuando los defensores eran entrevistados indicaban que sus argumentos sobre suspensión o sustitución de la prisión preventiva por otras cautelares personales son esencialmente los mismos que usan en sus alegaciones de fondo para defender a las imputadas. Ellos son, en general, argumentos relacionados con el rol de la mujer en la familia, el rol en el cuidado de los hijos o su calidad de jefa de hogar.

En relación con los hurtos tampoco se produce una alegación controversial de los hechos contenidos en la imputación, ya que se verifica detención por flagrancia. Consecuentemente, las estrategias de la defensa se focalizan en alegaciones sobre circunstancias atenuantes o la eventual aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad en el evento de una condena.

102. El inicio de los procedimientos por drogas se caracterizan por la detención en flagrancia y por la posterior imposición de prisión preventiva de las imputadas.

Otra característica determinante en este tipo de delitos está dada por la solicitud reiterada de la defensa para que se exima a la imputada del pago de la multa o para que se le conceda un plazo para el pago, ambas circunstancias fundamentadas en su precaria situación socioeconómica. No obstante, las multas son aplicadas proporcionalmente más entre mujeres que entre hombres.

En los delitos de homicidio e infanticidio, la defensa en los casos estudiados se esboza principalmente en la alegación de eximentes incompletas de responsabilidad penal, particularmente las del n. 1 y 9 (locura o demencia o haber actuado violentado por una fuerza irresistible o impulsada por un miedo insuperable) del artículo 10, en relación con el artículo 11, n. 1 del Código Penal. Al plantear alegatos sustentados en la personalidad de la imputadas, la defensa se estaría basando en la ontología biológica de la imputada, factor que la imputada de ninguna manera puede controlar y que pueden servir para estigmatizarlas más.

En la medida en que la mayoría de las alegaciones efectuadas por la defensoría da cuenta de argumentos que no tienden a controvertir la tesis alegada por la fiscalía, ello refleja que la defensa presenta prueba en escasas ocasiones. Ello ocurre cada vez que la defensa argumenta la absolución de su defendida, la aplicación de medidas de la ley 18.216, la suspensión de la condena o la existencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Lo anterior se produce principalmente en los delitos de hurto, de tráfico ilícito de estupefacientes y en los delitos económicos.

Con todo, en los procesos con imputados se presentan más pruebas y se controvierte más el caso de la fiscalía. Esta situación puede deberse a diversas razones: por una parte, la existencia de imputados con "mucho más que perder" por ser reincidentes (situación que les lleva a no aceptar su responsabilidad), el que éstos sean más asertivos en sus instrucciones a los defensores, que no haya existido flagrancia o, simplemente, que haya más posibilidad de obtener pruebas a su favor, circunstancias que no se repiten en el caso de las mujeres.

Del estudio de la jurisprudencia, puede apreciarse que la mayoría de los casos se centra en la calificación del tipo penal, el tipo de participación del imputado y en los fundamentos de hecho y de derecho en que se fundan las imputaciones realizadas. Destaca, sin embargo, la alegación frecuente de existencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad y particularmente la existencia de atenuantes, lo que puede explicarse sobre la base del principio de objetividad al que son llamados legalmente los fiscales, como también al hecho de una mayor presencia de circunstancias atenuantes en el caso de las mujeres que de los hombres.

3.6 Evaluación de las imputadas sobre la defensa recibida

Si bien este estudio se centra en las defensas ensayadas y las consideraciones de género, un elemento relevante de análisis era levantar información sobre satisfacción y verdadera elección del servicio de la Defensoría por parte de las imputadas. Respecto de lo primero, se advierte una buena evaluación del trabajo de la defensa. Algunas entrevistadas refieren sentirse satisfechas con la defensa pública, porque los defensores les proporcionaron confianza y les trataron con sensibilidad. Para diversas defendidas el trabajo de su abogado fue excelente, porque obtuvieron libertad, recibieron visitas durante detención, fueron informadas durante la investigación, trataron de salvar sus intereses, recibieron un trato humano, no les costó el servicio, entre otros.

Otras en cambio, explicitan no haber sido escuchadas ni incorporadas en la estrategia de la defensa. Varias mujeres señalaron haber recién conocido al defensor en la audiencia. Las quejas más comunes están referidas al poco contacto y a la poca información recibida. En algunos casos, la defensa indujo a que la imputada reconociera el delito a cambio de una pena más leve al final del proceso o le incitaron para que colaborase a cambio de algún beneficio.

En la mayoría de casos, las imputadas declaran que sus defensores alegaron argumentos de género, vinculados a la familia, pero también hubo omisiones, pues algunos defensores no contemplaron dichos argumentos en la defensa de mujeres madres.[103] Otros argumentos familiares usados por la defensa fueron la enfermedad de las imputadas (depresión), la colaboración en las diligencias, el abandono de la pareja, la vulnerabilidad y riesgo social en que deja a sus hijos.[104] En resumen, puede decirse que se observa buen conocimiento por parte de las imputadas de los argumentos utilizados en su defensa, lo que significa que existe un diálogo adecuado entre abogado y defendida, quien traduce adecuadamente el rito del proceso. Sin embargo, algunas mujeres aludieron desconocer o no recordar los fundamentos de la defensa.

De parte de los defensores, la percepción es que existe mucho agradecimiento de las imputadas por la defensa, ello en razón del abandono familiar en el que se encuentran y su enorme carencia. Las mujeres están más interesadas por atención, mientras que los hombres quieren resultados. A pesar de ello, varios defensores sienten que la valoración real de su trabajo será en función de los juicios ganados.

4. Conclusiones

Los operadores mayoritariamente consideraron innecesaria e incluso irrelevante tener capacitación sobre las particularidades de la criminalidad femenina o las consideraciones de género en la defensa. Ello se explica en atención a que existe una percepción quizá compartida de que la persecución y la defensa penal se realizan sobre la base de criterios técnicos y no a

103. Cabe resaltar el caso de una joven procesada por hurto, madre de tres hijos, siendo que uno de ellos era lactante y el abogado no hizo mención a esos hechos para obtener una sanción más beneficiosa, según la entrevistada.

104. El estudio de jurisprudencia revela que, en esencia, se alegan las mismas cuestiones tanto para proponer atenuantes como para solicitar la imposición de una pena más benévola.

consideraciones de otra índole. Sin embargo, en el transcurso de las entrevistas todos los defensores afirmaron desarrollar criterios diferenciados para la atención a hombres y a mujeres, muchos de los cuales dicen relación con el papel que las mujeres ocupan en la sociedad, mirando el caso concreto.

Tanto los estudios comparados como la apreciación de entrevistados muestra que los operadores del sistema, especialmente los jueces, tratan con más benevolencia a las mujeres porque reconocen sus responsabilidades familiares, por lo que el costo social de la internación puede ocasionar mayores problemas sociales.

La situación de la criminalidad femenina, mirada desde este enfoque, muestra que las mujeres participan en una diversidad de delitos y que los estudiados concentran cerca del 60% de las mujeres atendidas por la Defensoría. Los perfiles de las mujeres confirman que se trata de mujeres pobres, que participan en delitos de menor peligrosidad, que son madres, muchas de ellas jefas de hogar, y cuyo ingreso al circuito penal las hace más vulnerables porque constituyen, en la práctica, la base de soporte familiar. Su nivel educacional es bajo, lo cual les impide una inserción laboral adecuada. Esta información corrobora los estudios relevados en el ámbito latinoamericano, en el sentido de que la mujer recluida integra la realidad de marginalidad y exclusión social.

Este panorama refuerza la asociación de la prisión y criminalización de la desigualdad social, a la discriminación y selectividad del sistema penal, que acaba puniendo a los más vulnerables, de acuerdo a las categorías de raza, clase social y género.

En la medida en que las mujeres son el soporte familiar, ello puede significar la necesidad de apoyos adicionales para la Defensoría para obtener pruebas o antecedentes que la familia no otorga. Ello aparece de relevancia, si es que la presentación de una menor producción de pruebas en el caso de las mujeres dice relación con esta situación de posible abandono familiar en que

ellas se encuentran. De igual modo, creemos que será necesario evaluar la mayor proporción de casos de mujeres en que no se controvierte el caso de la Fiscalía, y si ello tiene implicancias de género.

Las mujeres imputadas por tráfico de droga parecen compartir los mismos perfiles que las otras mujeres y se encuentran en la escala más baja de la red del narcotráfico. Parece ser que no son necesariamente consumidoras de drogas, sino que el tráfico se convierte en un resorte de subsistencia, por lo cual el tema de la reinserción o rehabilitación requiere de una mirada integral que combata la precariedad laboral de las mujeres, especialmente de las jefas de hogar.

Los delitos de giro doloso aparecen en el sistema como una criminalidad de índole femenina. Estos resultados preliminares muestran a mujeres se constituyen en fuente de financiamiento de sus parejas u otras figuras masculinas que han agotado su fuente de crédito. Son mujeres que pertenecen a clases sociales altas y cuyas causan terminan normalmente con acuerdos de pago. Los delitos de lesiones, homicidio y aborto son conductas que engrosaban en el pasado las cifras de mujeres en el circuito penal. Estos casos requieren una mirada distinta en la medida en que pueden transparentar fuertes conflictos familiares o violencia, al igual que la especial vulnerabilidad de las mujeres frente a la maternidad no deseada.

Si bien es cierto que no formó parte de nuestro estudio el análisis de las percepciones de los jueces, es necesario tomarlas en cuenta (sobre la base de los estudios comparados relevados) pues éstas permitirán elaborar las estrategias de defensa que mejor correspondan. Así, de acuerdo a la doctrina internacional, la mujer recibirá un trato más benevolente cuando se encaje en patrones de "normalidad" (madre, esposa o hija abnegada) o cuando presente un nivel de vulnerabilidad relacionado a perturbaciones mentales o psicológicas. Por otra parte, el trato que reciba será más severo cuando la conducta que haya realizado se aproxime de acciones violentas (típicamente masculinas)

En síntesis, puede afirmarse que la aproximación preliminar a esta temática revela una serie de argumentos potencialmente aprovechables en la defensa de mujeres imputadas, pero más allá de ello, invita a explorar una perspectiva de actuación más amplia, a observar el mundo desde una óptica distinta, a partir de la mirada del género, desconociendo la supuesta neutralidad del derecho y proponiendo indagar en las diferentes formas de interpretar las imágenes de las mujeres y hombres en conflicto con el sistema penal.

5. Bibliografía

ACOSTA VARGAS, Gladys. *Evaluación mujer y justicia penal.* Lima: ILANUD, 1991 (Separata 633).

AGUILAR, Pilar. Las mujeres en prisión. *Los derechos de la mujer.* t. II. Lima: DEMUS, 1998.

ALMEIDA, Rosemary de Oliveira. *Mulheres que matam.* Universo imaginário do crime no feminino. Rio de Janeiro: Relume Dumará: UFRJ, 2001.

ALVARADO, Ángela & MILLER, Gladys. *La mujer a ambos lados del encierro:* Situación de la mujer en el sistema penitenciario panameño. Panamá: ILANUD, 1993.

ALVES, Amy Coutinho de Faria. *De gente a gente só tem o nome.* Sergipe: Universidade Federal de Sergipe, 2001.

ANDRADE, Vera R. Pereira de. Criminologia e feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito. *Criminologia e feminismo* (Org. Carmen Campos). Porto Alegre: Sulina, 1999.

ANTONY GARCÍA, Carmen. Mujer y cárcel: rol genérico en la ejecución de la pena. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina.* Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.

_____. *Las mujeres confinadas.* Santiago: Editorial Universidad de Chile, 2001.

_____. Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres en América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas. *Género y Derecho*. LOM : EdicionesEditores, 1999.

AUERHAHN, Kathleen & Leonard, Elizabeth. Docile bodies: Chemical restraints and the female inmate. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 90. Chicago: Northwestern University, School of Law, 2000.

AZAOLA, Elena & YACAMÁN, Cristina José. *Las mujeres olvidadas*. México: Colegio de México e Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.

_____. *Nuevas tendencias de la criminalidad femenina*. Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.

_____. Prisiones para mujeres. Programa interdisciplinarios de estudios de la mujer. México: http://dplf.org/PPL/span/mx_ppl03 [12.11.2004]

BARATTA, Alessandro. El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal* (Org. Haydée Birgin). Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

BAVESTRELLO, Yolanda & CORTES, Pablo. *La mujer en conflicto con el sistema penal*: el caso de Chile. Santiago: SERNAM, GENCHI, 1997.

BELKNAP, Joanne & DUNN, Melissa. Understanding incarcerated girls: the results of a focus group study. *The prison journal*, v. 77. Pennsylvania : Sage Periodicals Press, 1997.

BERISTAIN, Antonio. *La mujer, la víctima y protectora en la cárcel.* Cárceles de Mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1989.

BIERRENBACH, Maria Ignês. Sistema penitenciário. A mulher presa. *Revista do ILANUD*, v. 12. São Paulo : Imprensa Oficial, 1998.

BIRGIN, Haydee. El derecho en el género y el género en el derecho. *Rompiendo la indiferencia*. Santiago: Fundación Ford, 2000.

BIRON, Louise L. Les femmes et l'incarcération. Le temp n'arrange rien. *Criminologie*, v. 25-1. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1992.

BODELÓN, Encarna. Pluralismo, derechos y desigualdades: una reflexión desde el género Derechos y Libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, v. 5. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____. El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres *Delito y sociedad*, n. 11/12. Buenos Aires: Editorial La Colmena, 1998.

BRANT, Vinicius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BROIDY, Lisa & AGNEW, Robert. Gender and crime: A general strain theory perspective. *Journal of research in crime and delinquency*, v. 34. San Francisco: Sage Periodicals Press, 1997.

BUENO ARÚS, Francisco. La mujer y el sistema penitenciario español. *Poder Judicial*, v. 39. Sevilla: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

BUGLIONE, Samantha & PITHAN, Lívia. A face feminina da execução penal. *Relatório Azul*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 1997.

CAMPOS, Carmen. Criminología feminista: un discurso (im)posible? *Género y derecho* (Org. Alda Facio e Lorena Fries). Santiago de Chile: Low Ediciones, 1999.

CARIO, Robert. Particularidades de la situación carcelaria de mujeres. *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1989.

CARO CORIA, Dino. *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales. Lima: Defensoría especializada en los derechos de la mujer. Defensoría del Pueblo, 2000.

CASAS, Lidia. *Mujeres procesadas por aborto*. Santiago: Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, 1996.

CRLP (Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas). *Perseguidas*. Proceso político y legislación sobre aborto en El Salvador: un análisis de derechos humanos. New York: CRLP, 2000.

CONLY, C. *The women's prison association:* supporting women offenders and their familias. National Institute of Justice. Washington: Department of Justice, 1998.

COOPER, Doris. *Criminología y delincuencia femenina en Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2003.

CUEVA SOSA, Andrés et alii. *La mujer delincuente bajo la ley del hombre*. México: Editorial Pax-México, 1992.

DAROQUI, Alcira et alii. *Las mujeres y los jóvenes encarcelados en el ámbito nacional:* Abordaje cuantitativo y cualitativo en torno de grupos sobre vulnerados dentro de la población carcelaria. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2003, mimeo.

DEL OLMO, Rosa. *Teorías sobre la criminalidad femenina.* Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina (Org. Rosa del Olmo). Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.

DENNO, Deborah. Gender, crime and the criminal law defenses. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Chicago: Publications Schedule, 1994.

ESPINOZA, Olga e IKAWA, Daniela. Aborto: uma questão de política criminal. *Boletim do IBCCRIM*, v. 9, n. 104, julho. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

ESPINOZA, Olga. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Direito Internacional dos Direitos Humanos* – instrumentos básicos (Org. Guilherme de Almeida e Claudia Perrone-Moises). São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *A mulher encarcerada em fase do poder punitivo.* São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FACIO, Alda & CAMACHO, Rosalía. En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología. *Vigiladas y castigadas.* Lima: CLADEM, 1993.

FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae.* Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Programa Mujer, Justicia y Género. Costa Rica: ILANUD, 1999.

FAGNAN, Andrée. De la comparution a la décition pénale. *Criminologie*, v. XXV-1. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1992.

FALCÓN O'NEILL, Lidia. *Historia de los derechos de las mujeres.* La construcción del sujeto político. Derechos humanos de las mujeres. Aportes y reflexiones. Lima: Manuela Ramos – UNIFEM, 1998.

FAUGERON, Claude e GROMAN, Dvora. La criminalité feminine: liberée de quoi? *Déviance et societe*, v. 3, n. 4. Genebra: Édition Médicine et Hygiène, 1979.

FAUGERON, Claude e RIVERO, Noëlle. Travail, famille et contrition: femmes liberées sous condition *Déviance et societe,* v. 6, n. 2. Genebra: Édition Médicine et Hygiène, 1982.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar.* Nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina, 1991.

_____. *História da sexualidade.* A vontade do saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FOX, Richard & VAN SICKEL, Robert. Gender dynamics and judicial behavior in criminal trial courts: An exploratory study. London: *The Justice Journal*, v. 21-3, 2000.

FRANCIA, Luis. Problemas que enfrenta la mujer en el proceso de criminalización. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina.* Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.

FRIES, Lorena & MATUS, Verónica. Intervención crítica desde una perspectiva de género y de derechos humanos en el sistema jurídico penal en Chile. *Rompiendo la indiferencia:* acciones ciudadanas en defensa del interés público. Santiago: Fundación Ford, 2000.

_____. *La ley hace el delito.* Santiago: LOM Ediciones, 2000.

FRIGON, Sylvie. Mujeres que matan. Tratamiento judicial del homicidio conyugal en Canadá en los años 90. *Mujer, cuerpo y encierro.* Serie Travesías, n. 9. Buenos Aires: CECYM, 2000.

_____. Une radioscopie des événements survenue à la Prison de femmes: la constructin d'un corps dangereux et d'un corps en danger. *Canadian Woman studies*, v. 19. Ontario, 1999.

FUENTES, A. Vega & GARCÍA MAS, M.P. Cárcel y mujeres: aspectos educativos. *Cárceles de Mujeres.* Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1989.

GAARDER, Emily & BELKNAP, Joanne. *Tenuous borders*: girls transfered to adult court, Criminology, v.40. Washington: Washington State University, 2002.

GALLARDO, Bernarda; FRIES, Lorena & MUÑOZ, Pedro. *Características de la población penal intramuros.* Santiago: Corporación la morada – UNICRIM, 1997.

GARAFULIC, María Paz. *Mujer y Derecho.* Una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú. Santiago: Fundación Ford, 2001.

GARCÍA MÁS, Mary-Pepa. *La droga en una cárcel de mujeres.* Madrid: Imprenta de la Comunidad de Madrid, 1987.

GIBBS, Claudia. Características que diferencian a mujeres recluidas por tráfico de estupefacientes del resto de la población femenina. *Revista de Estudios Penales y Penitenciarios.* Santiago: UNICRIM, 2001.

GILLIGAN, Carol. *In a differet voice.* Cambridge: Harvard University Press, 1982.

GINN, Diana. The Supreme Court of Canada: rules on coercive state of intervention in pregnancy. *Canadian woman studies*, v. 19. Ontario, 1999.

GOETHALS, Johan; MAES, Eric & KLINCKHAMERS, Patrizia. Sex/Gender-based decision-makingin the criminal justice system as a possible (additional) explanation for the under representation of women in official criminal statistics. *International Journal of comparative and applied criminal justice*, v. 21-2, Michigan: fall, 1997.

GOFFMAN, Erving. *Estigma.* Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____. *Manicômios, prisões e conventos.* São Paulo: Perspectiva, 1996.

GRAZIOSI, Marina. En los orígenes del machismo jurídico. La idea de la inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio. *Jueces para la Democracia. Información y debate.* v. 30. Madrid: Edisa, 1997.

HEDDERMAN, Carol &GELSTHORPE, Loraine. *Understanding the sentencing of women.* Washington: Home Office Research Studies, 1997.

HERRERA, Ana Lucía. Diagnóstico de las mujeres privadas de libertad en Bolivia. *Programa de reformas al sistema penal boliviano*: informes especiales. La Paz: ALDHU – Bolivia, 1996.

HUMAN RIGHT WATCH. *Castigados sin condena*. Condiciones en las prisiones de Venezuela. New York: Human Right Watch, 1998.

ILGENFRITZ, Iara & SOARES, Bárbara. *Prisioneiras*: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Relume, 2002.

