ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

54

maio-junho de 2005

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 13 n. 54 maio–junho de 2005

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 e revisão
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Escolas Profissionais Salesianas
CNPJ 60.927.290/0001-45

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
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

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
Andrei Koerner

Monografias
Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores estaduais

Adeildo Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), 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). Heloisa Estellita (DF), 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), 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
Juliana Garcia Belloque, Maurides de Melo Ribeiro e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, 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 Araujo da Silva, 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, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, 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, Mario Sergio Sobrinho, 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. 55 – julho-agosto – 2005

Algunas reflexiones sobre la pena y el pensamiento penal

Ana Messuti

Teoría final de la acción e imputación objetiva.

Consideraciones sobre la teoría e la adecuación social

Manuel Cancio Meliá

Devido processo legal e direito ao procedimento adequado

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

A anistia e os crimes contra a humanidade

Edson Luis de Almeida Teles

Sumário

1. Direito Penal

Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres 9
Andrea Borelli

Lo justo y lo razonable 43
George P. Fletcher

O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade 93
Luciana Rodrigues Krempel

2. Processo Penal

Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo 127
Fábio Kerche

Cooperação penal internacional nos delitos econômicos 153
Pedro Barbosa Pereira Neto

3. Crime e Sociedade

Federalização dos crimes contra os direitos humanos 169
Flavia Piovesan

A nova lei de armas 184
Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa) 203
Iñaki Rivera Beiras

La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro 259
Stella Maris Martínez

4. O Direito em Ação

O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional 291
Antenor Madruga

4.1 Jurisprudência Comentada

Crime em face da vítima 312
Arnaldo Malheiros Filho

Inquérito policial e direito de defesa 315
Paulo Thadeu Gomes da Silva

4.2 Ementário de Jurisprudência 326

Roberto Delmanto Junior e
Fabio Machado de Almeida Delmanto

5. Índice Alfabético Remissivo 395

Normas de publicação 399

1. Direito Penal

Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres

Andrea Borelli
Doutora em Ciências Sociais
e Mestre em História pela PUC/SP.

Sumário: 1. A gênese da noção de criminoso passional e a repercussão no Brasil – 2. A tese da passionalidade e o Código Penal de 1890 – 3. O nascimento da noção de legítima defesa da honra – 4. Bibliografia.

Resumo: O sistema jurídico apresenta-se à sociedade como impermeável às questões de gênero, etnia e classe. Portanto, o conjunto de regras nele exposto atingiria as pessoas de maneira uniforme e igualitária.

Contudo, um olhar mais atento ao seu desenvolvimento histórico permite verificar práticas que favoreciam a liberação dos homens que perpetravam crimes contras suas esposas/companheiras.

Acompanhar as discussões sobre este tema, entre os anos de1890 e 1940, é o objetivo deste artigo.

Palavras-chave: história do direito, direito penal, violência contra a mulher, gênero.

1. A gênese da noção de criminoso passional e a repercussão no Brasil

O contato dos europeus com os outros grupos humanos, e a expansão dos métodos de exploração capitalista, levaram ao crescimento de teorias científicas, que classificavam e hierarquizavam as várias culturas existentes.[1]

Vários grupos de cientistas, principalmente médicos e juristas, voltaram-se ao estudo das tendências criminosas e dos criminosos. Tratava-se de um processo de medicalização do crime e, por esse motivo, os estudos iniciais sobre esse assunto aconteceram no campo da medicina.

Os médicos estudavam a ligação entre o desenvolvimento intelectual e o tamanho da caixa craniana, tentando estabelecer o grau de inteligência dos vários grupos étnicos humanos. Neste clima de medições, estatísticas e outros elementos, merece destaque o trabalho do médico italiano Cézare Lombroso.[2]

Lombroso realizou seus estudos de medicina em Pádua. Em 1874, recebeu a cátedra de medicina legal, em Turim. Em 1876, foi publicada[3] sua obra principal, *O homem delinqüente*, na qual defendeu a tese da existência de criminosos natos. O ápice de sua carreira aconteceu em 1885, quando exerceu o cargo de presidente do Primeiro Congresso Internacional de Antropologia Criminal.

Nestes anos, Lombroso lutou para dar consistência à sua teoria do criminoso nato, descrevendo uma série de elementos considerados essenciais para reconhecê-lo, antes que suas tendências criminosas se manifestassem.

Em 1895, Lombroso passou a analisar as mulheres, publicando o livro *A mulher criminosa e a prostituta*, em colaboração com o médico Ferrero. Nas páginas desse livro, ele traçava a inferioridade que considerava inerente à mu-

1. HOBSBAWM, Eric. *A era dos impérios*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
2. DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na 'Belle Epoque'*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

lher normal, reforçando, dessa forma, o universo de representações sobre a feminilidade corrente no período.

A mulher criminosa carecia de instinto materno, de lealdade e era dotada de uma crueldade requintada e diabólica. As teses de Lombroso nunca foram uma unanimidade entre os médicos ou entre os juristas. Na Itália, as idéias de Lombroso encontraram apoio entre juristas como Luigi Garofalo[3] e Enrico Ferri.

Ferri era professor de direito penal e, em suas obras, tentou realizar a síntese entre o positivismo e a escola sociológica. Sua tese principal era a substituição da noção de responsabilidade moral pela noção de responsabilidade social e de defesa social.

Em seu livro *Princípio de Direito Criminal*, Enrico Ferri teceu a seguinte consideração:

"O homem é sempre responsável de todos os seus atos, somente porque vive em sociedade. Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da personalidade física, intelectual e moral. E, portanto, deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, e que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado."[4]

Foucault, em *Vigiar e Punir*,[5] considera que a teoria do contrato social subsidia uma nova forma de punir os infratores dos mecanismos legais, estabelecendo novos princípios na arte de punir e homogeneizando seu exercício.

Partindo desta premissa, o autor apresenta a impossibilidade da Justiça continuar a basear sua ação nos suplícios físicos impostos ao infrator. A punição

3. Luigi Garofolo foi um importante jurista da escola italiana. Seus primeiros ensaios datam de 1876, e sua principal obra de grande influência no universo jurídico do período, *La criminologia*, foi publicada em Turim, no ano de 1885.

4. FERRI, Enrico. *Princípio de Direito Criminal*, S.N.T. O termo significa Sem Notas Tipográficas. Deve ser empregado quando não existe referência de data, cidade, editora e ano

5. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1994.

deveria abandonar a esfera da vingança e de sua identificação como uma ofensa à figura do monarca absoluto.

As práticas sociais, lícitas e ilícitas, precisavam ser codificadas para o surgimento de uma nova política sobre a ilegalidade. Assim, criou-se a noção de que a nova legislação penal representava um consenso sobre o direito de punir, e uma nova forma de gerir o comportamento inadequado.

Com base na noção de contrato social, esta nova política pressupunha que o indivíduo aceitava, tacitamente, a punição que lhe era aplicada. Isto era respaldado pela idéia de que todos haviam aderido, racionalmente, ao contrato social,[6] o que pressupunha que aceitariam a punição que viesse da ruptura de algum dos elementos por ele gerido.

A ruptura do contrato colocava o infrator contra toda a sociedade, com a qual tinha firmado o acordo de convivência mútua e, portanto, sua infração tinha que ser punida.

Segundo Foucault, o direito de punir era de toda a sociedade que firmara o contrato, e a medida da punição deveria ser determinada levando em conta a "sensibilidade humana" dos homens que compunham o contrato. Seguindo esta noção, a humanidade que a regra penal devia respeitar não era a do infrator, mas a da sociedade obediente aos preceitos legais.

Para o cálculo da medida exata da punição cabível ao infrator, era necessário, segundo Foucault, avaliar os efeitos do castigo e o poder que se pretende exercer sobre o grupo social. Portanto, o que se pune é a desordem que o comportamento ilícito causou ao grupo social, e a punição adequada devia carregar o sentido do exemplo.

Neste novo contexto, função da punição era evitar a repetição do comportamento ilícito por outros indivíduos, reduzindo o interesse pelo crime, in-

6. Desde o século XVII, a característica central do homem era a razão, tida como elemento que diferenciava o homem de todos os outros seres e marcava sua relação com os elementos que o cercavam. Ver: ODALIA, Nilo. *A liberdade como meta coletiva.* PINSKY, Jaime e PINSKY, Claudia. *História da cidadania.* São Paulo: Contexto: 2003.

fundindo o temor da pena. Neste sentido, a arte de punir repousa na institucionalização de um conjunto de ações que procuram submeter à força desorganizadora do comportamento ilícito, e apresentar a pena como conseqüência natural da ação inadequada.

Portanto, para Foucault, a pena é um conjunto de sinais, de mecanismos de redução de interesse pelo crime e de duração da ação recriminatória, voltada não somente ao infrator, mas a todos os possíveis infratores. A representação do "preço a ser pago" pelo crime funcionaria como inibidor das ações ilícitas.

"O suporte do exemplo, agora é a lição, o discurso, o sinal decifrável, a encenação e a exposição da moralidade pública."[7]

Neste sentido, no que tange ao gênero, os grupos sociais hierarquizam as relações entre homens e mulheres, e tornam os homens detentores do poder nelas implícito.[8] É importante observar que, o poder masculino não é absoluto e que, por meio das relações micropolíticas, as mulheres se apropriam de fatias do poder masculino e podem exercê-lo sobre crianças ou idosos, por exemplo.

Dentro desta lógica, a violência é inerente à organização social de gênero, visto que é permissível aos homens fazer uso dela, a fim de garantir sua posição privilegiada na sociedade, demonstrando, assim, que a violência é um elemento estrutural.

Na esfera do Direito, a ação humana era justificada de diferentes maneiras. Na escola clássica, a noção de livre-arbítrio e responsabilidade moral, exigia a consciência do criminoso no momento do ato. No caso dos crimes de honra, por exemplo, esta noção podia ser subvertida pela idéia de que o criminoso estava privado de razão, pois a traição, por exemplo, era considerada um motivo suficientemente forte para provocar a "privação dos sentidos e da inteligência".

7. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2002, p. 91.

8. SAFFIOTI, Heleieth I. B.. "Violência contra a mulher e violência doméstica". *In*: BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra. *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC/Editora 34, 2002.

Ao determinar que a responsabilidade do criminoso era social, Ferri e os juristas da escola positiva[9] reforçavam uma noção da lei como determinada pela sociedade e suas regras. O espaço para garantir a isenção, no caso dos crimes passionais, era a categorização dos criminosos e a individualização das penas.

Estas noções apontavam qualidades diferentes para os criminosos, e serviam como base legal para um julgamento, no qual o ato criminoso era obscurecido pelo motivo, ou seja, as qualidades desejadas para a mulher ideal podiam ser reforçadas pela supressão da adúltera. Pode parecer uma lógica ambígua ou despropositada, mas, ao julgar o crime desta forma, o judiciário cumpria sua função: a defesa da sociedade contra um comportamento desafiante.

Ferri[10] ampliou o trabalho de Lombroso e classificou os criminosos em cinco categorias básicas: o criminoso louco era aquele que estava entre a sanidade e a doença, sendo seu estado quase patológico; o criminoso nato que, para ele, era alguém com atrofia do senso moral; o delinqüente habitual era, antes de qualquer coisa, um produto do meio em que vivia, ou seja, indivíduos que cometiam crimes influenciados por más companhias; este diferia do ocasional que, segundo Ferri, pela falta de firmeza de caráter, podia cometer um crime se envolvido em uma situação propícia; e o criminoso passional, que era assim descrito pelo autor:

"O delinqüente passional – acrescenta Ferri – é aquele, antes de tudo, movido por uma paixão social. Para construir essa figura de delinqüente concorre a sua personalidade, de precedentes ilibados, com os sintomas físicos – entre outros – da idade jovem, do motivo proporcionado, da execução em estado de comoção, ao ar livre, sem cúmplices, com espontânea apresentação à autoridade e com remorso sincero do mal feito, que, freqüentemente. Se exprime com o imediato suicido ou tentativa séria de suicídio Esta classificação dos criminosos advinha de uma nova postura perante a questão da gênese da ação criminosa que, segundo

9. ALVARES, Marcos Cesar. Bacharéis, *Criminologistas e Juristas: saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil (1889-1930)*, 2001. 194p. Tese (doutorado em Ciências Sociais), USP, São Paulo.

10. DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na 'Belle Epoque'*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

Ferri, estava na paixão. A paixão era o móvel da ação criminosa. Contudo, por ser uma força incontrolável, não atingia somente os indivíduos "perversos", os bons cidadãos podiam ser atingidos pelas explosões da paixão."[11]

Assim, para separar os "justos" dos "perversos" era necessário analisar a qualidade da paixão que tinha levado a pessoa ao crime. Dessa forma, era possível garantir que seus motivos funcionassem como atenuante da pena ou dirimente completa da responsabilidade.

Então, as paixões[12] foram divididas em dois grupos distintos: as paixões sociais, que servem como dirimente, e as anti-sociais, que mostram o caráter inadequado do criminoso e do crime.

No caso dos passionais, devia-se, já no primeiro momento, determinar a qualidade da paixão que o impulsionava.[13] O motivo que o levou à ação tinha de ser relevante para a manutenção da ordem moral da sociedade. Se agiu em defesa de princípios, como família e honra, a paixão que o impulsionava classificava-se como social e, portanto, era possível a atenuação da pena, diminuindo o tempo de reclusão ou levando à absolvição do criminoso.

"A indignação provocada por um crime, que tem como motivo o interesse pecuniário, ou a sórdida inveja, não se repete diante de um crime que tem por motivo um amor infeliz, a traição de um falso amigo, a ofensa ao pudor de uma filha. Não se pretende com isso que só o motivo baste para classificar o criminoso e, consequentemente, orientar a individualização. O que se sustenta é a suprema importância do motivo na caracterização do crime e na revelação da índole do criminoso."[14]

11. FERRI, Enrico. *O delito passional na civilização contemporânea.* São Paulo: Saraiva, 1934, p. 3.

12. Paixão era entendida pelos juristas como força irresistível.

13. HARRIS, Ruth. *Assassinato e loucura: medicina, leis e sociedades no fim de 'Siécle'.* Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

14. LYRA, Roberto. *O suicídio frustro e a responsabilidade dos criminosos passionais.* Rio de Janeiro: SCP, 1935, p. 197.

Determinar a causa do crime era essencial para a percepção de que aquele "criminoso" tinha cometido um delito induzido por um motivo relevante, estando, entre tais motivos, a honra masculina.[15] Os juristas que utilizavam essa definição na defesa de passionais, insistiam que a honra era uma paixão social, e que mantinha a coesão da vida em sociedade.

Tratava-se da manutenção de uma estrutura hierárquica, que estabelecia uma ponte entre a honra do homem e os atos femininos, como se nota das declarações de um promotor público, em caso analisado:

"Si fosse exacto e estivesse provado que a victima enganava o marido, seria eu o primeiro a pedir a absolvição do accusado."[16]

Portanto, pode-se inferir que os homens que tivessem cometido crimes contra mulheres, que tinham rompido os padrões estabelecidos, poderiam usufruir a impunidade garantida pela noção de paixão social.

É necessário observar que, os juristas atentavam para a questão de que ao garantir a impunidade aos passionais, podia-se incorrer em "absolvições escandalosas",[17] que deixassem de considerar o caráter objetivo do ato criminoso, e somente observassem os elementos subjetivos do crime.

Esta postura era considerada uma das conseqüências da expansão do romantismo do século XIX que, segundo os juristas, ofereceu aos crimes de amor uma aura de tragédia que comovia a todos.

O romantismo propunha a excitação sentimental, a valorização exaltada do indivíduo e imagens idealizadas das mulheres como figuras de rosto marmó-

15. BORELLI, Andrea. *Matei por amor: representações do masculino e do feminino nos crimes passionais.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

16. CARNEIRO, Justino. "A legítima defesa da honra nos crimes de adultério". *Revista de Jurisprudência Brasileira.* 1929, S.N.T, pp. 13-18.

17. BESSE, Susan K. "Crimes passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil"; 1910-1940. *Revista Brasileira de História: A mulher e o espaço público.* São Paulo: Marco Zero – Anpuh, vol. 9, n. 18, 1989, pp. 191-197.

reo e fogo interior.[18] Esta era a força principal para que grandes juristas, como Ferri, achassem ser possível escusar aqueles que diziam ter agido "por amor".

Outro elemento a ser considerado era a personalidade do autor.[19] Seu caráter e comportamento deviam ser avaliados, pois somente aqueles que cumpriam os quesitos de passado e educação sem máculas podiam ser considerados passionais. Qualquer mancha podia descaracterizar esta construção e excluí-lo da possibilidade de absolvição.

"Outrossim, quando a boa índole do criminoso, o seu honesto passado, a qualidade moral e social dos motivos e a forma apenas violenta da execução do seu crime, seguida de arrependimento, ou de remorso, mostrarem que o mesmo crime – passional ou emotivo – foi triste e doloroso episódio na vida normal do criminoso, não há razão para lhe ser aplicada qualquer pena, ainda mesmo não desonrosa. Toda a repressão seria inútil, e, como tal, iníqua."[20]

E, também, pode-se perceber estes aspectos em:

"O amor não é a única paixão que qualifica o delito passional, tanto na linguagem jurídica, como na linguagem comum, mas as paixões ligadas á etilogia do crime são: o amor, a honra, a fé religiosa ou a política. Essas, normalmente exercem uma função útil na sociedade e só aberram em determinadas condições mesológicas e antropológicas.[...] O jurista e o legislador não podem nem devem esquecer nunca que, quando a ação humana vai de encontro á ordem material constituída e à humanidade, os seus autores não se confundem na bolsa dantesca dos criminosos comuns e vulgares, que não nos merecem respeito ou piedade."[21]

18. DEL PRIORI, Mary. *Corpo a corpo com a mulher: pequena história das transformações do corpo feminino no Brasil.* São Paulo: Editora do Senac, 2002.

19. BORELLI, Andrea. *Paixão e criminalidade. Direito USF.* Bragança Paulista, n. 2, vol. 16, jul./dez. 1999, pp. 29-38.

20. MORAES, Evaristo. *Criminalidade passional. O homicídio e o homicídio – suicídio por amor em face da psychologia criminal da penalística.* São Paulo: Saraiva, pp. 66-69.

21. FERRI, Enrico. *O delito passional na civilização contemporânea.* São Paulo: Saraiva, 1934, p. 63.

Para reforçar esse elemento, o da diferença entre os passionais e os outros criminosos, era necessário colocá-los em uma outra categoria, o que permitia que cada caso recebesse um tratamento jurídico mais adequado à situação de réus primários que tinham agido por um "motivo nobre". A maneira de realizar esta operação era criar a noção de que o crime era um intervalo infeliz e irracional na vida de um "bom homem", cumpridor de seus deveres de cidadão e de marido. Era, portanto, injusto que fosse julgado pelos mesmos parâmetros dos prisioneiros comuns.

A escola positiva apontava a necessidade de aplicar a cada indivíduo uma pena adequada, levando em conta sua periculosidade para a sociedade. De fato, tratava-se de uma pena que promovesse a defesa social diante de um agressor potencial.

Deve-se observar que, o próprio Ferri, ao definir o que era criminoso passional, apontava que ele era um indivíduo de baixa periculosidade e que sua ação era fruto de uma conjunção de fatores que dificilmente aconteceria outra vez. Desta forma, a sociedade não precisava temê-lo, e o direito, que era responsável pela defesa social, não precisava puni-lo com rigores excessivos.

Ao aplicar estes princípios ao caso dos assassinos de mulheres, o judiciário esvaziava a violência do ato que tinha suprimido uma vida. Assim, o foco da questão era levado para a vida pregressa e a periculosidade do assassino, garantindo uma pena amena ou inexistente. Provavelmente, a questão era ainda mais aceitável nos casos que envolvessem a ruptura dos padrões socialmente aceitos.

Tal colocação confluía para a noção pregada por Evaristo de Moraes:[22]

"E de fato, o crime que se pune, mas é considerando cada indivíduo que se escolhe a medida conveniente [...] é preciso atender aos caracteres particula-

22. Evaristo de Moraes nasceu em 20.10.1871, no Rio de Janeiro, e morreu na mesma cidade, em 30.06.1939. Sua estréia no Tribunal do Júri deu-se 1894, apesar de só ter obtido o título de bacharel em direito em 1916, quando já era bastante conhecido nos meios jurídico e jornalístico. Trabalhou em inúmeros casos envolvendo crimes de paixão, além de exercer um papel central na modernização da legislação social do País e ter exercido o cargo de consultor jurídico do Ministério do Trabalho.

res do delinqüente, aos seus antecedentes, a sua situação na família, a educação recebida, o meio que viveu."[23]

Seguindo este raciocínio, Evaristo Moraes dizia ser necessário levar em conta as circunstâncias e os motivos de um crime para julgá-lo, pois era incorreto aplicar a mesma pena àquele que defendia um valor social relevante e à um criminoso habitual, que agia levado por seus "instintos perversos".[24]

Esta noção era defendida por inúmeros juristas, que julgavam serem impossíveis generalizações muito amplas em matéria de direito penal. Além disso, consideravam que somente se pode responder a determinadas questões após a análise de casos e posturas concretas. Tratava-se da noção de que era necessário julgar os indivíduos por toda a sua vida, e não somente pelo momento do crime.

"E ninguém dirá a sério que, na pior hipótese, admitindo a punibilidade dos apaixonados e emotivos, sejam aplicáveis a eles as mesmas penas com que são, em geral, reprimidos os criminosos de outras categorias, desprezados, assim, os motivos que os levaram a agir. [...] Partindo do princípio segundo o qual a pena deve ser a expressão exata das reações coletivas, provocadas no seio da sociedade pelo delito, sempre que essas reações não sejam manifestas, sempre que a ambiência social aceite o crime como um ato não-reprovável, a pena tornar-se-á desnecessária, pois não terá havido perturbação da ordem jurídica."[25]

O passional não precisava sofrer nenhuma punição, pois, além do motivo justo que o impulsionava, ele não reincidia. O crime era considerado, segundo Esmeraldino Bandeira, um "deslize transitório da consciência honesta".

Novamente, estes juristas tinham a percepção de que estas noções podiam gerar a absolvição de criminosos, que não se enquadravam no tipo passional. Entretanto, continuam julgando isto um "mal menor" e perfeitamente tolerável:

23. FERRI, Enrico. *Princípio de direito criminal,* S.N.T, p. 66.

24. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Rio de Janeiro: Editora Nau, 2002.

25. MORAES, Evaristo. *Criminalidade passional. O homicídio e o homicídio – suicídio por amor em face da psychologia criminal da penalística.* São Paulo: Saraiva, pp. 66-69.

"Não hão de negar a excessiva tolerância de certos julgamentos, cobrindo de perdão aos desvarios de pseudo-passionaes. Mas as absolvições do Jury, quando filhas da piedade, embora mal comprehendidas, são menos nocivas que o extremado rigor das condenações nascidas da insensibilidade das sentenças mathematicas, que resolvem os problemas da psychologia humana como se fossem questões de geometria."[26]

Depois de perpetrar o crime, o passional era tomado de remorso e, comumente, tentava/praticava o suicídio.[27] O ato do suicídio era o mais melindroso na construção do passional, pois, para os juristas, era indispensável como forma de demonstrar o arrependimento do envolvido.

Entretanto, na maioria dos casos, não se detectavam as tentativas de suicídio dos homens que iam a julgamento, e este ponto era explorado pelos promotores para descaracterizar o réu como passional. Eles procuravam indicar que aquele homem não agiu como tal, pois o assassino por paixão não suportaria a idéia de viver sem sua mulher. Por conseguinte, já que a tinha matado, seu "desejo" devia ser unir-se a ela na morte.

"Si quem mata, a pretexto de amor, não sobreviva a sua vítima, podemos afirmar que o criminoso passional nunca está no banco dos réus, porque vai direto para o cemitério. Quando, no Júri, deparamos um assassino apoteosado, deveríamos por ordem de Ferri, adverti-lo de que esqueceu de completar a obra. Ele continua a gozar a existência longe da mulher sem a qual não podia viver. [...] Quando se mata, não há amor no sentido social, a que só interessam os berços e nunca os túmulos. Esse outro amor, cliente da assistência e não da Maternidade, devemos sempre desclassificar ante os próprios privilégios românticos."[28]

26. GOMES, Euzébio. "Paixão e delito". *Revista de Direito*. 1930, pp. 61-81.

27. HARRIS, Ruth. *Assassinato e loucura: medicina, leis e sociedades no fim de 'Siécle'*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

28. LYRA, Roberto. *O suicídio frustro e a responsabilidade dos criminosos passionais*. Rio de Janeiro: SCP, 1935, p. 197.

Descaracterizar o réu como passional era a forma encontrada pelos promotores para garantir a condenação dos assassinos em questão, impedindo, assim, a vitória da tese da passionalidade.

2. A tese da passionalidade e o Código Penal de 1890

O primeiro Código Penal republicano foi editado em 11.10.1890.[29] Apesar de ser considerado mal sistematizado, entre outros problemas, o Código republicano foi um avanço para a época, pois aboliu a pena de morte para os homens livres e instalou o regime penitenciário de caráter correcional.[30]

As dificuldades de redação levaram ao surgimento de várias leis que pretendiam "remendar" os erros apresentados. Diante do grande volume de leis que surgiram, foi necessário sistematizá-las, e tal tarefa coube ao desembargador Vicente Piragibe. Desse esforço surgiu, em 14.12.1932, a Consolidação das Leis Penais, que vigorou até 1940.

Diante desta situação legal, a atitude inicial dos dois promotores, citados anteriormente, foi a de tratar do enquadramento legal do crime, ou seja, quais artigos do Código Penal podiam ser usados pela defesa para atenuar a pena dos réus. Como indicado por Roberto Lyra:

"Saibamos, pois, do autor do Código Penal si o inc. 4 do art. 27 estabelece dirimência para o crime passional. Explicando a *mens legis* desse texto de lei, o Conselheiro Batista Pereira diz que aí só se tem em vista a loucura e as

29. Seu principal redator foi o doutor Batista Pereira, cujo trabalho foi alvo de muitas críticas, pois, além da orientação clássica, aceitava postulados da escola positiva. O Código anterior foi sancionado em 16.12.1830. Trata-se de um Código liberal, inspirado na doutrina utilitária de Betham e nos Códigos franceses de 1810 e Napolitano de 1819. Fixava-se na nova lei um esboço de individualização das penas, previa-se a existência de atenuantes e agravantes, estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos, a pena de morte só foi aceita depois de acalorados debates e visava coibir os crimes de escravos. Apesar das qualidades, o Código permitia a diferença no tratamento a ser dispensado a pessoas que procuravam o sistema judicial.

30. CAULFIELD, Sueann. *Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2000.

moléstias ou estados congêneres, mas não abrange as explosões criminosas da paixão."[31]

"O art. 27, § 4.º, do Código Penal, alude a estado de completa, isto é, total, inteira, geral perturbação, tanto dos sentidos como da inteligência, no ato de cometer o crime. Os senhores jurados observaram a atitude do réu neste julgamento, cuja solenidade exalta a emotividade. Durante o interrogatório, o réu se revelou um homem-máquina, ou, melhor, sem a própria trepidação das máquinas... Depois, aquela desenvoltura, aquela arrogância, aquela precisão com que se empenhou na justificação ardilosa de seu crime."[32]

O presente inciso tratava de completa privação dos sentidos e da inteligência, sendo uma das brechas mais usadas para a aplicação da tese da passionalidade. A análise do dispositivo permite perceber a orientação clássica do Código Penal de 1890.

A Escola Clássica é marcada pela noção de livre-arbítrio, ou seja, a existência de uma vontade inteligente e livre. Dessa noção, uma outra foi derivada: a idéia de que só é possível punir os atos que derivam de uma ação consciente e desejada.[33]

Com base nesta premissa, era possível compreender a inclusão do parágrafo aqui indicado no Código Penal. O legislador Batista Pereira pretendia garantir a plena realização da noção de livre-arbítrio. Esta questão foi percebida por vários dos seus críticos, como Nelson Hungria:

"É força, porém, convir que ella se affeiçoa, rigorosamente, aos cânones da Escola Clássica, a que se arrimou o legislador de 1890. As responsabilidades penais, baseadas na concepção absoluta da responsabilidade moral, é incompatível com a idéia de uma semi-imputabilidade ou uma imputabilidade sem a concomi-

31. GARCIA, Alberto. *No plenário do crime,* S.N.T., 1912, p. 80

32. GARCIA, Alberto. *No plenário do crime,* S.N.T., 1912, p. 80

33. NORONHA, Magalhães. *Direito penal: volume 1.* São Paulo: Saraiva, 1992.

tância entre a acção maléfica e a consciência *sceleris*. A Escola Clássica, na pureza do seu postulado metaphysico, não pôde attribuir capacidade senão áquelle que age mentalmente integro....Do ponto de vista do postulado clássico da liberdade moral, aquelle que age sob o impulso explosivo da paixão ou da emoção deve ser declarado inimputável, e, portanto, irresponsável, por isso mesmo que lhe faltam a integridade do raciocínio e a autonomia da vontade, a *libertas judiccii* e a *libertas consilli*."[34]

O texto do artigo era inspirado no Código Penal da Baviera e, como indicado por Hungria, considerava livre de culpa àquele que agiu inconscientemente, quer dizer, àquele que sustenta que seu ato nasceu de um momento de completa perturbação de sentidos e da inteligência. Esta assertiva revelava uma postura filosófica, que se aproximava das noções do individualismo, consagrando a idéia de liberdade irrestrita dos seres humanos e suas posturas individuais.

Portanto, o homem irracional, isto é, aquele que agia de forma irracional, era bastante incomum e indesejado. Na verdade, os atos inconscientes retiravam do ser humano seu livre arbítrio e sua capacidade de julgar, não importando as razões que geraram esta privação.

Para Francisco Carrara,[35] as paixões que atingiam os seres humanos eram de dois tipos: as cegas e as racionantes. As cegas atacavam a razão e deviam ser escusadas, enquanto as racionantes, apesar de atingiriam a inteligência, não retiravam do homem o livre arbítrio e, por isso, não deviam ser consideradas.[36] Portanto, tratava-se, de uma questão de intensidade da paixão e da privação que ela gerou.

34. HUNGRIA, Nelson. "O homicídio passional e o homicídio compassivo em face do anteprojeto do novo Código Penal brasileiro". *In Revista de Direito*, 1930, vol. 97, S.N.T., pp. 9-19.

35. Francisco Carrara é chamado de mestre de Piza e tornou-se o maior vulto da Escola Clássica. Carrara defende a concepção do delito como ente jurídico, constituído por duas forças: a física, representada pelo movimento que leva o crime e a moral, entendida como vontade livre e consciente do delinqüente. Define o crime como sendo a infração da lei do Estado, que resulta de um ato externo do homem, moralmente imputável e politicamente danoso.

36. MORAES, Evarsito. *Criminalidade passional: o homicídio e o homicídio – suicídio por amor em face da Psychologia Criminal da Penalística.* São Paulo: Saraiva, p. 12; BORELLI, Andrea. *Matei por amor: representações do masculino e do feminino nos crimes passionais.* São Paulo: Cel-

Durante os anos que seguiram a publicação do Código de 1890, Batista Pereira recebeu inúmeras críticas pela redação, excessivamente ampla, que havia dado ao art. 27. Em vários momentos, ele defendeu que a privação completa dos sentidos e da inteligência tornava o réu irresponsável juridicamente. Em maio de 1899, na *Revista de Jurisprudência*, afirmou:

"A disposição do art. 27, inciso quarto compreende, generalizando, os loucos de todo gênero, expressão jurídica geralmente admitida para abranger todas as espécies mórbidas conhecidas na patologia geral das doenças mentais. Compreende ainda este parágrafo os que cometeram crime em estado de completa privação de sentidos, isto é o sonâmbulo, os epilépticos, hipnotizados, enfim, todos aqueles que, embora não sendo loucos, praticarem o crime em tal estado de enfermidade ou privação da mente, que lhes tolha a consciência ou a liberdade dos próprios atos, tornando-se, por conseguinte, verdadeiramente irresponsáveis."[37]

É importante salientar sua insistência em declarar que era necessária a completa perturbação dos sentidos e da inteligência, quer dizer, o réu devia estar totalmente inconsciente dos seus atos, pois as perturbações de menor grau receberiam imputação penal. Por isso, o réu devia provar seu estado de completa alienação da realidade, quando do acontecimento do crime.

Ao receber a incumbência de reunir as leis que complementavam o Código Penal de 1890, o desembargador Vicente Piragibe optou, também inspirado na Escola Clássica, pela manutenção do art. 27, IV. Assim, reafirmou a noção de que a privação dos sentidos e da inteligência extinguia a punibilidade do agente, uma vez que não agia como o senhor dos seus atos.[38]

so Bastos Editor, 1999, DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na 'Belle Epoque'*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

37. *Revista de Jurisprudência*. 1919. pp. 264-271.

38. "Vicente Piragibe, membro dos mais ilustrados da Câmara criminal, já escreveu, certa vez, decidindo: quem age dominado por estado agudo de emoção psíquica, pratica um delito emocional, e está acobertado pelo inciso quarto do artigo 27 do Código Penal". SEVERIANO, Jorge. "O projeto Alcântara Machado de os crimes passionais" *In Correio da manhã*. Rio de Janeiro, 30.09.1938.

Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra

A utilização deste artigo nos chamados "crimes de paixão"[39] foi uma constante. Os advogados aproveitavam a idéia da violenta emoção e completa perturbação dos sentidos, para descreverem o estado mental do criminoso passional nos momentos que antecediam e sucediam o crime. A ação, segundo os advogados de defesa, era fruto deste estado e, portanto, o réu tinha sua defesa garantida neste artigo.