LAGARDE, Marcela. *Cautiverios de las mujeres*: madresposas, monjas, putas, presas y locas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

LAFORTUNE, Agathe. Sexismo et justice. *Canadian woman studies*, v. 19. Ontario, 1999.

LAMAS, Marta. *Cuerpo*: diferencia sexual y género. México: Taurus, 2002.

LARRANDART, L. Control social, derecho penal y género. *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

LARRAURI, Elena. Control formal: y el derecho penal de las mujeres. *Mujeres derecho penal y criminología* (Org. Elena Larrauri). Madri: Siglo Veintiuno, 1994.

_____. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Nueva doctrina penal*, v. 1998/B. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAHER, Lisa & DALY, Kathleen. Women in the street-level drug economy: Continuity or change? *Criminology*, v. 34. Washington State University : Washington, 1996.

MAVILA, Rosa. *Mujer y derecho penal*: De lo prohibido a lo sugerido. Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones: una mirada de género sensitiva del Derecho. Costa Rica: ILANUD, 1993.

_____. *El sistema penal y la mujer*. Lima: CLADEM. (Separata 619), 1998

_____. Estudio sobre los establecimientos penitenciarios con población femenina. *Situación actual de la ejecución penal en el Perú*. Lima: Consejo de Coordinación Judicial, 1998.

MEO, Analía Inés. El delito de las féminas. *Delito y sociedad*, n. 2. Buenos Aires: Macagno, 1992.

MESUTTI, Ana. Reflexiones sobre el pensamiento penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRALLES, Teresa et alii. *Pensamiento criminológico II. Estado y control.* Bogotá: Temis, 1983.

MONTOYA VIVANCO, Iván. *Ejercicio público de la acción penal*: la tutela procesal de víctima en los delitos sexuales. Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales. Lima: Defensoría especializada en los derechos de la mujer. Defensoría del Pueblo, 2000.

MOTTA, Cristina & RODRIGUEZ, Marcela. *Mujer y justicia*: el caso argentino. Banco Mundial (disponible en formato electrónico). http://wbln0018.worldbank.org/LAC/LACInfoClient.nsf/584e8f2dcc8fe2a985256cc60053fb86/ce25ed6547401974852568ac0066f0d3/$FILE/Argentina%20Mujeres%20y%20Justicia.pdf [13.10.2004]

NAGEL, Ilene & JOHNSON, Barry. The role of gender in structured sentencing system: equal treatment, policy choices and the sentencing of female offenders under the United States sentencing guidelines. *The Journal of Criminal Law & Criminology.* Chicago: Northwestern University, School of Law, 1994.

NARI, Marcela et alii. Me queda la palabra. Estrategias de resistencia de mujeres encarceladas. *Voces de mujeres encarceladas.* Buenos Aires: Catálogos, 2000.

OBANDO, Ana Elena. *Mujer, justicia y género.* ILANUD-Costa Rica, 2003.

OTANO, Gabriela. La mujer y el derecho penal. Una mirada de género. Las *trampas del poder punitivo.* Buenos Aires: Biblos, 2000.

PARENT, Colette. Au delà du silence: Les productions féministes sur la 'criminalité' et la criminalisation de femmes. *Déviance et societe*, v. 16, n. 3. Genebra: Édition Médicine et Hygiène, 1992.

_____. La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie *Criminologie*, v. 25-2. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1992.

_____. *Féminismes et criminologie.* Paris/Ottawa: De Boeck/Les presses de l'Université d'Ottawa, 1998.

PARENT, Colette & DIGNEFFE, Françoise. Pour une éthique feministe de l'intervention pénale. *Revue Carrefour*, v. 16-2. Ottawa: Éditions Legas, 1994.

PEDRAZA, Wilfredo & Rosa MAVILA. *Situación actual de la ejecución penal en el Perú.* Primera aproximación empírica. Lima: Consejo de Coordinación Judicial, 1997.

PERRUCE, Marina Fragoso. *Mulheres encarceradas*. Minas Gerais : Global Editora, 1983.

PIRES, Alvaro et alii. Les methodes qualitatives et la sociologie americaine, *Déviance et société*, v. 7-1. Genéve: Éditions Medicine et Hygiène, 1983.

PIRES, Alvaro e DIGNEFFE, Françoise. Vers un paradigme des inter-relations sociales?. Pour une reconstruction du champ criminologique. *Criminologie*, v. XXV, n. 2. Montréal: Les presse de l'Université de Montréal, 1992.

RIOSECO, Luz. Culminación de la violencia doméstica: Mujeres que asesinan a sus parejas – defensas penales posibles. *Género y derecho*. Santiago: Ediciones LOM, 1999.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.) Secuestros institucionales y sistemas punitivos premiales. *Secuestros institucionales y derechos humanos*. Barcelona: Editorial M.J. Bosch, 1996.

ROBERTS, Dorothy. Foreward: The meaning of gender equality in the criminal law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Chicago: Publications Schedule, 1994.

RODRIGUEZ, María Noel. *Mujer y cárcel en América Latina*. México: DPLF, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003.

ROMERO VÁSQUEZ, Bernardo. Etnografía de la cultura de la seguridad. Métodos cualitativos para el análisis de la seguridad subjetiva *IBCCRIM*, v. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSTAING, Corinne. *La relation carcérale.* Identité et rapports sociaux dans les prisons de femmes. Paris: Press Universitaire de France, 1997.

RUIZ, Alicia. *La construcción de la subjetividad no es ajena a las mujeres.* El derecho en el género y el género en el derecho. Buenos Aires: Biblos, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Principios probatorios en el sistema procesal penal sexual peruano.* Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales. Lima: Defensoría especializada en los derechos de la mujer. Defensoría del Pueblo, 2000.

SERNAM et alii. *Mujeres en conflicto con el sistema penal.* Santiago: Ministerio de Justicia, 1997.

SILVA, I. & RUBIO, C. Drogas y mujeres en prisión: evolución de una década. *Revista de Estudios Penales y penitenciarios.* Santiago: UNICRIM, 1995.

SIMPSON, Sally S. Feminist theory, crime and justice. *Readings in contempory criminological theory.* Boston: Northeastern University Press, 1990.

SMART, Carol. La mujer del discurso jurídico *Mujeres derecho penal y criminología* (Org. Elena Larrauri). Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

SOTO, Marcela. Estudio del delito cometido por mujeres en función de su personalidad. *Revista chilena de ciencia penitenciaria y de derecho penal*, v. 12. Santiago : Gendarmería de Chile, 1986.

SPARLING, Lori. A suitable place: positive change for federally sentence aboriginal women in Canada. *Canadian Woman studies*, v. 19. Ontario: 1999.

STELLA, Claudia. As implicaçoes do aprisonamento materno na vida dos (as) filhos (as). *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEIXEIRA, Alexandra & FERNANDES, Marisa. *Presidiárias:* equidade e liberdade, difíceis caminhos, São Paulo: 2001 (mimeo).

TEIXEIRA, Alexandra; SINHORETTO, Jacqueline & LIMA, Renato de. Raça e genero no funcionamento do sistema de justiça criminal. *Boletim do IBCCRIM*, v. 125. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Mujer, cárcel y derechos humanos. *Capítulo criminológico*, v. 23-2. Zulia : Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, 1995.

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CHILE. *La construcción simbólica y social del rol de la mujer* – madre y sus consecuencias en quienes cumplen condena. Santiago: UNICRIM, 2002.

VAN SWAANINGEN, René. Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida. *Papers d'Estudis i Formació*. v. 5. Catalunha: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1990.

VARGAS, Virginia. *Un debate feminista en curso.* Ediciones de las Mujeres, v. 25. ISIS Internacional, 1997.

VERGARA, T., VILLEGAS, J. & ASUN, R. *La carrera desviante en mujeres privadas de libertad por tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.* Santiago, 1998. (mimeo)

WINIFRED, Mary. Vocational and technical training programs for women in prison. *Corrections today*, v. 58-5, American Correctional Association, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas.* Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Lima: AFA Editores, 1991.

_____. La mujer y el poder punitivo. *Vigiladas y castigadas.* Lima: CLADES, 1993.

4. O Direito em Ação

O voto do preso[1]

Carlos Lélio Lauria Ferreira

Secretário de Justiça e Direitos Humanos do Estado do Amazonas. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Presidente do Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Cidadnia, Direitos Humanos e Administração Penitenciária – CONSEJ. Promotor de Justiça da Capital do Estado do Amazonas.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA.

Voto do preso. Reivindicações de presidiários

"Se ages contra a justiça e eu te deixo agir, a injustiça é minha".
GHANDI

Senhor Presidente,

Senhores Conselheiros.

Vieram os presentes autos a este Egrégio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, para exame e manifestação deste colegiado a respeito do mérito da matéria relacionada ao direito de voto do preso, requerimento que foi formulado pela União Solidariedade Cristã São Francisco de Assis –

1. Parecer aprovado na 315ª Reunião Ordinária do CNPCP realizada em 27.10.2005 em São Luís/Maranhão.

USCAFA, com sede em Brasília-DF, assinado pela sua presidente, senhora Marinete Alves Brandão.

O abaixo assinado encaminhado ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República conta com 2.064 assinaturas, solicitando o encaminhamento de Proposta de Emenda à Constituição Federal, para alteração do inciso III, do art. 15 da Magna Carta brasileira, permitindo que o condenado criminalmente possa votar.

A justificativa que acompanha o requerimento ressalta que a manutenção do voto é a única forma que o preso tem para humanizar o cumprimento de sua pena e construir um horizonte de esperança quando deixar o sistema penitenciário, caso contrário ficará impossibilitada a ressocialização, que é a única forma de manutenção da paz social.

O expediente foi protocolizado junto à Secretaria Geral da Presidência da República e encaminhado ao Gabinete do Ministro da Justiça e, em seguida à Secretaria Nacional de Justiça e a este Egrégio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Imperioso ressaltar que a proposta já teve manifestação deste órgão colegiado por meio de um bem fundamentado parecer emitido pelo ilustre Conselheiro Vetuval Martins Vasconcelos em 18.02.2002, manifestando-se favorável à pretensão de excluir o inciso III do art. 15 da CF/88, possibilitando aos condenados criminalmente com sentença transitada em julgado o direito de votar, e dando nova redação ao § 4.º do art. 14 da Carta Magna, por meio de emenda constitucional, com a condição de inelegibilidade, enquanto durarem os efeitos da condenação, tudo nos termos da PEC 486/97, consignando ainda que as situações previstas nos incisos IV (recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta) e V (improbidade administrativa), carecem do mesmo tratamento jurídico por se tratar de situação fática semelhante.

Consta dos autos, ainda, às fl. 348, despacho do senhor Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, encaminhando o pre-

sente processo para vistas ao conselheiro Frederico Guilherme Guariglia, com Parecer do conselheiro Vetuval Martins Vasconcelos, apreciado na 279ª Reunião Ordinária, realizada nos dias 18 e 19 de fevereiro de 2002.

Foram anexadas a este processo a PEC 22/2002 (fl. 350/352), a PEC 65/2003 (fl. 359) e a PEC 486/1997 (fl. 362).

Nos autos, ainda, extrato de ata do Fórum Social Mundial, na sua 5ª edição (fl. 367/370), organizado pelo Instituto de Acesso à Justiça (IAJ) e pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, realizado no auditório Márcio Puggina da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Destaca-se, naquele evento, a apresentação do caso brasileiro sobre a situação dos presos provisórios e dos presos definitivos com seus direitos a voto.

É o relatório sucinto.

Passo a opinar.

Trata-se de matéria controvertida, apaixonante, complexa e de grande repercussão no encaminhamento de qualquer discussão acerca do respeito ao direito de exercício da cidadania por parte da população encarcerada por meio do sufrágio universal, sem restrição de natureza meramente discriminatória.

Ao tratar dos princípios fundamentais, a Constituição Federal estabelece em seu art. 1.º que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a soberania e a cidadania, ressaltando em seu parágrafo único que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A garantia do exercício do voto pela pessoa presa é medida que se insere no Título I, Dos Princípios Fundamentais, insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Já foi dito que a prisão deve ser reservada para aqueles casos em que realmente todas as outras alternativas a ela falharam e que o combate à criminalidade e à violência não pode ser feito com a preponderância de posturas emocionais. A prisão, sabemos todos nós, não é e não pode ser a única alternativa. Em todo o mundo lutamos para que o sistema penal ofereça respostas eficazes para as graves questões sociais, o que é um lamentável engano já que esse sistema jamais funcionou, seja como instrumento reabilitador, de inclusão social, seja como instrumento de segurança da sociedade.

Não há que se questionar que devem ser mantidas encarceradas somente aquelas pessoas que efetivamente constituem riscos reais para a sociedade. É nesse aspecto que devem ser discutidos os princípios fundamentais de direitos humanos e, especialmente, o princípio relacionado à dignidade do preso. O respeito à dignidade e ao exercício da cidadania pelo preso não está previsto somente na Constituição Federal, mas também no Código Penal brasileiro e na Lei de Execução Penal nos arts. 40, 41, 64, 66, 67, 68, 78, 79, 80 e 81, além de constituir princípio fundamental do Direito Penitenciário.

Diagnóstico do Sistema Penitenciário Nacional elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN mostra que "as recentes rebeliões tomadas como expressão visível da conturbada realidade vivida nos estabelecimentos penais do país, começam a induzir a sociedade a uma reflexão mais ampla sobre os destinos reservados às milhares de pessoas que atualmente estão a engrossar o contingente de nossa população prisional". O estudo mostra que "pesquisas recentes estimam, por exemplo, que mais de 60% (sessenta por cento) da população prisional deve ser composta por presos reincidentes (talvez não no sentido técnico-jurídico, mas no sentido de que saíram do sistema e a ele vieram a retornar), o que aponta, dentre outras coisas, para o papel absolutamente deficitário que vem sendo desempenhado pelo tratamento penal nos vários estabelecimentos penais do país. Dar cabo, então, a uma boa política de reintegração social e apoio ao egresso, ou a uma boa política de qualificação dos

recursos humanos atuantes no sistema, constitui estratégias relevantes para atribuir à rotina prisional um efetivo papel de prevenção especial, evitando-se ao menos que a alimentação do sistema continue a ser promovida segundo as estatísticas atuais".

Evidente que não podemos imaginar políticas de reintegração social sem a participação do destinatário e ator principal desse enredo: o preso. Garantir a sua intervenção nesse processo por meio do voto parece ser a melhor alternativa.

O diagnóstico elaborado pelo DEPEN apresenta dados atuais que merecem a reflexão de todos aqueles que militam na execução penal. "Segundo informes da base de dezembro de 2003, o sistema penitenciário possui um total de 308.304 presos, sendo 139.057 no regime fechado, 30.929 no regime semiaberto, 67.549 na condição de presos provisórios e 2.668 cumprindo medida de segurança. Do total mencionado, 240.203 estão propriamente em estabelecimentos do sistema, que assim registraria um déficit de 60.714 vagas, enquanto que 68.101 se encontram em estabelecimentos da segurança pública. Percentualmente 96% são homens e 4% mulheres.

"A reconstituição dos índices de privação de liberdade torna, no entanto, o cenário mais dramático. Enquanto em 1992, percentualmente 0,07% da população brasileira se encontravam privadas de liberdade, em 1995 esse número salta para 0,09%, em 1999 para 0,11% e em 2003 para 0,17%. Em termos absolutos, isso significa dizer que a população prisional passou de 114.337 para 308.304 presos no mesmo período. Tanto num caso, quanto no outro, verifica-se que o país passou a prender – ou a manter preso, mais que o dobro de indivíduos em pouco mais de uma década.

"A média mensal de inclusões revela isso com alguma clareza: enquanto 9.391 presos são incluídos por mês no sistema, apenas 5.897 são liberados. Isso irá significar um saldo de 3.494 presos a mais por mês ou de 41.928 presos a mais por ano, que se somam ao contingente já acumulado nos estabeleci-

mentos penais do país. E desde que esses números revelam alguma constância, verifica-se ainda que, para um futuro não muito distante não há perspectiva de alívio dessa tendência: em projeções para 2007, o sistema penitenciário brasileiro estaria com um total de 476.000 presos, caso não haja vontade e mudança de postura".

Há consenso que não pode haver administração penitenciária eficaz sem recursos. E esses recursos, oriundos do Fundo Penitenciário Nacional, constituído com recursos originados nas dotações orçamentárias da União, custas judiciais recolhidas em favor da União e arrecadação dos concursos de prognósticos, devem ser aplicados em construção, reforma, ampliação de estabelecimentos penais, formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário além de outras atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. Ocorre que, grande parte desses recursos está contingenciada, comprometendo as unidades da federação que não possuem condições de manter e aprimorar seus sistemas penitenciários.

É fácil constatar, senhor Presidente e senhores e senhoras, conselheiros e conselheiras que a questão penitenciária tem contornos preponderantemente de natureza política. A administração dos recursos do FUNPEN é uma prova evidente disso. A preocupação com o Sistema Penitenciário nunca foi e nem será prioridade na definição das políticas públicas. O maior interessado, o preso, nunca foi e nem será ouvido e chamado a participar desse processo. Esse panorama pode e deve ser mudado. A ampliação do rol de pessoas legitimadas a participar dessas discussões passa pelo respeito ao direito de voto do preso, seja provisório ou condenado.

No trabalho intitulado *O direito de voto do preso*, Rodrigo Puggina, coordenador do Projeto/Campanha Voto do Preso e Instituto de Acesso à Justiça-IAJ lembra que, com propriedade, um Desembargador que exercia na época a Presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros, em entrevista concedida há alguns anos, assinalou que "As pessoas e o Estado querem uma

sociedade com menos crime, mas não se investe onde não há visibilidade política, então é difícil ter casas penitenciárias em número suficiente no Brasil e, sobretudo com qualidade suficiente para recuperar, pelo menos parcialmente, algumas pessoas. Está se trabalhando no Brasil com algumas masmorras que não dão inveja nenhuma à Idade Média, na forma de execução da pena. Pessoas que saem dali, contaminadas por Aids, tuberculose e outras doenças. Estas pessoas foram condenadas foi à privação da liberdade, e não da saúde. Por outro lado, o sistema não regenera. Mas isso não está no campo de visão. De modo geral é sujeira que vai para debaixo do tapete".

Não foi sem razão que, há mais de meio século, Michel Foucault assinalou que:

"Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto à escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para afundá-los ainda mais na criminalidade. A prisão fabrica delinqüentes, mas os delinqüentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinqüentes servem para alguma coisa".

A convivência em um mesmo local de presos provisórios e presos condenados definitivamente, forçada pela falta de vagas nos estabelecimentos penais, provoca conseqüências graves nas políticas públicas direcionadas à ressocialização do condenado. Um outro fator indicativo do aumento da violência e da criminalidade é que muitos excluídos socialmente vêem no crime, a alternativa para a sua sobrevivência e, acima de tudo, como ascensão social, estimulados e encorajados pelos altos índices de impunidade que reina no país.

Já foi dito que o ambiente carcerário, por melhor que seja, apresenta aspectos criminógenos, impeditivos de qualquer possibilidade de ressocialização. Fingindo que isso não é verdade, o Estado, por meio da Lei de Execução Penal proporciona uma série de oportunidades para que o preso possa, na medi-

da de seu comportamento, adaptar-se com a futura liberdade definitiva, podendo gozar de saídas temporárias, trabalho externo, progressão de regime, livramento condicional sem, contudo, poder exercer o direito de voto. Há, nesse aspecto, certa contradição. Mas, o que fazer, se a própria pena privativa de liberdade, desde o seu surgimento, é contraditória por natureza?

"O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça" (Michel Foucault. *Vigiar e punir*. Vozes, p. 235).

Em artigo intitulado O voto dos presos, Renato Gomes Nery destaca que "os segregados não têm voz e nem representação, encontrando na rebelião o único meio de serem ouvidos. Os presos são um zero à esquerda. Ninguém se importa com eles, a não ser uns poucos abnegados e altruístas. Constituem um estorvo que foi abandonado nas prisões, como os escravos eram jogados nas masmorras, num passado remoto, para morrerem de maus tratos, de doenças, de fome e de abandono. Em que pese não haver a pena de morte formal no Brasil, não há como negar que aqui, milhares de pessoas foram condenadas a uma pena de morte lenta, dolorosa e contínua, e dentre elas estão os detentos. Os presos são frutos do acaso, eles surgiram no seio da sociedade que os produziu, os embalou, os encarcerou e os esqueceu. O problema existe e precisa ser enfrentado e resolvido para que a dignidade da pessoa humana não seja apenas uma letra morta nos textos das leis. Enquanto os encarcerados não tiverem alguma coisa para dar, ninguém olhará por eles. É preciso fazer com que os políticos se comprometam com o sistema prisional".

Mais uma vez Rodrigo Puggina, em obra já citada neste Parecer, registra que "os presos já se encontram em desigualdade perante as pessoas livres, não têm nem possibilidades de defender seus ideais e interesses, quem se en-

contra preso já se sente menos que as outras pessoas, sente-se inferior, e proibi-los de votar é aumentar a desigualdade e, por conseqüência, debilitar a democracia". Cita, naquela obra, Luiz Eduardo Soares, ex-Secretário Nacional de Segurança Pública, que diz: "Parece-me, deste modesto e exterior ponto de vista, que a questão dividir-se-ia, com vantagens, em duas esferas: a problemática que envolve os apenados e aquela que diz respeito aos detidos que aguardam julgamento. "Estes últimos, já pela legislação vigente, têm direito (donde, obrigação) ao (do) voto. "Infelizmente, o procedimento têm sido outro. Eles têm sido impedidos, ou melhor, esquecidos e, de fato, não votado. Quanto aos apenados, estes estariam excluídos, segundo a legislação. Ainda assim, eu preferiria ver esta determinação legal alterada, para que a cidadania regulada, restrita, disciplinada, podada, dos condenados, guardasse ao menos este vestígio de seu vigor, para que do voto emergisse a expectativa da recuperação dos direitos, a qual ajudaria a alavancar a auto-estima e o esforço de mudança com que sonhamos. Além disso, presos têm direitos, como a proteção da vida, da saúde, de acesso a advogado, de visitas etc., os quais devem ser respeitados, garantidos. Quem zelará pelo cumprimento do dever do Estado em preservar tais direitos? O Juiz de Execuções Penais? A sociedade? Não faz falta a atenção política? Creio que sim. Onde restar uma fração de direito, exigir-se-á intervenção política para garantir sua promoção. Para que tal intervenção política seja suscitada, é preciso a sensibilização que só o voto logra operar. Daí minha posição heterodoxa pelo direito ao voto dos presos, mesmo dos já apenados".

Não se poderia deixar de citar a posição de Luís Francisco Carvalho Filho em artigo publicado na Folha de São Paulo com o título Presos, pobres, silenciados e esquecidos, com a transcrição dos seguintes trechos: "O Judiciário estabeleceu regras diferentes. Pessoas condenadas e fora da prisão podem votar. Pessoas ainda 'protegidas' pela presunção de inocência, mas detidas, estão formalmente condenadas ao silêncio político". A explicação para que presos provisórios (sem condenação definitiva) não votem é a própria prisão. Sem liber-

dade física, dizem, o indivíduo perde o poder de escolher livremente: além das dificuldades materiais, relacionadas com a coleta dos votos nas prisões e a não interferência de forças armadas, a cadeia seria um curral eleitoral de fácil manejo. Pode parecer extravagante, mas não há impedimento prático para o voto dos presos. Alterada a Constituição, a Justiça Eleitoral tem meios de promover o alistamento e de assegurar a ordem interna. A fiscalização pode contar com a ajuda de entidades da sociedade civil sem compromisso partidário. O ganho político seria a criação de canais de comunicação com o mundo livre. Por que não permitir o aparecimento de interlocutores legítimos aqui fora? Será que a cidadania não iria estimular uma alternativa de organização nas penitenciárias, onde hoje só as quadrilhas têm vez? Por que não aproveitar as eleições para que além do 'silêncio sorridente' diante das chacinas, as cidades possam escutar também o que essa gente presa, amontoada, pobre e esquecida tem a dizer?"

De início, faz-se necessário dividir a questão sobre o direito de voto do preso em dois grandes tópicos, para melhor compreensão de seu conteúdo. O primeiro, o direito a voto do preso provisório. O segundo, o direito a voto do preso condenado com sentença transitada em julgado.

Em primeiro lugar, necessário esclarecer quem são os presos provisórios? São eles:

1. o preso autuado em flagrante delito de acordo com os arts. 301 a 302 do CPP;

2. o preso preventivamente, de acordo com os arts. 311 a 316 do CPP;

3. o preso pronunciado para julgamento diante do Tribunal do Júri popular, de acordo com o arts. 408, § 1.º do CPP;

4. o condenado por sentença penal recorrível, de acordo com o art. 393, I do CPP;

5. o preso recolhido em razão de prisão temporária, de acordo com o art. 1.º da Lei 7.960/89, permanecendo separado dos demais presos.

Oportuno, sobre a matéria, a análise da Consulta 834 – classe 5ª – Distrito Federal, formulada pelo Vice Procurador-Geral Eleitoral, Paulo da Rocha Campos, nos seguintes termos:

1. Pode o juiz eleitoral, em ano de eleições gerais, deixar de instalar seção eleitoral especial em presídio que possua mais de 50 presos provisórios (portanto no pleno gozo de seus direitos políticos) com domicílio eleitoral no Estado em que estão recolhidos, diante do que dispõem os arts. 15, III da CF/88, 136 do Código Eleitoral e as Resoluções 20.471/99 e 20.997/2002 do TSE?

2. O preso provisório, para exercer seu direito constitucional de voto, é obrigado a transferir seu título eleitoral da cidade em que possui residência, família e inscrição eleitoral (domicílio eleitoral histórico) para a cidade em que está localizado o estabelecimento prisional onde está recolhido provisoriamente? Em caso afirmativo, essa transferência deve observar o prazo de 150 dias de antecedência previsto no art. 91 da Lei 9.504/97?

3. Como deve proceder o Tribunal Regional Eleitoral para garantir o exercício do voto ao preso que está no gozo de seus direitos políticos? Está o Tribunal impedido de providenciar a destinação de urnas eletrônicas para os estabelecimentos prisionais com mais de 50 eleitores em condições de votar, sem que tenha havido prévia transferência da inscrição eleitoral?

Em resposta à consulta, o senhor Min. Humberto Gomes de Barros (rel.), considerando que foram preenchidos os requisitos do art. 23, XII do Código Eleitoral, conheceu da consulta, manifestando-se no sentido de que o tema foi apreciado naquele Tribunal: Res. do TSE 21.160, de 01.08.2002, e 21.633, de 19.02.2004, ambas da relatoria do Min. Fernando Neves. A última dispõe sobre os atos preparatórios, recepção de votos e garantias eleitorais para as eleições daquele ano. A transferência do título deverá observar o art. 91 da Lei 9.504/97. Quanto à primeira parte do terceiro item, o Ministro entende que o Tribunal Regional haverá de agir nos termos do art. 136 do Código Eleito-

ral. Portanto, o diretor da instituição, com a brevidade necessária, deverá notificar o Tribunal sobre a presença dos eleitores em condições de votar. A resposta à segunda parte da questão é afirmativa, nos moldes das resoluções citadas.

O Tribunal, por unanimidade, respondeu à consulta, nos termos do voto do relator, com a seguinte ementa:

Consulta. Seção eleitoral especial. Estabelecimento penitenciário. Presos provisórios.

A possibilidade de presos provisórios virem a votar depende da instalação de seções especiais, bem como de os interessados terem efetuado pedido de transferência eleitoral.

Importante, ainda, a citação do pedido encaminhado ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo pela Presidente e Diretora Executiva da Fundação Estadual de Amparo ao Trabalhador Preso – FUNAP, Senhora Ana Fernandes João Pedro, no sentido de viabilizar, em concurso com juízes eleitorais do Estado de São Paulo, medidas capazes ao exercício, pelos presos, de sufragarem no pleito de 1993, tendo recebido o seguinte Despacho daquela Corte Eleitoral:

"Em locais de internação, permite a lei a instalação de Mesa Receptora, desde que em local que seja previamente designado e, no mínimo, 60 dias antes do pleito. Não há previsão para o caso de presídios. A matéria poderá ser objeto de exame oportuno, mas, no momento, não há como atender a pretensão".

Naquela manifestação, a Corte Eleitoral paulista ressalta que aquele Tribunal possui julgado sobre a matéria, onde, apreciando a representação formulada por José Carlos Siqueira, Diógenes Lopes e Ademir Matavalli, consubstanciada no proc. n. 8.198 – classe sétima, através do v. acórdão n. 88.812 de 05.09.1985, desacolheu-a nos termos do voto do I. relator, Doutor Manoel Alceu Affonso Ferreira, nos seguintes termos:

"Preso por força de condenação criminal ou preso em custódia processual (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronún-

cia), o prisioneiro não pode votar simplesmente porque não dotado do requisito mínimo da cidadania ativa: a liberdade.

(...)

"Por isso tudo, e pelo meu voto, considerando que, recolhidos à Casa de Detenção, os representantes cumprem penas privativas de liberdade, rejeito a representação ofertada, tudo ao entendimento de que, não apenas no próximo pleito municipal, mas sim enquanto encarcerados estiverem, não poderão exercer direito de voto."

Em requerimento formulado ao Tribunal Superior Eleitoral acerca de providências a adotar para assegurar o direito de voto ao preso provisório, o Instituto de Acesso à Justiça (IAJ) aduz, em síntese: "Sempre se usaram critérios diversos para limitar o acesso ao voto, como sexo, renda, residência, conhecimento de língua nacional, sentenças condenatórias, instrução etc. Com o passar do tempo estas restrições têm sido eliminadas, buscando-se um efetivo sufrágio universal. Nesse sentido, a seleção, pelos juízes eleitorais de muitos eleitores em detrimento de outros muitos, pode ser tolerado aos juízes e tribunais aos quais compete, originariamente e socialmente, a defesa da Constituição Federal. Também não podemos atingir, de forma absurda, a dignidade da pessoa humana, esquecendo a presunção de inocência, que é um direito que todos nós temos. Não podemos continuar juridicamente discriminando uma parcela da população que sempre foi discriminada".

Prova material de que é possível garantir o direito de voto ao preso provisório é a Resolução 150/2002 do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Acre, aprovando, por unanimidade, a proposta de instalação de seção especial nos estabelecimentos penitenciários existentes naquele Estado, a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto, onde haja, pelo menos cinqüenta eleitores, ressaltando que a mesa receptora deverá funcionar em local indicado pelo diretor do estabelecimento prisional.

A Resolução 14, de 11.11.1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, que fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, estabelece em seu art. 63 que "são assegurados os direitos políticos ao preso que não está sujeito aos efeitos da condenação criminal transitada em julgado".

Oportuno registrar o posicionamento da OAB, no sentido favorável ao direito de voto do preso, como única possibilidade de manter a cidadania e assegurar o preceito constitucional. Isso porque, atuando a OAB na defesa da cidadania, em âmbito federativo, deve assegurar os direitos humanos, lutar por uma justiça social além de garantir assistência judiciária gratuita a pobres, carentes, desassistidos e, em especial, aos presidiários impossibilitados de pagar um advogado.

A Constituição Federal dispõe que:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II – incapacidade civil absoluta;

III – *condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;* [g.n.]

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VIII;

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º.

Vê-se que, pelo texto constitucional com redação destacada, a decretação de suspensão dos direitos políticos exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, a execução penal só poderá ser iniciada com o implemento dessa condição de imutabilidade da decisão criminal condenatória.

Questão controvertida, ainda, na doutrina é a necessidade de constar expressamente da sentença penal condenatória a determinação da perda ou sus-

pensão dos direitos políticos do condenado. Em *Comentários à Constituição do Brasil*.v. 2. Celso Ribeiro Bastos em co-autoria com Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 667 esclarece que "o que é importante notar é que nessa hipótese a suspensão deverá constar expressamente da sentença, enquanto a perda momentânea deflui da própria sentença transitada em julgado, ainda que omisso o decisório judicial a respeito. No tocante ao fundamento da medida, diz Pontes de Miranda ser *ético*, já que o criminoso não é idôneo para participar dos negócios públicos".

Mais uma vez, Rodrigo Puggina, na mesma obra citada anteriormente, aduz que "interpretação diferente tem sido feita por alguns magistrados gaúchos, em decisões corajosas e inovadoras, como o Dr. Eugênio Couto Terra, entendendo que, ao sentenciar, o magistrado tem de levar em conta o art. 92 do Código Penal Brasileiro, ou seja, que esta suspensão de direitos políticos não seria automática, mas sim um efeito da condenação que o juiz tem de, motivadamente declarar na sentença. Vide, por exemplo, processo 0012.05.0014008-2, da 6ª Vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre/RS". O processo, que está no Tribunal de Justiça do Estado, tem tido enorme repercussão, uma vez que esta nova interpretação enseja advogados e defensores públicos a recorrerem de sentença contendo suspensão de direitos políticos. Por outro lado, chama a atenção para a importância de não se excluir do processo eleitoral uma quantidade tão grande de pessoas, mas de se buscar um verdadeiro sufrágio universal. Com isso, poderá se formar um novo entendimento a respeito do direito de voto da população carcerária.

Como preâmbulo dessa discussão, temos que preceitos constitucionais devem ser invocados no trabalho de combate a todas as práticas de exclusão social. Nesse particular, é importante lembrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1.º, II e III, mostra que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil tratam da promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Es-

ses preceitos constitucionais implicam em exame obrigatório de todas as discussões que envolvam o respeito às liberdades e prerrogativas que são próprias da nacionalidade, da soberania e da cidadania.

A facilidade com que são pronunciadas as palavras "direitos humanos" é surpreendente. O cumprimento parece uma utopia. O mesmo se pode dizer do termo "inclusão social", palavra chave para pseudos cientistas sociais que, usando da retórica, desconsideram que não pode haver inclusão social sem garantia da participação efetiva do cidadão no processo democrático com o direito de escolher os seus representantes e de ser ouvido sobre as definições das questões políticas e sociais.

Richard Pierre Claude, em seu artigo Direito à educação e educação para os direitos humanos, citado por João Abílio de Carvalho Rosa em trabalho intitulado Campanha – o voto do preso, ensina que "o preconceito nasce da crença, e da atitude, de que determinadas pessoas são inferiores e devem ser tratadas de modo indigno, ou mesmo com desprezo. O preconceito é um solo fértil no qual, determinados costumes, hábitos e posturas se enraízam e evoluem para a opressão sistemática. É por ignorância que se afirma que a exclusão e a negação são naturais". Na obra citada, João Abílio de Carvalho Rosa esclarece que "Há forte suspeita de que a suspensão do direito de voto não é fator de prevenção da criminalidade. Assim, o crime dar-se-á independentemente da supressão do direito. Por outro lado, é certo que o exercício de um direito caracteriza-se como elemento de inclusão e de ressocialização. Neste caso, entre uma e outra das alternativas, há de considerar-se melhor a segunda, a do exercício de um direito que é de todos e de todas, do que a supressão de direitos que se dá, indistintamente, a alguns...".

Em pronunciamento feito na sessão solene de encerramento da Jornada de 2004 da Fundação Internacional Penal e Penitenciária, em 25.07.2004, este Conselheiro-relator assinalou que "sem política social capaz de conferir eficácia à lei, não haverá uma política criminal legítima, exercida com solida-

riedade, e sem a qual haverá o contínuo risco da perpetuação dos conflitos. Há, hoje, no Brasil, uma regressão de uma política social a uma política criminal. É a implantação de uma 'punição da pobreza'. O país tem ainda 24 milhões de analfabetos. O abalo constante dos padrões da Justiça é revelado, convém lembrar, na atual realidade penitenciária, roda viva da engrenagem de um sistema arcaico que propicia a absorção dos vulneráveis valores da vida carcerária. Sair da prisão recuperado é, sem dúvida, encontrar a possibilidade de converter um processo de morte em outro de vida. Por isso, vale a pena ficarmos atentos às alternativas penais que estão surgindo, sobretudo para os crimes de médio e menor potencial ofensivo, diante da expectativa geral pela descoberta ou inaugurações de um novo estilo de pena, em condições de respaldar um decisivo movimento de respeito e reconhecimento à dimensão humana da imensa legião de pessoas condenadas nas malhas da lei penal. A política penitenciária deve, no mínimo, conciliar as tarefas de proteger a sociedade e encarcerar os que precisam ser encarcerados, além de proteger os direitos humanos do preso. A pena tem que ter, pelo menos, uma de suas finalidades atingida. O cárcere tem que ser o local de oportunidade para a reflexão, o arrependimento e a recuperação do preso, e não o local de oportunidade para o cometimento de novos crimes, muito menos, local para violação dos Direitos Humanos".

Não resta dúvida que há, hoje, no país, uma negação dos princípios da dignidade social e da cidadania a milhares de pessoas excluídas. São deserdados, brancos, negros, homens e mulheres que lutam pela inclusão social e recebem por parte do governo o que menos esperavam: a omissão na garantia dessas prerrogativas.

Em trabalho intitulado Sistema penitenciário e autonomia do condenado, de autoria deste Conselheiro-relator e de Plínio José Cavalcante Monteiro, foi mostrado que "os conflitos éticos originados no ambiente penitenciário decorrem da dificuldade em equacionarmos a privação da liberdade com respeito à autonomia do condenado. Deste modo, devemos garantir ao condena-

do todos os seus direitos não atingidos pela sentença condenatória, pois, do contrário, não estaríamos a impor-lhe tão somente a sanção privativa de liberdade (detenção ou reclusão), mas uma verdadeira anulação de sua condição de ser humano, atingindo a sua dignidade, sua honra, seus valores, sua consciência, enfim, a sua própria vida. O cárcere deve restringir tão somente a liberdade de ir e vir e não o direito à vida – não recuperar é desde logo decretar a prisão perpétua, não permitir que viva é o mesmo que sentenciar com a pena de morte. Se a sociedade possui autonomia no sentido de investir ou não na reciclagem de lixo, parece lícito admitir que o ser humano, privado temporariamente de sua liberdade, tenha autonomia para sujeitar-se a regras e regulamentos penitenciários direcionados a sua recuperação. A premissa fundamental do encarceramento é que a prisão está preparada para subjugar criminosos que se acovardem à pressão da sociedade, mas consegue, somente, despedaçar o espírito de homens bravos que sejam criminosos, ou enrijecê-los até que se tornem mais duros que o aço que os encarcera. Se fosse possível conceber uma sociedade que esteja mais interessada no potencial criativo de jovens violentos do que na ameaça que possam representar, então algumas soluções para as prisões do futuro estariam encontradas. O sentimento de culpa da sociedade fica em evidência quando visto através das lentes incandescentes do cárcere. Não falamos em melhorar as prisões, mas tão-somente de fortalecer a lei e a ordem".[2]

O trinômio 'pobre – miséria – crime' acaba levando em consideração a idéia de que a violência e a criminalidade decorrem da existência de pobres e miseráveis no país, corroborando a tese de que a justiça penal funciona por amostragem, com adequação do autor do crime ao tipo procurado pela polícia. Essa confusão entre pobreza e miserabilidade com a criminalidade e a violência leva à distorção do exame correto da questão. Temos, na verdade, a fa-

2. Noman Mailer, em introdução ao livro de Jack Henry Abbott. *No ventre da besta.* Cartas da prisão. Título original: In the belly of the beast – letters from prison. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.

lência absoluta do sistema social. É imperioso que, antes de buscarmos uma justiça penal, devemos buscar uma justiça social. Necessidade de mudança profunda e radical para superar essas injustiças sociais deve ser a preocupação de todos aqueles que militam na defesa dos direitos humanos em nosso país.

As estatísticas penitenciárias comprovam que está preso no Brasil aquele que não teve acesso aos programas sociais. Não há que se questionar que o preso jamais deixou de ser cidadão. É o art. 3.º da LEP que estabelece que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei", o que fica demonstrado em seu parágrafo único que "não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política". Nesse diapasão, é lícito afirmar que o voto está garantido ao preso porque este jamais deixou de ser cidadão. É ele titular dos direitos políticos que podem ser divididos em duas modalidades: os direitos políticos ativos, ou seja, o direito de votar, e os direitos políticos passivos, ou seja, o direito de ser votado.