Vários advogados apontavam que esta prática liberou inúmeros assassinos, por um erro de interpretação doutrinária e pela redação excessivamente ampla dada ao dispositivo:

"O inciso 4.º do art. 27 da Consolidação das Leis Penais foi, durante muitos anos, a tábua de salvação dos criminosos mais abomináveis. Não faltavam as sentenças libertadoras para os pseudos-passionais, os quais eram julgados com uma simpatia incompreensível e com uma benevolência escandalosa. E á proporção que a benevolência dos tribunais populares crescia, maior era o desejo para enquadrar os delinqüentes comuns entre as circunstâncias que favoreciam os uxoricidas passionais. Os criminosos, por mais frios e insensíveis que fossem, em face dos jurados, se transfiguravam, tornando-se de uma sensibilidade física e moral extrema; os crimes de emboscada, de cuidadosa premeditação, praticados com armas próprias e adequadas ao momento, eram tidos como execuções explosivas, geradas pelas paixões amorosas. E, assim a sociedade ficava à mercê de uma infeliz redação de um dispositivo penal, pois a responsabilidade foi abolida para os casos de emoções e paixões, segundo o Código de 1890. Os casos emocionais e passionais eram simula-

39. BORELLI, Andrea. *Matei por amor: representações do masculino e do feminino nos crimes passionais.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999; CORRÊA, Mariza. *Os crimes de paixão.* São Paulo: Brasiliense, 1982. CORRÊA, Mariza. *Morte em Família.* Rio de Janeiro: Graal, 1983; BESSE, Susan K. "Crimes passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940". *In Revista Brasileira de História: A mulher e o espaço público.* São Paulo: Marco Zero – Anpuh, vol. 9, n. 18, 1989. pp. 191-197; HARRIS, Ruth. *Assassinato e loucura: medicina, leis e sociedades no fim de 'Siécle'.* Rio de Janeiro: Rocco, 1993; ENGEL, Magali. "Cultura popular, crimes passionais e relações de gênero: Rio de Janeiro, 1890-1930" *In Gênero: NUTEG.* Niterói: EdUFF, vol. 1, n. 2, 2001; RIBEIRO, Sergio. *Crimes passionais e outros temas.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

dos com grande ciência e arte pelos vulgaríssimos criminosos, porque eles sabiam que dessa simulação dependia a sua liberdade; mas, esses imaginosos uxoricidas por amor, uma vez em liberdade, novamente praticavam ações criminosas, revelando circunstância de crueldade."[40]

"Não é sem tempo que elle virá cancellar o famigerado paragrapho 4º do art. 27 do Código Penal vigente, – essa chave falsa com que se vem abrindo, todos os dias, a porta da prisão a réus de estúpidos crimes de sangue. Ninguém ignora que a formula da dirimente reconhecida nesse paragrapho, tanto mais infeliz quanto mutilou o modelo bávaro, com a exclusão da cláusula que subordinava a "perturbação dos sentidos ou da intelligencia" á condição de "não ser imputável ao agente", tem sido umas das razões máximas da lamentável ineficiência do nosso Código Penal atual, porque se tornou uma prévia garantia de impunidade aos mais brutos e ferozes matadores."[41]

A discussão existente na jurisprudência do período, girava em torno da possibilidade do assassino passional ser enquadrado nas benesses desse artigo. Tendo isso em vista, os promotores públicos trabalhavam no sentido de "destruir" a idéia de privação dos sentidos e de mostrar os assassinos como indivíduos "frios", "brutos" e "ferozes assassinos".

Esta ação tinha um duplo sentido. Em um primeiro momento, afastava o réu do tipo passional idealizado por Ferri,[42] pois, ao descrever este tipo de criminoso, ele afirmava como sua característica básica a violência impensada como reação a um ato iminente. Contudo, se o assassino premeditou o crime, teve tempo suficiente para recuperar-se de sua perturbação, isto reduzia sua ação a um crime por motivo fútil.

40. BARRETO, Plínio. "Os crimes passionais e o novo Código Penal". *Revista Forense*, 1941, vol. 85, pp. 811-812.

41. HUNGRIA, Nelson. "O homicídio passional e o homicídio compassivo em face do anteprojeto do novo Código Penal brasileiro". *In Revista de Direito*, 1930 V. 97, S.N.T., pp. 9-19.

42. DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na 'Belle Epoque'*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

A compra da arma, por exemplo, indicaria premeditação e seria incoerente com a noção de privação completa dos sentidos e da inteligência. Contudo, este aspecto não era consenso entre os advogados.

Em artigo para a *Revista Forense,* de 1926, o advogado Lustosa combateu esta noção, afirmando que a premeditação, a privação de sentidos e a inteligência não são excludentes. Provavelmente, este elemento era aceitável pela característica do crime, que envolvia uma alarmante ruptura com o padrão de comportamento vigente e, doutrinariamente, tinha a presença de uma paixão tida como social.

"Suponhamos que se trata de um crime passional. É perfeitamente passível que o agente, inteiramente fascinado pela paixão, completamente perturbado em seus sentidos e em sua inteligência, planeje o crime friamente, de acordo com o seu estado mental patológico... Nestas condições, pode procurar a noite, pode colocar-se em sua superioridade agressiva, pode premeditar, etc., sempre dominado cegamente pela paixão que o transforma em autômato levado por uma idéia fixa."[43]

O ato do suicídio[44] era outro elemento crucial, pois, para os juristas, era indispensável como forma de demonstrar o arrependimento do réu e a sua situação mental.

As críticas doutrinárias continuaram multiplicando-se ao longo dos anos, com grandes discussões acerca da situação dos passionais diante do projeto de Virgílio de Sá Pereira[45] e do projeto Alcântara Machado,[46] que,

43. LUSTOSA. A perturbação de sentidos. *Revista Forense,* 1926. pp. 256-257.

44. HARRIS, Ruth. *Assassinato e loucura: medicina, leis e sociedades no fim de 'Siécle'.* Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

45. Antes da aprovação da Consolidação das Leis Penais, o Desembargador Virgílio de Sá Pereira, professor de direito privado, foi incumbido pelo presidente Arthur Bernardes, de elaborar um novo projeto para a reforma do Código Penal, que veio a público em 1927. Alvo de inúmeras críticas, o Projeto Sá Pereira não se converteu em lei, apesar de ter sido alvo de discussões até 1937.

46. José de Alcântara Machado de Oliveira nasceu em Piracicaba, em 1875, e morreu em São Paulo, em 1941. Cursou a Faculdade de Direito de São Paulo, da qual viria a ser professor. Teve

submetidos ao trabalho de uma comissão revisora, originou o Código Penal de 1940.[47]

Este grupo de revisores era formado por grandes críticos da noção de privação dos sentidos e da inteligência. Portanto, não causa espanto que esta tenha sido excluída do novo Código.

Deve-se notar que, as discussões giravam sempre sobre questões doutrinárias. O que provocava a reação destes advogados era a adesão a uma ou outra escola criminal, ou a uma outra forma de encarar o crime. Para eles, não havia especificidade relevante nos crimes passionais, no que tange às relações homem-mulher. Existia, no máximo, uma questão doutrinária mal resolvida.

As questões relativas à violência contra a mulher ficavam obscurecidas em vários momentos da argumentação, ou eram utilizadas como elementos de apoio à doutrina que se pretendia defender. Por esse motivo, os homens e as mulheres que surgiam pelos olhos destes advogados eram seres ideais em relações ideais. O crime demonstrava o momento de ruptura dessa idealidade, que era utilizada para dar vida à doutrina abraçada.

O ato criminoso era apropriado pelo discurso jurídico,[48] e re-elaborado com ênfase em alguns elementos e descaso por outros. Isto acontecia como parte dos mecanismos de defesa/acusação e das possíveis interpretações doutrinárias para o mesmo ato.

uma importante carreira política e literária, além de exercer a advocacia por diversos anos. Em 1938, foi convidado para elaborar o anteprojeto do Código Criminal.

47. A Comissão era formada de Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz e Roberto Lyra. Vários destes juristas participaram do Conselho Brasileiro de Higiene Social. Um dos objetivos do grupo era combater a utilização indevida da tese da passionalidade. Ver: BESSE, Susan K. "Crimes passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940". *In Revista Brasileira de História: A mulher e o espaço público.* São Paulo: Marco Zero – Anpuh, vol. 9, n. 18, 1989. pp. 191-97.

48. BOURDIER, Pierre. *O poder simbólico.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, cap. XIII; NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

Portanto, sendo o Direito um discurso gendrado, não causa estranhamento que diversas correntes doutrinárias apontassem soluções diferentes para a questão da violência contra mulher, mas com encaminhamentos direcionados ao mesmo fim: a liberação do homem violento e a coerção do comportamento feminino considerado inadequado.

Por este motivo, é possível afirmar que as hierarquias constituídas pela perspectiva de gênero eram fundamentais para garantir a inteligibilidade à velada intenção de que, mesmo por vias diferentes, a dominação masculina fosse salvaguardada.[49]

As discussões em torno deste assunto trouxeram à baila as questões relativas à interpretação dada pelas escolas penais à questão da paixão. De forma geral, a paixão era tida como força propulsora da ação criminosa.

A escola clássica e seu maior representante, Francisco Carrara, classificavam as paixões em cegas e racionantes, de acordo com seu grau de intensidade e efeito sobre o livre arbítrio do homem comum.

A paixão cega atingia tamanho domínio sobre o indivíduo, que este perdia completamente o controle sobre seus atos e, portanto, não poderia responder perante a lei pelo crime que cometesse. Por outro lado, as paixões racionantes atin-

49. SAFFIOTI, Heleieth. "Rearticulando gênero e classe social". *In* COSTA, Albertina de Oliveira e BRUSCHINI, Cristina. (org). *Uma questão de gênero.* Rio de Janeiro, Rosa dos Ventos\Fundação Carlos Chagas, 1992; SAFFIOTI, Heleieth. *No caminho de um novo paradigma.* São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998, mimeo., SAFFIOTI, Heleieth. "O estatuto teórico da violência de gênero". *In* SANTOS, José Tavares dos Vivente. *Violência em tempo de globalização.* São Paulo, Hucitec, 1999. SAFFIOTI, Heleieth. "Violência doméstica ou a lógica do galinheiro". *In* KUPTAS, Márcia. *Violência em debate.* São Paulo: Moderna, 1997. SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero e patriarcado.* inédito, janeiro de 2001. SAFFIOTI, Heleieth. "No fio da navalha: violência contra crianças e adolescentes no Brasil". *In* MADEIRA, Felícia Reicher. *Quem mandou nascer mulher?* Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997; LERNER, Gerda. *Why History Matters: life and thought.* New York: Oxford University Press. 1997; SAFFIOTI, Heleieth. *Violência doméstica ou a lógica do galinheiro.* São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1999, mimeo; SAFFIOTI, Heleieth. ALMEIDA Suely de. *Violência de gênero – poder e impotência.* Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda, 1995; SAFFIOTI, Heleieth. *Já se mete a colher em briga de marido e mulher.* São Paulo Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1999, mimeo.

giam o raciocínio e a inteligência, mas, por seu efeito menos intenso, não causavam a irresponsabilidade penal.

O surgimento da escola positiva trouxe uma nova concepção de direito e de paixão. Enrico Ferri, maior vulto desta escola, substituiu a noção de livre-arbítrio e responsabilidade moral da escola clássica, pela idéia de responsabilidade social. Para a doutrina analisada neste trabalho, existia uma diferença entre emoção e paixão.

A paixão era um estado emocional de larga duração e desenvolvimento, que provocava mudanças efetivas no estado psíquico do indivíduo, não podendo ser confundida com a emoção. Por emoção, os juristas entendiam um estado agudo e crítico que atingia o indivíduo exposto a um sério choque afetivo.

A emoção podia ser causada por elementos externos ou internos, que, apesar de sua curta duração, provocavam uma intensa reação do envolvido. Este estado provocava a perda da consciência e a concentração das forças mentais para a resolução do problema apresentado.

A paixão, por outro lado, era um desejo duradouro e violento que dominava a mente do indivíduo, sendo sua principal característica a presença de uma "idéia fixa", que movia a pessoa à realização de seu desejo.

Ferri considerava essencial perceber que a função básica do direito era preservar a vida em comunidade e, diante desta premissa fundamental, ele classificava as paixões de acordo com a qualidade dos motivos envolvidos em sua gênese.

A paixão social era marcada por motivo justo e moral, considerado fundamental para a manutenção da vida em sociedade. Já as paixões anti-sociais tinham um efeito destrutivo sobre a sociedade, e não deveriam ser protegidas pela complacência judicial.

"E insistiu Ferri em uma distinção, já porém feita, entre paixões sociais e paixões anti-sociais. Ponderou que não deve ligar importância ao grau do

impulsos apaixonados, a quantidade, sendo muito mais importante a qualidade do mesmo impulso."[50]

Diante desta noção, fazia-se necessário observar o móvel do ato antes de julgá-lo e, ao fazê-lo, era indispensável que a pena, para ser justa, levasse em conta a qualidade da paixão e as características individuais do delinqüente.[51] Bonano, discípulo de Ferri, assim explicava o tema:

"Se o critério da lei punitiva deve ser a justa e reta moderação da liberdade individual, e da temibilidade do réu, para o fim primordial da defesa da sociedade, não há razão alguma para punir homens que sempre foram honestos e bons, e que somente foram levados ao delito pela ofensa dos seus afetos mais caros, que perigo poderiam ainda constituir para sociedade?".[52]

A questão da paixão também foi discutida com afinco pelos criminalistas brasileiros. Várias posturas foram identificadas por Evaristo de Morais, no livro *A criminalidade passional.*[53]

Esta discussão ganhava contornos importantes, pois, durante estes anos, a comunidade jurídica discutia a possibilidade de um novo Código Penal.

O professor Lima Drummond, filiado à escola neoclássica, admitia o domínio das paixões exacerbadas sobre o homem médio, mas não aceitava a noção de impor debilidade aos criminosos passionais. Considerava que, o homem, por seu livre arbítrio, deveria resistir às paixões, mas concedia força dirimente às que tivessem origem virtuosa.

50. MORAES, Evaristo. *Criminalidade passional. O homicídio e o homicídio–suicídio por amor em face da psychologia criminal da penalística.* São Paulo: Saraiva, p. 22.

51. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Rio de Janeiro: Editora Nau, 2002.

52. MORAES, Evaristo. *Criminalidade passional. O homicídio e o homicídio–suicídio por amor em face da psychologia criminal da* penalística. São Paulo: Saraiva.

53. MORAES, Evaristo. *Criminalidade passional. O homicídio e o homicídio–suicídio por amor em face da psychologia criminal da penalística.* São Paulo: Saraiva.

Esmeraldino Bandeira acreditava ser necessário, além da existência da paixão social, um passado correto e honesto. Mesmo assim, as paixões não absolveriam o ato criminoso, somente atenuariam a pena do réu.

Evaristo de Morais discordava de Bandeira exatamente neste ponto, pois considerava que indivíduos honestos e motivados por paixão social não representam perigo para a sociedade e, por este motivo, não deviam ser encarcerados.

Para Afrânio Peixoto, Roberto Lyra e outros, a tese da passionalidade deveria ser completamente repelida, uma vez que servia de proteção a vários "crimes bárbaros".[54]

Conhecer essa discussão nos meios jurídicos é de fundamental importância, já que o Código Penal de 1940 consagrou a vitória da corrente que defendia a não exclusão da imputabilidade penal pela paixão. Contudo, em várias passagens, a paixão funcionava como atenuante para a diminuição da pena.

O projeto do desembargador Virgílio de Sá Pereira apresentava a questão do criminoso passional, em seu art. 188:

"Art. 188 Aquele que sob o domínio de violenta emoção, que as circunstâncias tornem excusável, matar alguém, será punido com prisão por 3 a 6 anos, podendo o juiz convertê-la em detenção ao mesmo tempo, se o artigo 70 for aplicável."[55]

Segundo Hungria, o artigo apresentava o mérito de considerar a paixão uma atenuante do crime. Para que isto acontecesse, era necessário que o crime tivesse um "motivo justo", indicando filiação com a escola positiva.

O comentarista considerava essencial destacar que o motivo devia ser considerado sob o prisma ético e político, e não somente sob o prisma psicológico, ou seja, a causa do crime devia ser vista como aceitável pela sociedade como um todo.

54. BESSE, Susan K. "Crimes passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940". *Revista Brasileira de História: A mulher e o espaço público.* São Paulo: Marco Zero – Anpuh, vol. 9, n. 18, 1989. pp. 191-197.

55. SÁ, Virgilio de. *Projeto para o Código Penal brasileiro.* [S.l:s.n.].

Este aspecto reforçava a noção de que o direito deveria defender a moral e a organização social tida como desejável pelo homem médio.

Jorge Severino considerava o determinado no projeto Virgílio de Sá um erro doutrinário, por permitir que os jurados decidissem sobre a redução da pena. Contudo, considerava o dispositivo mais adequado que o encontrado no projeto do desembargador Alcântara Machado.

O projeto de Alcântara Machado, base do Código Penal de 1940, considerava que a paixão não poderia ser apresentada nem como atenuante de pena, tampouco como excludente da culpa.

A postura do desembargador indicava uma posição doutrinária contrária a qualquer tipo de consideração sobre a capacidade da paixão, que atingia as faculdades de julgamento do homem ou sua vontade. Desta forma, o crime era considerado um ato completamente racional e, portanto, passível de punição.

Para Jorge Severino, esta postura indicava a fuga da discussão da questão da paixão e dos crimes que dela brotavam. Para o advogado, era necessário que a lei garantisse meios para a discussão dos crimes de forma individualizada, pois, segundo ele, no direito penal, o mais justo era o julgamento da situação concreta do indivíduo.

A comissão revisora do projeto Alcântara Machado modificou o teor do texto no que diz respeito aos crimes de paixão, aproximando-se muito mais do disposto no projeto Virgílio de Sá.

No texto definitivo do Código Penal de 1940, a paixão foi considerada uma atenuante da pena, ou seja, dependendo da análise do juiz, o criminoso poderia obter a redução da pena. O juiz deveria considerar a qualidade da paixão que levou ao crime, para assim reduzir a pena. Sua decisão deveria refletir a posição da sociedade quanto ao crime cometido.

Este elemento, segundo os juristas, reduziria os crimes dos chamados pseudo-passionais, pois a impunidade que o Código Penal anterior ga-

rantia tinha sido excluída. Dessa forma, diante da ameaça da prisão, o crime seria evitado.[56]

Os juristas do período, diante desta nova situação, passaram a considerar a defesa da honra e da família como paixões sociais. Nesse sentido, o homem que declarasse matar por este motivo deveria ser eximido de culpa.

Esta matriz doutrinária evidenciava a maleabilidade do discurso jurídico diante das questões de gênero. A definição de paixão social, que era uma figura jurídica aceita teoricamente, adapta-se à ação material do homem violento. O significado da "paixão social" como defesa da honra e da família, remetia à estruturação da sociedade por meio de várias redes de relações, a uma pluralidade de questões candentes, dentre as quais sobressaía o gênero, por sua exacerbada relevância, na época.[57]

Pode-se afirmar que, o discurso jurídico apoiava-se na constituição gendrada das noções de honra e família, dentro do universo de relações sociais. Portanto, ao determinar a defesa destes elementos como motivo justo para a ação violenta, garantia-se a defesa de uma noção que pressupunha a subordinação feminina ao controle masculino, em relações marcadas por hierarquias.

Deve-se observar que, tal mecanismo foi considerado eficiente no controle da insubordinação feminina, pois, durante a vigência do Código, foi largamente utilizado para liberar os homens que atentavam contra suas companheiras, alegando serem criminosos passionais. Todavia, apesar das alterações do Código Penal de 1940, os advogados encontraram outros caminhos, a noção de legítima defesa da honra.

56. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões.* Petrópolis: Vozes, 1994.

57. SAFFIOTI, Heleieth. "O estatuto teórico da violência de gênero" *In* SANTOS, José Vivente Tavares dos. *Violência em tempo de globalização.* São Paulo: Hucitec, 1999.

3. O nascimento da noção de legítima defesa da honra

A noção de legítima defesa é uma das causas excludentes da antijuricidade. Os manuais de direito penal entendem a antijuricidade como a contradição entre a conduta do indivíduo e o ordenamento jurídico. Por conseguinte, matar alguém é um fato típico e antijurídico, ou seja, um crime passível de punição pela lei.

Entretanto, na lei penal existem causas que excluem a antijuricidade, eliminando sua ilicitude. Matar alguém voluntariamente é crime passível de punição, mas, se o autor agiu para defender a própria vida, por exemplo, não haverá crime a ser punido.[58]

Os juristas consideravam em estado de legítima defesa quem, usando moderadamente de meios necessários, repelia injusta agressão a direito seu ou de outros. Várias teorias foram utilizadas para explicar os fundamentos da legítima defesa.

As teorias subjetivas fundavam-se na perturbação do ânimo e nos motivos da pessoa agredida. Já as teorias objetivas consideram que a legítima defesa fundamenta-se na existência do direito primário do homem de defender-se da ação agressiva. Atualmente, a jurisprudência brasileira considera mais aceitáveis as teorias objetivas.

O mecanismo da legítima defesa encontrava-se contemplado no Código Penal de 1890, na Consolidação das Leis Penais de 1932 e no Código Penal de 1940, permitindo ao advogado sustentar, em suas argumentações, a idéia de defesa de direito atingido pela ação de terceiro.

Segundo Evandro Lins e Silva, ao matar Angela Diniz, Doca agiu em defesa de um direito seu. Atingido pelo comportamento da moça, ele defendeu sua honra.

58. MIRABETE, Júlio. *Manual de Direito Penal.* São Paulo: Atlas, 1989.

A expansão da noção de direito, que acompanha os anos posteriores ao século XVIII, tornava necessária a intervenção do aparelho judicial em todos os momentos em que algum direito fosse atingido pela ação de um terceiro. Desta premissa nasceu a idéia de que qualquer agressão deve ser reportada à Justiça, e tratada de acordo com o determinado pelos Códigos e leis.

As várias pesquisas realizadas nesta área apontam que, seguindo a lógica de que todos merecem atenção do corpo jurídico, as denúncias de violência entre homens e mulheres que mantenham relações de conjugalidade são aceitas, processadas e julgadas de acordo com a legislação vigente.

Contudo, o Judiciário legitimava a violência ao avaliar cada caso, tendo por parâmetro a adequação dos envolvidos aos padrões de gênero.[59]

Desta maneira, o ato de apropriar-se do fato e torná-lo inteligível ao universo jurídico, permite que seu sentido seja alterado. Dessa forma, a agressão ou supressão do direito de que a mulher era portadora, é substituído por uma análise das motivações da ação e pela naturalização da ação violenta, carregando o sentido de que existe um elemento mais importante a proteger que os direitos individuais: a dominação masculina.

"Si o marido tem incontestável direito á fidelidade da esposa, si um pae, um irmão, tem direito a ser respeitado em sua honra, que sem duvida pode ficar comprometida com o torpe proceder da mulher que perdeu o pudor para entregar-se aos braços de um seductor, não se pode negar que o crime que o offendido pratica surprehendendo os adúlteros constitue um acto de legitima defesa desse direito. Em casos semelhantes não reconhece a consciência publica outro meio de defesa da honra atacada e neste sentido tem-se pronunciado invariavelmente a jurisprudência dos nossos tribunaes."[60]

59. CORRÊA, Mariza. *Morte em família.* Rio de Janeiro, Graal, 1983, DORA, Denise Dourado. *Feminino, Masculino: igualdade e diferença na Justiça.* Porto Alegre: Sulina, 1997, IZUMINO, Wânia. *Justiça e violência contra mulher.* São Paulo: Annablume, 1998.

60. CARNEIRO, Justino. "A legítima defesa da honra nos crimes de adultério". *Revista de Jurisprudência Brasileira.* 1929, S.N.T, pp. 13-18.

A honra masculina, como se vê, era facilmente atingida e destruída pela ação inadequada da mulher. Elas haviam "quebrado" a honra depositada em suas mãos, pelo nascimento e pelo casamento.

Dessa maneira, pode-se inferir que, a honra masculina era considerada externa ao homem e repousava nas mulheres que formavam seu circulo familiar.[61]

Neste sentido, qualquer ato feminino devia ser cuidadosamente vigiado. Afinal, seu comportamento era decisivo para a manutenção da honra e da aceitação social masculina, apresentando uma imagem hierárquica da relação homem-mulher.

Não passava despercebido aos juristas que a noção de legítima defesa seria utilizada em casos de assassínios de mulheres apresentadas como infiéis.

"Infelizmente, todo o bem que poderia advir dessa intolerância para com o crime passional, o projecto annullaria com o alarmante preceito do paragrapho 3º do seu art. 45, que amplia a legitima defesa á proteção da honra. *Ceci tuera cela*. Não é preciso ter um apurado espírito de previsão para poder affirmar que essa extensão do direito de defesa privada importaria, inevitavelmente, na systematica exculpação dos criminosos passionaes, em cujo favor sempre se invocam pretextos de honra. Não temos duvida que num paiz, como o nosso, em que se não distingue entre os lídimos homens de honra e os contrabandistas do brio; em que os melindres de honra commummente se confundem com os estos da arrogância; em que se identifica como defesa da honra a violenta reacção do macho preterido, que mal disfarça o egoísmo feroz do *anthropopithecus erectus*; em que a multidão transforma em heroes aquelles que Melussi justamente chama os "detraqués da honra", e santifica a mulher que, com falsas razões de honra, como a um javardo, o esposo infiel; num paiz, em summa qual o nosso, em que a noção da honra tem a extensibilidade do caucho, semelhante critério valeria pela consagração official

61. BORELLI, Andrea. *Matei por amor: representações do masculino e do feminino nos crimes passionais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

do direito de matar. Incomparavelmente mais peninciosa que a formula do paragrapho 4º do art. 27 do Código em vigor seria essa latitude que o projecto empresta á legitima defesa, revivendo o conceito obsoleto e arbitrário de que *periculum famae aequiparatur periculo vitae.*"[62]

Esta questão já estava colocada aos juristas no Código anterior, pela utilização da tese do criminoso passional,[63] invocando o art. 27, inciso 4.º, que excluía a culpa por intensidade da paixão envolvida no caso.

Em 1925,[64] foi criado o Conselho Brasileiro de Hygiene Social, órgão formado por proeminentes juristas, como o próprio Roberto Lyra, Nelson Hungria e Afrânio Peixoto. Seu objetivo era eliminar a interpretação "errônea" da tese da passionalidade.

Para estes reformadores, devia ser combatida a idéia de que a honra masculina dependia do comportamento feminino. Somente quando a mulher fosse encarada como um ser com "honra própria",[65] a onda de crimes passionais terminaria:

"A mulher não é mais costela ou apêndice. Tem honra própria, como o homem. A desonra da mulher não faz a do homem. Responsabilize-se, pois, a mulher por seus atos. Não nego o preconceito em contrário, mas a Justiça

62. HUNGRIA, Nelson. "O homicídio passional e o homicídio compassivo em face do anteprojeto do novo Código Penal brasileiro". *In Revista de Direito,* 1930, vol. 97, S.N.T., pp. 9-19.

63. CORRÊA, Mariza. *Os crimes de paixão.* São Paulo, Brasiliense 1982; CORRÊA, Mariza. *Morte em Família.* Rio de Janeiro: Graal, 1983; BESSE, Susan K. "Crimes Passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940". *In Revista Brasileira de História: A Mulher e o Espaço Público.* São Paulo: Marco Zero – Anpuh, vol. 9, n. 18, 1989, pp. 191-197; HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura: Medicina, leis e sociedades no fim de 'Siécle'.* Rio de Janeiro: Rocco, 1993; BORELLI, Andrea. "Paixão e criminalidade" *In Direito USF.* Bragança Paulista, n. 2, vol. 16, jul.-dez./1999, pp. 29-38.

64. BESSE, Susan K. "Crimes passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940". *In Revista Brasileira de História: A mulher e o espaço público.* São Paulo: Marco Zero – Anpuh, vol. 9, n. 18, 1989. pp. 191-197; CAUFIELD, Sueann. *Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro.* Campinas: Editora da UNICAMP, 2000.

65. A noção de honra, como moralidade que atingia todo o grupo familiar, era um atributo feminino e a noção de honra, como valor individual, era um atributo masculino. Ver: a discussão sobre o vocábulo "honra" no universo jurídico, citada anteriormente.

penal deve combate-lo, quando leva ao crime. Não deve consagra-lo, confirma-lo, desenvolve-lo. Do contrário, não seria retificadora ou evolutiva, mas retardatária ou regressiva. O direito penal é o meio coercitivo de higiene social, de elevação da consciência púbica, de compostura dentro das realidades da vida e do mecanismo dos interesses."[66]

Não obstante as discussões sobre estes assuntos, o Código Penal de 1940 consagrou a noção de legítima defesa a todos os bens jurídicos, incluso a honra. Deve-se observar que, a reforma excluiu o dispositivo do art. 27, impedindo sua utilização nos casos de violência contra a mulher, e fechando a porta para os crimes passionais em que a culpa era excluída pela intensidade da paixão. Contudo, manteve um mecanismo que permitia a liberação do marido que matasse a esposa, invocando para isso questões de defesa dos direitos de honra.

É significativo que a legislação mantivesse esta brecha para a ação violenta do homem, pois a sociedade dos anos 1940 ainda era pautada por uma moral discriminatória, que impunha um rigoroso controle sobre o exercício da sexualidade feminina. Desta forma, era necessário garantir uma punição rigorosa à mulher adúltera, preferencialmente com a eliminação e a complacência com o marido que havia "corrigido" um comportamento inaceitável socialmente, servindo de exemplo a outras mulheres e homens.

Assim, chega-se a uma questão central: o fato do direito normatizar e ser normatizado pelas posições sociais, no que tange à mulher e sua situação na sociedade.

4. Bibliografia

ALVARES, Marcos Cesar. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil (1889-1930)*, 2001. 194p. Tese (doutorado em Ciências Sociais), USP, São Paulo.

66. FERRI, Enrico. *O delito passional na civilização contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARRETO, Plínio. "Os Crimes Passionais e o Novo Código Penal". *Revista Forense,* 1941, vol. 85, pp. 811-812.

BESSE, Susan K. "Crimes Passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940". *Revista Brasileira de História: A Mulher e o Espaço Público.* São Paulo: Marco Zero – Anpuh, vol. 9, n. 18, 1989. pp.191-197.

BORELLI, Andrea. "Paixão e Criminalidade". *Direito USF.* Bragança Paulista, n. 2, vol. 16, jul.-dez./1999, pp.29-38.

_____. *Matei por amor: representações do masculino e do feminino nos crimes passionais.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BOURDIER, Pierre. *O poder simbólico.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, cap. XIII.

CARNEIRO, Justino. "A Legitima Defesa da Honra nos Crimes de Adultério". *Revista de Jurisprudência Brasileira.* 1929, S.N.T, pp. 13-18.

CAULFIELD, Sueann. *Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro.* Campinas: Editora da UNICAMP, 2000.

CORRÊA, Mariza. *Morte em Família.* Rio de Janeiro: Graal, 1983.

_____. *Os crimes de Paixão.* São Paulo: Brasiliense 1982.

DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na 'Belle Epoque'.* Rio de Janeiro: Rocco.

DEL PRIORI, Mary. *Corpo a Corpo com a Mulher: pequena história das transformações do corpo feminino no Brasil.* São Paulo: Editora do Senac, 2002.

DORA, Denise Dourado. *Feminino, Masculino: igualdade e diferença na Justiça.* Porto Alegre: Sulina, 1997.

ENGEL, Magali. "Cultura popular, crimes passionais e relações de gênero: Rio de Janeiro, 1890-1930" *In Gênero: NUTEG.* Niterói: EdUFF, vol. 1, n. 2, 2001.

RIBEIRO, Sergio. *Crimes Passionais e outros temas.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERRI, Enrico. "O delito Passional na civilização contemporânea". São Paulo: Saraiva, 1934.

FERRI, Enrico. *Princípio de Direito Criminal,* S.N.T.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Rio de Janeiro: Editora Nau, 2002.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões.* Petrópolis: Vozes, 1994.

GARCIA, Alberto. *No Plenário do Crime,* S.N.T., 1912, p. 80

GOMES, Euzébio. "Paixão e Delito". *Revista de Direito.* 1930, pp. 61-81.

HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura: Medicina, leis e sociedades no fim de 'Siécle'.* Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Impérios.* Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

HUNGRIA, Nelson. "O homicídio passional e o homicídio compassivo em face do anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro". *In Revista de Direito,* 1930, vol. 97, S.N.T., pp. 9-19.

IZUMINO, Wânia. *Justiça e violência contra mulher.* São Paulo: Annablume, 1998.

LUSTOSA. "A perturbação de sentidos". *Revista Forense,* 1926. pp.256-257.

LYRA, Roberto. "O suicídio Frustro e a responsabilidade dos criminosos Passionais". Rio de Janeiro: SCP, 1935, p. 197.

MIRABETE, Júlio. *Manual de Direito Penal.* São Paulo: Atlas, 1989.

MORAES, Evaristo. "Criminalidade Passional. O homicídio e o homicídio – suicídio por amor em face da Psychologia Criminal da Penalística". São Paulo: Saraiva.

NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal: volume 1.* São Paulo: Saraiva, 1992.

ODALIA, Nilo. "A liberdade como meta coletiva". *In* PINSKY, Jaime e PINSKY, Claudia. *História da Cidadania.* São Paulo: Contexto, 2003.

SÁ, Virgilio de. *Projeto para o Código Penal Brasileiro.* [S.l:s.n.].

SAFFIOTI, Heleieth. "Rearticulando gênero e classe social" *In* COSTA, Albertina de Oliveira e BRUSCHINI, Cristina.(org). *Uma Questão de Gênero.* Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos\Fundação Carlos Chagas, 1992.

_____. "O estatuto teórico da violência de gênero. SANTOS, José Vivente Tavares dos. *Violência em tempo de Globalização.* São Paulo: Hucitec, 1999.

_____. "Violência contra a mulher e violência doméstica". *In* BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra. *Gênero, democracia e sociedade brasileira.* São Paulo: FCC/Editora 34, 2002.

SEVERIANO, Jorge. "O projeto Alcântara Machado de os crimes passionais" *In Correio da manhã.* Rio de Janeiro, 30.09.1938.

Lo justo y lo razonable*

George P. Fletcher
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Columbia, New York.