Em trabalho intitulado Breve estudo sobre a suspensão de direitos políticos estatuída no art. 15, III da Constituição Federal, o consagrado autor Rogério Lauria Tucci faz interessante abordagem sobre capacidade eleitoral ativa e passiva, com citação a Pimenta Bueno, no seu clássico *Direito público brasileiro*, ed. originária de 1857, p. 467 (e repristinada em 1958, cf., respectivamente: Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. v. 3, 4. ed. Freitas Bastos, 1948, p. 21; Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 219; e *Comentários à Constituição do Brasil*, em co-autoria com Ives Gandra Martins. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 572): "Os direitos políticos são as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no Governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *jus civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao poder público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de votante ou eleitor, os direitos de

deputado ou senador, a ocupar cargos políticos, e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado".

O capítulo IV da Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos políticos, garantindo voto aos analfabetos, aos maiores de 16 e menores de 18 anos, considerando-os inelegíveis, o que em outras palavras implica em reconhecer que essas pessoas podem exercer o direito de voto, mas não podem ser votadas.

Propostas já foram apresentadas para inclusão dos presidiários nessa categoria de inelegíveis, permitindo então, que os presos possam votar sem, contudo, serem votados. Esse exercício do direito do voto poderia manter o preso vinculado às questões políticas mais importantes do país, como cidadão, titular de direitos e obrigações, sendo importante para a sociedade ter conhecimento do que ele pensa, pois, não há dúvida de que as grandes mudanças sociais teriam que ter a participação do cidadão que está encarcerado. Isso sem falar que a melhoria do sistema carcerário brasileiro teria a sua participação com melhores propostas de políticas públicas na área criminal e penitenciária com conteúdo mais humano e justo.

A discussão sobre o direito do voto do preso passa pela definição de direitos políticos previstos nos arts. 14 a 16 da CF/88. Diz-se que direitos políticos podem ser entendidos, em sentido estrito, como *um conjunto de regras que regulam os problemas eleitorais.* Na verdade é uma disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular. No magistério de Rosah Russomano "os direitos políticos visualizados em sua acepção restrita encarnam o poder de que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto". Os direitos políticos positivos são as normas que asseguram a participação no processo político eleitoral, votando ou sendo votado. Por outro lado, os direitos políticos negativos consistem nas normas que impedem essa atuação levando às inelegibilidades.

Fazendo coro à tese defendida por Maria da Graça Diniz da Costa Belov, em trabalho intitulado *O direito de voto do presidiário*, essa discussão é essencial no sentido da necessidade de oferecimento de resposta à seguinte questão: o condenado deixa de ser um cidadão? No mesmo trabalho a autora esclarece que alguns diplomas estrangeiros declaravam a chamada morte civil, no sentido de que uma pessoa deixava de ser cidadão após a condenação.

O posicionamento atual é de que o preso não deixa de ter a cidadania por ter sido condenado com sentença transitada em julgado. Não pode deixar de exercer os seus direitos políticos, havendo consenso sobre o impedimento de exercício dos direitos políticos negativos. As legislações alienígenas mostram que o direito de voto do preso, seja uma das poucas possibilidades e alternativas que a pessoa encarcerada tem para interferir na escolha dos governantes e assim modificar a estrutura governamental, determinando o encaminhamento das políticas públicas para a área penitenciária. Nesse caso, a reintegração à vida em sociedade fica muito mais facilitada.

A PEC 486/97, de autoria de Carlos Alberto Campista e outros, dispõe sobre os direitos políticos dos cidadãos condenados por crimes, revoga o art. 15, III, da CF/88 e dando nova redação ao § 4.º ao art. 14 da Carta Magna dispondo que "são inelegíveis os inalistáveis, os analfabetos e os condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, enquanto durarem os efeitos da condenação". A justificativa que acompanha a proposta enfatiza que "o direito de todas as pessoas de participarem, diretamente ou por meio de representantes, dos processos decisórios cujos resultados possam vir a afetá-las pessoalmente, ou à comunidade de que fazem parte, é a pedra angular do regime democrático. *No caso dos presos, portanto, é razoável supor que, enquanto eles não se puderem fazer ouvir no cenário político, suas necessidades ficarão em segundo plano.* Na história constitucional brasileira, normas e justificações de duas ordens foram usadas para a exclusão dos presidiários do exercício dos direitos políticos. Uma vertente justificou a exclusão com considerações de ordem prática. Seu

argumento fundamental é o de que o Estado não tem condições de garantir a correção de processos eleitorais que transcorram em penitenciárias ou que exijam o transporte em larga escala de presidiários para os locais de votação".

Os fatos abordados na justificativa têm relevância na discussão sobre a garantia do exercício da cidadania pelo presidiário, especialmente o seu direito a voto. Transcreve-se capítulo daquela peça que faz menção ao posicionamento do festejado constitucionalista Pontes de Miranda: "a interpretação de ordem ética tem a seu favor o respaldo do grande constitucionalista Pontes de Miranda. Em seu comentário ao preceito constitucional em análise, o referido estudioso não aceita a interpretação que liga a suspensão dos direitos políticos à restrição da liberdade, pois uma motivação ética respaldaria a sanção. A postura de Pontes de Miranda visava preservar o cidadão condenado por sentença passível de recurso. Neste caso, ainda que eventualmente em situação restritiva de liberdade, o cidadão que aguardasse a decisão do recurso continuaria no gozo de seus direitos políticos, pois do ponto de vista ético não haveria base para suspender direitos tão fundamentais enquanto a condenação não estivesse definitivamente resolvida. Aliás, é justamente na esteira deste raciocínio que a Constituição Federal de 1988 tornou explícita a exigência de condenação criminal transitada em julgado para a suspensão dos direitos políticos. A análise do comentário de Pontes de Miranda aponta para uma situação atual em que o presidiário preserva seus direitos políticos e pode, portanto, requerer o exercício do direito de voto: quando ele se encontra privado de liberdade, mas a sentença que o condenou não transitou em julgado. Falta determinar se há realmente base ética suficiente que sustente a atual regra constitucional".

A PEC 486/97 foi arquivada definitivamente nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

A PEC 22/2002, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti e da Senadora Emília Fernandes, altera os arts. 14 e 15 da CF/88, para permitir o voto

dos presos, dando nova redação ao § 4.º do art. 14 da Carta Magna dispondo que "são inelegíveis os inalistáveis, os analfabetos e os condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, enquanto durarem efeitos". Revoga o art. 15, III, da CF/88. Tem o mesmo conteúdo, nesse particular aspecto, da PEC 486/97. A justificativa que acompanha a Proposta enfatiza que "a suspensão dos direitos políticos, por condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, constitui uma decorrência direta da condenação criminal e impõe ao presidiário uma pena adicional além da privação da liberdade, conforme estabelece a Constituição Federal em seu art. 15, III, tratando-se de uma penalidade temporária, como afirma a Súmula 9/92 do TSE, *in verbis*: A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos". Ponto principal da justificativa nos parece ser o argumento de que "a implantação do voto eletrônico em todos os municípios brasileiros criou condições materiais para que se altere tal situação e se processem votações nos presídios. Resolução do TSE sobre as eleições de 2002 confirma essa possibilidade. Com efeito, ao dispor sobre os atos preparatórios, a recepção dos votos e as garantias eleitorais para as eleições de 2002, o Tribunal estabelece mediante a Resolução 20.997, de 26.02.2002, em seu art. 49, parágrafo único que os juízes eleitorais deverão, se possível, instalar seções eleitorais em estabelecimentos penitenciários a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto".

A PEC 65, de 2003, no mesmo sentido e com a mesma justificativa da PEC 486/97 e da PEC 22/2002, ou seja, dá nova redação ao art. 14 e revoga o inciso III do art. 15 da CF/88, permitindo o voto facultativo dos presos e mantém sua inelegibilidade, de autoria do Senador Pedro Simon e outros Senadores, tem como relator o Senador Álvaro Dias. Em suma, a PEC 65/2003 situa os condenados juntamente com os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, entre os beneficiários do voto

facultativo e os inclui na relação dos inelegíveis, ao lado dos inalistáveis e dos analfabetos. Do Parecer emitido na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, destaca-se a justificação do autor de que "a cassação dos direitos políticos dos condenados não pode ser compreendida como uma pena adicional à privação da liberdade, mas como uma decorrência das limitações que a pena impõe ao direito de ir e vir do preso. Se a suspensão temporária do direito de voto do condenado decorre de limitações de ordem técnica, a tecnologia empregada presentemente nas eleições permite a instalação e funcionamento das urnas nos presídios. Na análise do relator, manifestando-se pela aprovação da PEC 65/2003 "na forma presente, a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação constitui penalidade adicional que, por incidir da mesma maneira sobre todo condenado, não guarda relação alguma com a gravidade do delito que motivou a condenação. Trata-se de uma dose extra de pena, que atinge a todos os condenados por igual. Se considerarmos a gradação das penas de acordo com a hierarquia dos delitos um princípio elementar de administração da justiça, é possível duvidar, com bons argumentos, da justiça de penalidades dessa ordem".

Senhor Presidente.

Senhores Conselheiros

Essa manifestação não poderia prescindir da referência ao Fórum Social Mundial com a apresentação do caso brasileiro sobre a situação dos presos provisórios e dos presos definitivos com seus direitos a voto. Destaca-se o depoimento de presos e presas brasileiras acerca da importância e do papel do seu direito a voto. A busca do voto como forma de participação, de sentir-se igual perante as outras pessoas, sentir-se cidadão, além do que, ninguém melhor do que os próprios presos para saber o que se passa dentro dos presídios, acabando por sofrer com o mau uso do voto. As manifestações em favor do voto do preso provisório apresentam argumentos que merecem a reflexão de todos os que defendem o pleno exercício da cidadania. São eles:

O voto do preso

1. Não há vedação constitucional ao exercício do direito de voto ao preso provisório, já que, de acordo com a Constituição Federal, art. 15, III, a perda ou suspensão do direito de votar e de ser votado dá-se como efeito da sentença criminal condenatória irrecorrível, não se aplicando no caso de prisão provisória;

2. Os presos provisórios, por força do princípio da presunção de inocência gozam de todos os direitos, exceto o da liberdade. Os direitos civis e políticos são de aplicação imediata e, portanto, devem ser assegurados independentemente de normas ou obstáculos administrativos ou orçamentários, sob pena de descumprimento da norma maior;

3. O descumprimento reiterado, por parte do Estado, de garantir que o exercício do direito político do voto alcance os presos provisórios deve ter por conseqüência a responsabilidade civil do Estado, e, inclusive, das autoridades diretamente incumbidas de fazerem cumprir a Constituição.

As manifestações contra o voto do preso provisório apresentam argumentos que, da mesma forma que a situação anterior, devem ser levados em consideração: o sistema do domicílio eleitoral vigente, conjugado às urnas eletrônicas, não permite, tecnicamente, que as pessoas presas provisoriamente possam votar fora do seu domicílio declarado e constante dos títulos eleitorais. Nesse sentido, precisaria haver uma flexibilização do domicílio eleitoral com a alteração da Lei n. 9.504/97, para considerar-se como domicílio eleitoral o lugar onde a pessoa presa cumpre a sentença, nos termos do art. 76 da Lei 10.406, de 10.01.2002 (novo Código Civil), ou a possibilidade de que venha a votar em separado, conforme o sistema anterior.

Quanto ao voto do preso condenado, foram apresentados argumentos favoráveis e contrários.

Argumentos favoráveis:

1. Na opinião de um preso do regime semi-aberto, o voto dos presos e presas, condenados e condenadas é importante no sentido da inclusão social e respeito;

2. O voto do preso condenado melhorará muito as condições carcerárias que hoje são péssimas e que não atraem a atenção ou o interesse de políticos e de governantes (opinião de uma albergada);

3. A imposição de perda ou suspensão do direito de voto aos presos condenados quando não aplicada como sanção prevista ou quando não apontada na sentença, ou, ainda, quando excede a natureza do crime e os fins e efeitos da pena, não é justificável em uma sociedade democrática, porquanto esta se baseia na inclusão social e na não-discriminação.

A vedação ao voto do preso condenado fere o princípio da proporcionalidade, conforme as campanhas internacionais em favor do direito universal do voto e conforme decisões de juízes e juízas nacionais e internacionais.

Argumentos contrários: a Constituição Federal estabelece como efeito da sentença criminal condenatória irrecorrível (art. 15, III) a perda ou suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da sentença. Isso decorreria de uma sanção social àquele ou àquela que não cumprisse com o "contrato social".

Merece destaque trecho do parecer do ilustre Conselheiro Vetuval Martins Vasconcelos ao frisar que "algumas pessoas argumentam que os condenados, especialmente aqueles em cumprimento de pena em regime fechado, tornar-se-iam massa de manobra a serviços de organizações a serviço do crime, de facções políticas, ou até mesmo por parte de agentes de partidos políticos ou do próprio governo. A justificativa para a ocorrência dessas situações é debatida à ausência de liberdade de ir e vir, circunstância suficiente para interferir na livre escolha por parte do eleitor preso. Outra situação bastante debatida para excluir os condenados do exercício dos direitos políticos é de que o Estado não tem condições de garantir a lisura de processos eleitorais que transcorram em penitenciárias ou que exijam o transporte em larga escala de presidiários para os locais de votação. É, portanto, uma justificação de ordem prática".

O voto do preso

Em outro ponto do bem fundamentado parecer, o diligente conselheiro destaca que "o argumento de que os presos poderiam ser facilmente manipulados por associações criminosas, grupos políticos, por pessoas do governo não deve prevalecer". Para confrontar essa posição, transcreve entrevista realizada pelo Jornal do Conselho Federal (n. 60/1998, p. 22) com o ex-deputado Carlos Alberto nos seguintes termos: "[...] Isso aí revela preconceito contra o preso, porque hoje a violência é muito latente na sociedade e há realmente uma faixa na sociedade que luta por direitos humanos. Hoje, nós vemos as questões de direitos no mundo sendo relegadas. [...] Então, isso se insere dentro da característica da luta pelos direitos humanos. Porque, primeiro, não se pode confundir liberdade com cidadania; e, segundo, há uma questão de você saber que o voto no estado democrático é a representatividade política. É fator realmente de melhoria da situação das pessoas do sistema penitenciário na medida em que eles escolhem seus representantes e criam um vínculo com essas pessoas em quem eles votaram. Então, a gente não tem dúvida nenhuma que o preso, podendo votar, vai ter como exigir melhores condições de tratamento. Nós temos visto nas prisões, pessoas que continuam presas com penas vencidas. Nós temos uma série de questões que não são solucionadas justamente. Por quê? Porque a sociedade, ou parte dela, hoje pensa que a pena ao preso deve ser um sentimento de vingança da sociedade e não um instrumento de recuperação do preso para a própria sociedade. Está caindo um pouco o conceito construído por quem defende os direitos humanos nesse país de que a pena realmente é um instrumento de recuperação, não um instrumento de vingança da sociedade [...]".

Mais uma vez recorro ao excelente trabalho intitulado *O direito de voto do preso*, em que Rodrigo Puggina, coordenador do Projeto/Campanha Voto do preso e Instituto de Acesso à Justiça-IAJ, com muita propriedade e de forma oportuna, cita o Livro do Professor José Carlos Brandi Aleixo *O voto do analfabeto*, escrito antes da Constituição Federal de 1988, em que os analfabetos não

tinham direito a voto, ocasião em que o ilustre professor faz citação em seu livro de uma passagem de Karl Deutsch que fala que "se só os alfabetizados têm direito a voto, por que votarão para melhores escolas onde há um índice maior de analfabetismo?" Isso cabe, certamente, aos presidiários, assevera o coordenador. Por que as pessoas livres vão se interessar em melhorar os presídios? As pessoas mais interessadas são os próprios presidiários. Eles têm que ter o direito de manifestar suas opiniões, seu pensamento, em relação ao que são os maiores interessados, conclui.

Em trabalho intitulado *Superpopulação carcerária*: uma solução rápida e eficaz, e que consta dos autos, José Evaldo Bento Matos Júnior lembra que "representados nas Assembléias e no Congresso Nacional, a população carcerária teria *lobby* para, através de emendas ao orçamento, trazer verbas de seu interesse onde, assim, seria possível constituir bons advogados, melhorar condições de seus alojamentos; quanto à reabilitação, cria centros educacionais que daria uma visão sócio-política, voltada para o conhecimento e a informação. Como as eleições brasileiras ocorrem a cada dois anos, os criminosos teriam um eficiente atendimento, afinal, milhões de votos estariam em jogo e os políticos, preocupados em cuidar do erário público, tomando as decisões políticas que visam representar seu Estado e população, após umas três ou quatro eleições, a criminalidade diminuiria, pois os criminosos certamente seriam ressocializados e, de uma vez por todas os direitos humanos seriam respeitados".

Cabe, apenas, uma pequena correção ao posicionamento acima citado, no sentido de que os milhões de votos referidos devem ser constituídos também dos votos dos familiares dos presos.

Discorrendo sobre o tema em trabalho intitulado *O retrocesso da Constituição de 1988*, o já citado Rodrigo Puggina, assinala que "o Estado não deveria ir além das fronteiras da reclusão do convívio social, privando o preso de manifestar seu pensamento político através do voto e da liberdade de votar, mas sim, ser o maior interessado no conhecimento que estes detêm sobre os infor-

túnios sociais e prisões as quais habitam. Há dois objetivos importantes que poderiam ser alcançados com o voto do preso: o direito de cidadania, com a integração harmônica do presidiário à sociedade, e, num outro objetivo, atrair a atenção das autoridades para a crise (mais do que notória) pela qual passa nosso sistema penitenciário, pois, com certeza, se os presidiários votassem, haveria muito mais políticos interessados no problema carcerário. O caos do sistema penitenciário nacional tem várias causas, mas uma delas é crucial: preso não vota".

Certamente, se pudesse ser enviado aos Tribunais Regionais Eleitorais de todo o país, som e imagem do ato de votar, reproduzindo a satisfação dos presos em participar desse ato cívico, exercitando o direito de cidadania, a Constituição Federal não seria desrespeitada, dispensando, via de conseqüência, manifestações de protesto e emissão de pareceres que chamam a atenção para a necessidade do cumprimento da lei, como este que ora é lavrado.

Vale lembrar, ainda, que a conquista dos direitos dos presidiários decorreu de luta árdua e que exigiu anos de sacrifício e perseverança dos militantes na questão dos direitos humanos. Não pode ficar a mercê de conveniências de natureza meramente administrativa.

Examinando as medidas para assegurar a implantação da votação universal para presos, previstas na Resolução de Adoção pela Assembléia Geral das Nações Unidas, destaca-se os seguintes trechos: "Ciente que a natureza do ambiente institucional em prisões pode transformá-las em espaços de abusos de direitos humanos que não ocorreriam em outros lugares, assim como ocorrer situações de prisão injusta, tortura, tratamento cruel e desumano, ausência de assistência médica, e outros abusos da autoridade governamental, constituindo-se em uma prática de abuso contínuo e ciente de que o exercício de direitos civis e políticos por presos que estão pagando sua dívida à sociedade, e por expresos que já pagaram a dívida totalmente, não somente os protege contra a erosão das condições institucionais que ameaçam a sociedade inteira, mas tam-

bém fornecem uma ferramenta significativa para reabilitação e preparação dos mesmos para contribuições futuras como membros da sociedade livre e notando que muitas populações prisionais contém uma alta proporção de minorias raciais e étnicas, e desta forma, a negação do direito de voto aos presos resulta não somente na exclusão destes como uma parcela da sociedade, mas também pode resultar na diluição e cancelamento da força de votação de minorias inteiras num Estado específico ou numa sub-região política, pede com urgência que todos os Estados se comprometam com esta resolução e tomem todas as medidas necessárias para implementar a votação universal e igual nos seus próprios países, incluindo a adoção de toda a legislação própria que se fizer necessária para efetivamente assegurar este direito fundamental e humano para todas as pessoas excluídas, indiferentemente de sua situação de vida, incluindo presos e expresos, em concordância com as obrigações dos direitos humanos internacionais e o bem-estar geral de todos os povos".