Sumario: I. Dos estilos de razonamiento jurídico: A. Justificación y exculpación; B. Razonamiento estructurado: 1. El orden R(esponsabilidad)/I(licitud); 2. El orden I(licitud)/R(esponsabilidad); 3. Indiferencia entre I(Licitud) y R(Esponsabilidad); C. Argumento plano – II. El concepto de lo justo – III. Legítima defesa putativa: un estudio comparativo del caso entre el argumento plano y el estructurado: A. Justificación como sinónimo de "eximente"; B. Justificación como conducta permisible; C. Derechos como derechos prima facie – IV. Monismo y pluralismo en la teoría jurídica.

Resúmen: Se presenta dos distintas formas de razonar juridicamente, una propia del *common law* y otra propia del *civil law*. Se basa la diferencia, principalmente, en la equivalencia de los usos de los términos *justo* y *razonable* en cada uno de los sistemas como referencia para la estructuración de los argumentos. Esta distinta forma de razonar jurídicamente lleva, en Derecho penal, a diferentes aproximaciones de la justificación y la exculpación. Se presenta, seguidamente, las posibles formas de ordenar la exclusión de responsabilidad penal. Finalmente, se hace un breve análisis de los derechos como derechos *prima facie* y las perspectivas monista y pluralista de la teoría jurídica.

* Este trabajo se publicó primero en: *98 Harward law Review* 949 (1985); y posteriormente en: Albin ESER/ George P. FLETTCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung, Justification and Excuse*, volumen I, Freiburg, i. Br., 1987, pp. 67 a 119, de donde se traduce con autorización del autor. (Traducción: Francisco Muñoz Conde y Paulo César Busato).

Resumo: Apresentam-se duas distintas formas de raciocinar juridicamente, uma própria do *common law* e outra própria do *civil law*. Baseia-se a diferença, principalmente, na equivalência dos usos dos termos *justo* e *razoável* em cada um dos sistemas como referência para a estruturação dos argumentos. Esta distinta forma de raciocinar juridicamente leva, em direito penal, a diferentes aproximações da justificação e da exculpação. Apresenta-se, em seguida, as possíveis formas de ordenar a exclusão de responsabilidade penal. Finalmente, se faz uma breve análise dos Direitos como direitos *prima facie* e as perspectivas monista e pluralista da teoria jurídica.

Palavras-chave: Justo e razoável. Justificação e exculpação.

Deberíamos oir el modo como hablamos los juristas anglosajones. Si nos detuviéramos para oir nuestro patrón de discurso, quedaríamos sorprendidos por algunos de sus aspectos distintivos. Una de las más claras particularidades de nuestro discurso es la infinita confianza que tenemos en el término "razonable". Continuamente empleamos expresiones como tiempo razonable, retraso razonable, confianza razonable o cuidado razonable. Y en Derecho penal, hablamos incesantemente de provocación razonable, error razonable, fuerza razonable y riesgo razonable.[1] Tras esas expresiones late la sensibilidad de la persona razonable. Con toda la supuesta firmeza del *common law*, mal podemos funcionar sin esta figura hipotética en el centro del debate jurídico. Ni siquiera podemos empezar a argumentar sobre muchos temas de responsabilidad e imputación sin antes preguntarnos lo que una persona razonable haría en estas circunstancias.

Nuestra confianza en lo razonable merece atención porque diferencia nuestro discurso jurídico del discurso jurídico de otras culturas. El hecho es que los juristas franceses, alemanes y soviéticos argumentan en un idioma diferente. Sus lenguajes efectivamente utilizan un concepto de razón, y sus términos para razón – *raison*,

1. El *Uniform Commercial Code*, el *Model Penal Code*, y varios pronunciamientos combinan el adjetivo "razonable" y el adverbio "razonablemente" con más de 100 palabras diferentes. Un ejemplo de eso es la expresión "fuerza razonable", que aparece en el *Restatement (Second) Of Torts* (Actos ilícitos) §§ 63(1), 77, 97, 101, 147(2), 150 (1965).

*Vernunf*e *razumnost* prontamente ofrecen los adjetivos correspondientes. Pero estos términos paralelos al nuestro de razonable no figuran de forma destacada en el discurso jurídico continental. El Codigo Civil francés utiliza el término *raisonnable* sólo una vez;[2] los Codigos Civiles alemán y soviético no lo utilizan.[3] Los Codigos Penales – el habitat natural de la persona razonable – tampoco mencionan derivados de la razón.[4] En los Codigos Civiles, vemos una variedad de criterios para cuidado: en Francia, la conducta esperada de un *bon père de famille*;[5] en Alemania Occidental, el "cuidado necesario en una transacción particular";[6] y en la legislación soviética, "previendo una consecuencia social peligrosa que cualquiera hubiera previsto".[7] Los errores razonables son también tratados en un léxico diferente. Los adjetivos que describen un error disculpable en esas lenguas no emplean la expresión razonable, sino términos como "invencible",[8] "inevitable"[9] y "no-negligente".[10] Todas esas emanaciones de la persona razonable encuentran diferentes traducciones en el discurso jurídico continental, una palabra diferente para cada contexto.

2. *Code Civil* (Fr.) art. 1.112 (definiendo la influencia necesaria en una parte contratante apelando a las impresiones de *une personne raisonnable*).

3. Ver *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) (W. Germ.); *Civil Code* (RSFSR) (el Codigo Ruso Socialista de la República Federal Soviética sirve como modelo para las otras repúblicas soviéticas. N de los T: Se refiere a la situación política antes de la desaparición de la Unión Soviética).

4. Ver *Strafgesetzbuch* (StGB) (W. Germ.); *Criminal Code* (RSFSR).

5. *Code Civil* (Fr.) art. 1.137 (una obligación de supervisar un bien a cargo de alguien supone una imposición para ejercitar el cuidado de un *bon père de famille* – literalmente un "buen padre de familia"); Cf. *Codice Civile* – arts. 1.001, 1.176 (Italia) (utilizando la analogía para el término italiano – *buon padre di famiglia*).

6. BGB § 276 (definiendo negligencia como la falta de ejercer *die im Verkehr enforderliche Sorgfalt*).

7. Codigo Penal (RSFSR) § 9.

8. G. Stefani & G. Levasseur, *Droit Pénal Général 316* (9. ed., 1976). Pero nótese que ese pasaje también se refiere a los errores que cualquier *homme raisonnable et prudent* habría cometido en esas circunstancias.

9. StGB § 17 (literalmente, el autor carece de culpabilidad si "no pudiera evitar" su error sobre la prohibición legal).

10. *2 Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava* (Curso de Derecho penal soviético) 358 (A. Piontovsky et al., 1970).

En Europa continental, ni el adjetivo razonable ni la figura de la persona razonable importa mucho a la hora de elegir un argumento jurídico. Lo que percibimos como denominador común entre la "confianza razonable" y el "error razonable" está difuminado en el debate jurídico continental. El hecho de que pensamos de forma diferente a nuestros colegas europeos no es fácilmente perceptible. Que hablamos distinto, entre tanto, queda claro.

Desde mi punto de vista, no es casualidad que los juristas anglosajones claramente dependemos del concepto de lo razonable y que los europeos no dependan de él. Ese patrón de nuestro discurso tiene un propósito, quizás muchos propósitos. En primer lugar consideraré algunos de esos posibles propósitos y luego analizaré el problema específico de los errores razonables en el Derecho penal.

I. Dos estilos de razonamiento jurídico

¿Hasta qué punto podemos apreciar el valor que el *common law* concede al término de lo razonable? Sugiero que oigamos atentamente la manera en la que los juristas franceses, alemanes y soviéticos debaten asuntos jurídicos. Para ello debemos prestar atención no sólo al lenguaje de la legislación y de las opiniones jurisprudenciales, sino también al estilo de argumentación utilizado en los libros, tratados y literatura teórica. Nuestro objetivo en esa cuestión empírica debería ser aislar las características del discurso europeo más destacadas en su contexto, y compararlas con nuestra patente dependencia de lo razonable. Limitando nuestra investigación al discurso jurídico alemán, encontramos un número de términos – no facilmente traducibles – que aparecen casi tan frecuentemnte en el discurso alemán jurídico como el de razonabilidad en el inglés. Considérese los términos *Treu und Glauben* (buena fe),[11] *Recht* (derecho

11. Ver BGB § 242 (estableciendo el principio general que los contratantes deben cumplir sus obligaciones de acuerdo con lo que dicta el *Treu und Glauben*). Esa previsión se convirtió en la fuente de jurisprudencia de equidad y justicia recíproca en la ejecución de relaciones contractuales.

objetivo),[12] *Rechtsmißbrauch* (abuso de derecho),[13] y *Zumutbarkeit* (exigibilidad).[14] Que esos términos sean tan significativos en el discurso alemán cuanto lo es el de razonable en el inglés, no depende, sin embargo, tan sólo de la frecuencia con que aparecen. La cuestión es si uno o más de esos términos señala una característica más profunda, estructural, del pensamiento jurídico alemán.

El argumento que sigue es que el concepto de derecho o de lo justo (*Recht*) configura el pensamiento jurídico alemán, igual que lo hace el de razonable en el del *common law*. Para desarrollar ese argumento, primeramente necesito introducir y clarificar la distinción entre dos tipos de discurso jurídico, los cuales, por falta de términos mejores, llamaré plano[15] y estructurado. El discurso plano ocurre en un único nivel, marcado por la aplicación de una norma legal que invoca todos los criterios relevantes para resolución de la disputa. El discurso estructurado ocurre, en cambio, a dos niveles: primeramente, una norma absoluta es declarada; y luego, se introducen calificaciones para restringir el propósito de la norma supuestamente dispositiva.

Esta distinción es facilmente comprensible en el contexto. Considérese el problema de imponer límites al derecho de utilizar la fuerza para impedir una agresión al derecho de alguien. La ley alemana trata ese problema con un

12. En la distinción entre *Recht y Gesetz* y su significancia, ver 4 W. Fikentscher, *Methoden des Rechts* 328 (1997), y Fletcher, *Two Modes of Legal Thought*, 90 Yale L.J. 970, 980-984 (1981).

13. Aunque el *Bürgerliches Gesetzbuch* nunca utilizen la palabra *Rechtsmißbrauch*, y el *Code Civil* nunca utilize la expresión *abus de droit*, la limitación de esas doctrinas en el ejercício de derechos privados es claramente reconocida tanto en la ley alemana cuanto en la francesa. Ver, e.g., 1 L. Enneccerus, *Allgemeiner Teil des des Bürgerlichen Rechts* 1.439-1.443 (H. Nipperdey, 15ª revisión, edicción 1959); Eörsi, *Rechtsmißbrauch und funktionsmäßige Rechtsausübung im Westen und Osten*, *6 Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 30, 39-40 (1965); Gutteridge, *Abuse of Rights*, 5 Cambridge L.J. 22 (1935).

14. Ver StGB § 35(1) (un acto ilícito no será excusado en base a la necesidad o amenaza si la abstención de aquél acto es "exigible en estas circunstancias".

15. El término "plano" puede sonar a algunos lectores como peyorativo. Es difícil encontrar un término neutro. El profesor Albin Eser de Freiburg, Alemania, me ha sugerido el término "holístico" para capturar la calidad implícita en el raciocinio jurídico plano. Aunque "holístico" parezca demasiado místico, para algunos es aceptable.

estilo de discurso jurídico estructurado. De acuerdo con el Codigo Penal de 1975[16] (así como el Codigo anterior de 1871[17]), todos los que sufren una lesión injusta en sus derechos tienen el privilegio absoluto de utilizar la fuerza que sea necesaria para impedir esa lesión. Si, por ejemplo, la única manera de detener a un ladrón que huye, incluso a un niño que está robando frutas, es dispararle, la jurisprudencia[18] y la doctrina[19] alemanas consideraban originariamente que el propietario tenía derecho a utilizar una fuerza letal. Contrariamente a esa tendencia, algunos comentaristas[20] y la jurisprudencia[21] en la posguerra invocaron el principio de "abuso de derecho" para limitar ese derecho en un segundo nivel

16. StGB § 32.

17. StGB § 53 (derogado en 1975).

18. Ver, *e.g.*, el fallo de 20.09.1920, Reichsgericht, Ger., *55 Reichsgericht en Strafsachen* (RGSt) 82. El acusado disparó e hirió un ladrón de frutas. La Corte Suprema confirmó la absolución, en el raciocinio de que el derecho debe prevalecer "en la lucha contra el anti-Derecho". Id. At. 85.

19. Ver, *e.g.*, Himmelreich, "Nothilfe und Notwehr: insbesondere zur sog. Interessenabwägung", *21 Monatsschrift für Deutsches Recht* 361, 363-364 (1967), Stratenwerth, "Prinzipien der Rechtfertigung", *68 Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 41, 60 (1956) (teniendo en cuenta que la opinión dominante en Alemania rechaza pesar los intereses de la víctima en contra de los del agresor).

20. Ver, e.g., Baumann, "Rechtsmiß bei Notwehr", *16 Monaschrift für Deutsches Recht* 349 (1962); Schaffstein, "Notwehr und Güterabwägungsprinzip", *6 Monatsschrift für Deutsches Recht* 132, 135 (1952). Algunos tratados corrientes y libros no se comprometen con las bases para limitar el derecho de legítima defensa. Ver, *e.g.*, H-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts 279* (3. ed., 1983).

Uno de esos comentaristas rechaza el "abuso de derecho" como demasiado vago para ser formulado, argumentando que la limitación en el derecho de un miembro de la familia a utilizar la fuerza necesaria en la legítima defensa en contra de otra persona debe ser basada en la teoría análoga en el deber de ayudar la familia del miembro que está en peligro (K. Marxen, *Die 'sozialethischen' Grenzen der Notwehr 57* (1979) (haciéndo una analogía con el StGB § 13). Esa teoría también procede en dos niveles: primero un reconocimiento del derecho absoluto de utilizar fuerza defensiva y, segundo, un deber de renunciar a la fuerza defensiva para una relación con el agresor.

21. Ver sentencia de 22.01.1963, Oberlandesgericht, Baviera, *16 Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 824. El acusado intentó asustar auna mujer que ocupabasu plaza de aparcamiento conduciendo su coche en dirección a ella. Frente a su alegación de que actuó en legítima defensa, el tribunal decidió que a pesar de que efectivamente ewl acusado tenía derecho al uso exclusivo de su plaza de aparcamiento, utilizó para ejercer ese derecho frente a la mujer que la ocupaba con un nivel de fuerza excesivo, y por tanto, en un "abuso de derecho". Esa doctrina fue invocada más recientemente en la sentencia de 24.11.1976, Oberlandesgericht, Hamm, 30NJW 590, 592.

de análisis.[22] En un primer nivel, sigue habiendo un derecho absoluto a utilizar fuerza letal cuando sea necesario; en un segundo nivel, el ejercicio de ese derecho se somete, sin embargo, a una ulterior verificación. Si el derecho es ejercido mediante un coste excesivo, se le considera un "abuso" y por lo tanto queda sin efecto. Nada en el Codigo penal prevé esa restricción, pero, el método del pensamiento estructurado permite un nivel adicional de argumentación, un nivel en dónde consideraciones extrajurídicas pueden limitar las previsiones explícitas del Codigo.

De modo distinto, el discurso del *common law* normalmente evita esa bipartición. Los anglosajones no nos sentimos inclinados a decir, primero, que la parte que está se defendiendo tiene todo el derecho a utilizar toda la fuerza necesaria para reivindicar su autonomía, y, segundo, que invocar ese derecho en ciertas circunstancias sería un abuso.[23] La ventaja del simple término "razonable" es que incluye los criterios iniciales normativos que son los mismos o similares a los que se invocan por los que utilizan el argumento del "abuso de derecho" en un segundo nivel de argumentación. El resultado de la unificación de las dos dimensiones de la argumentación es que el privilegio de la legítima defensa no es ya absoluto, porque desde un principio viene limitado por el concepto de lo razonable.

El estilo estructurado de argumentación jurídica se expresa también en las limitaciones impuestas al uso de la propiedad. En el primer nivel de argumentación, la propiedad privada es entendida como absoluta; en el segundo nivel, el derecho de uno a utilizar su propiedad es "abusivo" si otros derechos

22. Algunos autores aceptan una limitación de legítima defensa sin utilizar un análisis en dos niveles. Ellos apuntan que esa limitación deviene directamente de la condición exigida en el StGB § 32 de que la legítima defensa sea requerida (*geboten*) bajo ciertas circunstancias. Ver Leckner, "'Gebotensein' und 'Erforderlichkeit' der Notwehr", 1968, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1; Roxin, "Die 'sozialethischen Einschränkungen' des Notwehrrechts", *93 Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 68, 79 (1981).

23. Ver, por ej., *Restatement* (*Second*) *of Torts* § 63(1) (1965) (un autor puede utilizar "fuerza razonable" para defenderse cuando "razonablemente cree" que otra persona quiere atacarlo); W. LaFave & A. Scott, *Handbook on Criminal Law* 391 (1972).

son afectados de manera desproporcionada.[24] A diferencia de lo que sucede en el análisis a dos niveles de la legítima defensa, en la argumentación plana esa estructura es unificada desde un principio: todos tienen el derecho a un uso razonable de su propiedad.[25]

Tras esta comparación entre el pensamiento jurídico estructurado y el plano, podemos ver que nuestra dependencia del término razonable favorece el pensamiento jurídico plano. Con modificadores sintácticos libres como "razonable" y "sustancial", cada regla del *common law* puede contener sustitutivos para todo lo que uno necesita saber para resolver un problema en particular. Claro que la adición de conceptos abiertos modificadores sacrifica tanto la aparente exactitud cuanto el aparente carácter absoluto de la regla puesta. Pero un jurista estadounidense sofisticado probablemente diría que esas ostensivas virtudes de la ley alemana son ilusorias y que es mejor trabajar con normas legales vagas y calificadas, pero al menos no engañosas. Tanto el análisis estructurado como el plano tienen su atractivo. Si no lo tuvieran, difícilmente encontrarían expresión en dos culturas jurídicas mundialmente líderes. A pesar de simpatizar con la claridad del análisis jurídico estructurado, mi primer propósito aquí es probar las diferencias sustantivas y retóricas expresadas en estos dos distintos modos de pensamiento jurídico.

Antes de mencionar otros ejemplos del derecho estadounidense y alemán, permítanme matizar la presente argumentación en dos puntos. Primero, la tesis que aquí se expone representa una primera aproximación para una completa

24. Un conjunto de restriciones al uso de la propiedad – el área del derecho que nosotros llamamos "perturbación" – representa una instancia central en el "abuso de derecho". Ver Eörsi, nota supra 13, em 32-33 (discutiéndo la transición en el *common law* del derecho de propiedad absoluto al restringido). El artículo 544 del Code Civil dispone: "Propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta posible, propiciando que nadie de ese modo pretenda una utilización prohibida por la ley" (tradución del autor). Esa disposición es comúnmente considerada como la que más se acerca de la idea del "abuso de derecho". Ver nota supra 13 (discutiéndo *abus de droit*).

25. Ver W. Keeton/ D. Dobbs/ R. Keeton & D. Owen, *Prosser and Keeton on the Law of Torts* 626-627 (5. ed., 1984) (tratando de "interferencia no-razonable y sustancial" como la base para la ley de la perturbación).

valoración de lo que se entiende por razonable en el *common law*. Pero también perfila este argumento conectando particularmente el concepto de lo razonable con las ideas básicas de la teoría alemana del derecho. Segundo, el concepto de lo razonable no es el único aspecto que facilita el pensamiento jurídico plano en el *common law*. Cualquier otro concepto modificador abierto como por ejemplo el término "sustancial", nos permite formular normas que incluyen criterios calificadores no articulados en la creación de una regla.

A. Justificación y exculpación(*)

Miremos ahora el modo con que nuestra omnipresente invocación a la persona razonable nos permite funcionar sin la distinción fundamental entre justificación y exculpación. Esa distinción es básica en el Derecho penal alemán. Y era también indispensable en el *common law* en la regulación del homicidio propuesta por Blackstone.[26] Hoy, entre tanto, solamente aquellos teóricos del *common law* que todavía leen y respetan la literatura filosófica tienen alta consideración por esa distinción.

La distinción entre justificación y exculpación no es particularmente difícil de entender. Las alegaciones en pro de la justificación se refieren a lo que es correcto o, como mínimo, está legalmente permitido[27] en un acto que viola nominalmente la ley. Si una conducta generalmente no permitida es justificada en base a, digamos,

*Traducimos el término "excuse" por "exculpación", que es el que habitualmente se utiliza en los idiomas portugués y español para denominar las exenciones o eximentes de responsabilidad que excluyen la culpabilidad del autor.

26. Blackstone definió el asesinato como "todo homicidio..., a no ser que esté justificado por orden o autorización legal; excusado por el principio del accidente o autopreservación; o atenuado en el caso de homicidio imprudente". 4 W. Blackstone, *Commentaries* 201. La confianza en esas categorias del *common law* sobrevive en los Codigos Penales del siglo XIX, como por ej. en el Cal. *Penal Code* §§ 187-199 (West Supp. 1995).

27. Para una discusión sobre si "justificación" significa "lícito" o "tolerble", ver Dressler, "New Thoughts About the Concept of Justification in the Criminal Law: la Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking", *32 UCLA L. Rev.* 61, 83-91 (1984). Esp. pp. 119-123.

la concurrencia de legítima defensa, un estado de necesidad, el consentimiento, o de deberes legales, el acto debe prevalecer en situación de conflicto. Nadie está autorizado a defenderse ante un acto justificado, y a los terceros se les permite, e incluso se les incentiva, a ayudar al autor que actua justificadamente.[28]

En cambio, en las causas de exculpación no se habla de lo que es correcto o deseable en el acto, sino de la culpabilidad personal del autor. Estas causas vienen en consideración solamente cuando se ha decidido que el acto es inconveniente (errado o ilegal) y se pide por ello, excusa o disculpa.[29] Si una causa de exculpación, como la enfermedad mental, la intoxicación involuntaria, la amenaza o el error de derecho, se aplica al caso, la incorrección del acto permanece inalterada.[30] La exculpación sólo implica que el autor no es personalmente culpable por el acto antijurídico o ilegal que ha realizado. Las causas de justificación dirigen nuestra atención a los atributos del acto en abstracto; las causas de exculpación a la culpabilidad del autor en la situación concreta.

La distinción entre justificación y exculpación tiene un valor práctico y teórico fundamental. Para elaborar una teoría de la responsabilidad o un Codigo penal racional,[31] lo primero que habría que hacer es preguntar si una eximente en particular se refiere a las circunstancias del hecho o a la culpabilidad personal del

28. En un importante artículo, Kent Greenawalt discute la noción de que alguien puede deducir de la aprobación de un acto por la sociedad que los demás también puedan tanto resistir como ayudar al acto. Ver Greenawalt, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", *84 Colum. L. Rev.* 1.897, 1.919-1.921 (1984).

29. Esa pré-condición conceptual de las excusas o causas de exculpación aparece en la cada vez más influyente definición de enfermedad mental del Insanity Rights American Institute como una falta en el autor de "capacidad sustancial... de apreciar la criminalidad (ilicitud) de su conducta". *Model Penal Code* § 4.01(1) (*Proposed Oficial Draft 1962*). El tema de la capacidad se plantea solamente cuando ya fue determinado que la conducta es "ilícita" o "criminal".

30. El veredicto de "inocente por razón de insanidad" implícitamente afirma la "ilicitud" o "criminalidad" del acto. Ver nota supra 29. A menos que el acto sea ilícito, sería incoherente decir que ha faltado capacidad al autor para apreciar la ilicitud de su acto.

31. El *Model Penal Code* distingue entre causas de justificación y otras eximentes, ver *Model Penal Code*, art. 3; pero esas "otras" eximentes se regulan de forma dispersa entre el art. 2 (amenaza, error) y art. 4 (enfermedad mental).

autor. Sin embargo, esta distinción no ha sido mencionada en los textos de lengua inglesa en los últimos cien años.[32] La indiferencia por la distinción se ve claramente en la obra publicada en cuatro volúmenes, *Encyclopedia of Crime and Justice*,[33] por Sanford Kadish. Esa obra contiene los conceptos ortodoxos estadounidenses concernientes al Derecho penal, y todos los textos de las dos últimas décadas. Virtualmente todos los autores más destacados en este campo contribuyeron con un artículo en algún asunto de justicia penal. Los artículos no son particularmente originales, ni es su intención. Fueron hechos a principios de 1980 para reflexionar sobre el modo en que el profesorado estadounidense pensaba en aquel momento sobre derecho penal, proceso penal, y otros ámbitos relacionados. La Enciclopedia constituye un escaparate del pensamiento ortodoxo sobre estos asuntos.

En realidad, la Enciclopedia reconoce el trabajo filosófico reciente en la estructuración de las eximentes de la responsabilidad.[34] Pero un número sorprendente de artículos no presta atención a si las eximentes en particular pueden ser construidas diferentemente según se traten como causas de justificación, o de exculpación. George Dix escribe sobre legítima defensa sin llegar a la cuestión de si su función es justificar la conducta o meramente exculparla.[35] Aunque la legítima defensa tenga raíces en las dos teorías,[36] para analizar asuntos particulares, tales como la defensa de un

32. Ver, *e.g.*, W. LaFave & A. Scott, nota supra 23, 356-413 (utilizando "justificación" y "exculpación" indistintamente); J. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* 155-211 (4. ed., 1978) (ignorando la distinción en la discusión de "eximentes en general").

33. *Encyclopedia of Crime and Justice* (S. Kadish, 1983) (en delante citada como *Encyclopedia*).

34. Ver Fingarette & Hasse, *Excuse: Intoxication*, en *Encyclopedia 2*, nota supra 33, 942; Fletcher, *Excuse: Theory*, en *Encyclopedia 2*, nota supra 33, 724; Morawetz, *Justification: Necessity, en Encyclopedia 3*, nota supra 33, 957.

35. Dix, *Justification: Self-Defense*, en *Encyclopedia 3*, nota supra 33, 946. Aunque los editores hayan clasificado la legítima defensa como una justificación, no hay evidencias de que ese juicio haya afectado el pensamiento del autor que escribió sobre este tema. La misma crítica puede aplicarse a los trabajos citados en las notas 39, 41 y 43.

36. Ver G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 856-858 (1978).

tercero[37] o el deber de huir,[38] hay, necesariamente que discutir, si el fundamento de esta eximente es una justificación o una exculpación. Martin Levine, quién, por otro lado, escribe cuidadosamente sobre amenaza, pasa muy rápidamente sobre la relevancia de la distinción entre justificación y exculpación.[39] Argumentando sobre la extensión de la amenaza en casos de homicidio, descuida en su análisis que la solución de ese asunto depende de si se la clasifica como justificación o como exculpación.[40] Abraham Goldstein escribe sobre enfermedad mental,[41] pero se equivoca al discutir si esta eximente funciona como una exención jurisdiccional de la responsabilidad, análogamente a lo que sucede con la responsabilidad del menor de edad, o cómo una causa de exculpación, por analogía con la intoxicación voluntaria.[42] Steven Duke se ocupa de la obediencia a las órdenes de un superior

37. Si legítima defensa es una causa de justificación, el derecho de utilizar la fuerza es prontamente universalizado ex ante para incluir a cualquiera en una situación de intervención; pero si fuera una exculpación, la defensa sería aplicada ex post exclusivamente al comportamiento del defensor. Ver *idem* 868-869.

38. La legítima defensa es considerada como justificación porque reivindica autonomía y no existe deber de huir; pero si la legítima defensa es meramente una exculpación, entonces huir es pré-condición para establecer si un acusado estaba "contra la pared" y "tenía que matar". Ver *idem* 864-868.

39. Levine, *Excuse: Duress*, en *Encyclopedia 2*, nota supra 33, 729. Más que los otros autores criticados en esa sección, Levine reconoce que esta eximente puede ser considerada en algunos casos como justificación y otras como exculpación. Ver *idem* 729-730. Obscurece la distinción, asumiéndo que la caracterización de amenaza tanto como justificación cuanto como exculpación es la misma eximente para casos de homicidio (*idem* 731). Pero se equivoca alno apreciar la necesidad de considerarla como una exculpación en el caso de que se trate de asesinar una persona inocente. Ver nota infra 40.

40. Justificar la eliminación de una vida inocente ex ante es virtualmente imposible para cualquiera que no sea un utilitarista; al contrario, excusar el asesinato *ex post* no viola un compromiso moral de santificar la vida humana. Ver Lynch *versus* Director of Pub. Procecutions, (1975) 1 All E.R. 913, 930 (H.L.) (reconociendo, en el caso de un acusado que ayudó e instigó un asesinato del IRA, que la presencia o ausencia de amenaza es cuestión de hecho para el jurado).

41. Goldstein, *Excuse: Insanity*, en *Encyclopedia 2*, nota supra 33, 745.

42. Si la enfermedad mental funcionase como una excepción de la jurisdicción del mismo modo que la minoría de edad penal, como propone H. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 134-135 (1968), entonces debería tenerse en cuenta antes de comprobar si el acto realizado es o no un acto antijurídico; pero si se trata la enfermedad mental como una causa de exculpación, su consideración presupone que previamente se haya comprobado que el acto realizado es un acto injusto. Ver G. Fletcher, supra, nota 36, 836-839, supra notas 29-30.

jerárquico,[43] pero trata con indiferencia la cuestión básica y rica de si la confianza en la legalidad de las mismas sirve para justificar la conducta o meramente exculparla.[44] Hyman Gross, escribe sobre los conceptos estadounidenses en el área del error de derecho,[45] pero se equivoca al analizar las analogías posibles entre error de derecho y otras causas de exculpación.[46]

Existen dos perspectivas con las que cualquiera puede entender la indiferencia que muestran estos cinco autores ante la distinción entre justificación y exculpación. Así, por ejemplo, yo diría que el análisis que se hace de las eximentes en particular es superficial, y que falla en la percepción de las implicaciones teóricas y prácticas de la explicación de la razón básica de cada una de ellas. Los cinco temas – legítima defensa, amenaza, enfermedad mental, órdenes superiores y error de derecho – son analizados sin distinguir si la eximente es una justificación, una exculpación o posiblemente un problema de jurisdicción (como puede ser el caso de la enfermedad mental). Parece que estos cinco autores simplemente no reaccionan a argumentos disponibles en el área. Es como si en un artículo escrito hoy sobre teoría del acto ilícito no se analizaran sus implicaciones en el análisis económico de la ley.

Es posible, sin embargo, imaginar que la ortodoxia implícita en la Enciclopedia no es más que el producto de una evolución intelectual. La cuestión que se plantea entonces, no es si sus argumentos son ciertos o errados, o si son

43. Duke, *Excuse: Superior Orders*, en *2 Encyclopedia*, supra nota 33, p. 745.

44. Que el acto realizado cumpliendo órdenes superiores sea concebido como una justificación o una excusa, puede afectar los siguientes puntos: (1) Si el individuo afectado por el acto ordenado tiene el derecho de resistir; (2) si terceras personas que no sufran la influencia de la orden tienen el derecho de auxiliar a los acusados que recibieron órdenes; y (3) si, según el § 17 del Codigo Penal alemán, el acusado por haber actuado siguiendo ordenes que creía de modo insuperable que eran jurídicamente vinculantes, actua bajo un error de derecho que excluye su culpabilidad. Ver A. Schonke/ H. Schöeder & T. Lenckner, *Strafgesetzbuch* 426-427 (20. ed., 1980). La *Encyclopedia* no da indicación de por qué el problema es clasificado como una exculpación.

45. Gross, *Error, in Encyclopedia*, supra, nota 33, p. 1.066.

46. La analogía es importante, para explicar por qué el error de derecho para ser alegado con éxito no debe tener su orígen en un hecho ilícito. Ver G. Fletcher, supra, nota 36, p. 701-712, 736-749.

sofisticados o no, sino una cuestión de otro orden: ¿cómo es que estos autores analizan el Derecho penal sin mencionar una distinción que tanto los teóricos alemanes como los filósofos estadounidenses contemporáneos consideran fundamental?[47] Mi contestación a esa pregunta nos llevará de nuevo al punto de partida: la patente dependencia del derecho estadounidense del concepto de lo razonable y del pensamiento jurídico plano. Pero ahora necesitamos volver a analizar las diferencias que hay entre hacer distinciones, por un lado, y pensar jurídicamente de forma estructurada, por otro.

B. Razonamiento estructurado

Las distinciones no generan por sí mismas el pensamiento estructurado. Alguien podría, por ejemplo, seguir la distinción conceptual que hace J.L. Austin entre errores y accidentes.[48] Eso nos llevaría a percibir dos raíces de la negligencia. Una forma de negligencia consistiría en causar daño por un accidente imprudente; la otra, en actuar en base de una percepción imprudentemente errada del mundo. Aunque esos trazos distintivos de análisis no produzcan un orden léxico,[49] parece que una dimensión del argumento debe preceder a la otra.

¿Cómo, entonces, la distinción entre justificación y exculpación genera una forma estructurada de argumentación jurídica? Eso no es tan fácilmente percibible, si no se tiene en cuenta que, en realidad, la importancia de la distinción está en su imagen especular: en los conceptos afirmativos negados por cada eximente. La justificación niega una asertiva de conducta errada. La exculpación niega una acusación de que el agente es personalmente culpable por la conducta errada. A

47. Ver obras citadas supra, nota 34 e infra, nota 48.

48. Ver Austin, "A Plea for Excuses", *57 Proc. Aristotelian Soc'y* 1, 10-11 (1956).

49. Rawls parece haber acuñado este término en J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), en dónde define el "orden léxico" como "un orden que requiere la satisfación del primer precepto antes de movermos para el segundo, el segundo antes que consideremos el tercero, y así sucesivamente". *Idem*, 422-423.

pesar de que el acusado ha actuado intencionalmente violando la ley, no es personalmente culpable por una violación injustificada si actuó bajo amenaza, enfermedad mental, o según ciertos tipos de error de derecho. La estructura que está implícita en ese modo de encuadrar el análisis de responsabilidad ("exculpaciones por violaciones injustificadas") es el concepto de conducta antijurídica que lógicamente precede el concepto de culpabilidad personal.[50] El análisis de la justificación debe preceder el análisis de la exculpación.

La cuestión que propiamente nos interesa, por lo tanto, es si ese orden de los asuntos está lógicamente determinado. Analizando el problema de la responsabilidad, ¿puede ser que alguien considere primeramente una causa de exculpación, ya sea de enfermedad mental o intoxicación voluntaria, y más tarde un problema de legítima defensa o uso justificado de la fuerza en un arresto? ¿Por que no debería el asunto de la responsabilidad (que los juristas estadounidenses comúnmente rotulan el asunto de culpabilidad personal) ser el primer asunto a considerar en el análisis de la imputación?

Para los juristas alemanes, parece natural considerar primero el problema de la ilicitud, luego el de responsabilidad (un orden I/R). Los textos alemanes ni siquiera se detienen a explicar ese orden. Aunque aceptemos una distinción clara entre ilicitud (ausencia de justificación) y responsabilidad (ausencia de causas de exculpación), otras dos relaciones lógicas entre estos temas son posibles. Puede ser (1) indagar sobre responsabilidad antes de la ilicitud (un orden R/I), o (2) que no es necesario ningún orden entre los dos asuntos. La última posibilidad refleja la orientación del pensamiento jurídico plano. Coherentemente con mi tesis general, intentaré demostrar por qué soy contrario al punto de vista ortodoxo estadounidense respecto del análisis de la responsabilidad penal. Primeramente, entre tanto, me gustaría considerar la posibilidad de un orden R/I y luego hablar de la aceptación del orden I/R como un problema obvio en el derecho alemán.

50. Para el desarrollo de este punto con referencia a la enfermedad mental, ver notas 29-30.

1. *El orden R(esponsabilidad)/I(licitud)*

En la tradición del *common law* se puede encontrar algún apoyo para darle prioridad lógica al tema de la responsabilidad sobre el tema de la ilicitud. El primer asunto a considerar debería ser si el acusado es un destinatario de la norma legal aplicable. Si es un niño, el acusado no es sujeto para la norma. Si es un psicótico, o si, en le lenguaje del *common law*, se comporta como un "animal salvaje", debe ser tratado como un niño – como alguien que queda fuera del objetivo de la ley penal. La analogía continúa, más o menos, para el enfermo mental que comete un delito. Pero es difícil hacer la misma reivindicación para la amenaza, la intoxicación involuntaria o el error de derecho. Sin embargo, en el *common law* todavía está en los estatutos esta forma de enfrentarse con el problema.

La sección 26 del Codigo Penal de California enuncia seis categorías de personas que no son "capaces de cometer delitos".[51] Las dos primeras categorías se refieren a los niños y los idiotas. Las últimas cuatro son definidas asi:

"Tres – Personas que cometieron el acto o lo omitieron por ignorancia o error de hecho, lo que excluye cualquier intención criminal.

Cuatro – Personas que cometieron el acto sin ser conscientes de ello.

Cinco – Personas que cometieron el acto o lo omitieron por caso fortuito o por accidente, cuando parece no existir ningún trazo de malicia, intención, o negligencia culpable.

Seis – Personas (salvo si el delito este castigado con pena de muerte) que cometieron el acto o lo omitieron bajo amenaza o peligro suficientes que demuestre que tenían una causa razonable para creer y efectivamente creyeron que sus vidas hubieran corrido peligro si se hubieran negado a realizarlo."[52]

El contenido de las categorías tres, cinco y seis obviamente son distintos del sujeto de la previsión: personas incapaces de cometer delitos. Los asuntos

51. Cal. *Penal Code*, § 26 (West. Supp. 1985).

52. *Idem*.

de error, accidente, y amenaza hablan no de la capacidad del autor, sino del modo en que el acto fue realizado. Aquellos que invocan esas eximentes son incuestionablemente "capaces de cometer delitos", pero ellos no pueden obviamente ser responsables por el acto particular en discusión.

Existen otros ejemplos de un orden R/I en el *common law*,[53] que, como el Codigo de California indica, trata la responsabilidad como equivalente del asunto general de capacidad personal. Si, al contrario, la responsabilidad es considerada como exculpación, entonces la determinación de si una conducta es ilícita precede a la consideración de la posible exculpación. Esa es la relación conceptual que ahora intentaré explicar.

2. *El orden I(licitud)/R(esponsabilidad)*

El análisis de las causas de justificación lógicamente precede a la consideración de la exculpación sólo si los conceptos afirmativos correspondientes son ordenados de la misma forma. En el orden I/R, la responsabilidad (R) es entendida no como la capacidad general del autor, sino como su culpabilidad o reprochabilidad por realizar un acto en particular. Dos argumentos sostienen la prioridad lógica de la ilicitud sobre la responsabilidad. El primero es conceptual y está implícito en el propio significado del término "exculpación".

Hablar de exculpación sólo tiene sentido en el contexto de una responsabilidad y esto supone la posibilidad de responsabilidad. No tiene sentido "disculpar" eventos

53. La adjudicación de la responsabilidad objetiva (*strict liability*) parece introducir un vínculo de orden R/I, pero esto es porque este clase de imputación prescinde de la cuestión del delito como un todo. Véase, *e.g.*, Western Geophysical Co. of Am. V. Mason, 240 Ark. 767, 402 S.W. 2d 657 (1966) (imputación por accidentes explosivos); Declaración (Segunda) de Ato Ilícito § 520A (1977) (imputación por daños debidos a accidentes aéreos). Estas formas de imputación de responsabilidad objetiva son aceptables e incluso socialmente bien vistas en el ámbito de la responsabilidad civil por daños (*torts*). Ver, *e.g.*, Estados Unidos *versus* Dotterwich, 320 U.S. 277 (1943). Pero, aunque se puede interpretar la imputación de un acto ilícito como una tasa adicional en los negocios, la punición criminal es determinada para castigar violaciones de la ley. Si la violación no es antijurídica, se vuelve difícil justificar la condena criminal.

naturales como la lluvia o un alud; estos eventos no plantean ningún problema de culpabilidad porque no existe ninguna persona para ser responsabilizada. Las causas de exculpación tampoco se aplican a actos benéficos, porque en ellos no hay nada que tenga que ser culpado y, por tanto, nada a exculpar. La cuestión sobre culpabilidad y exculpación se limita a los actos dañinos humanos. Debe existir algo negativo para que un autor pueda ser culpado coherentemente.

Entre las conductas humanas, tan sólo aquéllas que dan lugar a una evaluación negativa requieren *prima facie* nuestra atención. En el caso específico de infracciones legales, de la infracción de una prohibición legal se deduce *prima facie* una evaluación negativa. Pero esta evaluación *prima facie* es un tópico que se refuta en caso de justificación. Si la infracción es justificada, bien sea por haberse cometido en legítima defensa o estado de necesidad, o ha sido validamente consentida, el acto es, en el balance final, correcto y bueno. No se da la evaluación negativa que es necesaria para que la exculpación sea relevante. No hay necesidad de argumentar sobre culpabilidad o exculpación de un acto justificado, del mismo modo que no hay que culpar o exculpar un acto benéfico. La justificación santifica el acto y hace que la exculpación sea irrelevante.

Todo ello es plausible y cualquiera puede admitirlo, pero eso no prueba que el análisis de las causas de justificación lógicamente precede al análisis de la exculpación. ¿Por que no considerar los asuntos en ese orden?: (1) infracción de una prohibición legal; (2) culpabilidad y exculpación; y luego (3) justificación posible. Este es un desafío sensato que plantea el problema de si cuando se infringe una prohibición legal es suficiente con la evaluación negativa que implica, se puede pasar directamente, sin necesidad de determinar previamente la ilicitud, a dar relevancia a la exculpación. Si ello ocurriera, sería posible considerar la exculpación de la infracción antes que su justificación.

Este argumento tiene una fuerza particular en la medida en que nuestras leyes están cerca de nuestras normas morales. Puesto que ya la infracción de estas leyes generan fuertes implicaciones negativas, puede plantearse ya desde el primer

momento el tema de la exculpación. Implícitamente, eso sirve para argumentar que la infracción de una prohibición moral trae consigo una fuerte presunción de conducta ilícita. Todavía, esta presunción puede ser objeto de refutación si hay alguna causa de justificación. Si la tanto la infracción de una prohibición, como la cuestión de su justificación, tratan de la ilicitud del acto, carece de sentido separar ambos asuntos y considerarlos, respectivamente, en el primer y en el tercer paso del razonamiento. Ciertamente, desde el punto de vista teórico, se podrían considerar las causas de exculpación antes que las de justificación. Pero un método conformado con la estructura lógica del problema consideraría primeramente todos los asuntos relativos a la valoración negativa que afectan luego también a la exculpación.

Hasta el momento, el argumento para la prioridad lógica de la ilicitud proviene de un cuestionamiento conceptual. La reivindicación ha sido que el orden I/R pertenece también a la naturaleza de la exculpación. Un segundo argumento deriva de las teorías retributivas de la pena. Esas teorías – como opuestas a aquellos que dan énfasis a la defensa social – mantienen, simplemente, que la pena debe ser impuesta a los hechos ilícitos. La retribución requiere que los ofensores sean castigados por sus violaciones para rectificar el desequilibrio representado por la violación impune. La manera con que la pena compensa el hecho injusto puede ser mística para el sentido que le da Hegel.[54] Podría haber venido del abordaje que le da Kant de universalización del hecho injusto.[55] O puede venir de la tesis más moderna que puede ser encontrada en el trabajo de Herbert Morris: la retribución rectifica la mala distribución de los beneficios y deberes que devienen de la comisión del delito.[56] En toda teoría retributiva, el primer asunto es la ilicitud.

54. Véase G. Hegel, *Philosophy of Right*, § 97 p. 69 (tradución de T. Knox, 1952).

55. Véase I. Kant, *The Metaphysical Elements of Justice* 99-107 (traducción de J. Ladds, 1965). Kant tiene diversos distintos argumentos para justificar la punición, todos ellos enfocados en la conducta criminal. Entre ellos está su pretensión de que los ladrones deben de ser castigados por su comportamiento de cometer un hurto, como una ley universal, retribuyéndo al ladrón su falta. *Idem*, p. 102.

56. Véase H. Morris, "Persons and Punishment", en *On Guilt and Innocence*, 31, 33-34 (1976).

La gravedad de la violación determina la severidad máxima del castigo. El castigo debería ser atenuado en caso de culpabilidad parcial,[57] o excluido en caso de falta de culpabilidad o de conducta disculpable. La necesidad de considerar la ilicitud antes que la responsabilidad proviene de la estructura del pensamiento retributivo. La primera cuestión es si existe una infracción que debe ser castigada y, si existe, cuanto debe serlo. La segunda cuestión, es si el castigo debe de ser atenuado, considerando si el autor debe de ser exculpado o debe de ser castigado por la total extensión de su violación.

El argumento para la atenuación podría ser que el autor tiene un control incompleto sobre el desarrollo del delito. Cuanto menos control tiene el autor, menos culpable es por el hecho. La disminución del control podría resultar tanto de presiones externas como de la condición psicológica del autor. En casos de amenaza y estado de necesidad, tal como huir de la cárcel para evitar una violación homosexual, el control del autor es tan reducido que culparlo por su conducta ilícita ofende nuestro sentido de justicia. De modo similar, la intoxicación involuntaria y la enfermedad mental, por lo menos en la comprensión convencional de estos estados, reflejan una pérdida interna de control hasta el punto que sería injusto considerarlos culpables. El análisis del error de derecho sigue el mismo modo de raciocinio hasta el punto de si alguien no sabe que su conducta es ilícita, difícilmente puede considerarse que tiene control sobre el acto ilícito que haya podido cometer. Esas consideraciones representan nada más que el primer corte en un conjunto difícil de asuntos, pero parece servir para una evaluación general de las eximentes.

Mi análisis de la exculpación no pasa de un nivel superficial de argumentación,[58] el objetivo de esas consideraciones es simplemente demostrar la naturaleza

57. Este punto se explica bien en la fórmula de Robert Nozick, en la cual la cantidad de pena es determinada por r X H. H representa el delito y r el grado de responsabilidad o culpabilidad. H es, en principio, ilimitado, pero r varía solamente entre O y l. En el caso de conducta exculpada r es igual a 0. Véase R. Nozick, *Philosophical Explanations* 363-366 (1981).

58. Para una elaboración más detallada de la teoría de las eximentes, ver Fletcher, *Right and Excuses, Crim. Just. Ethics, Summer-Autumn* 1984, p. 17.

secundaria de la culpabilidad y de la exculpación en el análisis de la responsabilidad. La teoría de la pena retributiva nos invita a considerar lo que merece el ofensor, pero solamente después de se haya convertido en agente de un acto ilícito. Los asuntos de culpabilidad y exculpación tienen sentido solamente si preguntamos: ¿culpable o no no culpable por "qué"? El "qué" en esta cuestión requiere que nosotros especifiquemos el acto inconveniente que es lo que le da significado a las nociones de culpabilidad y exculpación.

3. Indiferencia entre I(Licitud) y R(Esponsabilidad)

En una cultura que da énfasis al pensamiento jurídico plano, no cabe esperar un orden R/I ni uno I/R. Y, efectivamente, no los encontramos. El Codigo Penal Modelo – de 1950, pero todavía un documento ortodoxo – no menciona ningún orden. El precepto que define el "elemento material del delito" trata la justificación y la exculpación con los mismos criterios definiendo *prima facie* la responsabilidad.[59] El Codigo adopta el modelo plano. Todos los elementos son de igual significación. Si cualquier elemento, sea afirmativo o negativo, está ausente, el acusado no es culpable. Carece de importancia analizar los elementos en un orden particular, una vez que tenemos que verificarlos todos antes de exigir una responsabilidad.

C. Argumento plano

El concepto de lo razonable – el modificador omnipresente – favorece una argumentación plana de la responsabilidad. La persona razonable obscurece la línea entre justificación y exculpación, entre ilicitud y culpabilidad, y así imposibilita cualquier orden en la determinación de la responsabilidad. El patrón "¿qué es lo que una persona razonable haría en esas circunstancias?" plantea la

59. Ver *Model Penal Code* § 1.13 (10) (Proyecto Oficial 1962).

cuestión de la diferencia entre ilicitud y culpabilidad de un modo distinto. Los criterios tanto de justificación cuanto de exculpación se someten a la misma cuestión. Por ejemplo, en relación con la justificación de la legítima defensa, se pregunta qué cantidad de fuerza utilizaría una persona razonable. El cuestionamiento es similar cuando analizamos la exculpación por amenaza. La pregunta es que es más razonable: robar un banco o ser asesinado;[60] escapar de la cárcel o evitar una violación homosexual.[61] Herbert Fingarette inteligentemente argumenta que el elemento clave en la amenaza es que el acto del acusado es hacer "ilícitamente lo que es razonable".[62] La misma fórmula funciona para la legítima defensa. El que agrede ilegítimamente convierte en razonable para la víctima de la agresión utilizar la fuerza en legítima defensa. En ese modelo verbal, nos podemos mover para detras y para delante entre justificación y la exculpación con gran facilidad.[63]

Indiqué antes que los alemanes aceptaron el esquema I/R no por razones políticas, sino porque es lógicamente obligatorio tanto por la naturaleza de la exculpación como por una concepción retributiva de la pena. Si eso es verdad, necesitamos evaluar por qué esas consideraciones no sirven para afirmar el orden I/R en el pensamiento del *common law*. Las dos razones en favor del orden I/R no son tan distintas como parecen. Las causas de exculpación tienen un *status* secundario tan sólo si asumimos la prioridad del ilícito en el análisis del castigo. Pero, si el castigo tiene otro propósito además de retribuir el delito, entonces esa relación de prioridad lógica puede falllar.

60. De acuerdo con § 2.09(1) del *Model Penal Code*, la eximente por amenaza o miedo se aplica solamente si una persona "razonable" es incapaz de resistir a la amenaza. *Model Penal Code* § 2.09 (1) (Proyecto Oficial 1962).

61. Véase Pueblo v. Lovercamp, 43 Cal. App. 3d 823, 827, 118 Cal. Rptr. 110, 112 (1974) (sosteniendo que huir era "la única elección viable y razonable disponible").

62. Fingarette, Victimization: "A legalist Analysis Of Coercion, Deception, Undue Influence, and Excusable Prision Escape", *42 Wash. & Lee L. Ver.* 65 (1985).

63. Véase Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory", *85 Harv. L. Ver.*, 537, 560 (1972).

A partir de los textos de BENTHAM[64] y de la traducción del libro de Beccaria,[65] los juristas ingleses han sido siempre escépticos respecto a la idea de que el castigo de los hechos ilícitos sea un fin en si mismo. El deber de penar a los culpables no se adapta a la mentalidad anglo-americana que busca un propósito productivo en toda práctica social. Por supuesto, la injusticia nos ofende. Pero hacer justicia por sí misma no nos atrae. Aunque los juristas estadounidenses e ingleses también consideren que castigar a los inocentes es un error, tienen poco entusiasmo por el principio kantiano de que tenemos un deber categórico de castigar los culpables.[66] De acuerdo con el punto de vista dominante hoy, se entiende que la función de la culpabilidad es todo lo más un límite de la pena que sirve para la intimidación y otros objetivos sociales.[67] Ni siquiera con el máximo espíritu de tolerancia democrática, podemos estar de acuerdo con los kantianos y con los utilitaristas.[68] Separamos y elegimos entre los fines de la pena lo que entendemos más adecuado.[69] En ese desorden tolerante, es lógico que no entendamos bien una estructura lógica con dos grados de análisis que devienen de un compromiso de penar a los culpables como un imperativo de justicia.

No sorprende, por tanto. que los teóricos ortodoxos del *common law* no distingan entre ilícito y responsabilidad, entre justificación y exculpación. Estos

64. Véase J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legisdlation* 170-203 (1823 & reimpresión fotográfica, 1973) (1. ed., Oxford, 1789).

65. Véase C. Beccaria, *On Crimes and Punishments* (2. ed., London, 1789) (1. ed., London 1767).

66. Véase I. Kant, supra, nota 55, p. 102.

67. La versión más popular de esta visión es la tesis de que el criterio de recompensa y retribución funcionan como una deseable limitación de las metas utilitaristas. Veja-se F. Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal* 71-72 (1981); H. Packer, supra nota 42, p. 58-62.

68. Véase B. Ackerman, *Private Property and the Constitution* 41-87 (1977) (discutiéndo las teorías kantiana y utilitarista como ejemplos de puntos de vistas comprensivos). Desgraciadamente, cada vez se extiende más el punto de vista que pretende satisfacer criterios opuestos (como los de Kant y Bentham), véase, por ej., Dressler, supra, nota 27, 81-83.

69. Véase, *e.g.*, *Model Penal Code* § 1.02(1)(c) (Proyecto Oficial 1962). (una propuesta del Codigo, entre otras, es "salvaguardar la conducta sin defecto moral de la condena como criminal"; Hart, *The Aims of The Criminal Law*, 23 Law & Contemp. Probs. 401 (1958).

problemas se plantean con la misma fuerza en el ámbito del control social. No tendríamos por qué tener problemas separando distinciones tan fáciles de realizar, pero pensamos y argumentamos sobre problemas instrumentales que consideran que esas distinciones son poco más que curiosidades filosóficas.

II. El concepto de lo justo

Difícilmente llegaríamos al concepto de lo justo simplemente buscando traducciones en contextos particulares del término omnipresente "razonable". Si prestamos atención a aquellos puntos del debate jurídico dónde el pensamiento plano estadounidense corresponde al pensamiento estructurado alemán, nos sorprendería lo frecuentemente que encontramos la noción de lo justo en el discurso alemán. El concepto de lo justo se convierte en un candidato a ser el equivalente sistémico de lo razonable. Por "equivalente sistémico", me refiero a un concepto que en el derecho alemán es tan básico como lo es el de lo razonable en el *common law* y es un punto de referencia en un sistema estructurado de pensamiento jurídico que funciona sin el efecto de graduación generado por la persona razonable.

En los dos temas de Derecho penal que hemos discutido – el fin de la legítima defensa y la distinción entre justificación y exculpación – el concepto de lo justo ofrece un instrumento con el que la doctrina alemana diferencia niveles distintos, léxicamente ordenados, de discurso. Quiero explicar como sucede eso y hacer algunas deducciones sobre el modelo de argumentación del pensamiento jurídico estructurado en un sistema jurídico en el que el término de referencia es el concepto de lo justo.

Para ello es preciso que al menos intentemos valorar lo que los alemanes quieren decir con *Recht*, los franceses, con *droit*, y los rusos, con *pravo*. Esos términos expresan un concepto normativo de lo justo o derecho correcto (N de los T. Téngase en cuenta que aquí el concepto de derecho que emplea el autor no se corresponde con el término inglés *law*, sino con el *rigth*, que equivale más a lo que en los idiomas

latinos se considera como justo o correcto; de ahí que en este contexto hayamos preferido utilizar este termino). Cada uno de estos sistemas jurídicos tiene también un término para expresar un concepto descriptivo de ley positivada: *Gesetz*, *loi* y *zakon*. Los principios normativos del derecho reciben su fuerza obligatoria de su efecto moral intrínseco. Que una persona no puede ser juez en su propio caso, que nadie puede beneficiarse de su propio error, que ninguna persona inocente puede ser castigada – son principios ya aceptados como derecho reconocido en el *common law* así como en otros sistemas occidentales. En contraste, las reglas de la *Gesetz*, *loi* y *zakon* son positivas. Son leyes que reciben su fuerza coercitiva no de su contenido, sino de su forma. El aspecto crítico de su forma es su *pedigree*: deben ser positivadas o declaradas por un legislador reconocido como autoridad dentro del sistema legal. El debate entre positivistas y sus oponentes reside en la exclusividad de la ley positivada dentro del sistema. Como Thomas Hobbes, un positivista original, ha dicho: "No es la sabiduría, sino la autoridad lo que hace el Derecho".[70] Los oponentes del positivismo consideran una parte o todo el sistema legal como una expresión de justicia.[71]

La tradición legal alemana tiene raíces positivistas, como el influyente libro de Kelsen, *Die Reine Rechtslehre*, nos recuerda.[72] El positivismo de Kelsen era propuesto de manera simple: todo *Recht* es positivado por un legislador que tenga autoridad para ello. Esa raíz nunca fue dominante en el pensamiento alemán, por lo menos, no con la misma extensión que el mensaje positivista de Hobbes, Bentham, Austin y Hart en la tradición anglo-estadounidense. El

70. T. Hobbes, la *Dialogue Between la Phiklosopher and la Student Of The Common Laws of England* 55 (J. Cropsey ed. 1971).

71. Véase R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* 107-110 (1977) (argumentando que los principios suplen pero no sustituyen las leyes positivas); Fuller, "Positivism and Fidelity to Law – la Reply to Professor Hart", *71 Harv. L. Ver.* 630, 647-651 (1958) (expresando la visión de que los mandatos legislativos deben ser adecuados al orden legal constitucional).

72. Véase la frecuentemente criticada traducción al inglés del libro de H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (M. Knight, 1967).

pensamiento jurídico alemán, particularmente en el periodo de postguerra, busca nutrir un sentido vivo de derecho, una concepción de lo justo que trascienda de la ley positivada.

Definir el derecho en contraste con el concepto positivista de ley es una posición negativa poco afortunada. Eso sólo nos dice que el derecho no es reducible a un conjunto de leyes positivadas. Todavía es más difícil definir positivamente lo que es derecho (es decir, lo que es justo). Para Kant, cuya influencia todavía es sentida en el pensamiento jurídico alemán, el derecho es el conjunto de condiciones bajo el cual las elecciones de cada persona pueden ser conciliadas con las elecciones de los demás, bajo las leyes universales de la libertad.[73] Kant distingue claramente derecho y moral. El primero afirma la estructura de libertad que permite a las personas con distintos propósitos vivir juntas en una sociedad civil. La moral, en cambio, se refiere a si misma, invocando más nuestro deber de respetar la humanidad en nosotros mismos y los demás.[74]

Kant ha concebido el derecho como garante de la seguridad y de la libertad externa de todos en una sociedad civil.[75] Una vez que se respeten esas esferas de autonomía de los demás, cualquiera es legalmente libre para ser moral o no, según desee. Esa libertad jurídica se expresa en la visión, que plausiblemente atribuimos a Kant, del deber de socorro. El imperativo categórico ordena socorrer a una persona en peligro.[76] Sin embargo, si no se hace, ello no viola la seguridad o la libertad externa de la persona en peligro, por lo que el derecho, estricitamente considerado, no impone este deber.

73. Véase I. Kant, supra nota 55, p. 34. Infelizmente, la traducción del Professor Ladd de Kant erradamente traduce *Recht* como "justice". Véase, *idem*.

74. Véase I. Kant, *Fundations of the Metaphysics of Morals* 53-54 (L. Beck, trans. 1959).

75. En virtud de esa garantía, los individuos son obligados a ingresar en la sociedad civil y pueden ser compelidos a hacerlo. Véase I. Kant, supra nota 55, p. 65-66.

76. Cf. I. Kant, supra nota 74, p. 48-49. (discutiendo el deber de ayudar a los otros).

Esa concepción estricta de derecho es muy semejante al principio de justicia de Rawls.[77] Rawls pretende garantizar la estructura básica de la sociedad sin resolver los conflictos inevitables que ocurren en la vida social y económica.[78] Una concepción del siglo veinte de derecho conduce por si misma a los conflictos y en el camino para resolverlos aparece el compromiso entre el deber moral de proteger los intereses de los demás y la autonomía asegurada por la estructura básica. Esa concepción de derecho se expresa en la tendencia creciente respecto de los deberes legales impuestos para ayudar a los demás.[79] Otro ejemplo significativo es el estado de necesidad en la responsabilidad civil y en el Derecho penal, un principio que exige que los Tribunales decidan cuando un individuo puede lesionar los intereses menos valiosos de otro.[80] La persona que sufre la lesión debe renunciar a sus intereses jurídicos. Esa concepción moderna de derecho compromete los valores de seguridad y de la libertad externa, negociando esos aspectos de autonomía personal contra otros intereses en un esfuerzo por resolver el conflicto social.

Es significativo, entre tanto, que el concepto tradicional de lo justo todavía informe legítima defensa. El § 32 del Codigo penal alemán dice:

(1) El que comete un acto movido por la legítima defensa actúa lícitamente.

(2) Por "legítima defensa" debe entenderse la defensa necesaria para rechazar un ataque ilícito inminente de una persona a otra.[81]

77. Véase Rawls, supra nota 49, p. 60 ("Cada persona es dueña de un igual derecho a la más extensa libertad básica compatible con una similar libertad de los demás).

78. Rawls recuerda que estos aspectos están más allá de los objetivos de su libro. *Idem*, p. 315.

79. Véase, por ej., StGB § 34. Sobre el deber de socorro como problema jurídico, Weinrib, "The Case of A Duty To Rescue", *90 Yale L. J.* 247, 266-267 (1980) (apoyándose en la teoría moral de Kant para mantener que el deber de socorro es un deber jurídico).

80. Véase, por ej., StGB § 34; *Model Penal Code* § 3.02 (Proyecto Oficial 1962). La história de esta eximente – particularmente en cuanto reducida a la teoría del derecho – todavía está por recibir una adecuada exposición. La eximente que se aplica al sacrifício de intereses ajenos distintos a la propiedad ingresó en el Codigo Penal alemán en el marco de la decisión de la Suprema Corte Imperial, sentencia 11.03.1927, Reichsgericht, Ger., 61, RGSt 242, 247-255 (que se refería a los casos en que el aborto en determinadas circunstancias no debería ser considerado injusto).

81. StGB § 32, (traducción del autor).

El término "ilícito" que aparece en los dos preceptos, significa "contrario a derecho". Solamente ataques contrarios a derecho conducen al privilegio o derecho de legítima defensa (incluyendo la defensa de uno mismo, de la propiedad y de otros);[82] la fuerza mínima necesaria para rechazar un ataque ilícito no es contraria a derecho. En el mismo contexto, la legislación estadounidense utilizaría el término "ilegal",[83] un término que se arriesga a la confusión entre ley como derecho y ley reducida a la ley positiva. Para explicar mejor el término alemán, utilizo la palabra "ilícito" como equivalente a "contrario a derecho".

Limitar la legítima defensa para rechazar ataques significa que si un ataque no es ilícito, una persona no tiene el privilegio de contestarlo. El ataque en si mismo puede ser justificado por una legítima defensa, y en este caso el § 32 (1) nos dice lo que no es ilícito. Similarmente, el § 34 dice que ataques justificados en el ámbito del estado de necesidad no son ilícitos.[84] Eso deviene de la estructura de esas previsiones en las cuales ataques justificados, que no son ilícitos, no generan el derecho de legítima defensa. Recordando la distinción entre ilicitud y culpabilidad,[85] entre tanto, podemos inferir que ataques exculpados por enfermedad mental, amenaza, y estado de necesidad generan un derecho de legítima defensa plena.[86] El ataque es meramente exculpado es, en cambio, "contrario a derecho" y puede ser plenamente resistido. Más adelante volveremos a ese punto.

82. La traducción literal del término alemán Notwehr sería "defensa necesaria".

83. Véase *Model Penal Code* § 3.04 (Proyecto Oficial 1962). El Codigo hace un absurdo esfuerzo en definir "unlawful" no § 3.11 (1). la definición es prolija primeramente porque los proponentes podían no formular un concepto (como excusa) para describir una eximente que, incluso si es afirmada con éxito por un agresor, podrían dejar la ilegalidad del ataque intacta.

84. Véase StGB § 34 (si la previsión se aplica, el acto "no es injusto".

85. Véase el texto en las notas 50-59 supra.

86. La visión dominante en el derecho alemán es que la legítima defensa es autorizada en contra de la agresión de un no culpable. Véase H.H. Jescheck, supra nota 20, p. 273. El *Model Penal Code* concuerda, pero sin un concepto de exculpación. Véase *Model Penal Code* § 3.11(1) (Proyecto Oficial 1962); supra, nota 83. Algunos estudiosos alemanes, entre tanto, mentienen que el derecho de legítima defensa no se aplica en contra de la agresión de un no culpable. Véase, por ej., E. Schmidhäuser, *Strafrecht: Allgemeiner Teil* 151-152 (2. ed. 1975).

Para los propósitos presentes, el punto importante es que erróneamente el § 32, reformado en 1975, no ha incorporado el principio de proporcionalidad de la fuerza como un límite al derecho de legítima defensa. A pesar de que importantes voces en la doctrina se manifestaron favorablemente[87] a esta limitación en la ley, el Codigo adoptó la tradicional regla alemana de que toda fuerza necesaria es privilegiada, permitiendo que cuando sea necesaria se puede emplear una fuerza letal para prevenir la huída de un ladrón de poca monta. El argumento común para esa posición extrema invoca la máxima alemana: el derecho nunca debe ceder al injusto.[88] La propia idea de estar en su derecho contra un agresor, de tener el derecho personal invadido, significa que puede legítimamente resistir. Eso es lo que significa ser una persona autónoma en una sociedad civil. Como diría Kant, resistir a un agresor en nombre del derecho refuerza la estructura básica de la sociedad civil.[89] Forzosamente rechazar al agresor asegura que todo individuo puede ejercer su libertad con relación a los otros.[90]

De ahí viene, entonces, que el sistema jurídico no requiera que los individuos cedan sus derechos a los agresores; al contrario, permite utilizar la fuerza necesaria para reivindicar tanto su autonomía como el orden jurídico.

A pesar del contenido del § 32, los teóricos alemanes contemporáneos consideran que el derecho debe ceder en algunos casos – particularmente si el agresor estaba obviamente borracho, era un niño, o miembro de la familia.[91] Como

87. Véase origenes citadas supra notas 20-21.

88. En alemán: *de las Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*. El axioma data como mínimo de Berner, *Die Notwehrtheorie*, 1848; *Archiv des Criminalrechts* 547, 557, 562.

89. Cf. I. Kant, supra nota 55, p. 36 (el derecho vincula la autorización del uso de la coerción en contra de quien quiera que viole el derecho).

90. *Idem*, p. 36-37.

91. Esta es la línea común de los manuales y tratados. Véase, *e.g.*, H. Jescheck, supra, nota 20, p. 277; A. Schönke/ H. Schröeder & T. Lenckner, supra nota 44, § 32, p. 457. Si los ataques ocurren en el interior de la familia, véase el lenguaje aprobador en la sentencia de 25.09.1974, Bundesgerichttshof, W. Ger., 28 NJW 62.

se ha indicado anteriormente, la razón doctrinal para esa restricción es que a pesar de que el que se defiende tiene derecho a utilizar toda la fuerza necesaria, "abusa" de ese derecho si lo ejerce en determinados casos.[92] ¿Qué es lo que puede llevar a esa restricción de la autonomía personal? En principio, podríamos decir que algún equilibrio es necesario entre los intereses del defensor y los intereses del agresor. La fuerza letal seria correcta para evitar una violación, pero no para evitar un beso; herir el agresor seria aceptable para prevenir un robo, pero no para frustrar una tentativa ilegal de conseguir un lugar para aparcar.[93] La primera cuestión, entre tanto, es por qué el que se defiende, cuando sus derechos son atacados, debe preocuparse por los intereses del agresor.

La contestación, simplemente, es que el agresor es un ser humano. Aunque esté empeñado en una agresión ilícita, nadie puede tratarlo simplemente como una fuerza intrusa que debe de ser anulada a cualquier coste. Con su énfasis exclusivo en reivindicar la autonomía personal, la filosofía alemana de que el derecho no necesita nunca ceder al injusto, trata, de hecho, el injusto como una fuerza que siempre niega el derecho. La respuesta humanitaria es que algunas veces el coste de la defensa del derecho es simplemente demasiado alto; algunas veces el derecho debe ceder con el propósito de preservar valores que también se encuentran en la persona del agresor.

La respuesta humanitaria lleva directamente a la moderna concepción de derecho, la cual incorpora los intereses del agresor al afirmar los límites de la legítima defensa. Se puede encontrar esa concepción moderna en Blackstone,[94] que ya argumentaba que si no ejecutamos a los que han cometido pequeños hurtos, tampoco podemos permitir el uso de fuerza letal contra ellos. El propietario no puede reaccionar más severamente en la calle de lo que haría un Tribunal de Justicia

92. Véanse los casos citados supra, nota 21.

93. Véase sentencia de 22.01.1963, Oberlandsgericht, Baviera, 16 NJW 824.

94. Véase 4 W. Blackstone, supra, nota 26, p. 181-182.

con toda su autoridad. Sean cuales fueran los límites lógicos de esa analogía,[95] constituye un standard integrado en la legítima defensa: en un único plano de argumentación, la valoración sobre el mérito de la posición del defensor se enlaza con la preocupación por los intereses del agresor.