Para que se possa avaliar a dimensão da questão envolvendo o direito de voto do preso provisório, é importante reproduzir a declaração do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, Desembargador Álvaro Lazzarini no sentido da inviabilidade de instalação de seções eleitorais em estabelecimentos de internação coletiva. Em explicação à Presidente da FEBEM daquele Estado, Berenice Giannella, o magistrado apresentou algumas razões que dificultam o exercício do voto de eleitores que se encontram em estabelecimentos de internação coletiva, sendo a principal delas, a necessidade de que o eleitor deva estar vinculado a uma seção eleitoral. "Para que o interno vote, seria necessária instalação de seções eleitorais na FEBEM", declarou o magistrado. Por exigência legal, o cadastro de eleitores nesses estabelecimentos deve ocorrer seis meses antes da eleição e nada garantiria que o interno estivesse nesse local até a data da eleição, em razão das características próprias da FEBEM, inviabilizando o esforço da Justiça Eleitoral, argumentou. Uma outra questão levantada pelo Presidente do TRE diz respeito à existência de

interesse do menor infrator de ter a sua inscrição eleitoral vinculada a um estabelecimento de internação coletiva. Reforçando os argumentos para justificar a inviabilidade técnica da instalação de seções eleitorais em estabelecimentos de internação coletiva ou, ainda, em locais que recolhem presos provisórios, o magistrado ressalta que essas medidas devem ser tomadas com grande antecedência e nada garante que no dia da eleição essas pessoas ainda estejam nesses lugares, concluindo que a medida atenta contra dois princípios jurídicos: o da realidade e o da razoabilidade.

Questionável, sob todos os aspectos essa posição adotada pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, Desembargador Álvaro Lazzarini. Em primeiro lugar, o argumento de que "nada garantiria que o interno estivesse nesse local até a data da eleição" é frágil, inconsistente, sem sustentação legal e de um subjetivismo próprio daqueles que não querem enfrentar a questão sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais. Prevalecendo esse raciocínio, a Justiça Eleitoral deveria exigir de qualquer eleitor declaração que estará no local do seu domicílio eleitoral no dia da eleição, impedindo-o de viajar, por exemplo, contrariando a própria legislação eleitoral que assegura a justificativa do voto. Em segundo lugar, a alegação de que "essas medidas devem ser tomadas com grande antecedência" é antiga, revoltante e desprovida de qualquer fundamento, considerando que a Justiça Eleitoral de todos os Estados e do Distrito Federal vem sendo questionada por todas as entidades de defesa da cidadania, há muitos anos, tempo suficiente para que adotasse as providências no sentido de garantir o direito de voto da pessoa presa. Nada fez, à exceção de alguns Estados, como o do Amazonas. Ressalte-se que para o preso transferir o seu título para o estabelecimento penal onde será realizada a eleição, necessário é que, antes, a seção eleitoral seja instalada naquele local. Por último, para ser mais objetivo, a afirmação de que "a medida atenta contra dois princípios jurídicos: o da realidade e o da razoabilidade" é lamentável sob todos os aspectos, já que induz à errônea conclusão de que esses dois princípios

são preponderantes em relação a outros princípios constitucionais que constituem a base do regime democrático, como o direito ao exercício pleno da cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Manifestando-se sobre representação encaminhada pelo Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo solicitando providências da Justiça Eleitoral daquele Estado no sentido de permitir a coleta de votos de presidiários, a Assessoria de Orientação aos Cartórios Eleitorais apresenta esclarecimentos que reproduzimos, em síntese:

1. Sendo a Zona Eleitoral dividida em seções, os locais de votação devem ser cadastrados previamente para que o Juízo Eleitoral tenha onde instalar aquelas seções nos dias dos pleitos, o mais próximo possível das residências dos eleitores.

2. O eleitor, ao comparecer ao cartório eleitoral para alistar-se, é inscrito desde logo em determinada seção, onde permanecerá até o eventual cancelamento na forma da lei, ou até quando ele próprio requerer a transferência por motivo, exclusivamente, de mudança de residência. Esse requerimento somente poderá ser atendido até o encerramento do alistamento eleitoral.

3. O eleitor não poderá votar em outra seção, senão naquela em que se encontra inscrito. À vista da utilização de urnas eletrônicas, onde somente votarão os eleitores cujos nomes constarão da sua memória que corresponde a uma única seção.

4. Inviável o cadastramento das penitenciárias como local de votação, em razão das próprias características permanentes de uma seção, bem como pela impossibilidade legal para alistamento eleitoral de pessoas condenadas, por encontrarem-se com seus direitos políticos suspensos.

5. Os presos provisórios não formam, em caráter permanente, um contingente de eleitores para proporcionar o funcionamento de uma seção eleitoral. Os funcionários desses estabelecimentos, somente neles poderiam ser inscritos observado o parágrafo único do art. 42 do Código Eleitoral, que estabelece

a obrigatoriedade para o interessado inscrever-se na Zona Eleitoral correspondente à sua residência.

A fragilidade e inconsistência dos argumentos, mostram com nitidez, que neste país nos acostumamos a engolir a errônea e revoltante prevalência das regras sobre os princípios.

No Estado do Amazonas, a situação política dos presos é tratada como uma questão de Estado. Convém salientar, de início, que a Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos sempre dispensou à população carcerária do Amazonas, da capital e do interior, especial atenção no sentido de que, tanto o preso condenado, quanto o preso provisório, observe seus deveres, quais sejam, aqueles contidos no art. 39 da Lei 7.210, de 11.07.1984 – Lei de Execução Penal e na Lei 2.711, de 28.12.2001– Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas, mas também, dedicando os mesmos cuidados, relativamente aos seus direitos insertos nas leis mencionadas. Consideramos que o respeito a essa via de mão dupla constitui a base do princípio da humanização da pena. Nesse sentido, sempre foi oferecido apoio aos trabalhos das equipes de assistentes sociais, psicólogos, médicos, dentistas e professores junto aos condenados, aos presos provisórios, aos albergados e aos egressos, com programas educativos e profissionalizantes, trabalho este extensivo aos familiares dos presos, visando um reingresso menos preconceituoso perante a sociedade e na expectativa de que, ao deixarem o sistema carcerário, estejam qualificados para enfrentar a concorrência do mercado de trabalho, com uma nova visão da realidade do mundo exterior, preparados para um convívio social, pacífico, e, possivelmente, conscientes de que a delinqüência já não mais faz parte das suas vidas.

A defesa dos direitos dos presos deve ser buscada por qualquer administração penitenciária. Alguns deles são esquecidos ou até mesmo, às vezes, negados. Como poderemos pensar em reabilitá-los plenamente, se deixamos de reconhecer ou de conceder-lhes o direito ao exercício da cidadania? Como se

sentirá o preso provisório ou aquele que já foi condenado, mas que a sentença ainda não transitou em julgado, sabedor de que tem o direito de votar, mas que esse direito político, que é uma garantia constitucional, não poderá ser exercido, porque a autoridade administrativa responsável pelo cumprimento desse direito não se preocupou em proporcionar-lhe essa oportunidade? Certamente, se negado esse direito ao preso não condenado definitivamente, estaríamos antecipando a suspensão dos direitos políticos sem a existência de sentença criminal transitada em julgado.

O direito ao exercício do voto pelo preso não condenado definitivamente, é uma das ações que integram o programa de humanização da SEJUS, mas, para que esse objetivo fosse alcançado, indispensável se fez a participação decisiva do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas.

A população de presos provisórios na Unidade Prisional do Puraquequara e na Cadeia Pública "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", é de aproximadamente 900 internos, mais 58 residentes na Penitenciária feminina de Manaus.

Na mesma situação estão os presídios do interior do Estado, com um quantitativo de presos provisórios, superior ao número de presos condenados. E o preso provisório do interior tem o mesmo direito do preso da capital, relativamente ao exercício do voto, nos termos dos dispositivos constitucionais inframencionados.

Divisada a questão sob o prisma constitucional, a Lei Maior, tratando dos direitos e garantias fundamentais em seu art. 5.º consagra o princípio da isonomia com a expressão de que todos são iguais perante a lei. Mais adiante, o inciso LVII do mesmo artigo dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por sua vez, o art. 15, da Carta Magna ao tratar dos direitos políticos, estabelece no inciso III que ocorrerá a perda ou suspensão destes em caso de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

O voto do preso

Enquanto os dispositivos da Carta Magna, acima referidos, tratam, respectivamente, do princípio da isonomia e da suspensão dos direitos políticos, o art. 14, § 1.º, I, da CF/88 torna obrigatório o voto para os demais cidadãos maiores de 18 anos, no gozo dos direitos políticos, inclusive para os presos provisórios.

Em abono a essa linha de pensamento, vale transcrever tópicos da lição de Laertes de Macedo Torrens, insigne mestre de Direito Penal da Faculdade de Direito de Guarulhos e membro efetivo do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em artigo publicado na *Revista Literária de Direito,* mar.-abr. 1997, p. 20 e 21, como a seguir se vê:

"A verdade, entretanto, é que não existe qualquer interesse em se reconhecer o direito de cidadania àquele que se encontra recolhido preso, ainda que provisoriamente, pois como observou agudamente o saudoso Professor Manoel Pedro Pimentel, em seu depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema penitenciário: "É preciso falar a verdade – porque o preso não dá voto. O preso não rende politicamente. Então se o preso não rende politicamente, pouca gente se interessa por ele. Ele é um ônus pesado, não devolve nada do investimento que o Estado faz. Pretendemos fazê-lo devolver, mas hoje ele é um ônus mal visto que não comove ninguém".

"Os obstáculos opostos ao voto do preso provisório consistem em aplicação antecipada da pena de suspensão de direito, sansão admissível somente nos casos de sentença criminal definitiva".

"Enfim, seguramente não será desrespeitando os cânones constitucionais do cidadão preso provisoriamente que haveremos de exigir, no futuro, comportamento seu de acordo com a norma".

"Do exposto, concluímos que a Constituição Federal garante a todos os cidadãos a participação na vida política da nação, com exceção de casos específicos previstos no artigo 15, I, II, III, IV e V. Contudo, contrariando dispo-

sitivos constitucionais, vem sendo sistematicamente negado o exercício dos direitos políticos ao cidadão preso provisoriamente, devidamente habilitado como eleitor. O impedimento ao exercício pleno da cidadania ao preso provisório constitui em aplicação de pena antecipada de suspensão de direitos, em flagrante desrespeito ao princípio da presunção de inocência inscrito na Constituição Federal. A desconsideração aos direitos políticos do encarcerado provisoriamente exerce influência negativa na terapêutica penal que se quer impor, na medida em que, no futuro, não se poderá exigir daquele injustiçado comportamento de acordo com a lei".

Vale destacar, ainda, o que preleciona o não menos culto mestre Rodrigo César Rebello Pinho, Procurador de Justiça de São Paulo, em sua obra *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.* 2. ed. Saraiva, 2001, que, ao analisar a perda e a suspensão dos direitos políticos de que trata o art. 15 da Constituição Federal, pontifica:

"... A suspensão dos direitos políticos pressupõe a existência de uma condenação definitiva, de uma sentença da qual não caiba mais nenhum recurso. A simples existência de processos em andamento, mesmo com decisões condenatórias, não importa em suspensão de direitos políticos. Tratando-se de pena pecuniária, o pagamento importa na extinção da punibilidade, readquirindo a pessoa o pleno exercício de seus direitos políticos".

Foi postulado, então, junto ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas, a instalação de urnas eletrônicas receptoras de votos, junto às unidades prisionais de Manaus e do interior do Estado do Amazonas que custodiam os presos não condenados por sentença criminal definitiva, no caso da capital a Cadeia Pública "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", a Unidade Prisional de Puraquequara e a Penitenciária Feminina de Manaus, a fim de que pudessem exercer seus direitos políticos nas eleições municipais de 2004.

O Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas, cumprindo as regras estipuladas na Resolução/TSE 21.804/2004, operacionalizou, por meio da 1ª e

da 59ª Zona Eleitoral, a transferência de títulos eleitorais de presos provisórios do Sistema Penitenciário de Manaus. Ao todo, dos 133 eleitores aptos a votar na Unidade Prisional do Puraquequara, exerceram esse direito 73 eleitores que votaram na 59ª zona eleitoral – seção 374 instalada naquela unidade prisional. Dos 71 eleitores aptos a votar na Cadeia Pública "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", 33 eleitores votaram na 1ª zona eleitoral – seção 393 instalada naquele estabelecimento penal.

No Referendo sobre a proibição do comércio das armas de fogo e munição realizado no dia 23 de outubro de 2005, os presos provisórios do Sistema Prisional de Manaus exerceram o seu direito de voto, a exemplo do que já tinha ocorrido nas eleições municipais de 2004. Na Cadeia Pública "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", dos 79 presos aptos a votar, entre eles 25 mulheres, 15 presos votaram em uma urna eletrônica da 393ª seção instalada dentro daquele estabelecimento, dentre os quais 2 que já estavam em liberdade. Na Unidade Prisional do Puraquequara, dos 22 presos aptos a votar, todos votaram em uma urna eletrônica da 59ª seção instalada dentro daquela unidade prisional.

Para que esse objetivo da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado do Amazonas fosse alcançado, foi decisivo o apoio do Presidente do Tribunal de Justiça, do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, do Juiz da Execução Penal, Dr. Luís Carlos Valois, além dos servidores da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, em especial, a Sexad.

No resto do Brasil, há informações de que os presos provisórios votaram nos Estados do Acre, Ceará, Pernambuco, Piauí e Sergipe.

A decisão de incluir as informações sobre o voto do preso provisório nessas unidades da federação tem o intuito de mostrar que, se não chama a atenção pela quantidade de votos recolhidos naquelas seções eleitorais, desqualifica de forma contundente qualquer argumento acerca da impossibilidade material de instalação de urnas receptoras de votos no interior dos estabelecimentos

penais. Cabe a pergunta: por que, em alguns Estados, a Justiça Eleitoral pode garantir ao preso provisório o direito de votar e em outros essa dificuldade é apresentada como intransponível?

Questão levantada pelo Diretor-Geral do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas, Henrique Cerf Levy Neto merece reflexão: "se, por ocasião das futuras eleições, prevalecer o quadro de projeção de redução do número de eleitores inscritos naquelas seções eleitorais instaladas nas unidades prisionais, o TRE/AM terá que, irremediavelmente, desativá-las, sobretudo pelo fato de que, motivado por sentimentos de natureza discriminatória, o preso eleitor, quando em liberdade, dificilmente retornaria à seção correspondente para votar. Provavelmente, também prevaleceria o desinteresse do mesmo, em proceder a transferência de seu título eleitoral para a Zona Eleitoral de jurisdição de sua residência, muito provavelmente, por receio de ser localizado".

Esse, certamente é um dos maiores obstáculos enfrentados pela Justiça Eleitoral Brasileira para o cumprimento das normas e preceitos expressos na Resolução/TSE 21.804/2004, mas que não pode ser usado como empecilho para garantir o direito ao voto do preso.

É preciso deixar claro alguns pontos sobre a questão do voto do preso e que consta dos autos em forma de questionamentos e propostas:

1. o preso condenado com sentença penal transitada em julgado jamais deixou de ser um cidadão, sendo a ele garantido o exercício do direito político positivo (o de votar), mas não o direito político negativo (o de ser votado), devendo esse direito ser viabilizado por meio de Proposta de Emenda Constitucional.

2. Sabemos que o voto é um dever e não uma opção. Não pode o Estado, por esse motivo, isentar o preso deste dever que é imposto a outros cidadãos livres, alegando a necessidade de punição a alguém. Haveria, certamente, uma incongruência jurídica, nesse caso.

3. A Constituição Federal de 1988, no capítulo dos direitos políticos não distingue o tipo de crime para decretar a suspensão dos direitos políticos do cri-

minoso. Repetimos, aqui, o exemplo que consta dos autos de um cidadão condenado por lesão corporal de natureza leve que fica impedido de votar da mesma forma que um outro que cometeu um crime hediondo. Entendemos que deveria ser observada a questão sob o ângulo do direito de punir do Estado de forma igualitária e proporcional ao crime. Há inequívoca violação ao princípio da individualização da execução penal.

4. O preso provisório, não tendo sido ainda condenado, tem o direito de votar, não havendo qualquer razão para supressão desse direito com justificativas de caráter meramente administrativo.

Ratificamos, nessa manifestação, as conclusões e deliberações do Fórum Social Mundial.

Apresentamos as seguintes propostas com a finalidade de assegurar a participação da população carcerária brasileira no processo político-eleitoral, como garantia dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal:

1. Apoio à PEC em tramitação no Congresso Nacional, com o objetivo de atribuir o direito de voto também aos condenados com sentença condenatória com trânsito em julgado, ficando suspenso apenas o direito político negativo, ou seja, o direito de ser votado, enquanto durarem os efeitos da sentença condenatória, colocando-os na mesma categoria de inelegíveis. Essa é uma proposta que já consta dos autos às fl. 240 e apresentada por várias outras entidades de defesa da cidadania.

2. O voto do preso provisório poderia ser viabilizado com mudança da legislação eleitoral, com a flexibilização do domicílio eleitoral.

3. As sentenças criminais condenatórias devem ser fundamentadas conforme o disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, com a necessidade de constar expressamente a determinação da perda ou suspensão dos direitos políticos do condenado.

4. Comunicação aos Secretários de Justiça, Direitos Humanos, Cidadania e Administração Penitenciária, no sentido de que requeiram aos Tribunais

Regionais Eleitorais dos Estados respectivos, com a antecedência mínima prevista em lei, a instalação de seções eleitorais em unidades do sistema penitenciário, para que aquela corte de justiça possa se aparelhar, adotando as demais providências necessárias ao voto do preso provisório, informando a posição deste CNPCP sobre a matéria.

5. Deverá ser estimulada a intensificação de reuniões entre os juízes da execução e os juízes eleitorais com o objetivo de garantir o direito de voto do preso provisório.

6. Seja oficiado ao Ministro Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, para que recomendem aos juízes eleitorais a instalação de seções eleitorais dentro dos presídios com as providências de praxe, garantindo que os presos provisórios dos Estados da Federação possam exercer o direito constitucional do voto a partir das próximas eleições de 2006, informando a posição deste CNPCP sobre a matéria.

7. Seja oficiado aos Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, aos Secretários de Justiça, Direitos Humanos, Cidadania e Administração Penitenciária e aos Governadores dos Estados em que os presos provisórios já exercem o direito de voto, com elogios a essa iniciativa exemplar que engrandece a democracia em nosso país.

8. Seja oficiado ao Instituto de Acesso à Justiça, à Associação dos Magistrados Brasileiros e à Associação dos Juízes para a Democracia, apresentando elogios pela luta em defesa do voto do preso e informando a posição deste CNPCP sobre a matéria.

9. Seja oficiado aos Presidentes de Conselhos Penitenciários dos Estados da Federação para que, como órgão integrante da execução penal e com atribuições de fiscalização dos estabelecimentos penais do Estado e, como tal legitimado a garantir o cumprimento dos direitos do preso, aquele órgão colegiado possa encampar essa luta em defesa do direito do voto do preso, informando a posição deste CNPCP sobre a matéria.

10. Seja oficiado ao Procurador Geral da República e aos Procuradores Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal solicitando apoio à campanha pelo voto do preso, informando a posição deste CNPCP sobre a matéria.

11. Ratificar a conclusão do parecer do Conselheiro Vetuval Martins Vasconcelos, no sentido de que "a decretação de suspensão dos direitos políticos do condenado deve ser limitada aos direitos políticos negativos, ou seja, o direito de ser votado, mantendo-se, ainda que de forma facultativa o direito político positivo, ou seja, o direito de votar, como ocorre com os analfabetos, por exemplo; excluir o inciso III do art. 15 da CF, a fim de possibilitar aos condenados criminalmente com sentença transitada em julgado, o direito de votar, dando nova redação ao § 4.º do art. 14 da CF, por meio de Emenda Constitucional, acrescentando a condição de inelegibilidade aos condenados em definitivo, enquanto durarem os efeitos da condenação, nos mesmos termos da PEC 65/2003. Já as situações previstas nos incisos IV (recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta) e V (improbidade administrativa) carecem do mesmo tratamento jurídico, por se tratar de situações fáticas semelhantes."

É importante destacar, ao concluir este trabalho que a manifestação do CNPCP pelo respeito absoluto ao direito de voto do preso provisório, com as recomendações pertinentes quanto ao preso condenado, é medida adequada às atribuições deste colegiado e à moderna política criminal e penitenciária.

4.1 Jurisprudência Comentada

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Ana Célia Alves de Azevedo Reveilleau

Analista Judiciária no TRF 3ª Região. Especialista em Processo Civil pelo Centro de Extensão Universitária em São Paulo. Mestranda da PUC-SP.

Sumário: 1. Breve resumo – 2. Comentários – 3. Anexo: inteiro teor do acórdão comentado – 4. Bibliografia.