El criterio dominante entre los alemanes respecto a ese problema, se mantiene tratándolo en dos niveles distintos. En el primer nivel el argumento se apoya en los criterios de seguridad y libertad personal, valores expresados en el concepto tradicional de lo justo. El segundo nivel suaviza la severidad de esa visión absolutista introduciendo criterios de solidaridad. Llendo del primero al segundo nivel, cambiamos el derecho por intereses. De acuerdo con la visión Kantiana, el agresor no tiene derecho a que la persona que ejerce legítima defensa tenga en cuenta sus intereses cómo ser humano. Como el derecho requiere la reivindicación de autonomía, está completamente al lado del defensor.

Aquellos que rechazan el reconocimiento de criterios humanitarios como segundo nivel, argumentan como sigue: Claro que el agresor tiene intereses, pero el derecho está enteramente al lado del defensor, entonces es el defensor quien decide si tiene o no en cuenta los intereses del agresor o no. Nadie que sea víctima de un ataque injusto está obligado a ejercitar su privilegio de defenderse; puede escoger compadecerse, pero el Estado no tiene autoridad para obligarle a ceder sus derechos en nombre del altruismo.[96] Ese es un punto importante, que ilustra que la cesión obligada de la autonomía personal en la sociedad civil no implica de hecho que también haya obligación de ser altruista. El único desacuerdo sería si es interés del Estado asegurar que las personas actúen altruístamente y compasivamente hasta con los que las atacan ilícitamente.

95. La analogía confunde la responsabilidad *ex post* para un delito específico con la reivindicación *ex ante* de autonomía. Para la crítica de esta confusión, véase Fletcher, *Book Review*, 83 Colum. L. Ver. 2099, 2112-2114 (1983) (criticando B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (1980)).

96. En un conflicto análogo entre "individualismo" y "altruísmo" en derecho contractual, Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjucation*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).

La misma distinción entre derecho y compasión emerge al analizar los criterios que tienen relación con las causas de justificación y exculpación. Mirando hacia el lado opuesto de esas categorías, nos encontramos con que el análisis de lo ilícito lleva a la cuestión de lo justo; y el análisis de la culpabilidad a la cuestión de la compasión. Si la conducta del defensor es justificada, no es ilícita y el Estado no tiene más el derecho de penar. No hay nada que permita el castigo. Si, al contrario, la conducta es ilícita, el Estado tiene el derecho de castigar.[97] La única cuestión es si, bajo el punto de vista de las circunstancias exigidas por el hecho, la compasión impide el ejercicio del derecho de castigar.

Fundamentar la exculpación en la compasión por el acusado plantea algunos problemas difíciles. No hay duda de que en caso de amenaza, estado de necesidad, ignorancia excusable de la ley o perturbación mental, los autores de hechos ilícitos merecen nuestra compasión. Pero es difícil decir que un juez que administra una institución como la del Derecho penal tiene el deber de ser compasivo. ¿Qué acontecería si el día del juicio, el juez sentenciador no sintiera nada – ni indignación ni compasión por el ofensor? Tomado demasiado en serio, ese punto arruinaría toda la institución de la culpabilidad en el Derecho penal. El reconocimiento de una conducta culpable no puede depender de si el juez siente que debe culpar el acusado. La respuesta propia del juez no es preguntarse si siente que debe culpar al acusado, sino si el acusado merece ser culpado. El mismo modo de pensamiento debe aplicarse cuando merece compasión.

Además de eso, fundamentar la exculpación en la compasión lleva a la cuestión de si una persona que cree que se encuentra en una situación legal de exculpación tiene el derecho a ser exculpada. Es difícil de comprender que el sistema jurídico pueda emplear una práctica determinada sin que los beneficiarios de esa práctica puedan tener el derecho a sus beneficios. Ese es particularmente

97. Kant argumenta que el Estado tiene tanto el derecho como el deber de castigar ofensores. El derecho se basa en que el sujeto "ha cometido el delito". I. Kant, nota supra 55, 100. El deber se basa en el imperativo categórico de respetar la humanidad del ofensor. Id.

el caso dónde las prácticas son determinadas por reglas que vienen ya reconocidas en las eximentes. Los acusados tienen un derecho a que los tribunales sigan las reglas legisladas, y en ese sentido tienen derecho a ser exculpados cuando así lo permita la regla legal.

El derecho a exculpar a alguien corresponde tan sólo a los tribunales. Sería difícil de decir que un acusado tiene, en el momento de sus actos, el derecho de realizar un acto ilícito. Supongamos que tenemos que valorar si hubo estado de necesidad en un caso como Dudley & Stephens.[98] Matar al grumete y luego comérselo es evidentemente un hecho ilícito, pero es absurdo pensar que personas en trance de perecer de hambre tienen miedo a cometer un hecho ilícito. La exculpación aparecerá *ex post*, en el momento del juicio. Pero *ex ante*, en el momento del hecho, no es adecuado hablar sobre el derecho de matar al grumete y del deber de éste a ser víctima de un asesinato.

Si el autor que actua en una situación de exculpación tuviera derecho a hacer lo que hizo, debería ser capaz, conscientemente y deliberadamente, de confiar en ese derecho en el momento en que cometió el hecho. Pero, al confiar en la expectativa de un perdón, ya no se daría el elemento de compulsión necesaria para el estado de necesidad. Las causas de exculpación son aplicables solamente dónde la conducta ilícita es atribuida esencialmente más a las circunstancias que a la elección voluntaria del ofensor. En tanto el autor espere ser exculpado y perdonado, su conducta toma los contornos de la elección voluntaria y planificada.[99]

Para resumir el argumento empleado hasta ahora, he intentado demostrar que el análisis de lo justo difiere significativamente de un análisis secundario que invoca consideraciones de compasión y altruismo para con el interés de los delincuentes. En el campo de la defensa necesaria, la noción de derecho genera un derecho absoluto de utilizar la fuerza necesaria para prevenir una agresión ilícita.

98. Regina v. Dudley & Stevens, 14 Q.B.D 273 (1884).

99. Ver Fletcher, "Paradoxes in Legal Thought", *85 Colum. L. Ver.* 1.263 (1985).

En el análisis de la responsabilidad penal, el concepto de lo justo ofrece un límite para determinar cuando la conducta es ilícita y permite un castigo. En ambos campos de cuestionamiento, las consideraciones humanitarias se plantean en un segundo nivel de análisis. En la legítima defensa, esas preocupaciones altruísticas restringen el empleo de la fuerza defensiva permisible en caso de pequeñas intrusiones. En el análisis de la responsabilidad, la compasión viene como etapa central bien para atenuar la responsabilidad, bien para reducir o eliminar el castigo merecido por el delincuente, cuando concurren determinadas circunstancias.

III. Legítima defesa putativa: un estudio comparativo del caso entre el argumento plano y el estructurado

Las dos primeras secciones de ese ensayo nos permiten generalizar experimentalmente dos estilos de pensamiento jurídico. Un estilo se enraiza en la noción de lo razonable; el otro, en la concepción del derecho (de lo justo). El primero genera reglas planas que, con la inclusión de modificadores imprecisos, incluye implícita o explícitamente todos los criterios relevantes que tienen relación con un problema jurídico en particular. El otro estilo de pensamiento se rinde a una serie de argumentos jurídicos, con el argumento del derecho ocupando una serie, y las consideraciones humanitarias en otra serie, de segundo nivel.

Probablemente, no hay área en el Derecho penal que mejor ilustre un conflicto entre estos dos estilos de pensamiento que el problema de la justificación putativa, particularmente el problema de la legítima defensa putativa. Aunque muchos profesores de Derecho penal en los Estados Unidos y en Inglaterra fácilmente puedan entender la diferencia entre justificación y exculpación, pocos son capaces de comprender la etiqueta "legítima defensa putativa". Ese hecho es, por si mismo, significativo. La frase "legítima defensa putativa" es bien conocida entre los penalistas en el Oeste[100]

100. Ver, por ej., G. Bettiol, *Diritto Penale* 347 (11. ed., 1982); R. Merle & A. Vitu, *Traité de Droit Criminel* 517-518 (3. ed. 1978) (diferenciando entre legítima defensa real y legítima

y Este Europeo,[101] en la Unión Soviética,[102] en América Latina,[103] y en Japón.[104] Que el mundo dehabla inglesa se aparte de ese patrón merece nuestro interés.

La frase "legítima defensa putativa" se refiere a los problemas que aparecen cuando alguien cree razonablemente que está siendo atacado, pero de hecho no lo está, y utiliza fuerza contra la persona que no es de hecho el agresor. El problema es que desde el punto de vista de lo que el autor razonablemente cree, el uso de fuerza puede causar una lesión o, si la víctima muere, un homicidio. La legítima defensa es llamada putativa porque no es un caso real de legítima defensa, sino de fuerza utilizada contra un agresor putativo.

Supongamos que Dan cree razonable, pero erróneamente, que Allan lo está atacando. Las legislaciones mencionadas antes denominan a esta situación "legítima defensa putativa". El uso de la fuerza por Dan no puede ser justificado. La justificación – armonía con el derecho – es un fenómeno objetivo. La simple creencia no puede generar justificación, aunque la creenciasea razonable. Esto no quiere decir que Dan no tenga defensa. Puede alegar su error para negar su responsabilidad por el uso de la fuerza en contra del inocente Allan.[105] Ahora,

defensa putativa: la primera se basa en la apariencia objetiva y justificada; la última se basa solamente en la culpabilidad personal); A. Schönke/ H. Schröder & T. Lenckner, nota supre 44, § 32, 461 (20. ed. 1980).

101. Ver, por ej., *Strafrecht: Allgemeiner Teil* 408 (J. Lekschas & J. Renneberg eds., 1976) (respecto al derecho penal de la antigua República Democrática de Alemania).

102. Ver, *e.g.*, 2 *Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava*, nota supra 10, 363-365.

103. Ver, *e.g.*, L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal* 85 (2. ed., 1961) (la defensa putativa discutida en el punto).

104. El término japonés es goso boei ("defensa errada"). Ver S. Dandó, Keihó Kóyó: Sóron ("*Textbook on Criminal Law: The General Part*") 221-223 (1979).

105. El tratamiento del error es discutido en el derecho alemán. El Codigo penal alemán reconoce dos clases de error: aquellos que se refieren a los elementos fácticos de la ofensa y aquellos que se refieren a la naturaleza de la prohibición del acto. Un error sin culpa o negligente sobre los elementos de la ofensa niega la intención requerida por una responsabilidad intencional. El error negligente sobre los elementos de la ofensa niega el intento requerido por la responsabilidad intencional y todo lo más fundamentará una responsabilidad por la negligencia si hay una previsión específica que así estipule. Ver StGB § 16. Un error inevitable sobre el status legal de un acto niega la

supongamos que Dan, creyendo que Allan lo está atacando, pone en peligro la vida de Allan. ¿Puede el inocente Allan defenderse a su vez? Virtualmente todos creen que Allan tiene un derecho de defensa contra la persona que erradamente está intentando matarlo. El uso de la fuerza por Dan es ilícito en contra de Allan, y por lo tanto, según el § 32(2) del Codigo penal alemán, Allan puede utilizar la fuerza necesaria para rechazar el ataque de Dan. En el análisis final, tanto Allan como Dan pueden ser absueltos; Dan en base a su error no culpable, y Allan en base a la legítima defensa.

Las principales proposiciones de este análisis son correctas. Primero, el error no puede justificar un homicidio. Segundo, el autor que actúa en error puede sólo contar con su error; pero el que es tomado por un agresor se puede defender a si mismo, como parte inocente, y puede justificar sus actos en base a la legítima defensa. Estas proposiciones no se presentan, sin embargo, como posibilidades serias para los reformadores de la legislación estadounidense. Siguiendo las recomendaciones del Codigo Penal Modelo,[106] las legislaciones estadounidenses igualan de modo rutinario la creencia razonable en la existencia de una justificación con la efectiva existencia de la justificación.[107] De este modo incluyen el problema de la legítima defensa putativa en el análisis de la legítima defensa real. Por lo tanto, en el caso de Allan y Dan, la respuesta patrón estadounidense es que Dan

culpabilidad; si es evitable, puede solamente atenuar la pena. Ver StGB § 17. Un error sobre suposiciones fáticas de la legítima defensa queda entre esas previsiones legales. No es ni un error sobre la definición de la ofensa ni un error sobre la caracterización legal del acto. La tendencia hoy es aplicar el § 16 por analogía a los errores sobre suposiciones fácticas de la legítima defensa. Ver sentencia de 06.06.1952, Bundesgerichtshof in Strafsachen, 3 BGHSt 105, H-H. Jescheck, nota supras 20, 375; G. Stratenwerth, *Strafrecht: Allgemeiner Teil I*, 152-153 (3. ed., 1981). Para más detalles, ver H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* 168 (11. ed. 1969) (clasificando la legítima defensa putativa como un error sobre la ilicitud de la agresión). Para un abordaje totalmente diferente del problema, ver E. Schmidhäuser, nota supra 86, 151 (argumentando que el defensor que actuó en error no actúa ilícitamente a menos que dé inicio a la acción después de haber sido avisado del error).

106. Ver *Model Penal Code* §§ 3.04 (1), 3.09 (2) (Proposed Official Draft 1962).

107. Ver, por ej., Ariz Ver. Stat. Ann. § 13-404 (A) (1978); III. Ann. Stat. Ch. 38, § 7-1 (Smith-Hurd 1972).

tiene el derecho pleno de legítima defensa en contra de Allan, y Allan tiene un derecho pleno de legítima defensa en contra de Dan. Lo razonable es equiparado a lo justificable. No podría existir mejor prueba de que los juristas estadounidenses no toman en serio la distinción entre justificación y exculpación.

No estoy seguro de si ese estado de cosas en los Estados Unidos simplemente refleja una confusión que, en el curso del debate, se irá despejando, o si refleja un modo de pensar que está tan profundamente arraigado en la conciencia jurídica americana que los esfuerzos por clarificar el asunto vendrán siempre marcados como importación de "ideas alemanas". En la mayoria de mis trabajos he defendido la primera proposición. Se hace necesario considerar, sin embargo, si un sistema fundado en la razonabilidad puede generar también una distinción clara entre la justificación objetiva y la creencia subjetiva necesaria y distinguir entre legítima defensa real y putativa.

Para abordar estos asuntos, me gustaría hacer algunas reflexiones sobre mis numerosas discusiones con juristas académicos estadounidenses, tanto escritas como privadas, sobre las dos proposiciones centrales. Las dos proposiciones, si son aceptadas, pueden llevar a la distinción entre legítima defensa actual y putativa. La primera proposición es que la creencia subjetiva no puede por si sóla justificar una conducta. La creencia en que la fuerza defensiva es lícita no puede, por si misma, volverla lícita.

Un argumento filosófico a favor de que la creencia subjetiva puede justificar la conducta se construye a partir de una lectura errada de la tesis de Kant que que la buena voluntad es el mayor bien concebible.[108] La buena voluntad es llevada a la condición de sinónimo de buenas intenciones, y como el defensor putativo actúa con buenas intenciones, su conducta defensiva debe de ser moral y, por tanto presumiblemente justificada. Un argumento de ese tipo se encuentra en el trabajo de Charles Fried.[109]

108. Ver I. Kant, nota supra 74, 9.

109. Ver C. Fried, *Right and Wrong* 48 (1978), ver también Dressler, nota supra 27, 80 (referiéndose la Kant).

Ese argumento es defectuoso primero en la lectura de la teoría moral de Kant, y segundo en su intento de conectar la teoría moral con los criterios de justificación. De acuerdo con Kant, la voluntad es buena solamente si alguien actúa por sentido del deber, lo que significa que el acto es evaluado necesariamente por referencia a la moral.[110] Supongamos que el imperativo categórico (la ley moral) requiere que nosotros defendamos el derecho contra la agresión ilícita.[111] Ese es nuestro deber. También el que se defiente putativamente actua bajo ese sentido de deber y, por tanto, con buena voluntad. Su conducta sería moral – en el sentido de Kant. Pero eso no autoriza a igualar buena voluntad con intenciones de buena fe.[112] Y tampoco hay ninguna base para una transición lógica de la buena voluntad al concepto de justificación. Las nociones de derecho y de justificación aparecen en la teoría jurídica, que Kant propiamente considera distinta de la teoría moral.[113] La moralidad es una caracteristica de nuestra actitud interna,[114] pero el derecho es una estructura objetiva para regular las relaciones en la sociedad civil. Por eso, constituye un error invocar la teoría moral de Kant en la argumentación sobre la justificación por matar un agresor en nombre del derecho.[115]

110. Ver, I. Kant, nota supra 74, 19-20.

111. Ver I. Kant, nota supra 55, 36.

112. Actuar sólo por deber (esto es, siendo buena la voluntad) requiere que ningún otro motivo informe la acción. La voluntad no puede ser buena si el egoísmo u otros sentimientos motivaran la acción, aunque sólo sea en parte. Ver I. Kant, nota supra 74, 17. Las buenas intenciones, al contrario, son perfectamente compatibles con el interés propio consciente o un sentimiento de miedo de resistir al supuesto ataque.

113. La mera concordancia o no de una acción con el derecho, sin referirse al incentivo de la acción, es llamada (legalidad), pero cuando la idea de deber llegando de la ley es a la vez el incentivo de la acción, entonces la concordancia es llamada (moralidad) de la acción. I. Kant, nota supra 55, 19.

114. Gran parte de la confusión sobre Kant deriva de la asunción natural que su uso de "moralidad" coincide con el uso del término hoy. Uno no puede nunca ser moral en el sentido kantiano simplemente por actuar conforme una regla, aunque aquella regla exprese valores deontológicos. Para Kant, moralidad requiere que la voluntad sea pura, lo que significa que el acto sea libre y que el motivo exclusivo para actuar sea el deber (reverencia a la ley moral). Kant admite que un acto moral en ese sentido altamente restricto puede que no haga ocurrido nunca. Ver Kant, nota supra 74, 23-24).

115. Tal vez alguien podría argumentar que matar en legítima defensa sería moral si el autor realizase el asesinato solamente porque era su deber legal hacerlo. Ver nota supra 114. Pero la legítima defensa

Además de ello, el argumento de que las buenas intenciones pueden justificar nuestras acciones claramente prueba demasiado. Según este argumento la utilización de fuerza defensiva, si ocurre de buena fe estaría siempre justificada. Hasta una creencia que no fuera razonable, pero que fuera de buena fe, en la necesidad del uso de la fuerza defensiva establecería que la voluntad es buena. Habría necesidad de más de una lectura equivocada de KANT para convencernos de que la buena fe es igual al derecho. El punto de vista contrario, de que una distinción de principios separa la conducta justificada de la percepción errada de las circunstancias justificantes, todavía carece de apoyo en las construcciones más sofisticadas del pensamiento jurídico estadounidense.

La segunda proposición que podría llevarnos a la distinción entre legítima defensa putativa y real deriva de la causa por la que la naturaleza de la conducta es justificada. La causa es que en cualquier situación de conflicto físico, dónde solamente una parte puede prevalecer, la lógica nos prohibe admitir que más de una parte puede hacer uso de su fuerza justificadamente. Denomino a esa proposición como la "tesis de la incompatibilidad".

En el conflicto expuesto anteriormente entre Dan y Allan, el único modo en que el Codigo Penal Modelo podría dar protección a Allan en contra de la legítima defensa errada de Dan sería reconocer que Allan también puede utilizar una fuerza defensiva.[116] El problema es si esta respuesta defensiva debe ser considerada justificable. Gran parte de los comentaristas y colegas parece pensar que no hay nada en contra de reconocer que las dos partes del conflicto actúan

no es considerada como un deber legal hoy (no hay consecuencias legales en eligir sufrir la violación), y soy contrario a atribuir esa visión a Kant. Alguien puede argumentar, entre tanto, que existe un deber de defender el derecho en contra de la agresión, precisamente como hay un deber de castigar. Ver I. Kant, nota supra 55, 36.

116. *Model Penal Code* § 3.04 (1) (Proyecto Oficial 1962). Invocar la defensa en base a esta previsión no es, de hecho, tan fácil. Para ello, el autor debe (1) acreditar que la fuerza defensiva es inmediatamente necesaria (2) para protegerse a si mismo en contra (3) de una fuerza ilegal. Si Alan sabe que Dan está actuando en error, es difícil ver cómo puede creer que el ataque de Dan es ilegal, ya que la fuerza de Dan según el § 3.04, combinado con el § 3.11 (1) no es tampoco ilegal.

justificadamente.[117] Estos teóricos no dudan en decir que ambas partes tienen el derecho a utilizar fuerza defensiva. De hecho, cuando defiendo mi tesis, difícilmente encuentro colegas que estén de acuerdo conmigo en que sólo una parte puede ser justificada, que solamente un lado puede estar de acuerdo con el derecho y tener el derecho personal de utilizar la fuerza. Hay una dificultad óbvia en admitir cualquier argumento basado en análisis conceptuales. Mi argumento permanece en el nivel de nuestro entendimiento común de los conceptos de justificación y derecho. Pertenece a la esencia de nuestro lenguaje, el que acciones incompatibles no pueden ser al mismo tiempo justificadas. En cualquier situación de conflicto, sólo una de las partes debe de estar en su derecho y tener derecho a actuar. Pero si no puedo convencer a mi audiencia sobre el significado común en nuestro lenguaje, poco puedo decir para probar mi posición. Debo recurrir a temas más amplios que giran en torno al debate.

Muchos factores pueden explicar el deseo de muchos sesudos comentaristas estadounidenses de que las dos partes en una disputa tienen derechos y actúan justificadamente. Cualquiera de las siguientes creencias puede funcionar, y son de hecho operantes en distintos grados y distintas combinaciones, entre los teóricos estadounidenses.

A. Justificación como sinónimo de "eximente"

Posiblemente, los juristas estadounidenses tienden a pensar la justificación como sinónimo de cualquier eximente substantiva reconocida por la ley. Ellos deben de pensar la justificación como una alegación a ser interpuesta *ex post* cuando se ruega al tribunal que no haya condena. Claro, cualquier justificación y exculpación puede ser conceptuada exclusivamente como una razón para no

117. Ver C. Fried, nota supra 1096, 48 (en el caso supuesto, en el cual Allan se defiende contra el ataque en error de Dan, Fried concluye "tenemos una lucha entre dos personas, las dos actuando justificadamente. Eso es infeliz pero de ninguna forma una contradición...").

condenar el acusado. Pero, los criterios de justificación deben supuestamente funcionar no solamente *ex post* como reglas de decisión, sino *ex ante* como reglas de conducta.[118] En un estado ideal de relaciones, todos los que han visto una acción dañina deberían saber si la conducta es lícita. No es necesario saber cómo los tribunales evaluarán luego las circunstancias.

La idea de que se puede conocer lo que dice la ley sin instrución judicial refleja un ideal de regulación de un Derecho penal autónomo. Ese es un ideal con implicaciones anarquistas. Sugiere un cuerpo de normas enraizados ya no en la legislación, sino en el entendimento tácito de la comunidad. Desde esa perspectiva, las causas de justificación aparecen no como alegaciones ante los tribunales, sino primariamente como reivindicaciones de los individuos entre si.

Para pensar las causas de justificación de ese modo, inmaginemos que en situaciones de conflicto – por ejemplo, Dan *versus* Allan – las partes del conflicto argumentan sobre sus reivindicaciones en vez de actuar una en contra de la otra; que argumentan y contra-argumentan sobre quien es el errado y quien debe desistir de la lucha. Esto es insostenible conceptualmente en el caso de que Allan se resista a la legítima defensa errada de Dan, ya que Dan hipoteticamente no puede decirle nada a Allan respecto de su error. Pero, si el ideal es la hegemonía del derecho incluso sobre la ley, entonces todos los conflictos deberían, en principio, prestarse a la resolución. Toda lucha parece ser un conflicto entre el derecho y aquellos que, por sus actos, se oponen a él.

El concepto de justificación se entiende mejor como una expresión de ese ideal de regulación autónoma. Las partes en lucha deberían, en principio, ser capaces de determinar por ellas mismas cual es la conducta conforme a derecho y cual no. Por eso parece que ese ideal informa a la teoría jurídica estadounidense contemporanea. Esta teoría es mas bien partidaria de pensar todo el Derecho penal

118. Ver de modo general Dan-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules: On acoustic Separation in Criminal Law", *97 Harv. L. Rev.* 625, 637-648 (1984) (explorando la distinción entre conductas regladas ex ante y conductas decisorias *ex post*).

como coerción impuesta desde arriba, como producto de la intervención por la policía, fiscales y jueces. Si pensamos el Derecho penal como algo dominado y definido por decisiones oficiales, parece obvio pensar todas las eximentes de responsabilidad como ruegos a las instancias oficiales. Y no hay razón para que estas instancias, encargadas de encontrar soluciones razonables a los problemas prácticos, no puedan pensar que dos personas en conflicto – Dan y Allan – actuando ambas razonablemente y también lo hagan "justificablemente".

B. Justificación como conducta permisible

Otro argumento en contra de la "tesis de la incompatibilidad" proviene de una clasificación de las acciones en lícitas, permisibles y disculpables. La legítima defensa y, particularmente, el estado de necesidad se entienden mejor no como acciones lícitas, sino permisibles. Hay de hecho base para esa visión en la legislación germánica, que denomina estas causas de justificación como no-ilícitas y no como lícitas.[119] La doctrina alemana repetidamente pone de relieve la distinción entre conducta que salga fuera del interés del Derecho penal, como matar un mosquito, y conducta justificable que infringe nominalmente la ley, como matar en legítima defensa.[120] JUDITH THOMSON ilustra esa distinción tratando las conductas justificables como infracción de un interés protegido, pero no como una lesión de ese interés.[121] Que la conducta justificable sea una infracción sugiere que tal vez no sea correcto pensar ese acto como lícito.

El concepto de lo permisible entra para llenar la aparente laguna entre lícito e ilícito. La noción del *common law* de privilegio también parece ocupar ese espacio ambivalente. Todas las opciones razonables se vuelven privilegiadas y permisibles. Así, tanto la conducta de Dan como la de Allan podrían ser

119. Ver StGB §§ 32, 34.

120. Ver, por ej., H. Welzel, nota supra 105, 81.

121. Thomson, "Some Ruminations on Rights", *19 Ariz. L. Rev.* 45, 47-49 (1977).

consideradas permisibles, y en ese sentido, justificables. Si eso es todo lo que significa causa de justificación, la tesis de la incompatibilidad debe ceder espacio para una multiplicidad de acciones permisibles.

El mejor argumento en contra de la visión de que la conducta justificable es meramente permisible se deriva de la misma argumentación que utilizamos para rechazar la visión de que las causas de justificación son meramente alegatos ante los tribunales. De acuerdo con el ideal de Derecho penal como un conjunto auto-regulador de reglas de conducta, las reglas deben de generar una solución *ex ante* para cada caso. Lo "permissible" es el resultado de un escepticismo sobre la posibilidad de una única solución. Eso favorece una extensión limitada de resultados razonables. Así, la noción de lo permisible no tiene espacio en ese sistema de auto-regulación imaginado. De ello se deduce que la tesis de la incompatibilidad puede no encontrar apoyo en la consideración de la conducta justificable como meramente permisible.

C. *Derechos como derechos* prima facie

Los juristas alemanes piensan en los derechos como absolutos, a pesar de someterlos posteriormente al análisis del abuso.[122] Un derecho absoluto ocupa el espacio moral disponible. Es lógicamente imposible afirmar un derecho frente a alguien que tiene derecho. Si una madre tiene el derecho de abortar, el feto no puede también tener el derecho de nacer. Si un condenado tiene el derecho de dejar una cárcel incendiada, un guardia no tiene derecho a mantenerlo detenido. Si Dan tiene derecho a utilizar la fuerza en contra de Allan, Allan no puede tener también derecho a utilizar fuerza contra Dan. Eso suena como un modo natural de hablar de derechos. La imposibilidad de derechos incoherentes parece implícita en la gramática del discurso sobre los

122. Ese punto se refiere sólo a la concepción tradicional de derecho. La concepción moderna, discutida antes, trata de los derechos como relativos y no absolutos.

derechos. Como la justificación genera derechos, la imposibilidad de justificaciones incoherentes continúa.[123]

Sin embargo, no parece que los estadounidenses piensen el derecho de ese modo. Se discute mucho sobre si hay derechos que pueden ser "superados" y permitir incursiones utilitaristas en contra de los intereses de los titulares de esos derechos.[124] En general, los juristas que trabajan con los derechos en la jurisprudencia contemporánea admiten que los propios derechos son "superables", o susceptibles de no ser tenidos en cuenta en casos extremos. Los inocentes tienen derecho a no ser condenados, pero ese derecho puede ser "superado" por la necesidad de salvar la nación de un loco que amenaza con poner una bomba si no castigamos a una persona determinada.[125] Tenemos un derecho constitucional a la libre expresión, pero ese derecho puede ser "superado" cuando existe un "peligro claro y presente" para el Estado. Que los derechos pueden ser "superados" de ese modo se formula diciendo que los derechos son sólo "*prima facie*".[126]

Hay como mínimo dos interpretaciones distintas de lo que significa decir que un derecho es *prima facie*, una interpretación para cada modo de pensamiento jurídico que he intentado articular. Los partidarios del pensamiento estructurado insisten en que incluso si el derecho es superado o no se le tiene en cuenta, hay que mantener un sentido de pérdida al constatar que un derecho ha sido superado.[127] El derecho sigue intacto, a pesar de que nuestro sentido común nos diga que

123. Esa conclusión recibe algún apoyo en J. Feinberg, *Social Philosophy* 72 (1973).

124. Ver, *e.g.*, R. Dworkin, nota supra 71, XI.

125. Ver Ezorsky, *The Ethics of Punishment, in Philosophical Perspectives on Punishment* em XI, XVII (G. Ezorsky, 1972).

126. La doctrina de los deberes "prima facie" se originó, al parecer, en W. Ross, *The Right and The Good* 55-56 (1930). Que los derechos puedan ser "prima facie" en el sentido de que si son violados, no existen más, es criticado en A. Melden, *Rights and Persons* 15 (1977).

127. Ver H. Morris, nota supra 56, 55-56 (destacando que cuando a una persona no se le concede un derecho, el derecho es violado); cf. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* 20 (1968) (en casos de responsabilidad objetiva, sin culpa, tenemos la "sensación de que un importante principio fue sacrificado").

debemos sacrificarlo bajo circunstancias extremas, como sacrificar una persona inocente para salvar a la nación. La otra interpretación se refiere al análisis jurídico plano. Un derecho *prima facie* significa que ocupa sólo una porción del único plan del argumento moral. Cuando un derecho no resuelve una disputa em particular, otro derecho en el mismo plano de espacio moral prevalece. Una vez que el derecho es superado, no tiene más fuerza. Esa es la manera por la que muchas personas piensan que no se debe tener en cuenta el derecho a la libertad de expresión ante un claro y presente peligro al bien común.

Si las justificaciones generaren derechos *prima facie* en el sentido del argumento estructurado, parecería que la tesis de la incompatibilidad todavía permanecería en el primer nivel de análisis. Pero si la expresión "*prima facie*" se entendiera en el sentido del argumento plano, no parecería que existiera ningun impedimiento lógico en reconocer que ambos, la madre y el hijo, el prisionero y el guardia, tienen derechos *prima facie*. Eses derechos entran en conflicto, pero continuan existiéndo simultáneamente. Para resolver el conflicto, debemos no tener en cuenta el derecho de una persona y permitir que el de la otra persona prevalezca. Aunque la base para no tener en cuenta el derecho no es que el derecho de la otra persona sea superior, pues eso sería reconocer que la última parte tiene un derecho absoluto. La superación de un derecho *prima facie* puede convertirse en un criterio de prudencia e interés social – cualquiera que sea de hecho el criterio por el que el derecho *prima facie* se convierte en absoluto.

Conviene destacar una ambigüedad adicional cuando se habla de derechos *prima facie*. El modificador *prima facie* podría referirse tanto a la existencia de un derecho absoluto, como a la propia naturaleza del derecho. Cuando digo que una madre tiene un derecho *prima facie* a abortar, podría decir: "No estoy convencido que la madre tenga el derecho de abortar en eses casos, pero hay un derecho *prima facie* en su comportamiento". O podría decir también: "El derecho que ella tiene es calificado en su propia naturaleza". La primera visión, basada en un estado parcial de evidencia, sería compatible con la creencia en derechos absolutos. La segunda

visión es la que necesitamos para reivindicar de que a pesar de haber evidencia, tanto la madre como el hijo tienen derechos *prima facie*, que aún entrando en conflicto, son derechos.

La divergencia entre el pensamiento del *common law* y el pensamiento continental en la legítima defensa putativa deriva de un patrón de suposiciones inter-relacionadas. Los juristas estadounidenses se inclinan a pensar que todas las eximentes legales disponibles son análogas, asumen que todo lo que es permisible es justificado, y ven los derechos como reivindicaciones superables. En la base de esas suposiciones está el concepto de lo razonable, un concepto que permite a los estadounidenses obscurecer las distinciones entre lo objetivo y lo subjetivo, legítima defensa y legítima defensa putativa, ilícitud y responsabilidad.

IV. Monismo y pluralismo en la teoría jurídica

A pesar de que los conceptos de lo justo y lo razonable nos llevan en direciones diferentes, los dos tienen mucho en común. Ambos representan esfuerzos por trascender las fuentes del derecho positivo y alcanzar un plano normativo más alto y duradero. Con excepción de Kelsen,[128] el pensamiento alemán reconoce claramente el derecho como un depósito inagotable de la verdad definitiva sobre justicia en la sociedad civil. Un sentido vivo del derecho se expresa en la Constitución alemana, que dice que los jueces no sólo están vinculados a la ley positiva y consuetudinaria, sino también al derecho.[129] Nosotros expresamos el mismo punto de vista razonando que los jueces no solamente estan vinculados por reglas positivas, sino también por princípios de moralidad y justicia.[130]

Igual que el derecho no se reduce a leyes positivas, lo razonable tampoco se limita a un conjunto finito de reglas. Como sabemos de los casos en los que en

128. Ver H. Kelsen, nota supra 72.

129. Ver Grundgesetz § 20 (3) (w. Ger.).

130. Ver R. Dworkin, nota supra 71, 28-31.

el Derecho de la responsabilidad por daños (*torts*) se aplica la regla "pára, mira y escucha", ningún conjunto de reglas puede determinar lo que es razonable en cada una de las situaciones. Ni lo razonable es susceptible de dar especificaciones definitivas en base a costumbres o prácticas de mercado.[131] No siempre sabemos que es lo razonable, pero trabajar con ese concepto abierto en el núcleo de nuestro sistema nos salva de sufrir los efectos constringentes del positivismo. Sea lo que sea lo que los filósofos argumenten, sabemos que la regla de la ley significa más que la ley de las reglas.

A pesar de que tanto el criterio de lo justo como el de lo razonable permiten la permanente infusión de valores morales en la ley, esos dos conceptos arquitectónicos imponen diferentes estructuras en el orden jurídico. El concepto de lo justo prima por un orden legal monista, por la existencia de una respuesta correcta en toda disputa jurídica. Este concepto requiere que aceptemos que solamente una parte puede ser justificada en cualquier situación de conflicto. Lo razonable, al contrario, nos lleva a un orden jurídico pluralista. Tal vez sólo una parte esté de acuerdo con el derecho, pero ambas partes del conflicto pueden ser razonables. Las dos pueden, pues, ser justificadas.

Entender esa divergencia entre lo justo y lo razonable nos ayuda a comprender la estructura más profunda del debate entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin respecto a la discrecionalidad del juez en el proceso. En mi opinión, no es accidental que Hart, al explicar por qué los jueces actúan de forma discrecional al aplicar la ley, ponga como ejemplo paradigmático la negligencia y el cuidado razonable.[132] El patrón de lo razonable apela a la consideración de diversos criterios normativos al resolver una disputa. Eso no apunta necesariamente a una única respuesta correcta. Si existen diversas soluciones razonables para una disputa, entonces no existe medio de decidir entre ellas exceto por el ejercicio

131. Ver T.J. Hooper, 60 F. 2º 737, 740 (2º Cir. 1932).

132. Hart, *The Concept of Law* 129-130 (1961).

judicial de elección o discrecionalidad. Un orden jurídico pluralista demanda discrecionalidad. Como Hart concluye: "No hay posibilidad de tratar la cuestión planteada en variados casos como si existiera sólo una respuesta correcta a ser encontrada, como distinta de una respuesta que es un compromiso razonable entre muchos conflictos de intereses".[133]

Para oponerse a la tesis de Hart, Dworkin busca recursos en modos de pensamiento jurídico que también se encuentran en el pensamiento continental.[134] Primeramente, desarrolla un modelo de argumentación jurídica estructurada. Su caso preferido es RIGGS *versus* Palmer.[135] En él se pone en tela de juicio la cuestión de si una persona designada heredera que mata al testador puede heredarlo. La regla admite que todo el que ha sido propiamente designado como heredero en un testamento tiene derecho de heredar. Esa regla parece ser absoluta; pero, en realidad, la regla se somete a la revocación en otro plano del análisis: el plano del principio o del derecho.[136] Si el heredero asesina el autor del testamento, el principio relevante en ese segundo plan es que nadie puede beneficiarse del hecho ilícito que ha cometido. Haciendo hincapié en que los principios jurídicos son aceptados o rechazados en base a su fuerza intrínseca y no por su positivación, Dworkin efectivamente destruye la suposición positivista de que todo el derecho sea reducible a la ley positiva.

Pero invocar ese modo de argumento estructurado, no es suficiente para rebatir la tesis de que los jueces actuan con discrecionalidad al interpretar y aplicar la ley. Es necesario, adicionalmente, un compromiso con el orden monista. Si existe una única verdad para un problema y los jueces están obligados a encontrar esa

133. *Idem* 128.

134. Ver R. Dworkin, nota supra 71, 14.

135. 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

136. Ver R. Dworkin, nota supra 71, 22-31 ("principios" funcionan, así como el derecho, como la ley más allá de la ley positiva). El análisis en dos niveles de Dworkin, aplicando reglas y luego principios, no debe de ser confundido con la división estructurada entre el derecho y consideraciones humanitarias.

verdad, entonces no pueden elegir entre alternativas razonables.[137] La tesis que eventualmente aparece en el trabajo de Dworkin es que existe una respuesta correcta en toda disputa, aunque sea difícil descubrirla.[138] En otra versión de la misma raíz monista, Dworkin argumenta que siempre hay una solución que es la mejor entre los materiales legales autoritarios en un caso particular y una interpretación de esos materiales que también es la mejor.[139] Sea cual fuera el rumbo al que ese argumento monista lleve, la pretensión del trabajo de Dworkin es elaborar una teoría de lo justo en el derecho americano.

El conflicto entre pluralismo y monismo, entre lo razonable y lo justo, se refleja en la metodología de la teoría jurídica. ¿Debemos asumir que hay diferentes, igualmente plausibles, teorías del Derecho penal? ¿La solución del *common law* para el problema de legítima defensa putativa es tan consistente como la solución alemana? O ¿debemos comprometernos con el monismo en la búsqueda de una mejor teoría de Derecho penal que trascienda culturas legales en particular? La teoría jurídica comparada puede iluminar nuestro entendimiento de estilos jurídicos distintos. Pero, en mi opinión, sería una tragedia intelectual convertir todos los conceptos de estilo o cultura en una limitación de otros posibles modos de argumentación. ¿Deberíamos decirle a Dworkin: "Usted no puede argumentar en el sentido de que sólo hay una respuesta correcta en el contexto del *common law*, porque nosotros pensamos diferente aquí"? Una referencia a la cultura no es un argumento. Un modo particular de pensamiento mantenido por un siglo o dos no nos dice cosa alguna

137. Ver *idem* 36.

138. Ver Dworkin, *No Right Answer? In Law, Morality and Society* 58, 84 (P. Hacker & J. Raz edición, 1977) ("Siempre existirá una respuesta correcta en la tela descosida de nuestro derecho."). Mientras Dworkin es casi universalmente entendido como el que reivindica que una de las partes en un caso difícil tiene el derecho de una decisión en su favor, Leon Gallis interpreta la reivindicación de Dworkin como meramente que una de las partes debe de tener un derecho. Ver Gallis, *The Real and Unrefuted Rights Thesis*, 92 *Phil. Rev.* 197, 200-201 (1983).

139. Ver R. Dworkin, nota supra 71, 116-117.

sobre lo que debemos pensar en este siglo. Mi propio punto de vista es que como materia descriptiva, nuestra cultura jurídica nos puede inclinar hacia una dirección particular. La tarea de la argumentación jurídica es detener esa inclinación y establecer una base común para el discurso que nos permita trascender nuestras prácticas particulares convencionales. No es tarea de la cultura legitimar argumentos. Es tarea de la argumentación legitimar – o deslegitimar – la cultura.

O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade

Luciana Rodrigues Krempel

Advogada, mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em Direito das Relações Sociais e mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área de Ciências Jurídico-Criminais.

Sumário: 1. Introdução – 2. Histórico – 3. Conceito – 4. Teoria da associação diferencial: 4.1 Significado; 4.2 Críticas – 5. Teoria da desorganização social – 6. Características do crime de colarinho branco – 7. A problemática das cifras negras – 8. Modelos de controle: 8.1 Considerações iniciais; 8.2 Modelo preventivo; 8.3 Modelo repressivo; 8.4 Nosso posicionamento – 9. Conclusão – 10. Abreviaturas – 11. Bibliografia.

Resumo: O estudo do crime de colarinho branco (*white-collar crime)* constitui, sem dúvida, um dos mais interessantes e conflituais capítulos da criminologia contemporânea. Considerando a importância do tema para o direito penal económico, bem como a preocupação dos legisladores hodiernos para com este tipo de criminalidade, o presente estudo pretende analisar a pena cabível, adequada e eficaz ao criminoso de "colarinho branco". Será que a pena privativa de liberdade pode ser dotada de eficácia no delito económico?

Palavras-chave: Crime de colarinho branco – Teorias da associação diferencial e desorganização social – Modelos preventivo e repressivo.

1. Introdução

O direito penal visa garantir a proteção de bens jurídicos que forem entendidos como relevantes, ou seja, "o direito penal só pode intervir para assegurar a protecção necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada. O direito penal só está, noutros termos, legitimado a servir valores ou metas imanentes ao sistema social e não fins transcendentes de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica".[1] Para tanto, em caso de violação de referidos bens, serão aplicáveis sanções aos agentes que o fizerem. Estas sanções podem ser de duas naturezas: penas ou medidas de segurança.

Salientamos, no entanto, que o sistema penal, com algumas alterações que vem ocorrendo no mundo atual, está sofrendo alguns reflexos, reforçando, de uma maneira geral, a insegurança, bem como fazendo surgir uma criminalidade diferente da clássica: a criminalidade econômica. A prova mais evidente da nossa afirmação é analisarmos o criminoso que até recentemente era o desintegrado, o pobre, o marginalizado da sociedade, o alcoólico, o tóxico-dependente e compará-lo com o criminoso do colarinho branco. Fica mais do que evidenciado que "o crime obedecia basicamente a uma lógica de necessidade, de segregação, de amoralidade. A esse respeito, o exemplo mais significativo é o daquele que provoca a sua própria prisão, porque na cadeia não chove, tem um colchão e tem comida".[2] No entanto, o quadro que nos é apresentado hodiernamente, é bem diferente e, com ele surgem inúmeros problemas dentre os quais, qual será a solução que melhor se adapta a este novo tipo de criminalidade? Como falar em prevenção especial,

1. Manuel da Costa Andrade, "A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime", *RPCC*, ano 2, fasc. 2, abr.-jun./1992, p. 178.

2. António Almeida dos Santos, "Novo mundo, novo crime, nova política criminal", *RPCC 10* (2000), p. 355.

em ressocialização, quando diante de um banqueiro que lava capitais e não poderia estar mais ressocializado? Qual pena é cabível, adequada e eficaz nestes casos?

É justamente buscando responder a algumas destas indagações e, considerando que o direito penal econômico "é ainda hoje um meio privilegiado ao serviço da prevenção e repressão desta zona da delinquência. Um meio a que as suas conaturais exigências de justiça e eficácia levantam graves problemas, tanto no plano prático como no plano teórico",[3] que trataremos, no presente trabalho, do crime de colarinho branco, voltando as nossas atenções nomeadamente para o seguinte questionamento: a pena privativa de liberdade é eficaz no delito econômico?

O conjunto de fenômenos que se denomina de crime de colarinho branco (*white-collar crime*), constitui, sem dúvida, um dos capítulos mais interessantes e conflituais da criminologia contemporânea e que, portanto, vem preocupando os legisladores penais hodiernos, inclusive o português e o brasileiro. Com efeito, como bem estabelece Júlio E. S. Virgolini, "por lo general, se remarca su excepcional gravedad, la extensión de sus efectos y la proverbial ineficácia de los organismos predispuestos para su control, y suele ser abordado desde la perspectiva de las transformaciones ocurridas o en curso en el ámbito de la economía, la tecnología y la política de un país o en un ámbito supranacional, en virtud de que uno de los datos con que con más frecuencia suele caracterizarse el fenómeno es su trasnacionalización".[4]

Aproveitando o fato de que se trata de uma preocupação da criminologia, bem como do direito penal econômico, presente na maioria dos ordenamentos jurídicos,[5] não podemos deixar de fazer, também, no decorrer deste estudo, um

3. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*, pp. 320-321.

4. *In* "Delito de cuello blanco. Punto de inflexión en la teoría criminológica", *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, p. 353.

5. Note-se que Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade são expressos neste sentido ao afirmarem que "a criminalidade económica, nas suas formas clássicas ou modernas, é um tema de marcada actualidade. Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua

comparativo com o direito penal brasileiro, a fim de que a reflexão fique com um maior horizonte.

Para tanto, num primeiro momento, traçaremos uma evolução histórica do crime de colarinho branco, a fim de evidenciar o momento do surgimento de tal criminalidade, bem como a sua evolução até os dias atuais.

Traçado o panorama histórico, essencial para o estudo e compreensão de qualquer tema, estabeleceremos um conceito de crime de colarinho branco, trazendo a sua evolução, bem como as críticas a ele referidas.

Feitas estas considerações, passaremos à análise das teorias da associação diferencial e desorganização social, abordando, em seguida, as características do crime de colarinho branco, a problemática das cifras negras, bem como os modelos de controle – ponto este essencial para a nossa reflexão – a fim de encontrar uma resposta para a problemática levantada, qual seja, de se a pena privativa de liberdade é adequada e eficaz para ser aplicada neste tipo de criminalidade.

Finalmente, estabeleceremos a nossa conclusão acerca do tema.

2. Histórico

As linhas que serão brevemente traçadas no início do presente trabalho pretendem estabelecer um panorama histórico geral da origem e evolução histórica do crime de colarinho branco.

No ano de 1872, os criminalistas já se preocupavam com o crime do mundo dos negócios, expressão utilizada por E. C. Hill, no Congresso Internacional sobre a prevenção e a repressão do crime, realizado em Londres. Mais de cem anos se passaram e ainda o resultado dessa primeira chamada à consciência, quanto

capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade económica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governativas, judiciais, policiais etc., de todos os países" (*Problemática geral das infracções contra a economia nacional*, pp. 319-320).

à prevenção, bem como a repressão do denominado crime de colarinho branco ainda está muito aquém do esperado.

A nomenclatura crime de colarinho branco (*white-collar crime*) foi empregada, pela primeira vez, por Edwin H. Sutherland, em 28.11.1939 por ocasião de uma conferência oferecida na sede da *American Sociological Society*,[6] com o intuito de se referir a um tipo de delinqüência cometida por pessoas de alto nível social, na realização de sua atividade profissional.[7]

"A etiqueta colocada por Sutherland causou grande sensação e foi adoptada por quase todos os autores, com o significado originalmente atribuído pelo autor: designar o comportamento reprovável dos homens de negócios que, desviando-se de suas condutas profissionais e da linha moral estrita, obtém vantagens indevidas, causando danos à colectividade".[8]

Com efeito, a expressão crime de colarinho branco exterioriza justamente essa idéia, qual seja, a do colarinho branco usado nas roupas a rigor e que no Brasil, poderíamos ainda denominar de colarinho duro. Trata-se de um símbolo para representar o homem bem posicionado na vida, em geral,

6. A conferência proferida por Edwin E. Sutherland, com o título "White-Collar Criminality" foi publicada pela *American Sociological Review*, em fevereiro de 1940, em seu número 5.

7. Oportuno mencionar que, apesar dos trabalhos apresentados por Sutherland terem sido os que significaram a aquisição definitiva deste novo campo de análise da criminalidade, não era absolutamente original, tendo em vista que posteriormente foi reconhecido que alguns autores do princípio do século passado já haviam feito referência a um tipo de criminalidade relacionada com o mundo empresarial e a classe alta. Neste sentido, Cláudia Cruz Santos, *O crime de colarinho branco, a (des) igualdade e o problema dos modelos de controlo*, p. 192, que estabelece, ainda, que o fato dos ricos e poderosos cometerem também ilícitos consiste em uma concepção que "foi sempre claramente marginal se comparada com a visão largamente dominante de que grande parte da criminalidade pode ser explicada pela pobreza dos membros das classes sociais mais desfavorecidas, ideia esta recorrente na primitiva sociologia criminal. É, pois, todo este paradigma criminológico alicerçado no agente da infracção e na sua diferença face ao cidadão comum e cumpridor que as reflexões do criminólogo americano começam a pôr em causa". Para confirmar a existência de precedentes em relação a este tipo de criminoso, A. Morris, já em 1934, fazia referência a pessoas que em razão de sua posição social, sua inteligência e técnica do crime, estavam em condições de se movimentarem entre os demais cidadãos, ficando imunes de qualquer tipo de condenação; foram denominados de "*criminals of the upperworld*".

8. Manoel Pedro Pimentel, *O Crime de Colarinho Branco*, p. 11.

ligado aos poderosos grupos sociais e gozando de prestígio não apenas político, como também econômico.[9]

Devemos salientar que até referida Conferência, a Criminologia considerava que os delitos eram resultado de certos condicionamentos, tanto psicológicos, como sociológicos que, unidos a outros fatores como a pobreza e a marginalização, acabavam por afetar as camadas mais baixas e menos privilegiadas da sociedade.[10] O que Sutherland procurou fazer foi criticar tais teorias,[11-12] afirmando que elas não explicavam um tipo de criminalidade, que era gerada por condutas não violentas, mas baseadas em fraudes, erros ou simulações, advindas de indivíduos com alto poder aquisitivo. Portanto, podemos afirmar que "en EE.UU. la delincuencia económica despertó así primero el interés de los criminólogos. En su origen, el *white-collar crime* fue un concepto más social que legal, se creó por científicos sociales y no por juristas, y sólo posteriormente transcendió al ámbito jurídico para designar un conjunto de delitos".[13]

Assim, com a denominação crime de colarinho branco, Sutherland veio por delimitar, naquele momento, um campo de investigação criminológica pouco explorado, cujos delitos apresentavam características diferentes das tradicionalmente conhecidas pela criminalidade comum.[14] Portanto, podemos afirmar

9. Convém salientar, no presente momento, que o criminoso do colarinho branco pode, eventualmente, vir a cometer os mesmos delitos praticados pelos homens das classes sociais menos favorecidas, ao passo que estes não podem praticar um crime de colarinho branco.

10. O próprio Sutherland, antes de abordar a problemática do crime de colarinho branco e criticar as teorias que justificam o delito com base em fatores patológicos, bem como psicológicos e sociológicos, faz referência à problemática das estatísticas, no seguinte sentido: "criminal statistics show unequivocally that crime, as popularly understood and officially measured, has a high incidence en the lower socioeconomic class and a low incidence in the upper socioeconomic class" (Edwin H. Sutherland, *White-collar Crime*, p. 3).

11. Edwin H. Sutherland, *White-collar Crime*, pp. 5-6.

12. No mesmo sentido, Juan Pegorano Taiana, *Señores y delincuentes de cuello blanco*, p. 49.

13. María Ángeles Gutiérrez Zarza, "Investigación y enjuiciamiento de los 'delitos de cuello blanco' en el sistema judicial norteamericano", *ADPCP*, p. 581.

14. Neste sentido, Julio E. S. Virgolini, "Delito de Cuello Blanco", *Doctrina Penal*, p. 355. Segue, ainda o referido autor: "Para señalar, aún en forma muy imprecisa, el campo empírico inaugurado

que "Sutherland se refirió específicamente a un sector de la fenomenología criminal y a un sector de la estratificación social, que hasta entonces pocas veces habían coincidido en los análisis. La criminalidad era patrimonio casi exclusivo de las clases bajas desde el punto de vista social-económico o cultural. La delincuencia de las personas pertenecientes a los estratos medios o superiores no contaba prácticamente en las estadísticas de hechos delictivos y sus conductas, cuando eran legalmente desaprobadas, no recibían ni sanción efectiva ni desaprobación social en la misma medida en que la recibían los delitos pertenecientes a la criminalidad convencional".[15]

3. Conceito

O conceito de crime de colarinho branco não é unívoco.[16]

O conceito apresentado por Sutherland,[17] que entrou em crise nos anos 70, era no sentido de que crime de colarinho branco era o delito praticado por pessoas de relevada respeitabilidade, no âmbito da sua atividade profissional.[18-19]

por Sutherland, basta indicar que se refiere al fenómeno delictivo del cual es protagonista la clase de más elevado nivel social-económico o, lo que es lo mismo, la que no tiene como autores a los integrantes de las clases populares o carenciales".

15. Julio E. S. Virgolini, "Delito de Cuello Blanco", *Doctrina Penal*, p. 360.

16. Neste sentido, Stanton Wheeler, Kenneth Mann e Austin Sarat: "The concept of white-collar crime has carried many meanings" (*Sitting in Judgment*, p. 5).

17. Ao fazer menção a certas violações ao direito que, por conveniência, foram denominadas de crime de colarinho branco, Sutherland estabelece o seguinte: "This concept is not intended to be definitive, but merely to call attencion to crimes which are not ordinarily included within the scope of criminology" (*White-collar Crime – the uncut version*, p. 7).

18. "White-collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation. Consequently it excludes many crimes of the upper class such as most cases of murder, intoxication, or adultery, since these are not a part of the occupational procedures. Also, it excludes the confidence games of wealthy members of the underworld, since they are not persons of respectability and higy social status" (Edwin H. Sutherland, *White-collar Crime – the uncut version*, p.7).

19. Assim, segundo Gonzalo Rodriguez Mourullo, para Sutherland, três são as características para identificar o crime de colarinho branco: "a) la conducta debe entrañar la violación de una

O que significa dizer que os praticados na vida privada não são considerados crimes de colarinho branco. Estamos, portanto, diante de um conceito nitidamente subjetivo.[20]

Nos anos 70/80, a definição supra referida entrou em declínio, uma vez que se deixou de olhar para as características do agente, para direcionar as atenções para as características da infração do crime de colarinho branco. "Logo, contudo, se observou que este conceito tipológico de agente é inadequado para fixar o âmbito do conceito que quer referir. Haveria, com efeito, condutas desviantes das regras da ordem económica levadas a cabo por 'homens de colarinho branco' que não constituiriam crimes. Por outro lado, também, muitas acções violadoras da ordem económica seriam praticadas por homens de 'colarinho azul',[21] ou seja, de inferior extracção social".[22]

Não se pode, portanto, tratar de um direito penal exclusivamente dos agentes, uma vez que em um Estado Social de Direito no qual vivemos, a definição dos bens jurídicos bem como dos valores aos quais se visa proteger, devem ser levados em consideração.

Devemos ter cristalino que "lo que se pretende denunciar con el concepto de delincuente de cuello blanco es algo más grave. Es la particular transcendencia social de los crímenes de los poderosos, en comparación con la cri-

norma penal: b) el agente debe pertenecer a la clase sócio-económica elevada; y c) la violación de la norma penal debe tener lugar en el curso de actividades profesionales" ("Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios", *ADPCP*, p. 678).

20. Este conceito vem sendo objeto de várias críticas. "Sutherland propõe uma definição de *white-collar crime* de entono claramente subjectivo, centrando a sua atenção nas características do agente (...) Esta formulação pode ser decomposta em cinco elementos: 1) a existência de um crime (...); 2) cometido por pessoas respeitáveis (...); 3) com elevado estatuto social (...); 4) no exercício da sua profissão (...); 5) ocorrendo, em regra, uma violação de confiança (...)" (Cláudia Cruz Santos, nas obras *O crime de colarinho branco, a (des) igualdade e o problema dos modelos de controlo*, pp. 192-193 e *O crime de colarinho branco – da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, pp. 45-46).

21. Os homens de colarinho azul são os denominados de *blue-collar criminals*.

22. Eduardo Correia, *Introdução ao Direito Penal Económico*, p. 309.

minalidad convencional, y la irritante impunidad de que, sin embargo, suelen disfrutar en nuestro tiempo".[23] Mas, no presente momento, nos cabe perguntar: quem são os poderosos?

Os poderosos englobam tanto os que detém o poder econômico, como os que detém o poder social, o acadêmico ou o religioso, sendo este poder uma especial competência de ação, enquanto facilidade comunicacional.

Em se tratando de delitos distintos daqueles com os quais estamos acostumados na criminalidade clássica, como o roubo, o homicídio, etc, nos crimes de colarinho branco,[24-25] a violência é muito rara ou até inexiste, tendo em vista que

23. António Garcia-Pablos de Molina, *Problemas Actuales de la Criminologia*, p. 154.

24. "O Conselho da Europa, órgão colaborador do Conselho Econômico e Social da ONU, divulgou um elenco dos considerados delitos econômicos, a saber: formação de cartéis; abuso do poder econômico das multinacionais; obtenção fraudulenta de fundos do Estado; criação de sociedades fictícias; fraudes em prejuízo dos credores; falsificação de balanços; fraudes sobre o capital de sociedades; concorrência desleal e publicidade enganosa; infrações alfandegárias; infrações cambiárias; infrações da bolsa etc." (Newton Fernandes e Valter Fernandes, *Criminologia Integrada*, p. 506). Evidentemente os crimes de colarinho branco não estão limitados a este elenco referido pelo Conselho da Europa. No entanto, seria desnecessário e até mesmo fatigante elencá-los.

25. No Brasil, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional são denominados vulgarmente de "crimes de colarinho branco" e tem apresentado crescente importância. A matéria é regida pela Lei 7.492, de 16.06.1986. Este diploma legal sofre muitas críticas e requer várias reformulações, nomeadamente no tocante à tipificação das condutas. Não podemos deixar de ressaltar também, ao fazermos menção ao ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.137/90 – que trata dos crimes contra a ordem econômica-tributária –, a Lei 8.884, de 11.06.1994 (Lei Antitruste) e a Lei 9.613, de 03.03.1998 – que trata dos crimes de "lavagem de capitais". Neste sentido, Luciano Feldens, *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*, pp. 123-124 e Newton Fernandes e Valter Fernandes, *Criminologia Integrada*, p. 508. O aumento deste tipo de criminalidade no Brasil é preocupante. Jamais foi registrado, no Sistema Financeiro Nacional do Brasil, um número tão alto e significativo de escândalos financeiros. Com efeito, "ora por má gestão, ora por gestão fraudulenta, mas sempre com a conivência dos órgãos fiscalizatórios. Só para ter uma idéia, nos últimos 5 anos, cerca de 188 instituições financeiras sofreram liquidação ou intervenção extrajudicial, perfazendo um passivo a descoberto de instituições liquidadas no valor de 7,5 bilhões, o que por si só já nos dá a idéia da inoperância e defasagem dos instrumentos de controle e punição do mercado financeiro" (Paulo José da Costa Jr., M. Elisabeth Queijo e Charles M. Machado, *Crimes do Colarinho Branco*, p. 60). Tal panorama não pode continuar assim, sendo necessária a tomada de alguma providência urgente. Cabe, portanto, ao direito penal econômico impor sanções efetivas a este tipo de criminalidade. Pergunta-se: as penas privativas de liberdade solucionam tal problemática? Ou devemos buscar outro tipo de saída? É o que tentaremos responder no corpo deste relatório.

os objetivos dos criminosos são atingidos através da astúcia ou da fraude, na maioria das vezes. Com base em seu indiscutível poder econômico, o criminoso de colarinho branco, na maioria das vezes, desfruta de uma enorme impunidade, sem contar com a sua respeitabilidade perante a sociedade e até podíamos dizer, a sua intangibilidade. É justamente buscando combater tal situação, que acreditamos que deve haver uma punição que seja eficaz para estes casos. Será que é a privação de liberdade? É o que veremos mais adiante.

4. Teoria da associação diferencial

4.1 Significado

A teoria da associação diferencial (*differencial association*)[26] é importante na *criminologia moderna* ou *nova criminologia* e tem como criador, Edwin H. Sutherland, que a formulou nos anos 30. Trata-se de uma teoria sociológica do comportamento criminal, segundo a qual a conduta desviada é resultante de um processo de aprendizagem.[27-28] Portanto, o sujeito acaba por assimilar os valores

26. Cf. Alberto Zacarias Toron, *Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?*, pp. 78-79; António Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, *Criminologia*, pp. 374 e ss.; Cláudia Maria Cruz Santos, *O crime de colarinho branco – da origem do conceito a sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, pp. 43 e ss.; Luciano Feldens, *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*, pp. 128-130; Manoel Pedro Pimentel, *O crime de colarinho branco*, pp. 12-14; e Virgílio Luiz Donnici, *Brasil – um país invadido pela violência, pela impunidade e pelos abusos do poder econômico*, pp. 181-182.

27. Devemos salientar que quando se fala em aprendizagem, Sutherland estava se referindo não a aprendizagem em sentido pedagógico estrito, "senão a própria gênese profunda do comportamento humano, enquanto processo complexo e global do desenvolvimento psicológico e condutual do homem" (Antonio Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, *Criminologia*, p. 375).

28. Com efeito, "chegou Sutherland à conclusão de que a conduta desviada não pode ser imputada a disfunções ou inadaptação dos indivíduos da *lower class*, senão à aprendizagem efetiva dos valores criminais, o que pode suceder em qualquer cultura" (Antonio Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, *Criminologia*, p. 375).

do meio no qual a sua atividade profissional é desenvolvida, até um momento em que os assume completamente.[29]

Através da teoria da associação diferencial, Sutherland buscou uma fórmula explicativa do nascimento, bem como do desenvolvimento da delinqüência do colarinho branco. Segundo ele, o crime de colarinho branco, é aprendido na associação, seja ela direta ou indireta com aqueles que já se comportam de maneira criminosa. E, assim, aqueles que passam a se comportar assim também, se afastam do contato com o comportamento legal estável e, portanto, lícito.

"Percebe-se, assim, que o criminoso de colarinho branco não se dá conta, inteiramente, da reprovabilidade do seu comportamento, pois o desvio ético é subjetivamente justificado pela prevalência dos motivos que levam o agente a desrespeitar as regras morais ou jurídicas que ordenam conduta diversa. O 'sucesso' alcançado, e que era a meta desejada, reforça o comportamento e, logo, a lei da imitação funciona para nivelar as condutas de outros indivíduos, justificando assim, também objetivamente, o desvio. E desde que uma grande parte das pessoas do grupo se comportem da mesma maneira, torna-se aparentemente não reprovável aquilo que, na verdade, o é".[30]

Evidentemente, que nos cabe, no presente momento, deixar claro que para o desvio de conduta ser considerado como crime, é necessário que o comportamento desviante esteja previsto em um tipo penal. O facto da conduta ser reprovável eticamente, não é suficiente para que seja apontada como um crime de colarinho branco. O princípio da reserva legal, portanto, deve ser obedecido.

29. A Teoria da Associação Diferencial é definida e explicada por Edwin H. Sutherland, bem como são dados exemplos que ilustram o fato de que o comportamento criminoso é aprendido e favorecido por situações favoráveis à infração no interior de grupos, em sua obra *White-collar Crime – the uncut version*, pp. 240 e ss. Neste sentido, Cláudia Maria Cruz Santos, *O crime de colarinho branco – da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, pp. 49-50.

30. Manoel Pedro Pimentel, *O crime de colarinho branco*, p. 14.

Assim, segundo a teoria da associação diferencial, o crime é aprendido, assim como os comportamentos virtuosos ou qualquer outra atividade o são também.

Com base no exposto até o presente momento, "torna-se mais fácil compreender a importância atribuída por Sutherland ao estudo do *white-collar crime*. Com efeito, parece não haver melhor exemplo de que não é a diferença – física, psíquica ou económica – relativamente aos padrões normais que motiva o crime: os criminosos de *white-collar* são, inequivocamente, não só pessoas com uma boa situação económica e socialmente integradas, como sujeitos perfeitamente aptos, capazes quer do ponto de vista biológico quer do intelectual e, por vezes, até com capacidade acima da média. Eis, pois, a razão pela qual a teoria do *white-collar crime* surge como uma espécie de jóia da coroa da obra do criminólogo: ela parece constituir a prova inequívoca da validade da teoria da associação diferencial. O que o leva a intentar um estudo da extensão do *white-collar crime*, bem como a busca de especificidades da explicação teórica para as causas desta criminalidade".[31]

4.2 Críticas

Apesar do êxito obtido inicialmente, a teoria de Sutherland posteriormente veio a sofrer algumas críticas, que merecem a nossa consideração.

A primeira crítica tem por base o fato de ele ter desconsiderado totalmente tanto as dificuldades econômicas, como as patologias endógenas, como fatores explicativos do crime.[32]

Considerando que referido criminólogo se deteve na criminalidade cometida pelos poderosos, acabou sendo interpretado no sentido de não considerar

31. Cláudia Maria Cruz Santos, *O crime de colarinho branco – da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, p. 45.

32. *Ibidem*, pp. 93 e ss.

os possíveis vínculos entre a pobreza e a delinqüência, afirmando, inclusive, que a criminalidade, tanto em relação aos ricos, como em relação aos pobres pode ser justificada pelos mesmos princípios teóricos.

Em que pese a respeitabilidade de Sutherland, não concordamos com tal afirmação, uma vez que, se é certo que a sociedade não pode ignorar a gravidade dos crimes praticados pelos poderosos, também não pode acreditar que o aspecto econômico não tem nenhuma interferência nos quadros da criminalidade. Concordamos com ele no sentido de que a explicação da criminalidade não pode ter como base, única e exclusivamente, a pobreza. No entanto, isso não significa que a mesma não explique parte dos crimes cometidos. Contudo, para não sermos injustos com o respeitado criminólogo, devemos ponderar as suas colocações e refletir se apenas não acreditava que a totalidade da criminalidade devesse ser imputada a fatores sociais e econômicos.

Em relação ao fato, por sua vez, de Sutherland ter subvalorizado os fatores da personalidade do agente, Cláudia Santos, vindo a corroborar o nosso entendimento, deixa evidenciado que devemos ter certa precaução e sermos ponderados ao fazermos tais críticas. Isso porque, "parece-nos algo redutor um tal entendimento do seu pensamento. Ao invés, julgamos que o exagero ou fervor patente em várias das suas afirmações deve ser compreendido de acordo com o seu contexto histórico e a sua teleologia: procurando romper com toda a tradição criminológica, Sutherland talvez só tenha pretendido dizer que a totalidade da delinquência não se pode explicar *exclusivamente* através de vicissitudes económicas ou de anomalias de foro endógeno. Pelo que, ainda que aqueles factores possam, em determinados casos, possuir algum relevo, a tão almejada chave para a compreensão de *todo* o comportamento delituoso terá de se procurar em outro lado".[33]

33. *O crime de colarinho branco – da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, p. 95.