1. Breve resumo

O acórdão a ser comentado foi proferido no MS 2002.04.01.054936-2-SC, julgado pela 7ª T. do TRF da 4ª Região, de relatoria do Exmo. Sr. Desembargador Federal Vladimir de Freitas, em que são partes: Consórcio Energético Foz do Chapecó (impetrante), Juízo Federal da 1ª Vara de Chapecó-SC (impetrado) e Ministério Público Federal (interessado).

Constam no relatório do acórdão os fatos a seguir apontados:

O mandado de segurança foi impetrado pelo Consórcio Energético Foz do Chapecó, formado por Cia do Vale do Rio Doce e Foz do Chapecó S/A, ambas sociedades por ações, contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara de Chapecó,

o qual teria recebido a denúncia contra o impetrante e contra outras pessoas físicas e jurídicas, por infração aos arts. 40 e 55 da Lei 9.605/98, sendo a última infração na forma tentada.

O impetrante em sua petição inicial, sustenta o cabimento do *mandamus*, e a inviabilidade do *habeas corpus,* em a favor de pessoa jurídica; sua ilegitimidade passiva para responder a ação penal, por não ser uma pessoa jurídica, mas sim uma associação de empresas; inaplicabilidade do art. 3.º da Lei 9.605/98; atipicidade da conduta, por ser desnecessária autorização do DNPM, já que existe autorização do Ibama; e atipicidade da conduta prevista no art. 40 da Lei dos Crimes Ambientais, por não descrever a inicial qualquer tipo de unidade de conservação.

Não foi concedida a liminar. O juiz prestou informações. O Ministério Público opinou pela denegação da segurança e, em separado, teria proposto *habeas corpus* a favor das pessoas físicas e neste foi negada, inicialmente, a liminar. Posteriormente, foi esta concedida, a fim de suspender o andamento da ação penal, para que as ações fossem julgadas conjuntamente.

No voto, o relator, Desembargador Federal Vladimir Freitas manifestou-se e decidiu as questões suscitadas da seguinte forma ora sintetizada.

O *habeas corpus* é a via constitucional para que cesse eventual constrangimento na liberdade de ir e vir das pessoas físicas, porém, com o advento da criminalização das pessoas jurídicas por crimes ambientais (CF/88, art. 225, § 3.º e Lei 9.605/98, art. 3.º) surgiu situação nova. Não cabendo *habeas corpus* em favor de pessoas fictas, a solução é mesmo o mandado de segurança.

A segunda questão refere-se à possibilidade de o consórcio poder ser réu em crime ambiental. O relator baseando-se no conceito de consórcio dado pelo art. 278, da Lei 6.404/76, disse que a responsabilidade e atribuições são fixadas por via contratual, cabendo a responsabilidade penal decorrente de crime ambiental ser atribuída a cada empresa individualmente, em conformidade com suas atribuições dentro do pacto celebrado. Isso porque cada participante do

consórcio obriga-se apenas nos termos estabelecidos nos contratos respondendo de acordo com as obrigações assumidas. Uma vez que o ato foi praticado por só uma delas, não há como responsabilizar a totalidade das empresas.

Enfrentou-se então, a questão da pessoa jurídica poder ser responsabilizada criminalmente. O relator diz que, neste particular, a Constituição é expressa (art. 225, § 3.º), complementada pelo art. 3.º da Lei 9.605/98, e impõe tal capacidade criminal. Após essas questões, houve o exame das acusações. O relator entendeu que a denúncia, de forma genérica, atribui a várias pessoas físicas e jurídicas os crimes ambientais por se tentar executar a extração de recursos naturais, sem autorização, e por causar danos a local de preservação permanente, sem especificar a conduta de qualquer dos envolvidos.

Na sua análise, comenta que, se não se desconhece nos crimes societários o abandono, ao rigor do art. 41 do CPP, entretanto, não há como se imputar uma acusação por crime ambiental a diversas pessoas sem, ao menos, fazer, de forma genérica, a distinção de suas atividades, a sua forma de contribuição. Para ele, não se pode aceitar que a descrição seja genérica quando é possível apurar o ocorrido, e nem a argumentação de que, durante a ação penal, os fatos ficarão esclarecidos. Isso inviabiliza a defesa e, até o término da ação, o denunciado sofrerá as agruras por responder um processo criminal.

O relator também menciona que deveria ter sido apontada, na denúncia, sob pena de conduta atípica, o interesse ou o benefício da entidade, nos termos do art. 3.º da Lei dos Crimes Ambientais 9.605/98. Não era necessário que esse fato tivesse sido deliberado em reunião e registrado em ata, até porque isso seria praticamente impossível de acontecer. Todavia, mesmo implícita, deve ser apontada na denúncia sob pena de conduta atípica. Com tal fundamentação, considerou a denúncia inepta.

Argumentou, ainda, o relator, que antes da instauração da ação penal, o DNPM, órgão encarregado de autorizar a exploração de minerais, afirmou que o caso dispensava a sua atuação. O Ibama manifestou-se favoravelmente, des-

de que cumpridos certos requisitos. O relator, na sua manifestação, indaga se ainda seria preciso a autorização do órgão ambiental catarinense.

No tocante ao crime do art. 40 da Lei 9.605/98, diz o relator que a denúncia teria atribuído a todos os acusados, num total de 12 réus, a abertura de uma estrada de 04 metros de largura e a construção de uma plataforma para carregamento de caminhões. O crime prevê causar dano direto ou indireto à unidade de conservação, porém a área degradada era de propriedade particular e a estrada passou sobre a plantação de milho. E não estaria claro o lugar em que se construiu a plataforma na área ripária, nem se o local estava dentro da área de preservação permanente prevista no art. 2.º do Código Florestal. Isso também deveria constar na denúncia, para poder ser exercitada a defesa. A denúncia, pelo delito que fora analisado, deve ser explícita quanto ao tipo de unidade de conservação, vez que o conceito de conservação está na Lei 9.985/2000, conhecida como Lei do SNUC, sendo inviável estender a proteção penal a outras áreas, como, por exemplo, terras indígenas. Finaliza seu voto, concedendo a ordem, e declarando a inépcia da denúncia e a conseqüente anulação da ação penal, a partir de seu recebimento, estendendo seus efeitos a todas as pessoas jurídicas envolvidas, porque a decisão não poderia ser válida para uns e invalidada para outros, e em definitivo para o Consórcio Energético Foz do Chapecó. Idêntica posição iria tomar no HC 2002.04.01.054934-9-SC, em favor das pessoas físicas.

2. Comentários

Em que pese estar o presente acórdão bem fundamentado e os argumentos nele utilizados terem sido feitos por um dos maiores conhecedores do direito ambiental e renomado jurista, data máxima vênia, penso de modo diverso quanto à declaração da inépcia da denúncia. Desta forma meu comentário dará enfoque a essa questão, sobretudo, no que diz respeito à responsabilidade

penal da pessoa jurídica, por se tratar de matéria polêmica entre os profissionais de direito e interessados pelo tema.

Inicialmente, faz-se preciso dizer que para proteção penal criminal ambiental é necessário que o Poder Judiciário passe a decidir essas questões, deixando de lado teorias clássicas do direito penal comum, tais como a tipicidade e a culpabilidade. E mais, que haja a flexibilização de alguns princípios, dentre eles o da legalidade, pois, enquanto o meio ambiente não for tutelado de forma diferenciada, continuará sempre prejudicado e dificilmente poderão ser atendidos os ditames que a norma constitucional impõe em seu art. 225 e parágrafos.

Quando se fala em flexibilizar os princípios, dentre eles o da legalidade, não queremos dizer que as garantias individuais e fundamentais sejam afastadas, pois estamos em um Estado Democrático de Direito. No entanto, não se pode permitir que em certas situações concretas, o direito individual acabe por se sobrepor ao coletivo.

Nesse mesmo sentido são os comentários feitos pelo Prof. Paulo José da Costa Junior,[1] à Lei de Crimes Ambientais, nos quais assevera o fato de que a criminalidade, ao longo do tempo, assumiu diferentes formas e modalidades que não mais se restringem aos clássicos delitos do Código Penal, homicídio, furto, roubo, aborto, devendo o direito penal passar pela adaptação de seus conceitos e princípios, para proporcionar adequada prevenção e repressão aos crimes.

Como bem lembrado por Lanfredi,[2] nosso Código Penal, de 1940, mostrou-se desatualizado para reprimir abusos contra a natureza, isso porque, quando de sua elaboração, há mais de meio século, o problema ecológico ainda não se fazia sentir com a intensidade atual.

1. Édis Milaré e Paulo José da Costa Jr. *Direito penal ambiental:* comentários à Lei 9.605/98, p. 19.
2. Geraldo Ferreira Lanfredi. *Política ambiental.* Busca de efetividade de seus instrumentos, p. 485.

Se, durante muito tempo, o entendimento dominante era de que a pessoa jurídica não poderia ser responsabilizada criminalmente, e essa visão modificou-se, isso aponta que os novos paradigmas jurídicos também devem ser revistos para que se possa melhor atender aos objetivos práticos, eleitos, agora, como prevalentes.

Desse modo, se a política criminal atual entende que a pessoa jurídica deve ser responsabilizada criminalmente, todo sistema jurídico deve ser adaptado a tal norma, vez que não estamos falando de um sistema matemático, mas axiológico.

Ademais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre de opção político criminal sobre uma possível estratégia de combate à criminalidade moderna. Não se trata de uma posição impensada, mas de um fato social legítimo.

O operador do direito não pode, assim, desatender à opção política que foi legitimamente posta no direito positivo, pois a ele cumpre observar a norma jurídica.

Na prática, contudo, ainda há muita resistência para que se efetive a responsabilização da pessoa jurídica, conforme ocorreu no MS 2001.02.01.046.636-8,[3] de relatoria da Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, do TRF da 2ª Região, a qual foi vencida por denegar a ordem impetrado à pessoa jurídica, assim como são os outros entendimentos abaixo transcritos:

Origem: TRF 2ª Região. MS 7.745. Proc. 2001.02.01.046.636-8-RJ, 5ª T. j. 30.04.2002. Juíza Vera Lúcia Lima

"Ementa: Mandado de segurança. Crime ambiental. Pessoa jurídica. Lei 9.605/98.

Ausência de normas disciplinadoras do processo penal na Lei 9.605/98. Não há ilegalidade, face o artigo 79 desse diploma, que prevê aplicação subsidiária do CPC.

3. Inteiro teor do voto vencido, nos anexos jurisprudenciais.

Pessoa jurídica, ré no processo penal, onde se lhe responsabiliza por crime ambiental. Em não tendo a infração sido cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de entidade (art. 3.º da Lei 9.605/98), mas tratando-se de acidente que em nada benefício a pessoa jurídica, não há justa causa para a ação penal.

Ação penal trancada, por maioria de votos, em relação à Petrobrás.

Mandado de segurança concedido".

Origem: STJ. REsp 331.929-SP. Proc. 2001.00866779. 5ª T. j. 17.09.2002. rel. Felix Fischer.

"Ementa: Penal. Recurso especial. Mandado de segurança. Crime ambiental. Denúncia Crime culposo. Tempestividade.

1. O Ministério Público deve sempre ser intimado pessoalmente das decisões. A comprovação de tal situação, em regra, se dá com o ciente nos autos. (v.g., art. 41, inciso IV da LONMP e art. 18, II, *b* da LC 75/93).

2. É inepta a exordial acusatória que não permite a necessária adequação típica de imputação fática. Negativa de vigência dos arts. 3.º e 54 da Lei 9.605/98 não demonstrada.

3. Recurso não conhecido"

Origem: TRF 4ª Região. Ação penal. Proc. 2000.04.01.089119-5-SC. 4ª Seção. j. 17.06.2004. rel. José Luiz. B. Germano da Silva.

"Ementa: Ação penal. Prefeito. Extração de seixo sem autorização. Crime ambiental. Lei 9.827/99. Atipicidade.

1. A extração de seixo rolado de rio por pessoa jurídico de direito público, no caso a municipalidade, não caracteriza crime quando evidenciada a utilização do material na conservação e manutenção de vias públicas locais.

2. Hipótese prevista na Lei 9.827/99, que retira a tipicidade da conduta.

3. No que tange à prática do delito previsto no art. 40, § 1.º da Lei 9.605/98, sendo atípica a conduta do crime-fim não há que se punir pelo cri-

me-meio, uma vez que a lei discriminalizou o delito do art. 55 sequer condicionou a extração de minerais à recuperação da vegetação".

Vale ressaltar, nesse percurso argumentativo, a opinião do jurista Fiorillo[4] sobre a atuação das sanções penais ambientais: "O direito criminal e mesmo o direito penal não configuram mais uma realidade adstrita ao Estado, sim mecanismos destinados à realização dos valores mais importantes de nossa sociedade, a sociedade do século XXI. As sanções penais ambientais, deverão portanto, apontar alternativas em face do direito positivo em vigor, ou seja, um direito que ampliou as tradicionais e superadas concepções até então orientadas por um Código Penal (Dec.-lei 2.848/40) elaborado sob a égide de um sistema constitucional que em momento algum se estruturou no Estado Democrático de Direito".

Embora o relator tenha reconhecido que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente, acabou por não concretizar essa responsabilidade, pois, nas suas razões, percebe-se que tratou o bem ambiental nos moldes do direito penal clássico, não atentando para o fato de que o criminoso ambiental não é o tipo comum.

Nesse sentido, pertinente a lição Prof. Benjamin, quando se manifesta sobre os sujeitos ativo e passivo do crime ambiental: "A criminalidade ambiental tem conformação subjetiva e extremamente peculiar. Primeiro, inexiste um 'tipo clássico' de criminoso ambiental. Em verdade, nesses casos o infrator, como regra, não age individualmente, mas atua em nome ou em benefício de uma empresa ou instituição. Sua conduta, pois antes de ser individual, é corporativa. Em segundo lugar, com freqüência a atividade do delinqüente ambiental não se volta para o crime como um fim em si mesmo. Ao contrário, a conduta delitiva ocorre como resultado de um atuar em tese até positivo e benéfica para a comunidade, ou seja, a produção de bens. Vale di-

4. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 396.

zer, o crimes contra o meio ambiente nasce como um excesso desta atividade lícita e produtiva."[5]

Acrescentem-se as ponderações feitas pelos doutrinadores Dias Varella, Eliana Fontes e Galvão Rocha[6] quando falam sobre as dificuldades em se responsabilizar a pessoa jurídica: "Para superação das outras dificuldades, mais estreitamente vinculadas à teoria do delito é necessário realizar opção política entre duas alternativas que se apresentam igualmente viáveis. A primeira é a de construir uma teoria do delito própria ao escopo de responsabilizar a pessoa jurídica. Nesse caso, além de vincular o tipo penal objetivamente a uma atividade proibida, é necessário conceber a ilicitude desprovida de elementos subjetivos e substituir o conceito de culpabilidade por critério que possibilite um juízo de necessidade da aplicação da pena, em atenção à gravidade social do fato praticado. Certamente, para punição da pessoa jurídica não se poderá trabalhar com as tradicionais noções de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que se referem a uma conduta individual".

A Prof. Senise Ferreira,[7] por sua vez, atenta para o fato de que devido à complexidade e à variedade dos bens ambientais, torna-se, às vezes, difícil a individualização do objeto a ser protegido, sendo, por isso, a maioria das normas penais ambientais compostas de tipos pluriofensivos.

Na seara processual, o próprio Código de Processo Penal, art. 3.º, permite que o aplicador do direito faça a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Damásio, ao comentar esse artigo, aduz que a interpretação extensiva é necessária e ocorre

5. Antônio Herman V. Benjamin. *Direito ambiental em evolução*, p. 32.

6. Marcelo Dias Varella, Eliana Fontes e Fernando Galvão da Rocha. *Biossegurança & biodiversidade*, contexto científico e regulamentar, p. 29.

7. Ivete Senise Ferreira. *Tutela penal do patrimônio cultural*, biblioteca de direito ambiental. v. 3, p. 93.

quando a lei disse menos que o pretendido pela sua vontade e, nesse caso, o intérprete amplia o campo de sua incidência.[8]

Cabe, ainda, mencionar o posicionamento dos autores Cintra, Grinover, Dinamarco, ao se reportarem à interpretação e à integração da lei processual: as peculiaridades da lei processual não são tais que sigam a utilização de cânones especiais de interpretação, mas basta que sejam perquiridas e reveladas e que se leve em consideração as finalidades do processo e a sua característica sistemática.[9]

Assim, ao tratarmos da responsabilização da pessoa jurídica, é preciso ir além e deixar as normas processuais penais clássicas, para que o direito material se concretize. Não basta reconhecer que a pessoa jurídica seja responsabilizada penalmente, é preciso um agir processual, para que seja adequadamente efetivada essa responsabilização, já que o meio ambiente consiste em um bem jurídico, protegido tanto pelo direito material quanto pelo direito processual.

Se o processo deve oferecer os mecanismos adequados para a defesa de cada direito e existem diversos direitos com variadas peculiaridades, não se pode imaginar que um único procedimento com uma única técnica de tutela seja capaz de atender às diferentes situações do direito material.

Nesta oportunidade cumpre os ensinamentos de Nelson Nery Junior, que diz: "Para que os direitos transindividuais não fiquem sem proteção jurisdicional, é preciso que sejam buscadas alternativas de sorte a tornar possível a dedução de pretensões envolvendo esses direitos em juízo."[10]

O direito ambiental consiste em uma dessas hipóteses que exige o tratamento diferenciado.[11] Não se pode conceber que numa denúncia de crime

8. Damásio E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*, 1999, p. 4.

9. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*, p. 102-103.

10. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed., p. 116.

11. Vale lembrar o que diz Paulo Afonso Garrido de Paula, sobre a tutela diferenciada: "Proclamam, a meu ver, também uma nova forma de distribuir justiça que jungida às várias

ambiental estejam presentes de forma específica, as condutas praticadas por cada um dos envolvidos no crime, posto que o legislador optou por em elaborar normas penais em branco e tipos abertos.[12]

Muito embora alguns doutrinadores critiquem o legislador por essas normas penais em branco, como faz Luiz Regis Prado,[13] o fato é que referidas normas se justificam, pois, nos crimes contra o meio ambiente, sua descrição específica é bastante difícil, quando não impossível, sendo essa inclusive, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no *habeas corpus*, ao considerar regular a denúncia oferecida em crime cujo tipo penal estava baseado em norma penal em branco (agrotóxico). O relator foi além, acrescendo não ser de rigor a indicação da norma complementar integrativa do tipo penal.[14]

Igualmente, não se pode exigir que a denúncia seja instruída com laudos periciais e com as especificações da conduta de cada um dos infratores, pois

técnicas indicadas nesses microssistemas, importam melhor conhecimento das particularidades dos direitos postos sob a tutela jurisdicional. Em outras palavras: o juiz que decide lides individuais ou coletivas relacionadas aos direitos do cidadão a um meio ambiente saudável, do consumidor e da criança e do adolescente, e outras próprias de microssistemas, não pode se comportar como o juiz comum, devendo julgar relevando a importância da validação desses interesses juridicamente protegidos na construção do Estado Democrático de Direito".

12. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, nos seus estudos, sobre a proteção penal ao meio ambiente ao abordar a questão sobre a norma penal em branco e o princípio da taxatividade conclui: "Pela dificuldade, ou mesmo inconveniência, em se realizar uma descrição detalhada dos fatos puníveis, em relação ao meio ambiente, a adoção da técnica legislativa da norma penal em branco é necessária, sem entretanto, perder de vista certos limites impostos pela Constituição e pelo Direito Penal". Coleção temas jurídicos. *Proteção penal do meio ambiente*, p. 97.

13. "O legislador de 1998 é pródigo em se utilizar de conceitos amplos e indeterminados – muitas vezes eivados de impropriedades técnicas, linguísticas e lógicas – permeados por cláusulas valorativas e, frequentemente, vazados em normas penais em branco (v.g., arts. 34, 38, 40, 45, 60, etc.), com excessiva dependência administrativa (v.g., permissão, licença ou autorizações de autoridades competentes). Alias, essa ligação por demais estreita com a disciplina administrativa é, em muitos casos, fonte primeira de que se deve evitar: a grande indeterminação das descrições típicas". *Crimes contra o ambiente*, p. 32-33.