Outra crítica que é apresentada à teoria da associação diferencial é o como explicar a existência de pessoas que, sujeitas aos mesmos cenários propícios ao crime, conseguem do mesmo se afastar, ao passo que outras não. Com esta crítica concordamos,[34] não nos convencendo a explicação de Sutherland quando afirma que a explicação está no fato de que não basta apenas a existência de definições favoráveis, é necessário, também, haver ausência de definições desfavoráveis, bem como a possibilidade de uma oportunidade para praticar a infração.

Por fim, ainda é conveniente ressaltarmos a crítica no sentido de que Sutherland ficou limitado em levar em consideração a forma como as definições positivas ao crime são transmitidas em uma cultura criminosa, deixando de explicar a própria origem de tal cultura, com os seus valores tendenciosos para o delito. Em relação a esta crítica, também não nos parece inteiramente justa, uma vez que ao lado da teoria da associação diferencial, devemos analisar a teoria da desorganização social, a qual vamos nos ater a partir do presente momento.

5. Teoria da desorganização social[35]

Pareceu-nos oportuno traçar algumas linhas no sentido do que vem a ser a teoria da desorganização social, uma vez que, a teoria da associação diferencial não é apta a explicar, sob o ponto de vista da sociedade, a existência dos delitos.[36] Ela limita-se a explanar somente sobre a transmissão individual da

34. Corroborando o nosso entendimento, Cláudia Maria Cruz Santos, *O crime de colarinho branco – da origem do conceito e da sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, p. 96.

35. Oportuno salientar que o termo desorganização social foi substituído por Sutherland, pela expressão "organização social diferencial", quando da apresentação da versão final da sua teoria explicativa sobre a criminalidade, no ano de 1949. Neste sentido, Claúdia Maria Cruz Santos, *O crime de colarinho branco – da origem do conceito e da sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, p. 50, nota 99.

36. A teoria da desorganização social é conceituada por Sutherland da seguinte forma: "Social disorganization is a hypothetical explanation of crime from the point of view of the society" (*White-collar Crime*, p. 255).

motivação, bem como dos conhecimentos necessários ao cometimento de delitos já existentes na sociedade.

Com efeito, era necessária uma explicação para a existência distribuída do crime pelos vários grupos sociais.

Foi reconhecida uma proporção maior de crimes praticados por jovens do sexo masculino, bem como pelos negros. Segundo Sutherland, a Revolução Industrial foi a responsável pelo nascimento de uma organização social complexa e diferenciada, o que acabou por gerar uma diminuição do controle em relação aos comportamentos individuais. Diminuindo o papel da religião e da família em relação ao aumento do individualismo decorrente do desenvolvimento econômico, os delitos acabam por aparecer de maneira mais expressiva em grupos sociais mais susceptíveis e vulneráveis, justificando, assim, o menor controle social nos grupos mencionados e a sua maior aparição dentro das estatísticas criminais.

A desorganização social, portanto, pode ser explicada por um lado, pela passagem do liberalismo para uma fase de maior intervenção governamental, o que terminaria gerando um conflito de valores. Por outro lado, há ainda o fato de que apesar do mundo dos negócios estar estruturado de maneira a admitir que as normas que o regem sejam violadas, a sociedade não está organizada neste sentido, não possuindo mecanismos de controle de tal violação. O que implica dizer que "a firmeza da comunidade empresarial na preservação das práticas ilícitas contrasta com a fraqueza da estrutura política na erradicação das mesmas".[37]

Em suma, os crimes de colarinho branco acabam por violar a confiança e, portanto, a criar com isto desconfiança, reduzindo a moral social e produzindo a desorganização social.

37. Cláudia Maria Cruz Santos, *O crime de colarinho branco – da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, p. 51.

6. Características do crime de colarinho branco

Para discutirmos a eficácia das penas que deverão ser aplicadas ao criminoso de colarinho branco, convém estabelecermos, ainda que de maneira breve, as características deste crime.

A primeira delas é a complexidade das condutas e a opacidade resultante de tal característica. Quer-se dizer que com o desenvolvimento da sociedade atual, fica cada vez mais difícil para os cidadãos, em geral, compreenderem atividades que necessitam de um grau de especialização imenso. É o que ocorre no mundo negocial. Além disso, para dificultar ainda mais o controle de tais situações, tais comportamentos são, geralmente, pouco visíveis aos olhos da sociedade, uma vez que "para além de complexas, as condutas ocorrem, regra geral 'entre quatro paredes', contrariamente ao crime comum, normalmente 'de rua' e, por isso mesmo, objecto de uma muito maior exposição. O que justifica a contraposição, corrente na doutrina anglo-saxónica, entre *crimes in the streets* e *crimes in the suites*".[38]

Uma segunda característica, interessante de ser mencionada, é a problemática no sancionamento das condutas classificadas como crime de colarinho branco. É justamente sobre esta problemática que, mais adiante nos deteremos com maior cautela. Para já, deixamos apenas estabelecido que em razão da opacidade de tais condutas, como supra mencionado, as instâncias formais de controle acabam por ter dificuldades ainda maiores na sua punição. Não esquecendo do fato de que além da problemática de não se conseguir identificar a conduta e os seus responsáveis, haver a dúvida de qual tipo de sanção é adequada e eficaz nestes casos. Esta, no entanto, é uma questão que retomaremos posteriormente.

Um outro traço característico do crime de colarinho branco é o fato dele não fazer uso, via de regra, da violência. Isto, associado com a circunstância de muitas vezes o criminoso de colarinho branco ser instruído e estar em uma posi-

38. *Ibidem*, p. 101.

ção que inspira confiança, permite que a prática do crime seja facilitada. Mais uma vez, a visibilidade da conduta perante a sociedade é amenizada.

Não nos podemos esquecer também, da difusão da vitimização. O que significa dizer que no delito de colarinho branco, é possível estarmos diante de duas situações: uma na qual as vítimas sofrem danos tão pequenos que acabam ou não se apercebendo ou, considerando a burocracia e complexidade do sistema judiciário, não o acionam; e uma segunda situação, na qual a vítima é o Estado ou uma organização. Na primeira hipótese, há de ser ressaltado, ainda, que devido ao fato das infrações acabarem por se prolongar no tempo e abrangerem um espaço muito grande, há uma própria incompreensão da vitimização por parte das pessoas afetadas pela conduta delituosa. Essa característica do crime de colarinho branco acaba por prejudicar a interferência dos órgãos de controle, dando origem a elevadas cifras negras, as quais abordaremos no tópico seguinte.

Finalmente, há o que pode ser denominado de dispersão da responsabilidade, que se traduz no fato de ser difícil, em razão das funções serem divididas, bem como hierarquizadas, que se encontre o verdadeiro responsável. Trata-se de uma verdadeira "cadeia" de atos e que envolvem da mesma maneira, uma "cadeia" de indivíduos até que o resultado final seja atingido. Assim, fica muitas vezes difícil ou até impossível de se estabelecer o responsável pela infração.

7. A problemática das cifras negras

A problemática das cifras negras[39] em relação à criminalidade de colarinho branco deve ser observada com cautela, uma vez que traz conseqüências,

39. "Muitas vezes, o crime nem chega a nascer como facto estatístico, ou seja, não se dá a sua apresentação ou recepção no sistema de instâncias formais de controlo: é o que acontece com a criminalidade oculta, expressão que abrange todo o crime que não atinge o limiar mínimo de crime conhecido pela polícia. Mesmo que nasça, nem sempre consegue sobreviver: do caudal da criminalidade conhecida pela polícia, nem toda é descoberta ou clarificada, objecto de acusação, julgamento, condenação. A passagem do crime de instância a instância (polícia – acusação – tribunal – administração penitenciária) é inevitavelmente feita à custa da intervenção de margens

principalmente no que diz respeito à falsa idéia de que a criminalidade está concentrada nos grupos sociais inferiores.[40] Com efeito, "estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente 'seletiva', mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha. Realmente, esta definição de criminalidade, e as correspondentes reações não institucionais por ela condicionadas (a reação da opinião pública e o alarme social), estão ligadas ao caráter etigmatizante que a criminalidade leva, normalmente, consigo, que é escassíssimo no caso da criminalidade de colarinho branco. Isto é devido, seja à sua limitada perseguição e à relativamente escassa incidência social das sanções correspondentes, especialmente daquelas exclusivamente econômicas, seja ao prestígio social de que gozam os autores das infrações".[41]

Justamente levando em consideração que a criminalidade de colarinho branco é representada de maneira muito inferior se comparada à sua realidade é que não nos podemos basear nas estatísticas criminais para tirar conclusões sobre tal categoria de delitos. Isso tudo, devido a dois fatores predominantes: de um lado, as pessoas dos estratos sociais superiores são mais poderosas, seja política ou financeiramente, de modo a escapar com maior facilidade tanto à prisão, como à condenação, em escala muito maior se comparadas àquelas que não possuem a mesma intensidade de poder, mas também cometem crimes; por outro lado, há ainda o fato da justiça criminal ser parcial em casos envolvendo este tipo de cri-

maiores ou menores de cifras negras" (Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 133).

40. Neste sentido: Luciano Feldens, *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*, pp. 132 e ss.

41. Alessandro Baratta, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – introdução à sociologia do direito penal*, p. 103.

minoso, com a tendência de encaminhá-los para um desfecho em instâncias extrapenais ou administrativas.

Perguntamos: será que este tratamento dado muitas das vezes aos casos envolvendo os delinqüentes de colarinho branco, é eficaz e suficiente para combater tal espécie de criminalidade? Ou será que a aplicação da pena privativa de liberdade ainda é a melhor solução? É o que veremos a partir de agora.

8. Modelos de controle

8.1 Considerações iniciais

Considerando todas as características já estudadas em relação ao crime de colarinho branco, já podemos dizer que o direito penal econômico acaba por exigir, uma vez que se identifica cada vez mais com referida criminalidade, um sistema punitivo próprio. Mas mais do que isso, que seja eficaz. Isso porque, estamos diante de criminosos para os quais sempre esteve presente a idéia do "*nothing works*", ou seja, de que nunca são punidos e isso não pode continuar na sociedade atual.[42] Faz-se necessária a efetiva punição dos agentes para que seja estancado este tipo de delito.

Se é certo que quando estamos diante do criminoso de colarinho branco não podemos imaginar a pena com o fim de ressocialização com o mesmo alcance da criminalidade comum, também não é menos certo de que um sistema punitivo eficaz precisa ser garantido a fim de que as necessidades de prevenção geral e especial sejam cumpridas.

42. Prova clara da afirmação feita, ou seja, de que o criminoso de colarinho branco, muitas vezes não é punido, pode ser dada através de um exemplo, de um caso concreto, ocorrido no Brasil há poucos anos. Trata-se do emaranhado criminoso que suscitou, no Congresso Nacional, a denominada "CPI dos Anões do Orçamento", sobre grandes desvios e outras alterações ilegais na peça orçamentária da União e que, após demorado tempo e suspeitosas investigações por parte dos parlamentares, culminou apenas com a incriminação dos que denominamos de "peixes miúdos". Ou seja, foram responsabilizadas algumas pessoas para não se dar a impressão de impunidade, mas a corrupção efetuada pelos "poderosos" continuou, da mesma maneira.

Não nos resta dúvida de que as finalidades das penas, ao contrário do que ocorre em relação à criminalidade comum, na qual além da intimidação, servem de instrumento de reinserção social, apresentam no crime econômico, nomeadamente, a finalidade de retribuir o mal causado e de o prevenir. Acreditamos, inclusive, que muito mais esta última. Evidente que também, em alguns casos, poderá ter um fim ressocializador, mas é muito menos provável, uma vez que estamos diante de agentes que normalmente estão mais do que socializados e, dificilmente, em razão do cárcere, sofrerão efeitos que levem à necessidade de serem ressocializados.[43] Mesmo porque, como bem salientado por Faria Costa e Costa Andrade, "o crime económico tende a identificar-se com o *white-collar crime*. Não terá, por isso, grande sentido tentar ressocializar delinquentes que se vêm a si próprios e são vistos pelos outros como símbolos do próprio sistema e que muitas vezes racionalizam as suas infracções apelando para a lealdade aos valores últimos do sistema, contra a interpretação apócrifa feita pelo legislador que incrimina e pune".[44]

Pergunta-se, então, "se muito do crime de colarinho branco manifesta um elevado grau de danosidade e se os seus agentes actuam, frequentemente, com culpa grave, não será uma injustiça manifesta não os punirmos "como eles merecem", por contraposição ao que parece suceder com o criminoso comum, muitas vezes menos censurável e gerador de menor desvalor para a comunidade? Como conciliar a realização da justiça, mormente na sua dimen-

43. Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias: "Na realidade, a prisão não terá, relativamente ao delinquente económico, o mesmo efeito criminógeno que possui relativamente ao delinquente comum: quer porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão; quer porque não haverá em princípio que recear os efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que em geral advêm da estigmatização, da distância social, da escassez de oportunidades legítimas, da aquisição de una identidade e de uma *self-image* delinquente, da entrada numa carreira delinquente" (*Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico*, p. 383).

44. José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade. *Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico*, pp. 359 e 360.

são da igualdade, sem desproteger outros interesses também relevantes da própria sociedade?".[45]

Para responder a esta indagação, problema central do nosso trabalho, passaremos a analisar os modelos possíveis: o de prevenção e o de repressão, mas prevenção não no sentido apresentado pelos fins das penas, não no sentido técnico, mas sim no sentido de evitar o ocasionamento de um mal.

8.2 Modelo preventivo

O que devemos estar cientes em relação à prevenção é que ela é sempre uma boa solução, ou seja, é melhor prevenir um mal do que depois ser necessário punir a sua efetivação. Em relação ao crime de colarinho branco, ainda faz mais sentido tal afirmação, uma vez que diante desta criminalidade estamos perante a possibilidade de inúmeras pessoas serem afetadas pela prática do delito, como é o caso do crime contra o meio ambiente, o crime contra os consumidores, etc, em relação aos quais muitas vezes o prejuízo é irrecuperável; além disso, considerando que a eficácia da punição em relação a eles é muitas vezes comprometida, o melhor é preveni-los; e, por fim, "sendo o agente de colarinho branco alguém que actuará, regra geral, no quadro de escolhas racionais, tornar-se-á mais fácil a prevenção situacional".[46]

No entanto, se é certo que a prevenção parece uma boa solução, ainda não se têm clara qual é a melhor forma de efetivá-la. Propostas são apresentadas,[47]

45. Cláudia Cruz Santos, *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*, p. 209.

46. Cláudia Cruz Santos, *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*, p. 211.

47. Cláudia Cruz Santos nos deixa bem transparente esta idéia: "Apesar de a literatura criminológica sobre este assunto ser pouco abundante, alguns autores têm manifestado a preocupação em colmatar as insuficiências da abordagem tradicional, repressivva, através de alguns expedientes destinados a evitar a prática de crimes de colarinho branco. Stone, por exemplo, advogou a adopção de medidas intrusivas na própria estrutura da organização com o intuito de condicionar o pro-

mas na realidade o que se faz necessária é a sua implementação de maneira eficaz, com o intuito de realmente prevenir a sociedade contra os riscos e conseqüências do crime de colarinho branco.

8.3 Modelo repressivo

Além do modelo preventivo, o qual já fizemos menção à sua importância, não podemos deixar de tecer algumas considerações, ainda que breves, sobre o modelo repressivo.

É sabido que em relação à criminalidade de colarinho branco, as cifras negras são muito altas, haja vista não apenas o grande número de agentes que não são punidos, como também o número de delitos desta espécie que nem ao menos chegam a serem computados nas estatísticas criminais, por não chegarem ao conhecimento dos órgãos de controle.

Duas perguntas que se colocam são as seguintes: podemos considerar razoável que assim seja, tendo em vista que tal tipo de criminalidade não necessita de uma ressocialização por parte dos seus agentes? Ou será que através destes

cesso de decisão, e salientou a importância da existência de um sistema informativo que desenvolva ao possível agente da infracção o *feedback* dos receios associados à sua conduta. Entre outros aspectos, defendeu a obrigatoriedade de registros no seio da organização quando estejam em causa decisões ou actividades de risco; a responsabilização daqueles que ocupam os postos mais importantes impondo-se que eles tenham conhecimento do que se passa nos seus sectores; a obrigatoriedade de os centros de decisão terem lugares ocupados por representantes dos consumidores, dos trabalhadores e/ou das entidades responsáveis pela fiscalização da qualidade dos produtos ou do respeito pelas normas de segurança... Por outro lado, vários autores têm destacado a importância da tecnologia como forma de prevenir o crime de colarinho branco – se ela é utilizada, frequentemente, para o perpetrar, o seu domínio constitui um elemento chave na detecção e controlo destas infracções. Paralelamente, tem sido salientado o domínio da auto-regulamentação como forma de garantir o cumprimento das normas no seio da organização ou da actuação do profissional liberal, o que surge também como uma forma de prevenir infracções que é prévia ao sancionamento penal". No entanto, "a auto-regulamentação, não obstante as vantagens que apresenta, dificilmente se poderá, porém, substituir ao controlo estadual". E, ainda em relação a prevenção, estabelece que há mais um aspecto que deve ser considerado importante, que "é a previsão de limites máximos para as sanções pecuniárias que impossibilitem cálculos orientados pela ideia de que a infracção compensa dado que o benefício económico dela retirado é superior ao montante pecuniário que se terá de pagar" (*O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*, pp. 211-213.

pensamentos estaremos apresentando um comportamento desigual que não pode ser aceito pela justiça penal?

Em primeiro lugar, devemos ter cristalino que nem todos os crimes de colarinho branco apresentam a mesma gravidade, de tal forma que este aspecto é a primeira coisa que deve ser levada em consideração. Com efeito, "alguns *white-collar* adoptam condutas que a comunidade não vê como particularmente desvaliosas e não estão carecidos de ressocialização. Das infracções que aqui englobamos, umas não deveriam ser sequer objecto de criminalização, enquanto outras, atentas as especificidades da situação concreta, não carecem da aplicação de um pena de prisão. Mas muitas outras, pelo desvalor que representam, pela danosidade que lhes subjaz, não podem ser exteriores à repressão penal, sob pena de se introduzir uma antinomia gravemente desigualitária no sistema: referimo-nos sobretudo àquelas condutas em que dolosamente ou com negligência grave se põe em perigo a vida ou a integridade física das pessoas".[48] Portanto, para evitar qualquer tipo de tratamento desigualitário, o que convém é aplicar aos casos nos quais a perigosidade para a sociedade é menor, o direito penal mínimo, sempre considerando os princípios da necessidade e proporcionalidade, ao passo que nos casos que englobam as segundas condutas por nós supra mencionadas, é necessário que o sistema puna de maneira mais severa, não podendo o poderio dos seus agentes influenciar o funcionamento das instâncias de controle. Se estamos diante de um crime, com certa gravidade, há de ser aplicada uma punição adequada. Não significando, com isso, que sempre esta punição deva implicar na aplicação sistemática de uma pena privativa de liberdade.[49]

48. Cláudia Cruz Santos, *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*, pp. 214-215.

49. Corroborando o nosso entendimento, Cláudia Cruz Santos estabelece que "quanto ao julgamento e à determinação da sanção criminal, o que defendemos não é que os criminosos de colarinho branco sejam sistematicamente condenados a penas de prisão efectivas. Seria, de facto, uma enorme contradição apontar as desvantagens da pena privativa da liberdade em relação ao grosso da criminalidade – mencionando o seu carácter dessocializador, estigmatizante e

8.4 Nosso posicionamento

As soluções que podem ser apresentadas em relação a quais sanções são cabíveis e eficazes em relação a criminalidade de colarinho branco são muitas.[50]

No entanto, no nosso entender, em que pese a lógica e coerência dos argumentos apresentados por diversos doutrinadores, nos posicionamos no sentido de que em muitos casos a pena privativa de liberdade é necessária e eficaz para combater a criminalidade de colarinho branco. Isso porque, se a maioria dos argumentos contrários à aplicação de tal modalidade de pena aos crimes de colarinho branco é no sentido de que tal medida é desnecessária em razão da sua inadequação, dos crimes geralmente não serem violentos e, ainda, pelo fato da prisão ostentar caráter ressocializador, não necessário a este tipo de agentes, não podemos com isso afirmar que o encarceramento se torna menos necessário em algumas situações.[51]

Os poderosos devem receber a aplicação da pena de prisão e não apenas a pena de multa, uma vez que esta última, muitas vezes, não é suficiente

criminógeno – e vir depois clamar pela sua aplicação em maior número de casos aos *white-collars*. O que nos parece imperativo é, ao invés, que, tal como em relação a *todos* os agentes considerados culpados pela prática de um crime, a pena de prisão só seja aplicada quando for indispensável à luz de considerações preventivas. Sempre que adequadas à resssocialização do agente – ou quando não haja qualquer carência de uma intervenção socializadora – e sempre que não contrárias à reafirmação das expectativas comunitárias na validade da norma violada, deve ser dada preferência às sanções de substituição" (*O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*, pp. 219-220).

50. Algumas soluções apresentadas de qual será a melhor maneira de reagir à criminalidade de colarinho branco podem ser verificadas no artigo de José Nuñez Fernández, *Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco*, pp. 531-534. E, ainda, quanto ao cabimento das sanções ao criminoso de colarinho branco, Luciano Feldens, *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*, p. 228 e ss.

51. "(...) Mais recentemente, surgiram novas figuras delitivas como, por exemplo, grandes estelionatos, falsidades ideológicas, crimes contra as relações de consumo, monopólios irregulares, os escândalos financeiros e mesmo as grandes falências, com prejuízos incalculáveis. É inegável que para a prevenção e repressão de infrações desta natureza se justifica a utilização de graves sanções, *inclusive privativas de liberdade*" (grifo nosso) – Cezar Roberto Bitencourt *apud* Luciano Feldens, *Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco*, p. 236.

para impedir que o mesmo deixe de delinqüir, podendo ser uma grande fonte de injustiça.[52]

É evidente que o insucesso, tanto no campo da prevenção como no da repressão deste tipo de criminalidade, não pode ser atribuído apenas a uma causa. Mas uma coisa é certa: entendemos que penas mais severas devem ser aplicadas, sobretudo de prisão, devendo a indulgência por parte do aplicador diminuir, evitando o número de absolvições existentes.

9. Conclusão

Com este trabalho procuramos abordar o crime de colarinho branco e verificar a aplicação, bem como a eficácia da pena privativa de liberdade em relação a este tipo de criminalidade.

Passaremos, a seguir, às conclusões acerca de tais questões.

A delinqüência de colarinho branco é muito difícil de ser perseguida, uma vez que normalmente ocorre com a colaboração de pessoas influentes e inteligentes que procuram, de maneira deliberada e programada, dar aos fatos aparência de legalidade.

No entanto, pode-se dizer que, embora os crimes de colarinho branco apresentem um maior grau de dificuldade quanto a sua investigação e elucidação, já há atualmente na sociedade uma maior consciência no que diz respeito à importância de que tais condutas lesivas sejam penalmente reprovadas. E mais do que isso; que as punições sejam severas, a fim de se tentar evitar o crescimento da criminalidade econômica. Contudo, não podemos deixar de estar atentos para o

52. Nesse sentido, José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade: "Para além de inadequada às exigências de prevenção, a *multa* pode produzir e potenciar as fontes da injustiça. Na verdade, dificilmente a multa poderá desincentivar delinquentes economicamente dotados. Acresce que a racionalidade do mundo dos negócios, facilmente permitirá integrar o risco da multa nos 'custos' da empresa, estimulando formas de compensação fazendo-a, por exemplo, repercutir sobre operadores económicos situados a juzante, em última análise, os consumidores desorganizados" – *Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico – notas a propósito do colóquio preparatório da* AIDP, p. 360.

fato de que as punições são necessárias e exigidas pela sociedade, mas para tanto, as soluções devem ser buscadas sempre com respeito às garantias constitucionais. Isso devido ao fato de que, apesar de ser inegável que para a prevenção e repressão de infrações dessa natureza seja justificável a utilização de sanções graves, incluindo as privativas de liberdade, é preciso cautela, a fim de não violar princípios como o da intervenção mínima, da culpabilidade, do bem jurídico definido, do *due process of law*, entre outros.

Assim, se por um lado, pudemos constatar que há um posicionamento no sentido de que as penas privativas de liberdade não são cabíveis em relação aos crimes econômicos e financeiros, até pela própria dificuldade de serem colocadas em prática, não nos parece correta tal posição, em que pesem os argumentos coerentes estabelecidos por aqueles que a defendem.

Isso porque, apesar de parecer, ao fazermos uma análise de maneira ampla, que devido ao fato do criminoso de colarinho branco não necessitar, na maioria das vezes, de ressocialização, que o seu encarceramento é menos necessário, não é bem assim.

É certo que, muitas vezes, a busca de alternativas não penais é uma solução perfeitamente conveniente e eficaz em determinadas circunstâncias. No entanto, faz-se necessário, lembrando sempre do fato de que o direito penal deve intervir como *ultima ratio,* o apelo ao controle penal, uma vez que através dele busca-se ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização.

Evidentemente que o combate ao criminoso de colarinho branco não é nada simples, tendo em vista que, para tanto, faz-se necessária não apenas uma regulamentação legal adequada – o que muitas vezes não ocorre – como também a garantia de meios necessários aos aplicadores do direito para que possam colocar em prática a legislação existente. Isso porque, um dos maiores problemas enfrentados é justamente a existência de leis que não possam ser aplicadas pelos juízes, simplesmente porque lhes faltam meios adequados para tanto.

Além disso, deparamo-nos, ainda, com dados da criminologia da seleção feita pelos tribunais que acaba por dificultar a punição deste tipo de criminoso. Com efeito, como bem o afirmam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, "outro dado da criminologia da selecção no tribunal é a comprovada relutância de os juízes condenarem a prisão efectiva as elites e as classes médias da vida económica, da administração e das profissões liberais. Da mesma atitude beneficiam, de resto, os filhos destes grupos sociais. As coisas são particularmente ostensivas em relação aos delinquentes de *white-collar*, designadamente aos autores de crimes contra a economia. O reduzido número de processos que lhes são instaurados, se não terminam com absolvição, dão lugar a condenações muitas vezes puramente simbólicas, sem o estigma e os custos da prisão".[53]

Considerando que o quadro existente não pode permanecer assim e, ainda, entendendo que o criminoso do *white-collar* não se intimida diante da possibilidade de cumprir a pena em liberdade, concluímos pela eficácia de penas privativas de liberdade, a fim de que crie nos agentes do crime econômico a denominada consciência ética-moral de valores. E, ainda, adotamos tal posicionamento, uma vez que acreditamos que só assim é que poderemos vislumbrar uma efetiva realização da justiça, na sua dimensão de igualdade, em relação aos delitos cometidos pelos criminosos comuns. Com isso, evidentemente não se está a sugerir um direito penal econômico do terror e radical, mas sim busca-se a utilização da pena de prisão como solução eficaz e adequada.

No entanto, acreditamos que para tudo isso ser possível, alterações terão que ser sofridas no seio da sociedade, a fim de que tal tipo de criminalidade seja realmente combatida, de maneira eficaz. As penas privativas de liberdade, portanto, podem ser eficazes no combate ao *white-collar crime*, desde que não havendo outra solução mais adequada diante do caso concreto. Apenas a punição

53. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 441.

de multa não basta para criminosos que já consideram tal possibilidade em sua margem de lucro, não sendo, portanto, minimamente afetados por este tipo de penalidade. Será que pensar em soluções que possam vir a alterar o quadro da sociedade na qual vivemos, em busca de uma maior igualdade de tratamento entre as classes sociais é uma utopia da nossa parte? Acreditamos que não. Além do mais, o que é a utopia senão algo que se pode ter visibilidade à distância?[54]

10. Abreviaturas

ADPCP – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cf. – Conforme

Fasc. – Fascículo

nº – número

p. – página

pp. – páginas

RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

ss. – seguintes

11. Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa. "A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teológico-racional do crime", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 2, abr.-jun./1992, pp. 173-205.

54. "Ela está no horizonte, me aproximo dois passos e ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Para que serve, então, a utopia? Serve para isso, para fazer caminhar" (Eduardo Galeano, *Las palabras andantes apud* Alberto Silva Franco, *Globalização e criminalidade dos poderosos*, p. 277).

ALBERGARIA, Pedro Soares de. "A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* ano 9, fasc. 4, out.-dez. 1999, pp. 605-626.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. "Crime do Colarinho Branco", *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, vol. 38, abr.-jun./1998, pp. 23-30.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – introdução à sociologia do direito penal* (trad. Juarez Cirino dos Santos), Rio de Janeiro: Editora Revan, 3. ed., pp. 85-116.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas* (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BELLO FILHO, Ney de Barros. "Anotações ao crime de poluição", *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n. 1, 2001, pp. 415-441.

_____."Responsabilidade penal ambiental no Brasil", *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n. 2, 1998, pp. 629-643.

BITENCOURT, Cezar Roberto. "Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco", *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 3, n. 11, jul.-set./1995, pp. 118-127.

CALAVITA, Kitty. "Employer Sanctions Violations: Toward a Dialectical Model of White-Collar Crime", *Law & Society Review*, vol. 24, n. 4, 1990, pp. 1.041-1.069.

CORREIA, Eduardo. "Introdução ao Direito Penal Económico", *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 293-318.

COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa, "Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico – notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP", *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I, Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 347-364.

COSTA JUNIOR, Paulo José da, QUEIJO, M. Elisabeth e MACHADO, Charles M. *Crimes do Colarinho Branco*, São Paulo: Saraiva, 2. Ed. 2002.

COURAKIS, Nestor-Constantin. "Introduction à L´étude de la criminalité en col blanc", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 1, janvier-mars/1974, pp. 765-781.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico", *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 375-386.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª reimpressão, 1997, pp. 130-143; 409-416; 434-441; 447-454 e 527-555.

_____. "Problemática geral das infracções contra a economia nacional", *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 319-346.

DONNICI, Virgílio Luiz. "Brasil – um país invadido pela violência, pela impunidade e pelos abusos do poder econômico", *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33, jan.-jun./1982, pp. 170-189.

D'URSO, Luíz Flávio Borges (coordenador). *Justiça Criminal e Sociedade – 3º Encontro Nacional dos Advogados Criminalistas*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, pp. 105-121.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, pp. 113-238.

FELIPETO, Rogério. *Agiotagem de Colarinho Branco*, Boletim IBCCRIM, ano 10, n. 114, maio 2002.

FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2002, pp. 380-509.

FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e Criminalidade dos Criminosos", *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 235-277.

FRIEDRICHS, David O. *State Crime – defining, delineating and explaining state crime*, vol. I, Ashgate – Dartmouth, 1998.

GUTIÉRREZ ZARZA, María Ángeles. "Investigación y enjuiciamiento de los "delitos de cuello blanco" en el sistema judicial norteamericano", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo L, 1997, pp. 579-653.

HAGAN, John e KAY, Fiona. "Gender and Delinquency in White-Collar Families: a power-control perspective", *Crime & Delinquency*, vol. 36, n. 3, July 1990, pp. 391-407.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

MOLINA, Antonio García-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2002, pp. 372-389.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Problemas actuales de la criminología*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 150 e ss.

MOORE, Elizabeth e MILLS, Michael. "The Neglected Victims and Unexamined Costs of White-Collar Crime", *Crime & Delinquency*, vol. 36, n. 3, July 1990, pp. 408-418.

MOURA, José Souto de. "O crime de poluição – a propósito do art. 279º do Projecto de Reforma do Código Penal", *Revista do Ministério Público*, ano 13, n. 50, abr.-jun./1992, pp. 15-38.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", *Revista Penal*, año 1, n. 1.

NUÑEZ FERNÁNDEZ, José. "Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco", *Cuadernos de Política Criminal – Universidad Complutense de Madrid*, n. 71, 2000, pp. 523-535.

OLIVEIRA, William Terra de. "Algumas questões do novo direito penal econômico", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n. 11, jul.-set. 1995, pp. 231-239.

PEGORANO TAIANA, Juan. "Señores y delincuentes de cuello blanco – hacía un enfoque alternativo de sociología criminal", *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 8, ns. 28 a 32, 1985, pp. 43-57.

PIMENTEL, Manoel Pedro. "O crime de colarinho branco", *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, abr.-jun./1974, pp. 9-19.

PINATEL, Jean. E. "Chronique de crininologie", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, oct.-dec., 1957, pp. 909-923.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "A propósito do crime de poluição", *Direito e Economia*, vol. XII, tomo I, 1998, pp. 103-143.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVII, fasc. III, sep.-dic. 1984, pp. 677-691.

SANTOS, António Almeida. "Novo mundo, novo crime, nova política criminal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, fasc. 3, jul.-set./2000, pp. 351-370.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. "O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça penal)", *Stvdia Ivridica 56*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. "O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo", *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 192-222.

SANTOS, Weliton Militão dos. "Lei 7.492/86; os artigos 30 e 31 da Lei 7.492/86 e o princípio inocência; confronto com artigo 312 do CPP", *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE*, ano 18, n. 60, janeiro-março 1999, pp. 81-118.

SUTHERLAND, Edwin H.. *White-collar Crimes – the uncut version*, New York: Vail-Ballou Press, 1983, pp. 3-10 e 240-257.

TORON, Alberto Zacharias. "Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 28, out.-dez./1999, pp. 73-84.

_____. "Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos padrões", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 36, out.-dez./2001, pp. 257-272.

VIRGOLINI, Júlio E. S. "Delito de cuello blanco. Punto de inflexión en la teoría criminológica", *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 12, n. 46/47, abr.-sep./1989, pp. 353-367.

_____ e GARCIA LOREA, Carlos A. "La ley penal tributaria", *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 13, ns. 49 a 52, 1990, pp. 455-468.

WHEELER, Stanton; MANN, Kenneth e SARAT, Austin. *Sitting in Judgment – the sentencing of White-Collar Criminals*, Yale University Press, 1988.

WEISBURD, David; CHAYET, Ellen F. E WARING, Elin J. "White-Collar Crime and Criminal Careers: Some Preliminary Findings", *Crime & Delinquency*, vol. 36, n. 3, July 1990, pp. 342-355.

Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo*

Fábio Kerche
Doutor em Ciência Política pela USP e pesquisador da Fundação Casa Rui Barbosa (RJ).