14. RO em HC 000339529 – 6 T – STJ – *DJ* 28.02.2000, p. 125 - Rel. Min. Vicente Leal;

estes tendem a agir de forma camuflada e somente durante a instrução criminal será possível torná-las mais claras. Nesses casos, só resta ao Ministério Público, detentor da ação penal incondicionada, apressar-se em defendê-lo e oferecer a denúncia, mesmo que, para isso, o fato típico não esteja bem definido. A busca de novos elementos e de provas pode resultar em uma demasiada demora e esta não se coaduna com o princípio da prevenção, o qual norteia a norma penal em análise.[15]

Não se pode deixar de considerar, também, que abertura de estrada e a construção de uma plataforma, mesmo que estejam localizadas em propriedade particular, por si só, não excluem o crime previsto no art. 40 da Lei de Crimes Ambientais,[16] vez que o dano ao meio ambiente pode ser causado de variadas formas, pela destruição ou não do bem tutelado.[17]

15. Segundo o Prof. Herman V. Benjamin: Todo o Direito Ambiental está alicerçado no princípio prevenção e, mais recentemente, também no princípio da precaução. Por conseguinte, na formulação dos tipos penais destinados a tutelar o meio ambiente, o legislador deve sempre ter em mente o caráter preventivo e de precaução ambiental. Todas as disciplinas jurídicas que cuidam da questão do meio ambiente apresentam em comum esse desafio: abarcar também os riscos e não somente os danos, pois o prejuízo ambiental, é comumente, de difícil identificação (condutas fluidas e temporalmente protráteis), de larga dimensão e irreparável. Penalmente, isso implica utilização freqüente e legítima, de tipos de perigo abstrato." *Direito ambiental em evolução*. v. 2, p. 33.

16. TJSP, HC 338.194-3/5, 5ª Câm., j. 22.02.2001, rel. Gomes de Amorim. Crime contra o meio ambiente dano direto ou indireto a unidades de conservação. Continua sendo definido como crime contra o meio ambiente a conduta de causa dano direto ou indireto a unidade de conservação, sejam elas de proteção integral ou de uso sustentável, pois o art. 40, *caput*, da Lei 9.605/98 não foi alterado em sua redação pela Lei 9.985/2000);

    HC 355.557-37-00-SP, 6ª Câm., j. 09.08.01, rel. Des. Debatin Cardoso. Crime contra o meio ambiente. A degradação ambiental em Parques Estadual continua sendo considerada crime contra o meio ambiente, nos moldes do art. 40, § 1.º, da Lei 9.985/2000 ao dar nova redação ao referido dispositivo, tenha suprimido a expressão "parque estadual" por mera técnica redacional, pois o intuito do legislador é proteger os ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, para possibilitar a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico, sejam esses ecossistemas nacionais, estaduais ou municipais.

17. Eladio Lecey, ao analisar o art. 40 da Lei 9.605/98, no item dano direto ou indireto da lei do SNUC, faz as seguintes ponderações: "causar dano, obviamente, é danificar, que pode

Quanto ao fato de julgar a denúncia inepta, por não constar dela qual o interesse ou o benefício que a entidade obteve, também não se justifica, pois esse fato já está implícito na medida em que todos os tipos penais se referem às condutas humanas que violam o bem jurídico e não há previsão típica (referida à atividade da pessoa jurídica). Daí, somente a pessoa física pode satisfazer as exigências típicas, agindo em nome e em benefício da pessoa jurídica.

Assim, os benefícios auferidos pela pessoa jurídica estão sempre implícitos, como o próprio relator o diz. Logo, para que exigir que tal fato seja dito expressamente na denúncia? Tal exigência aponta para uma resistência em não punir a pessoa jurídica e, conseqüentemente, aqueles que dela se aproveitam. O excessivo rigorismo, por parte do relator, deixa explícito como as pessoas jurídicas e seus representantes acabam se beneficiando e impedindo que seja dada adequada e efetiva tutela ao meio ambiente. Atente-se para o disposto no art. 3.º da Lei 9.605/98: "as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativamente, civil, e penalmente conforme esta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade". Esta disposi-

ser de variadas formas, pela destruição ou não do bem tutelado. É causar, de qualquer modo, prejuízos à unidade de conservação. Em tal aspecto, podemos apontar reflexos da Lei 9.985/2000. Em vários incisos do art. 2.º da mencionada lei, vêm a 'manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitindo apenas o uso indireto dos seus atributos naturais'(inciso VI); uso indireto – 'aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais'(inciso IX): uso direto – 'aquele que envolve coleta e uso comercial ou não, dos recursos naturais' (inciso X); uso sustentável 'exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a diversidade e dos demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável' (inciso XI). Conforme o grupo a que pertence a unidade de conservação de proteção integral, ou de uso sustentável, o uso, direto ou indireto de recurso renovável ou não, poderá constituir o crime de dano previsto no art. 40 da Lei 9.605/98. Assim, o uso de recurso não-renovável em qualquer grupo de unidade; o uso direto de recurso natural em unidade de proteção integral, que somente admite o uso indireto (inciso VI c/c o IX); o uso direto ou indireto, não sustentável, sem garantir a perenidade de recurso renovável em unidade de uso sustentável, sem manter a biodiversidade e os demais atributos ecológicos (incisos XI c/c o X)." Grandes Eventos Escola Superior do Ministério Público da União. *Meio ambiente.* v. 1, p. 325.

ção não estabelece que a pessoa jurídica seja autora de crime, mas apenas responsável, isto é, a responsabilidade penal da pessoa jurídica resulta da conduta realizada pela pessoa física, porque tal comportamento se deu em nome e benefício dela.

Galvão da Rocha[18] chega à seguinte conclusão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica: "(...) a estrutura tradicional da teoria do delito foi preservada para utilização em relação à pessoa física, embora a responsabilidade possa ser ampliada para alcançar a pessoa jurídica. Esta ampliação da responsabilidade exige a comprovação da ocorrência de infração. Assim, havendo culpabilidade da pessoa física que praticou a conduta proibida, esta responderá pelo delito (art. 2.º), como também responderá a pessoa jurídica a qual estava vinculada (art. 3.º)". No seu entendimento, não se trata de norma de extensão típica ou de culpabilidade, não seria o caso de co-autoria, entre a pessoa física ou jurídica, mas de responsabilidade penal da pessoa jurídica pela conduta praticada pela pessoa física, já que em nome e benefício desta (pessoa jurídica).

Tupinambá, por sua vez, diz que a doutrina francesa explica a responsabilidade da pessoa jurídica, através do denominado *emprunt de criminalité* (empréstimo de criminalidade), feito pela pessoa física à pessoa mora, derivando daí a denominação de responsabilidade subseqüente, por ricochete ou de empréstimo, que tem como suporte uma intervenção humana, isto é, toda infração penal imputada a uma pessoa jurídica será, em tese, imputável a uma pessoa física.[19]

Valdir Sznick[20] diz que é possível a pessoa jurídica ser responsabilizada no direito penal clássico, dentro da teoria objetiva, caso em que o agente é pu-

18. Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha. *Direito ambiental*, na visão da magistratura e do Ministério Público. Del Rey, p. 317.

19. Tupinambá Pinto de Azevedo. *Aspectos processuais da Lei 9.605/98*. Direito ambiental, na visão da Magistratura e do Ministério Público. Del Rey, p. 397.

20. *Direito penal ambiental*, p. 63.

nido pelo resultado, independentemente de ter querido ou não o ato antijurídico, e que não se pode negar que há um juízo de reprovação sobre os atos da pessoa jurídica.

Por todo exposto, posiciono-me contrária à decisão que julgou a denúncia inepta, pois decisões como esta podem resultar em uma construção jurisprudencial que não atende à proteção ao meio ambiente e ao princípio da prevenção que norteou o legislador ao elaborar a norma criminal ambiental. Imperativo é, que se avancem nesses posicionamentos e que se busquem novas soluções na proteção ambiental.

Penso que a responsabilidade penal da pessoa jurídica e seus representantes deve estar diretamente relacionada à atividade da empresa, conforme descrito na Constituição Federal, art. 225, § 3.º. Desse modo, não se deve falar em interesse ou benefício, mas apenas na atividade praticada pela pessoa jurídica que venha a lesar o meio ambiente, isto quer dizer, que não há aspectos subjetivos a serem analisados, apenas objetivos e diretos em que todos os envolvidos devem ser responsabilizados.

Na verdade, o art. 3.º da Lei de Crimes Ambientais não atende à carta Magna, a qual foi expressa em dizer que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, ou seja, não impôs nenhuma condição para que seus infratores fossem punidos bastando apenas que a atividade que a pessoa jurídica exerça seja considerada lesiva ao meio ambiente.

Ademais, o art. 225, § 3.º da CF/88 tem eficácia plena[21] e, portanto, não poderia o legislador infraconstitucional impor-lhe qualquer restrição, confor-

21. José Afonso da Silva, ao se manifestar sobre as normas constitucionais sobre a liberdade, define as normas de eficácia plena como aquelas que o legislador constituinte "deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam. Vale dizer, não dependem de legislação nem de providência do Poder Público para serem aplicadas." *Curso de direito constitucional positivo*, 1998, p. 271.

me o fez ao exigir que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Ninguém será tolo de incriminar-se. Criou-se sim, uma barreira para a responsabilização da pessoa jurídica.

Se todos concordam que a responsabilidade civil da pessoa jurídica é objetiva, porque o tratamento diferenciado com relação à responsabilidade penal, se próprio art. 3.º da Lei de Crimes Ambientais, coloca as responsabilidades administrativa, civil e penal com as mesmas exigências? Desta forma, penso que não se justifica o tratamento diferenciado, pois o legislador constituinte ao se referir à pessoa jurídica fala na atividade praticada por ela e não poderia o legislador infraconstitucional modificar os aspectos dessa responsabilidade impondo-lhe condições.

O art. 3.º da Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretado de forma harmônica com a Constituição Federal e por isso penso que a responsabilização penal da pessoa jurídica e seus representantes é objetiva pela atividade.

Vale ainda, mencionar que o legislador ambientalista criminal não remeteu à aplicação da Lei 9.605/98 as normas da parte geral do Código Penal comum, não havendo razão para se buscar as teorias que foram construídas para àquele Código.

No presente caso, o órgão julgador, ao exigir que na denúncia constasse a distinção das atividades e a forma de contribuição das pessoas apontadas como infratores, não atendeu ao princípio da prevenção e da precaução, pois os fatos requeridos muitas vezes, só são possíveis quando o dano ao meio ambiente já ocorreu.

Para que haja a responsabilização penal da pessoa jurídica e das pessoas físicas que a representam, não podem ser aplicadas as teorias que embasam o direito penal comum. Muitos doutrinadores já avançam, propondo novos parâmetros para nortear a proteção ao meio ambiente. Contudo, percebe-se que o jurisdicionado ainda se mostra enraizado nas teorias clássicas, permitindo que

o direito individual acabe se sobrepondo ao bem coletivo das gerações atuais e futuras.

O meio ambiente, como dito por muitos doutrinadores, faz parte do direito diferenciado; portanto, a tutela jurisdicional do meio ambiente nunca será efetiva, enquanto baseada em axiomas individuais.

Os direitos material e processual difusos exigem técnicas compatíveis com sua índole coletiva, devendo o órgão julgador guiar-se preponderantemente, pelo critério da razoabilidade no seu julgamento.

3. Anexo: inteiro teor do acórdão comentado

MS 2002.04.01.054936-2/SC – 7.ª T. – TRF-4.ª Reg. – j. 25.02.2003 – v.u. – rel. Des. Federal Vladimir Freitas.

MS 2002.04.01.054936-2/SC.

Relator: Des. Federal Vladimir Freitas.

Impetrante: Consórcio Energético Foz do Chapecó.

Advogados: Alexandre dos Santos Pereira Vecchio e outros.

Impetrado: Juízo Federal da 1.ª Vara Federal de Chapecó/SC.

Interessado: Ministério Público.

Advogado: Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle.

Ementa: Constitucional. Mandado de segurança. Processo penal. Ambiental. Ampla defesa. Denúncia inepta. CF, art. 5.º, LV. CPP, art. 41. Lei 9.605/98, arts. 40 e 55, tentativa de extração de recursos naturais. Dano à unidade de conservação.

1. Estando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas prevista no art. 225, § 3.º da CF e no art. 3.º da Lei 9.605/98, descabe criar interpretações destinadas a reconhecer como inconstitucional o que a Constituição criou, pois é vedado ao Juiz substituir-se à vontade do constituinte e do legislador, ainda que dela possa discordar.

2. As pessoas jurídicas podem ser processadas por crime ambiental, todavia, a denúncia deve mencionar que ação ou omissão foi fruto de decisão de seu representante legal ou contratual, ou do seu órgão colegiado, ainda que esta decisão tenha sido informal ou implícita.

3. Os consórcios são mera união de pessoas jurídicas e, por não terem personalidade jurídica, não respondem por crimes ambientais praticados por suas componentes, seus representantes ou empregados.

4. É inepta a denúncia que de forma genérica e sem especificar a ação ou omissão de cada denunciado, três pessoas jurídicas e oito pessoas físicas, atribui-lhes a prática de crimes ambientais sem levar em conta se o Departamento Nacional de Produção Mineral deu ou não autorização para os acusados explorarem recursos minerais e sem especificar que tipo de unidade de conservação foi atingida, de que forma, e a serviço de que pessoa jurídica agiram as pessoas físicas.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a 7.ª T. do TRF da 4.ª Região, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2003 – VLADIMIR FREITAS, relator.

RELATÓRIO – Consórcio Energético foz do Chapecó, formado por Cia. do Vale do Rio Doce e Foz do Chapecó S.A., ambas sociedades por ações, impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Juiz Federal da 1.ª Vara de Chapecó, ato este consistente em recebimento de denúncia contra o Impetrante e outras pessoas físicas e jurídicas, por infração aos arts. 40 e 55 da Lei 9.605/98, este último na forma tentada.

A petição inicial, instruída com documentos obtidos pela impetrante e investigação feita pela Polícia Ambiental de Santa Catarina, sustenta, inicialmente, o cabimento do *mandamus*, por ser inviável a utilização de *habeas corpus* a favor de pessoa jurídica, sua ilegitimidade passiva para responder a ação pe-

nal por não ser uma pessoa jurídica, mas sim uma associação de empresas, inaplicabilidade do art. 3.º, da Lei 9.605/98, atipicidade da conduta por desnecessária autorização do DNPM, existência de autorização do Ibama e atipicidade da conduta prevista no art. 40 da Lei dos Crimes Ambientais por não descrever a inicial qualquer tipo de unidade de conservação (f.).

A liminar foi negada (f.). A autoridade impetrada prestou informações (f.). O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (f.). Em separado, foi proposto *habeas corpus,* a favor das pessoas físicas e nele, negada inicialmente a liminar. Depois, foi esta concedida, a fim de suspender o andamento da ação penal, sendo que o julgamento daquela ação será feito com esta.

É o relatório.

Inclua-se em paua.

VLADIMIR FREITAS, relator.

VOTO – O *habeas corpus* é a via constitucional para que cesse eventual constrangimento na liberdade de ir e vir das pessoas físicas, sendo que, com o tempo, o instituto evoluiu de modo a fazer cessar o constrangimento oriundo de ação penal sem justa causa. Com o advento da criminalização das pessoas jurídicas por crimes ambientais (CF art. 225, § 3.º e Lei 9.605/98, art. 3.º), surgiu situação nova. Não cabendo *habeas corpus* em favor de pessoas fictas, já que elas não se movimentam (ir e vir), revelou-se necessário encontrar outra solução. E esta foi o mandado de segurança, criação brasileira através da Lei 1.533/51, à época necessária para resolver casos de apreensão de automóveis. Em suma, a inexistência de *habeas corpus* para tal hipótese faz com que seja admissível o mandado de segurança.

O E. TACrimSP reconheceu o cabimento do mandado de segurança para exame da justa causa para a propositura de ação penal contra pessoa jurídica (MS 349.440/8, 3.ª Câm., rel. Juiz Fábio Gouvêa, j. 1.º.02.2000). No mesmo sentido este Tribunal Regional Federal (MS 2002.04.01.013843-0/PR, 7.ª T., rel. Des. Federal Fábio Rosa, j. 10.12.2002).

Superada a análise do conhecimento, passa-se ao segundo tópico, qual seja a questão de poder ou não um consórcio ser réu de crime ambiental. A Lei 6.404/76 trata dos consórcios e no art. 278 dá o seguinte conceito:

"Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1.º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2.º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio".

Engrácia Antunes, citado por Maria Cecília de Andrade Santos em artigo publicado na *Síntese Trabalhista* n. 122 – Ago/1999, p. 36, leciona que o consórcio é um "instrumento de cooperação interempresarial pelo qual duas ou mais pessoas singulares ou coletivas, que exercem uma atividade econômica, se vinculam entre si a realizar concertadamente determinada atividade tendo em vista um objetivo".

O Desembargador gaúcho Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em artigo publicada na *RJ* 209 – Mar/1995, p. 136, assim tratou o tema em análise:

"O conceito de consórcio encontra-se no art. 278 da Lei 6.404, de 15.12.1976, tratando-se da união de companhias e quaisquer outras sociedades, não importando se sob o mesmo controle ou não, finalisticamente para executar determinado empreendimento empresarial e, formalmente, constituído mediante contrato. O consórcio não adquire personalidade jurídica própria, visto que as consorciadas mantêm a personalidade jurídica e 'somente obrigam-se nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade' (§1.º). O Dec.-lei 2.300/86 tratava do

consórcio no art. 26 e exigia a indicação de uma empresa líder. Hely Lopes Meirelles (*Licitação e contrato administrativo*, p. 88, Ed. RT, 10. ed., 1991) afirmava que cada consorciada só responde por suas próprias obrigações, sem presunção de solidariedade".

Assim, consiste o consórcio na união de duas ou mais empresas para alcançar um propósito. Suas responsabilidades e atribuições são fixadas por via contratual, cabendo a responsabilização penal decorrente de crime ambiental ser atribuída a cada empresa, individualmente, em conformidade com suas atribuições dentro do pacto celebrado. Isso porque cada participante do consórcio obriga-se apenas nos termos estabelecidos nos contratos, respondendo de acordo com as obrigações assumidas. Por tal, de fato, não há como se responsabilizar a totalidade das empresas quando o ataque ao bem jurídico for realizado por apenas uma delas, isoladamente. Consequentemente, não responde o consórcio por crime ambiental.

Em um passo seguinte, enfrenta-se a questão da pessoa jurídica poder responder criminalmente. Neste particular, a Constituição é expressa (art. 225, § 3.º) e foi complementada por lei específica (Lei 9.605/98, art. 3.º). Argumentar com outros raciocínios, como a impossibilidade de apurar-se a culpabilidade, é querer negar cumprimento à Carta Magna e à lei. É querer impor o pensamento próprio, por mais respeitável que seja, ao que decidiu o Poder Constituinte e Legislativo. Assim, como bem pondera Fernando A. N.Galvão da Rocha em *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, p. 20: "Uma tal resistência é manifestamente ilegítima. Feita a opção política, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário a realizar a vontade do legislador. O entendimento divergente, vencido no debate político, deve se submeter às regras do jogo democrático."

Assim posta a questão, examino as acusações. A denúncia, de forma genérica, atribui a várias pessoas físicas e jurídicas os crimes ambientais de tentar executar extração de recursos naturais sem autorização e causar dano a local de

preservação permanente (f.). Em verdade, a acusação se resume a 05 parágrafos (f.), sem especificação da conduta de qualquer dos envolvidos.

Não se desconhece a jurisprudência que, nos crimes societários, abandona o rigor do art. 41 do CPP, permitindo que a imputação aos sócios seja genérica, em face da absoluta impossibilidade das investigações descobrirem o que se decide no âmbito interno das empresas. Cita-se como exemplo decisão colegiada na antiga 1.ª T. desta Corte, no âmbito do HC 97.04.00663-2/RS, *DJ* 02.04.1997, p. 19761. Certamente nesta Corte Regional originou-se esta jurisprudência inovadora, depois acatada nos Tribunais superiores.

Entretanto, no caso em análise não há como adotar a jurisprudência existente para os crimes tributários. Com efeito, a inicial acusatória envolve nada menos que 08 pessoas físicas, 03 pessoas jurídicas e o consórcio, atribuindo-lhes, indistintamente, dois crimes ambientais. Não menciona, sequer, a que empresas as pessoas naturais pertenciam e com que ação ou omissão contribuíram para a prática delituosa. Ora, o art. 41 do CPP é regra que, em última análise, busca assegurar o exercício da ampla defesa, regra constitucional estampada no art. 5.º, LV da Lei Maior. Tal é a sua importância que foi editado em 1940, em tempos de regime político amparado na Carta de 1937, a chamada "polaca". É dizer, mesmo em tempos do Estado Novo respeitava-se o direito à ampla defesa.

Pois bem, não há como imputar-se uma acusação por crime ambiental a diversas pessoas sem, ao menos, fazer de forma genérica a distinção de suas atividades, a sua forma de contribuição. E no caso, ao contrário dos crimes societários, isso não era impossível. O relatório do zeloso Comandante da Polícia Ambiental deu a direção sobre os acontecimentos (f.). E se isso era insuficiente cabia ao Ministério Público buscar, através de novas diligências, requisitadas diretamente ou através da instauração de Inquérito Policial, os dados necessários à instauração da ação penal. O que não se aceita é que a descrição seja genérica quando é possível apurar o ocorrido e depois se argumente que

durante a ação penal os fatos ficarão melhor esclarecidos. Ora, isso inviabiliza a defesa e até o término da ação o denunciado sofrerá as agruras de responder um processo criminal.

De outra parte, e aqui o mais importante para a parte das pessoa morais, o art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais exige que as pessoas jurídicas possuam algum interesse ao praticar o delito, que ele tenha sido realizado para favorecer a sociedade. Eis a redação:

"Art. 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil epenalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato."

Ora, no caso em tela a exordial nada fala a respeito. Não faz qualquer referência a *interesse ou benefício da entidade.* Ao meu ver esta vantagem pode estar implícita nos atos da Diretoria. Não é necessário que tenha sido deliberada em reunião e registrada em ata, até porque isso seria praticamente impossível de ocorrer. Todavia, mesmo implícita, deve ser apontada na denúncia, sob pena da conduta ser atípica. Pois bem, omissa a inicial, evidentemente deve ser reconhecida a sua inépcia.

Finalmente, há fatores que devem ser enfrentados antes da instauração da ação penal. O DNPM, órgão encarregado de autorizar a exploração de minerais, afirmou que o caso dispensava a sua atuação (f.). O Ibama manifestou-se favoravelmente, desde que cumpridos certos requisitos (f.). Será necessária a autorização do órgão ambiental catarinense, a FATMA, com base na Portaria Intersetorial 01/2001? A hipótese foi cogitada (fl.110), mas não recebeu análise e nem foi mencionada na denúncia.

Quanto ao crime do art. 40 da Lei 9.605/98, em um parágrafo, a denúncia atribui a todos os acusados, nada menos que 12 réus, a abertura de uma es-

trada de 04 metros de largura e a construção de uma plataforma para carregamento de caminhões (f.). Ora, o crime é causar dano direto ou indireto a unidades de conservação. A área degradada é de propriedade particular e a estrada passou sobre plantação de milho (f.). Por outro lado, não está claro o lugar em que se construiu a plataforma na área ripária, sendo que a fotografia tirada do alto revela que não era local de mata ciliar (f.). E mais. No caso, prova pericial a ser realizada por Peritos de carreira da Polícia Federal ou Civil seria o caminho seguro para lastrear uma acusação em Juízo.

Ainda que se possa argumentar que o local estava dentro da área de preservação permanente prevista no art. 2.º do Código Florestal (vide f.), o fato é que isso deve ser dito na denúncia para, a partir daí, poder ser exercitada a defesa. A razão é muito simples. É que o conceito de unidade de conservação está na Lei 9.985/2000, conhecida como Lei do SNUC, sendo inviável estender a proteção penal a outras áreas, como por exemplo terras de indígenas. Disto se segue que uma denúncia pelo delito em análise deve ser explícita quanto ao tipo de unidade de conservação.

Face a todo o exposto, forçoso é concluir que a denúncia ofertada contra as pessoas físicas e jurídicas não atende aos requisitos previstos no art. 41 do CPP, razão pela qual deve ser reconhecida como inepta. Conseqüentemente, o despacho que a recebeu é nulo e da mesma forma a ação penal instaurada. Nada impede que outra seja oferecida, preenchidos os requisitos legais e descritos os fatos de forma a possibilitar a ampla defesa, inclusive, se necessário, instruídos com dados mais concretos e adequados às figuras típicas.

Voto, pois, no sentido de conceder a segurança impetrada, para o fim de declarar a inépcia da denúncia e a conseqüente anulação da ação penal a partir do seu recebimento, estendendo os efeitos desta decisão às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 580 do CPP, porque a inicial não pode ser válida para uns e inválida para outros e, em definitivo para o Consórcio Energético Foz do

Chapecó. Registro que idêntica posição estou tomando no *habeas corpus nº* 2002.04.01.054934-9/SC impetrado a favor das pessoas físicas.

Custas na forma da lei. Sem honorários advocatícios.

VLADIMIR FREITAS, relator.

4. Bibliografia

BENJAMIN, Antonio Herman. *Direito ambiental em evolução.* n. 2. Curitiba: Juruá, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2004.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental.* Busca de efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente* – doutrina, prática e jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Édis; COSTA JR., Paulo José. *Direito penal ambiental:* comentários à Lei 9.605/98. Millennium: Campinas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da criança e do adolescente, e tutela jurisdicional diferenciada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Coleção temas jurídicos. *Proteção penal do meio ambiente* – fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES Eliana; ROCHA, Fernando Galvão. *Biossegurança & biodiversidade contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey,:1999.

Condição impossível nos crimes tributários: a adesão a programa de parcelamento (Refis) como condição da suspensão da pretensão punitiva e princípios constitucionais penais

Davi de Paiva Costa Tangerino
Doutorando em Direito Penal (USP). Advogado em São Paulo.

Joyce Roysen
Advogada em São Paulo.

Em matéria de crimes tributários,[1] o instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido é ainda mais velho que a própria tipificação do crime de sonegação fiscal. A Lei 4.357, de 16.07.1964, trouxe em seu art. 11 novas condutas equiparáveis à da apropriação indébita, tipificada no art. 168 do Código Penal: "o não-recolhimento, dentro de 90 (noventa) dias do término dos prazos legais: a) das importâncias do Imposto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de

1. A expressão será utilizada de maneira ampla, abarcando sempre os crimes previdenciários. A contribuição previdenciária é um tributo e pode ser tratada, em face do objetivo do presente trabalho, em conjunto com os crimes tributários, sem prejuízos teóricos e práticos.

rendimentos; b) do valor do Imposto de Consumo indevidamente creditado nos livros de registro de matérias-primas (modelos 21 e 21-A do Regulamento do Imposto de Consumo) e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenha sido emitidas em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia; c) do valor do Imposto do Selo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba especial". Ao mesmo tempo que criminalizou tais condutas, previu, nos parágrafos do próprio art. 11 duas hipóteses de extinção da punibilidade. O parágrafo primeiro previa que "O fato deixa de ser punível, se o contribuinte ou fonte retentora, recolher os débitos previstos neste artigo antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal" e no parágrafo seguinte que "§ 2.º Extingue-se a punibilidade de crime de que trata êste artigo, pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedade de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhidos, executados os créditos restituíveis nos têrmos da Lei 4.155, de 28.11.1962".

A Lei 4.729 de 14.07.1965 criou entre nós o tipo de sonegação fiscal, assim redigido: "Art. 1.º. Constitui crime de sonegação fiscal: I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II – inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III – alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; IV – fornecer ou emitir documentos graciosos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem

prejuízo das sanções administrativas cabíveis; V – Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sôbre a parcela dedutível ou deduzida do impôsto sôbre a renda como incentivo fiscal. (Incluído pela Lei 5.569, de 1969). Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vêzes o valor do tributo" (...). Mais uma vez, entendeu proveitoso o legislador que houvesse uma forma de o devedor se livrar de eventual ação penal mediante o pagamento do valor devido aos cofres públicos. Dessa feita, previu no art. 2.º da mencionada lei que "extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria".

Principalmente ao longo da década de 1990 o instituto em debate sofreu inúmeras alterações, deixando mesmo de viger entre nós entre 1991 e 1995. Revigorada pela Lei 10.684, de 2003, batizada de Lei do PAES, a hipótese de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido encontra-se temporalmente ilimitada, podendo ser observada inclusive no curso da ação penal, como já tem decidido o Excelso Supremo Tribunal Federal.[2] Diferente história tem o instituto da suspensão da pretensão punitiva estatal em face do parce-

2. Ementa: *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Parcelamento e quitação após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade, por força da retroação de lei benéfica. As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o art. 9.º, § 2.º, da citada Lei 10.684/2003. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado art. 9.º. O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, *lex mitior*, cuja retroação deve operar-se por força do art. 5.º, XL da Constituição do Brasil. Ordem deferida. Extensão a paciente que se encontra em situação idêntica. (HC 85.452-SP, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 03.06.2005).

lamento do tributo devido. Em verdade, o parcelamento tributário tem ocupado o cenário jurisprudencial nos Tribunais Superiores há muitos anos em razão de duas teses que se alojaram fortemente no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é dizer, (i) que o parcelamento tributário teria natureza de novação, extinguindo, dessa forma a relação jurídica originária (eivada pelo vício do crime) por outra nova, de caráter puramente patrimonial e na medida em que a novação deveria ser compreendida como "promoção de pagamento" (expressão usada pela lei),[3] o parcelamento deveria ser tomado como pagamento para fins penais e (ii) o parcelamento é prova de boa-fé do contribuinte e deve ser entendido como enquadrado na expressão "promoção de pagamento".[4] Além disso, unânimes os entendimentos quanto ao requisito temporal: a promoção ao pagamento dever-se-ia dar em data anterior ao recebimento da denúncia em face do texto legal, expresso nesse sentido.

As teses supra não foram, todavia, acolhidas no Supremo Tribunal Federal, quem reafirmava que apenas o pagamento do tributo devido teria o condão de afastar a punibilidade dos crimes previstos na Lei 8.137/90. Mencione-se, nesse sentido, o seguinte acórdão do STF: "A ocorrência do fato imputado ao indiciado se deu quando estava em vigor o art. 14 da Lei 8.137/90. Interpretação desse dispositivo legal. – Se o art. 14 da Lei 8.137/90 exige, para a extinção da punibilidade, o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, essa extinção só poderá ser decretada se o débito em causa for integralmente extinto pela sua satisfação, o que não ocorre antes de solvida a última parcela do pagamento fracionado. Assim, enquanto não extinto integralmente o débito pelo seu pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade

3. Vide, exemplificativamente, STJ, HC 29.421-RS, rel. Gilson Dipp, *DJ* 17.05.2004: "Criminal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Parcelamento do débito anterior à denúncia. Extinção da punibilidade. Desnecessidade do pagamento integral. Novação da dívida. Natureza da relação jurídica alterada. Ilícito civil *lato sensu*" (...).

4. Vide, exemplificativamente, STJ, RO em HC 14.744-SP.

em exame, podendo, portanto, se for o caso, ser recebida a denúncia. Não-decretação da extinção da punibilidade". (QO no Inq. 1.028-6/RS, rel. Min. Moreira Alves, *DOU* 30.08.1996).A idéia de suspensão da pretensão punitiva é novidade trazida pela assim denominada Lei do Refis (Lei 9.964/2000) que criou um programa de recuperação fiscal. Como estratégia de política criminal, previu que aqueles contribuintes devedores de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social que aderissem ao mencionado programa teriam a pretensão punitiva estatal contra eles suspensa, é dizer, enquanto o contribuinte estivesse inscrito no programa o Estado não lhe processaria nem administrativa nem criminalmente.

Ocorre que a Lei do Refis impôs duas condições temporais: (i) que os créditos tivessem vencimento até 29.02.2000 e (ii) que a adesão ao Refis se desse em data anterior ao recebimento de denúncia que versasse sobre os créditos inscritos. Atingiu, dessa forma, a Lei do Refis duas espécies de contribuintes: aqueles que se encontravam denunciados e aqueles que ainda não tinham sido denunciados.

Ao segundo grupo, caberia avaliar a decisão de parcelar ou não os créditos, aproveitando que em sede de recurso especial a chance de se obter a extinção da punibilidade pelo parcelamento era muito razoável, sendo a suspensão da pretensão punitiva até de menor valia em face do amplo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Ao primeiro grupo o impacto seria diverso. Primeiramente é de se relembrar que a decisão de parcelar um crédito tributário não é direito subjetivo do contribuinte; é mister que a Administração crie um programa para tanto. Em âmbito federal desde 2002, com o advento da Lei 10.522 há um programa constante de parcelamento de determinados tributos. Em São Paulo, porém, não existe um programa de parcelamento de Imposto sobre Circulação

de Mercadorias e Serviços (ICMS), tampouco no Município de São Paulo um programa de parcelamento de Imposto Sobre Serviços.

Qual seria o efeito no âmbito penal daquele contribuinte que adere ao Refis, embora já tenha contra si denúncia recebida antes mesmo da vigência da Lei 9.964/2000?

Até 2005, o Superior Tribunal de Justiça vinha oferecendo a mesma resposta: não se aplica a hipótese de extinção da punibilidade, eis que o parcelamento ter-se-ia dado em data posterior ao recebimento da denúncia, requisito esse temporal *sine qua non*. De outro lado, inaplicável a suspensão da pretensão punitiva estatal dado que também para a incidência desse instituto seria imprescindível a adesão ao Refis em data pretérita ao recebimento da denúncia, pouco importando se *in concreto* o contribuinte não tenha podido fazê-lo ante ao óbvio motivo da inexistência do Refis naquela oportunidade.[5]

Eis que em agosto de 2005 a 5ª T. do Egrégio STJ exarou acórdão no REsp 659.081-SP, cujo voto aprovado por unanimidade é da pena do e. Min. Hamilton Carvalhido reconhecendo, pela primeira nessa Corte, que a condição temporal de adesão ao Refis em data anterior ao recebimento da denúncia não deveria ser exigida daqueles que, no termo inicial de vigência da Lei 9.964/2000 já encontravam-se denunciados:

"Ementa: Recurso especial. Apropriação indébita previdenciária. Propositura da ação penal antes da vigência da lei instituidora do Refis. Art. 15 da Lei 9.964/2000. Aplicação retroativa. Possibilidade. Condição legal impossível. Suspensão da pretensão punitiva do estado. Cabimento.

1. Aplica-se o art. 15 da Lei 9.964/2000, retroativamente, às espécies que a adesão ao Refis se deu em data posterior ao recebimento da denúncia, mas a propositura da ação penal se verificou antes da vigência da lei instituidora do

5. Vide REsp 502.027-SP, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 15.09.2003 e RO em HC 12.072-PR, rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 29.04.2002.

benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, por impossível o atendimento da condição legal da precedência do parcelamento ao processo criminal.

2. Recurso improvido

Em seu brilhante voto, o e. Min. rel. Hamilton Carvalhido evoca dois princípios constitucionais do Direito Penal: o da razoabilidade e da retroatividade da lei penal mais benéfica. No campo do princípio da razoabilidade está a noção de que a condição impossível (aderir a programa inexistente) não pode ser exigida do indivíduo como condição de obtenção de benefício de natureza penal, como o é a suspensão da pretensão punitiva estatal.

É o próprio magistrado a trazer à colação três outros acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que decidiam justamente em sentido contrário à tese vencedora, transcrito aqui apenas o mais recente deles:

"Criminal. REsp. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Dolo genérico. *Animus rem sibi habendi.* Comprovação desnecessária. Suspensão da pretensão punitiva do estado pela incidência do art. 15 da Lei 9.964/2000. Impossibilidade. Pessoa jurídica inscrita no Refis após o recebimento da denúncia. Ofensa ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica não-configurada. Excludente de culpabilidade. *Onus probandi.* Faculdade probatória da parte. Recurso conhecido e provido.

I – A conduta descrita no tipo penal do art. 95, *d*, da Lei 8.212/95 é centrada no verbo "deixar de recolher", sendo desnecessário, para a configuração do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social. Precedentes.

II – A suspensão da pretensão punitiva do Estado, nos termos no art. 15 da Lei 9.964/2000, somente ocorre quando o ingresso da pessoa jurídica no Refis se dá antes do recebimento da denúncia, nos exatos termos da Lei. Precedente.

III – A não aplicação do art. 15 da Lei 9.964/2000 não configura ofensa ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, eis que condicionada à inscrição da pessoa jurídica no Refis antes do recebimento da denúncia. Precedentes.

IV – A Lei 9.964/2000 é aplicada, de imediato, nos casos em que houve a inscrição no programa Refis antes do recebimento.

(...)

VIII – Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do relator". (REsp 628.652/RJ, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 08.11.2004).

Nota-se que a novel jurisprudência é garantista, dado que não se apega a filigranas legalistas e afinada com a política criminal em matéria tributária e previdenciária: desde o ano 2000 o legislador tem preferido claramente arrecadar a punir. Tanto assim que a Lei 10.684/2003, conhecida como Lei do PAES ou Lei do Refis II simplesmente abdicou da condição temporal para (i) o pagamento do tributo devido e a respectiva extinção da punibilidade e (ii) o parcelamento do crédito tributário e a conseqüente suspensão do poder punitivo estatal. De mais a mais, passados mais de cinco anos de inclusão no Refis, a pessoa jurídica vinha pagando regularmente, independentemente do benefício da suspensão.

No que tange ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, cabe reportar ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, em sede do RE 409.730-PR, cujo relator foi o e. Min. Marco Aurélio de Mello, assim ementado:

"Ação penal – Adesão ao programa de recuperação fiscal – Refis – Lei 9.964/2000 – Art. 15 – Denúncia já recebida – Suspensão da pretensão punitiva – Viabilidade. A interpretação do art. 15 da Lei 9.964/2000 há de se fazer à luz da garantia constitucional da retroação da norma mais benéfica ao réu, afastando-se a cláusula final do artigo, no que impõe, como condição, o fato de se ter aderido ao Refis em data anterior ao recebimento da denúncia, quando esta

o foi antes da vigência da nova norma legal. A condição impossível é tida como não escrita".

O voto do e. Ministro merece análise minuciosa, eis que é verdadeira aula de garantia constitucional penal: "Consubstancia garantia constitucional do rol do art. 5.º do Diploma Maior que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu' – inciso XL. Deve-se conferir a maior eficácia a esse preceito, submetendo a ele as de natureza ordinária. Vale dizer: na interpretação e na hermenêutica, levar-se-á em conta o que previsto na Carta da República, isso ao se voltarem para a elucidação de norma ordinária. O art. 15 da Lei 9.964/2000, situado entre o trato embrionário da glosa penal, evoluindo o contribuinte, a partir da Lei 4.729/65, e o ápice até aqui atingido, Lei 10.684/2003, há de merecer interpretação teleológica".

Prossegue defendendo que os prazos constantes da Lei do Refis, compreendido o contexto político-criminal em que se insere essa norma penal, são antes exortações ao contribuinte no sentido de que regularizem o quanto antes suas pendências tributárias. "Em outras palavras, *não há campo para observância do limite quando este não se mostra possível de surgir, ou seja, quando já recebida, em data anterior à própria lei, a denúncia*" (não grifado no original).

A análise combinada do REsp 659.081-SP e RE 409.730-PR ilustram, conclusivamente:

(i) avanço na implementação das garantias constitucionais, sobretudo no emprego dos princípios gerais do Direito Penal Constitucional como o de razoabilidade e o de retroatividade da lei penal mais genérica;

(ii) emprego da interpretação teleológica, complementar necessária de outras mais formalistas, como modo de obtenção da tutela mais justa e mais coerente com o ordenamento jurídico unitariamente considerado;

(iii) prevalência, ainda que apenas notada no campo do Direito Penal Econômico, das saídas extra-penais, desprivilegiando o emprego da pena privativa de liberdade;

(iv) no campo dogmático, embora cada vez menos haja casos relacionados ao Refis, em função do distanciamento temporal, há o reconhecimento genérico de que condições impossíveis que obstem o usufruto de benefícios penais devem ser tidas como não escritas e;

(v) normas não-penais em sentido estrito, conquanto contendo embrionariamente dispositivos penais, como o art. 15 da Lei 9.964/2000, devem retroagir em favor do réu, de acordo com a hermenêutica apontada pelo Min. Marco Aurélio.