Sumário: 1. Introdução – Quadro 1 – 2. Agências responsáveis pela ação penal ligadas ao Poder Judiciário – 3. Agências responsáveis pela ação penal ligadas ao Poder Executivo (Governo) – 4. As agências responsáveis pela ação penal não-ligadas a Poderes de Estado – 5. Reclassificando as agências responsáveis pela ação penal – Quadro 2 – 6. Bibliografia.

Resumo: O artigo é um estudo comparativo entre diferentes agências responsáveis pela ação penal em pouco mais de uma dezena de países. O objetivo é analisar essas organizações sobre o ponto de vista dos instrumentos de controle democrático que atores externos a organização detêm.

Palavras-chave: Ação penal – Controle e *accountability* – Ministério Público – Democracia.

1. Introdução

Boa parte dos Estados ocidentais possui uma agência estatal responsável pela ação penal pública, independente de sua tradição jurídica (Romana ou

Common Law) ou de seu sistema de governo. Assim, diferentemente da ação civil, geralmente proposta por advogados a serviço de particulares, a ação penal é monopólio de uma organização estatal.[1]

A ação penal pública, tanto simbolicamente, quanto na prática, representa um dos elementos de *enforcement* da lei por parte do Estado. Nesse sentido, o monopólio da violência, que definiria o Estado moderno para Weber, seria complementado e garantido com a acusação nos tribunais daqueles que, desrespeitando este monopólio, lançam mão da violência contra cidadãos. O crime, portanto, não seria contra o indivíduo, mas contra toda a coletividade.

A Constituição de Vermont de 1796, por exemplo, já declarava que o crime violava a "peace and dignity of the State" (Jacoby:1980, 10). Por outro lado, o monopólio da ação penal por parte do Estado também representa a proteção de indivíduos contra outros indivíduos mais ricos e mais poderosos. O Estado, encarregando-se da ação penal, trata, pelo menos teoricamente, todos os crimes cometidos com o mesmo rigor e com os mesmos recursos de pessoal e material.

Se esse é o ponto em comum entre vários Estados, quando se observa a questão criminal, e como o Estado responde a ela, as diferenças organizacionais entre as agências encarregadas da ação penal são bastante significativas. Ou seja, se a maioria dos Estados detêm o monopólio da ação penal, as agências responsáveis por levar os casos aos tribunais são tão diferenciadas quanto praticamente o número de países.

É bastante significativo observar que, em muitos casos, nem mesmo o nome de tais agências é semelhante (ver quadro 1). Isto é revelador, porque indica que essa organização nem sempre tem uma localização e um papel claro na divisão de Poderes do Estado. Em alguns casos, essas agências são ligadas ao Poder Judiciário (como na Alemanha, na Espanha, na Holanda e na

1. Em vários países outros atores e até cidadãos podem, em determinadas circunstâncias, lançar mão da ação penal pública. Entretanto, essas são excepcionalidades frente ao monopólio da ação penal por parte do Estado.

Itália); em outros, ao Poder Executivo (como é o caso do Canadá, da Escócia, dos Estados Unidos – em nível federal –, da França e da Inglaterra); e, em alguns países, tais agências são legalmente independentes (o Ministério Público brasileiro, os promotores distritais norte-americanos e o Ministério Público português).

Entretanto, classificar essas agências somente através de sua ligação constitucional com os Poderes de Estado revela-se uma abordagem incompleta. Ela não demonstra quem efetivamente é responsável e *accountable* pelos eleitores em relação à parte fundamental do papel do Estado de *enforcement* da lei. Minha sugestão, que será detalhada ao longo deste artigo, é observar se atores externos à agência detêm mecanismos institucionais capazes de interferir na atuação dos promotores. Ou seja, se há instrumentos para que outros atores possam exigir, ou pelo menos incentivar, que a atuação dos promotores vá ao encontro do desejo dos políticos ou da própria sociedade. A pergunta, portanto, é se a instituição responsável pela ação penal é controlada e/ou *accountable* por atores não ligados diretamente à organização. Entretanto, para esta análise, estou considerando somente os atores políticos, sociedade e Poderes Executivo e Legislativo, e não o Judiciário. Parece ser desnecessário lembrar que, com raríssimas exceções, o Poder Judiciário não é organizado sob critérios político-partidários e sua legitimidade é baseada na lei e não em elementos democráticos como o voto dos eleitores. Portanto, o meu parâmetro é constituído pela relação da agência responsável pela ação penal com os Poderes Executivo e/ou Legislativo e/ou a sociedade. Para tanto, busco os instrumentos institucionais que garantam uma interferência nos rumos das políticas dessas agências por parte dos Poderes políticos do Estado ou da luta político-partidária da sociedade.

É importante notar que estou isolando uma das atribuições do Ministério Público brasileiro, isto é, estou considerando somente sua função "típica": a de levar as questões criminais aos tribunais. Esse recurso se faz necessário porque as

funções "atípicas" do Ministério Público brasileiro (fiscalizar outros Poderes de Estado e a ação civil pública), geralmente, são realizadas por agências, em outras democracias, que não têm o direito de levar os casos diretamente aos tribunais, ou pela própria sociedade. Esse procedimento, portanto, visa comparar organizações com funções relativamente semelhantes.

Quadro 1

Ligação formal dos promotores com poderes de estado e nomes recebidos por estas agências em diferentes países

País	Nome	Poder
Alemanha	Staatsanwaltschaft	Judiciário
Brasil	Ministério Público	Independente
Canadá	Public Prosecution Service	Executivo
Escócia	Procurator Fiscal Service	Executivo
Espanha	Ministerio Fiscal	Judiciário
Estados Unidos/Federal	US Attorneys' Office	Executivo
Estados Unidos/ Distritais	District Attorney's Office	Independente
França	Ministère Public	Executivo
Holanda	The Dutch Openbar Ministerie	Judiciário
Inglaterra	Crown Prosecution Service	Executivo
Itália	Pubblico Ministero	Judiciário
Portugal	Ministério Público	Independente

Fontes:diversas

2. Agências responsáveis pela ação penal ligadas ao Poder Judiciário

Embora os promotores da Alemanha, da Espanha, da Itália e da Holanda façam legalmente parte do Poder Judiciário, na prática, somente o *Pubblico Ministero* italiano é efetivamente ligado a esse Poder, sendo que, nos outros países, a ligação é formal, como era o caso do Ministério Público brasileiro até a Constituição de 1967.

Por conseguinte, a Itália possui uma estrutura bastante diferenciada quando comparada a outros países. Os promotores e juízes, além de fazerem parte do mesmo Poder de Estado (freqüentando a mesma escola no início da carreira), exercem funções cambiáveis, sendo ambas consideradas funções da magistratura. Quando o integrante do Judiciário exerce o papel de juiz, ele é considerado um "magistrado judicante"; quando exerce o papel de promotor, "magistrado requerente".

Além disso, o papel do Ministro da Justiça sobre o Poder Judiciário e o Ministério Público é bastante restrito, sendo que a administração da Justiça é exercida pelo Alto Conselho do Judiciário, órgão formado por 2/3 de membros eleitos pelos próprios magistrados. É esse Conselho que decide qual promotor será responsável por um determinado caso e possui o poder de supervisionar os trabalhos da polícia na fase de investigação (Federico:1997, 06).

Outro instrumento que garante a independência dos promotores é a promoção por antigüidade (como no caso brasileiro), fazendo com que os integrantes do Ministério Público italiano detenham grande autonomia, mesmo frente ao Alto Conselho do Judiciário. Segundo esse critério, o promotor passará a fazer parte das posições mais altas da carreira de maneira automática, depois de 28 anos como magistrado (Nelken:1996).

Esse instrumento da antigüidade, ou o pouco uso do também previsto instrumento do merecimento, não favorece uma política institucional unificada, limitando o controle burocrático por parte da própria organização sobre seus membros.

Um instrumento para limitar essa autonomia dos promotores italianos, frente aos Poderes políticos e, mesmo, à sua própria instituição, é o princípio da legalidade, adotado pelo sistema italiano e também previsto no sistema jurídico brasileiro. Ou seja, ao não adotar o princípio da oportunidade, em que os promotores possuem discricionariedade para decidir se vale a pena levar o caso aos tribunais, os constituintes buscaram limitar a discricionariedade dessa instituição autônoma. "Under this principle, prosecution of all offences where sufficient

evidence exists of the guilt of the defendant is compulsory, and public interest criteria are irrelevant in the prosecutor's decision-making" (Fionda:1995, 09).

Desse modo, garantiu-se independência para a organização mas, em contrapartida, obrigou-a a apresentar para julgamento todas as ilegalidades. Esse princípio é bastante interessante, do ponto de vista da análise política. A independência de controle e/ou *accountability* dos Poderes políticos e/ou da sociedade, na democracia, não é comum. Ao obrigar que esse ator autônomo processe o infrator, independente do tipo de crime, busca-se garantir um caráter exclusivamente técnico à organização. Em outras palavras, o promotor é aquele que somente observará a lei elaborada pelos políticos e executará o que foi previamente decidido por ela, como sendo crime. No lugar de um ator político, que sempre envolve algum grau de discricionariedade, a organização passaria a ser um mero aplicador do Direito. Nesse caso, pela lógica do instrumento, não haveria necessidade de *accountability*, uma vez que não há discricionariedade, mas apenas a aplicação do que foi previamente determinado pelos agentes legitimados democraticamente. Entretanto, parece ter havido uma distância entre o desejo dos constituintes italianos e a realidade do país:

"The new 1988 code for criminal procedure has explicitly placed in the hands of prosecutors the responsability for all decisions concerning police investigations as a means to assure that the full independence of prosecutors in implementing the constitutional principle of compulsory criminal action would not be hindered by autonomous decisions adopted or initiative taken by the police. Prosecutors (...) can therefore choose from case to case and according to their personal inclinations whether or not to exercise substantially and in full independence police functions; and can decide from case to case also the scope and the means of investigations (and with it the very destiny of the case)" (Federico: 1997, 8).

Portanto, é possível afirmar que o Ministério Público italiano é uma organização com altas doses de independência. Os mecanismos de hierarquia são frágeis, quando se observa que o Ministro da Justiça é minoria no Conselho respon-

sável pela organização. Por outro lado, a promoção dos promotores é garantida automaticamente depois de certo tempo de serviço, restringindo que a cúpula incentive seus agentes a observarem suas determinações.

Em outros países em que os promotores estão formalmente atrelados ao Poder Judiciário, na verdade, todo o controle burocrático e/ou *accountability* é feito através do Ministro da Justiça, sendo este que garante uma ligação da agência com o Poder Executivo. Para reforçar essa observação, basta lembrar que os juízes não respondem ao Ministro, sendo somente os promotores subordinados ao chefe dessa pasta do governo. Ou seja, não é somente a posição formal que liga uma organização a um Poder de Estado, mas a observação de quem é o efetivo *principal*[2] sobre a agência.

Observe-se o caso da agência responsável pela ação penal na Holanda. Embora a agência esteja formalmente atrelada ao Poder Judiciário, é o Ministro da Justiça que indica os cinco Procuradores-Gerais, que desempenham um papel importante na organização. São estes cinco *Dutch Procurators General*, sob orientação do Ministro da Justiça, que organizam e publicam as indicações gerais sobre o tipo de atuação que os promotores devem seguir. É importante observar, contudo, que mesmo com essas orientações, os promotores podem não considerá-las – embora isto seja bastante incomum (Fionda:1995). Porém, em 1990, uma decisão da Alta Corte holandesa aumentou a importância dessas orientações passadas pelo Ministro da Justiça:

"(...) the High Court ruled in June 1990 that these guidelines for prosecutors, if officially published or drawn up by an official body accountable to the public (such as the five Procurators General and the Ministry of Justice),

2. O *principal* é aquele que delega ao *agente* alguma tarefa. Assim, quando levo meu carro para a oficina, o mecânico é o *agente* enquanto eu sou o *principal*. Toda a questão, portanto, passa a ser os instrumentos de que posso lançar mão para incentivar o *agente* a observar os meus interesses: que o carro seja consertado, que o preço seja razoável etc. Há inúmeros exemplos dessa relação: paciente/médico, patrão/empregado, eleitor/político, político/burocrata etc. Mais detalhes ver, entre outros, Moe:1984, Arrow:1985, Kiewiet & McCubbins:1991.

have the status of law and that a judge must therefore examine the activities of the public prosecutor in each case for compatibility with those guidelines. This check on the use of the prosecutor's discretion is aimed at preventing abuses of the defendant's due process rights and to ensure that the law is applied fairly and equally" (*Ibidem*,126).

Ou seja, embora as orientações, emanadas do governo, não vinculem a atuação dos promotores, o Judiciário pode ser o Poder a garantir que essas orientações sejam observadas. Nesse sentido, o governo pode interferir e modificar os rumos da atuação da organização, garantindo a subordinação dos promotores ao Poder Executivo.

Outro ponto importante é identificar o grau de discricionariedade do promotor holandês. Diferentemente dos promotores brasileiros, no que se refere a ação penal, os atores detêm um alto grau de discricionariedade para, inclusive, não levar o caso aos tribunais ou mesmo "*to stop the progress of a case to trial and to deal with it himself*" (Fionda:1995, 98).

A Espanha é outro exemplo de uma agência responsável pela ação penal que, mesmo formalmente ligada ao Poder Judiciário, responde ao governo do país. Embora a Constituição de 1978 coloque os promotores como atores ligados ao Poder Judiciário, o chefe da organização é o *Fiscal General del Estado*, podendo dar instruções gerais e ordens específicas sobre qualquer assunto tratado pelos promotores. Sua indicação é proposta pelo governo, sendo também ouvido o Conselho Geral do Poder Judiciário, e é nomeado pelo Rei. A exigência é que seja um jurista com reconhecido prestígio e com mais de 15 anos de exercício da profissão de advogado. A demissão ocorre da mesma maneira, revelando assim o papel de "cargo de confiança" e, conseqüentemente, um instrumento importante de incentivo a um determinado tipo de atuação por parte do Poder Executivo sobre a agência como um todo.

Portanto, a capacidade de interferência do governo sobre a organização é garantida, basicamente, pela estrutura hierárquica. O Ministro da Justiça passa orientações ao *Fiscal General* e este aos seus subordinados, "(...) pudiendo asimismo

el Presidente del Gobierno dirigirse directamente al Fiscal General cuando lo estime necesario" (Segado:1992, 811).

O caso alemão, embora similar aos outros discutidos até o momento, possui particularidades importantes, colocando-o no meio do caminho entre o Ministério Público italiano e as agências responsáveis pela ação penal na Espanha e na Holanda. A primeira diferença é o caráter federativo e descentralizado da agência, acarretando diferenças regionais entre as atuações.

Os promotores dos 92 distritos do país, obedecendo uma estrutura hierarquizada, tendem a observar as direções dadas pelos respectivos Ministros da Justiça de cada *länder* e não ao governo federal da Alemanha. Essa hierarquia também pode ser observada internamente, como atesta o depoimento de um promotor alemão: "Si le supérieur lui dit de terminer ou de continuer une enquête, on ne peut pas toujours, ou plutôt, on peut rarement découvrir, s'il y avait des raisons de fait, des raisons personnelles ou des raisons de pure politique pour l'instruction donnée" (Walter-Freise:1994, 99).

Mesmo havendo interferências hierárquicas, a Alemanha também adota o princípio da legalidade, fazendo com que todas as infrações devam ser processadas, como o modelo italiano e o brasileiro. As exceções são casos de pouca importância ou aqueles em que as provas não são suficientes para uma acusação. O detalhe é que isto só pode ser feito com a autorização do juiz e não por uma decisão isolada do promotor.

O modelo alemão, embora os Ministros da Justiça possam interferir na atuação dos promotores através de orientações e de indicações, não é abertamente *accountable* ou controlada por estes. A hierarquia é muito mais interna do que externa à organização. O controle indireto pelos Poderes políticos se dá através do princípio da legalidade, obrigando que os promotores processem os infratores, obedecendo as leis decididas pelo Poder Legislativo.

Em outras palavras, mesmo com a localização formal das instituições responsáveis pela ação penal no Poder Judiciário, geralmente, o controle e o

accountability são exercidos pelo Ministro da Justiça e, portanto, pelo próprio governo, com exceção do caso italiano e, em menor grau, no caso alemão. Isto significa que o governo detém a capacidade de interferir nas políticas da agência e demonstra que os políticos mantiveram parcelas significativas de poder ao delegar funções a estas organizações.

A localização constitucional dessas agências junto ao Poder Judiciário não é suficiente para eliminar o controle político-partidário sobre elas. A diferença, entretanto, é que, nos casos espanhol e holandês e, em menor grau, no alemão, essa interferência político-partidária se dá por mecanismos institucionais claros e colocados à disposição de todos aqueles que venham a ocupar o governo. No caso italiano, mesmo havendo interferências político-partidárias (basta observar o alto número de magistrados concorrendo a eleições e a projeção política dos mesmos), estas não garantem a interferência clara e legal do governo sobre a organização. Interferências provavelmente ocorrem, mas não através de mecanismos claramente identificáveis pela organização institucional da agência italiana.

Assim, é possível afirmar que as agências responsáveis pela ação penal na Espanha, Holanda e Alemanha são controladas e *accountable*, embora variem no grau desse controle, pelo governo; e, no caso do Ministério Público italiano, não. Enquanto os primeiros não são independentes do controle e/ou *accountability* político, o segundo modelo é um caso claro de grande independência de controle e/ou *accountability* políticos, tornando-o, como afirma Federico (1997), um caso "desviante".

3. Agências responsáveis pela ação penal ligadas ao Poder Executivo (Governo)

As agências formalmente ligadas ao Poder Executivo sofrem um controle e/ou *accountability* similares aos descritos acima. A Inglaterra adotou recentemente o modelo de uma agência estatal responsável pela ação penal. Até 1986, a ação

penal na Inglaterra era privada e não pública, sendo, teoricamente, os particulares os responsáveis por levar acusações à Justiça. Teoricamente, volto a afirmar, porque, na prática, eram os "cidadãos que trabalhavam na polícia", através da iniciativa popular, que faziam a acusação em seu próprio nome e não em nome da organização (David:1997; Jacoby:1980).[3]

Isto tinha conseqüências importantes. A idéia de organizações diferenciadas na engrenagem da Justiça é interessante como um instrumento de peso e contrapeso na atividade de controle da criminalidade. Nessa divisão de tarefas (a polícia investiga, o promotor "acusa" e o juiz decide a pena), a idéia é proteger o acusado contra eventuais erros dos atores. Em países que não adotam tal modelo, perde-se esse importante instrumento. Na Inglaterra, antes de 1986, na prática, a instituição que investigava também acusava. O interesse em provar que o ponto de vista do investigador é o correto poderia levar a uma maior possibilidade de erro.

Buscando evitar eventuais falhas, o parlamento inglês ampliou o papel do *Crown Prosecution Service*, garantindo um alto grau de discricionariedade aos promotores. Os promotores ingleses podem decidir se um caso merece ser levado aos tribunais baseados em dois princípios: se as provas são suficientes ou se há interesse público. "Crown prosecutors must also decide how the two tests specified in the Code should be applied. In making this decision, much inevitably depends upon prosecutors' personal values about prosecution itself" (Baldwin:1997, 05).

Entretanto, ao garantir discricionariedade aos promotores, os parlamentares ingleses, em contrapartida, criaram mecanismos para que a agência sofresse *checks* por parte do Poder político do Estado. "The CPS as a whole is accountable, through the Attorney-General, to Parliament; the Attorney-General is answerable to the House for the general conduct of prosecution policy" (Fionda:1995, 60).

3. A ação penal privada, adotada pela Inglaterra até 1986, devia-se à tradição inglesa de não separar a parte criminal da parte civil. Todas as violações eram consideradas como "wrongs commited by an individual against an individual" (Jacoby:1980).

O Canadá é outro exemplo de promotoria ligada ao governo. O país possui diferentes modelos institucionais em suas agências responsáveis pela ação penal. Embora os promotores federais e os das províncias sejam *accountables* pelos parlamentos através de seus Ministros da Justiça, seguindo um modelo hierárquico, é possível identificar inovações interessantes.

A província da Nova Escócia, por exemplo, organiza seus promotores de maneira que estes respondem a um sistema dual, baseado em dois chefes distintos. O *Director of Public Prosecutions* (DPP) é o chefe da agência, possuindo um alto grau de insulamento, com um mandato assegurado contra injunções políticas e com direito de, inclusive, contratar e demitir membros do *Public Prosecution Service*. Por outro lado, o *Attorney-General* da província supervisiona esse trabalho e pode ditar normas e políticas para a instituição, desde que estas sejam públicas. Ou seja, caso haja interferência do Ministro da Justiça, este deve chamar para si a responsabilidade de seus atos e interferências sobre a agência, podendo ser *accountable* pelo parlamento (Archibald:1997).

O Canadá, como a Inglaterra, garante aos seus promotores um razoável grau de discricionariedade, também baseado nos critérios da suficiência das provas e do interesse público. Essa discricionariedade, entretanto, é garantida pelo *accountability* exercido pelo Ministro da Justiça de cada província e pelo Ministro da Justiça, em nível federal;[4] o que caracteriza o modelo da agência responsável pela ação penal como não-independente da influência político-partidária.

Já no caso francês, os fortes laços com os Poderes eleitos não se restringem ao Ministério Público, mas se prolongam inclusive aos magistrados. Esse arranjo justifica-se pela visão de que a única fonte de legitimidade é o povo e, portanto, que a soberania popular encontra-se no governo. Neste sentido, os juízes deveriam ser "executantes" da vontade popular. Se o Judiciário não é considerado um

4. O *Attorney-General* canadense possui o direito de retirar as acusações feitas pelos promotores federais, mesmo que estas já tenham sido apresentadas ao Judiciário, o que também demonstra o controle do governo sobre a instituição (Archibald:1997).

Poder totalmente independente de Estado; e se a soberania está no povo, delegada ao governo, os promotores funcionam como uma espécie de "porta-voz" dessa soberania. Ou seja, o promotor é aquele que transmite a posição do Ministro da Justiça – e, portanto, do próprio governo – ao juiz. Segundo Jean-Claud Nicod, essa explicação, motivada por justificativas históricas, na verdade, tem aspecto funcional de regulamentação pelo Poder político das atividades do Judiciário. "(...) La responsabilité de fixer la limite de l'action du juge du siège revient au parquet et donc, en dernière analyse, au pouvoir politique" (Terquem:1998, 31).

Todos os integrantes do Ministério Público francês são subordinados ao Ministro da Justiça, que pode dar instruções mesmo sobre casos específicos. Apesar da "liberdade da palavra", ou seja, a possibilidade do procurador desobedecer verbalmente durante o processo às instruções dadas por seu superior, sua carreira será prejudicada, já que é o Conselho Superior da Magistratura, controlado pelo Ministro da Justiça, que indica, por exemplo, as promoções. Isto garante, portanto, uma interferência do governo sobre a atuação dos promotores. Nas palavras de Pierre Lyon-Caen: "Le Gouvernement élabore et met en oeuvre une politique pénale ou plan national et local. Il en assure la cohérence. Il fait des choix individuels et colectifs. Il en assume la responsabilité devant le Parlement et la Nation" (Lyon-Caen:1994, 58).

A França é mais um dos países a não adotar o princípio da legalidade, garantindo a discricionariedade aos seus promotores. Essa capacidade do promotor de processar ou não é que "permet d'éviter que des mouvements sociaux ne dégénèrent. Par example, le fait d'occuper la voie publique sans autorisation est interdit par la loi pénale. Est-il possible d'imaginer les dégâsts produits par une application automatique des poursuites lors de la grève des camionneurs de l'hiver 1996?" (Terquem:1998, 31).

Portanto, a organização é controlada pelo Ministro da Justiça e *accountable* pelo parlamento, mesmo com a liberdade de palavra assegurada aos promotores. Desse modo, a agência responsável pela ação penal na França não é uma organização independente de controle e *accountability* dos Poderes políticos do Estado.

Na Escócia, a agência responsável pela ação penal e pela coordenação da polícia, durante a investigação dos casos mais graves, é ligada ao governo do país. Essa ligação é feita pela indicação do *Lord Advocate* e do *Solicitor General*, membros do *Scottish Law Officer*, que respondem ao parlamento. É através de orientações sobre determinados crimes e orientações de cunho geral que se busca determinar uma linha de atuação para a agência. Os promotores são obrigados a produzir relatórios sobre sua atuação, o que garante estatísticas comparáveis entre as diversas regiões. Embora não haja fiscalização sobre casos em particular, a não ser que solicitada por algum cidadão, é através destes números que a cúpula da instituição pode detectar algum erro ou desvio das funções do promotor (Fionda:1995).

O grau de discricionariedade da agência escocesa é significativo e também baseado nos princípios da existência das provas e do interesse público. Nenhum crime, a princípio, é obrigatoriamente processável. O promotor pode decidir por penas alternativas (como multa ou reparação dos danos, por exemplo) sem precisar da homologação do Poder Judiciário. Somente o *Lord Advocate* pode obrigar que um promotor leve um caso para a Justiça, o que garante uma interferência do Executivo sobre a atuação do *Procurator Fiscal* em um caso específico (<www.scotland.gov.uk>). Nesse sentido, a agência responsável pela ação penal na Escócia não é independente do controle e *accountability* dos Poderes políticos do Estado.

Os Estados Unidos possuem dois sistemas de promotoria permanente. A que interessa, no momento, é aquela ligada ao Poder Executivo Federal, em que os promotores são indicados pelo Presidente, com aprovação do Senado Federal, para um mandato de quatro anos, podendo ser demitidos pela exclusiva decisão do chefe do Executivo. Os cargos, portanto, são de confiança do Presidente, sendo que os seus ocupantes geralmente são ligados ao partido político que ocupa a chefia do governo. Seu controle se dá através do *Attorney-General*,

responsável por chefiar o Departamento de Justiça, que controla, além dos *US Attorneys*, também a Polícia Federal norte-americana (*FBI*).

O caráter do cargo mescla características técnicas com outras políticas, sendo os *prosecutors* responsáveis pela aplicação das determinações federais nos distritos. "Effective control of United States attorneys is essential to the Department of Justice. U.S. attorneys have a tremendous influence on the execution of federal law enforcement policy" (Eistein:1968, IV-1).

O cargo de promotor não garante, entretanto, que esse ator tenha o monopólio das ações em seu distrito (o monopólio é do governo e não do promotor). O *Attorney General* pode indicar um outro advogado do Departamento de Justiça para casos mais complexos e que exijam especialização. Casos como antitruste, por exemplo, são automaticamente processados pelo Departamento de Justiça. Outros casos como direitos civis, imigração e naturalização, desacato ao Congresso etc., devem ser autorizados expressamente pelo Departartamento controlado pelo *Attorney General*: "The Department has implemented its formal powers of supervision in three ways: by establishing general policies and rules of procedure; by direct supervision from Washington of the handling of specific cases; and by actually taking over cases itself" (*idem*; IV-19).

Os promotores federais norte-americanos detêm um alto grau de discricionariedade. Por ser comum aos *District Attorneys* – o segundo modelo de promotoria dos Estados Unidos – esse aspecto será discutido conjuntamente. O que me interessa, no momento, é que o sistema de promotoria federal nos Estados Unidos é controlado pelo Ministro da Justiça e pelo Presidente do país. Os instrumentos que garantem esse controle são aqueles destinados a substituir os encarregados pelo caso e, o mais importante, é que os *U.S. Attorneys* ocupam cargos de confiança do Presidente.[5]

5. Além dos promotores federais, existe também o *Independent Counsel*, responsável por investigar membros do primeiro escalão do governo federal. As regras de funcionamento e as conseqüências políticas desta promotoria independente podem ser encontradas em Kerche:2003.

4. As agências responsáveis pela ação penal não-ligadas a Poderes de Estado

O Ministério Público brasileiro, o Ministério Público português e os *District Attorneys* norte-americanos não são ligados a nenhum dos Poderes de Estado. A questão é identificar se essas organizações não sofrem controle e/ou *accountability* políticos por parte de agentes externos à agência. Existe algum instrumento institucional que pode ser usado para modificar a atuação dessas agências? Existem instrumentos institucionais que podem punir os promotores que não observarem linhas de atuação oriundas de agentes externos à instituição?

Começo pelos *District Attorneys* norte-americanos. Se, como visto, os *U.S. Attorneys* são encarregados de processar os infratores na esfera da Justiça federal, os *District Attorneys* são os responsáveis pela acusação penal na Justiça dos distritos e dos Estados norte-americanos. Esses atores, com raras exceções, são eleitos diretamente pelos cidadãos da região.[6] O promotor do distrito "is a unique figure, not only in the American system of Justice but in the criminal justice system of the world. In no other country is there an official like the prosecuting attorney, who exercises a special hybrid of quasi-judicial and political power. The prosecutor is established as the representative of the State in criminal litigation, by either constitutional or estatory mandate, and yet is directly answerable to the local electorade at the ballot box"(Jacoby:1980, XV).

Essa independência, portanto, não é desprovida de mecanismos de incentivo por parte dos atores externos à organização, ou seja, os próprios eleitores. Partindo do pressuposto de que os promotores buscam sua reeleição para o cargo ou se utilizam dessa posição como um trampolim para disputar outros cargos, os

6. "Em alguns Estados isolados são nomeados pelo Governador (New Jersey), pelo Procurador-Geral do Estado (Alaska, Delaware, Rhode Island) ou até mesmo pelo tribunal local (Connecticut)" (Carneiro:1995,223/4).

District Attorneys levam em conta não só aspectos legais, mas observam antecipadamente os desejos de seus eleitores.[7]

Se, na maior parte dos países vistos até o momento, os promotores são legitimados democraticamente através do Ministro da Justiça, no caso dos promotores distritais essa legitimação é direta. Ou, dito de outra forma, se na maior parte dos modelos estudados até aqui o *principal* é o governo, no caso dos *District Attorneys* o *principal* são os eleitores.

Outro aspecto importante é que os promotores distritais norte-americanos dispõem de um alto grau de discricionariedade. Esses atores podem decidir se um caso merece ir a julgamento, negociar penas com os acusados ou pedir o arquivamento de um caso já proposto. "And, because he was an elected official given these discretionary powers by the constitution or by State Statute, his decision were virtually unreviewable" (Jacoby:1980, 29).

Portanto, embora os *District Attorneys* não estejam ligados a nenhum dos Poderes de Estado, a instituição é *accountable* diretamente pelos eleitores. Dessa forma, os promotores distritais norte-americanos se aproximam dos também *accontables* promotores dos países apresentados até o momento.

Como já foi afirmado, o Ministério Público brasileiro, pelo menos em relação à ação penal, possu pouca discricionariedade em relação a levar ou não os casos penais ao Poder Judiciário. Entretanto, os mecanismos de controle e/ou *accountability* são poucos, para não dizer inexistentes.[8] Embora a indicação do

7. "Before a lawyer decides to go into prosecutorial work, he must recognize the political as well as the legal obligations. The office is seen by many as a powerful base for launching a political career. Will it be strictly legal, or will it combine legal and political elements? Prosecutors must recognize that they are obligated to the party that helped elect them to office. They must also remain sensitive to public opinion. The two obligations sometimes conflict" (Humphrey & Milakovich:1981, 193).

8. A Reforma do Poder Judiciário e do Ministério Público, aprovada pelo Congresso Nacional em 2004, inova ao criar o Conselho Nacional do Ministério Público, que será composto também por representantes externos aos quadros da instituição. Suas conseqüências políticas somente poderão ser analisadas com a efetiva implementação do Conselho. Este artigo foi escrito anteriormente a essas mudanças.

Procurador-Geral da República ou dos Procuradores-Gerais de Justiça seja feita com a participação de atores externos à organização, não se pode afirmar que haja um controle por parte destes em relação ao Ministério Público. Isso por dois motivos. O primeiro é porque os Procuradores-Gerais possuem mandatos e, portanto, não podem ser demitidos quando da não observância dos desejos daqueles que o indicaram. Segundo, porque os Procuradores-Gerais também possuem poucos instrumentos institucionais para controlar os membros do Ministério Público. Uma série de garantias institucionais garante aos promotores independência frente aos Procuradores-Gerais (inamobilidade, o princípio do promotor natural, promoção por antiguidade, promoção por merecimento com indicações de órgãos colegiados etc.). O Ministério Público brasileiro é uma organização com altas doses de independência frente aos Poderes políticos do Estado e frente à própria sociedade.[9]

O Ministério Público português detém um razoável grau de autonomia frente aos Poderes políticos do Estado. Entretanto, alguns mecanismos institucionais relativizam essa afirmação. Em primeiro lugar, o Ministério Público é considerado "autônomo" pela Constituição e não "independente" como o Poder Judiciário. Essa diferença semântica demonstra o papel diferenciado da organização na estrutura estatal. Essa autonomia é assegurada pelas garantias que gozam os promotores portugueses, tais como inamobilidade, a previsão de demissão somente em casos extremos etc.

Por outro lado, o Ministério Público é estruturado através de um modelo hierárquico. Assim, o promotor deve observar as sugestões e orientações emanadas de seus superiores, podendo não aceitá-las, caso isto fira sua consciência jurídica. A não observância de uma determinação, que não fira a legalidade, é considerada falta disciplinar. Além do mais, os promotores são avaliados a cada três

9. Mais detalhes sobre o Ministério Público brasileiro, seus mecanismos de *accountability* e sua atuação, ver Arantes:2000 e Kerche:2002.

anos, podendo ser demitidos em caso de avaliações negativas e, para ocupar o cargo de Procurador-Geral adjunto, a promoção somente ocorre por merecimento de acordo com a nota dada por essa comissão.

O órgão de cúpula da organização é a Procuradoria-Geral da República, composto pelo Procurador-Geral, por membros do Ministério Público (11), por membros indicados pelo Parlamento (5) e por membros indicados pelo Ministro da Justiça (2). O órgão é responsável pela "nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar" (Constituição portuguesa). O Procurador-Geral, que é considerado voz preponderante no órgão, é indicado, para um mandato de seis anos, e pode ser exonerado pelo Presidente, por sugestão do governo.

Nas questões civis, a ligação com o governo é bastante clara. Pela Lei Orgânica da organização, o Ministro da Justiça pode transmitir ordens específicas sobre a atuação do Ministério Público. Além do mais, o Ministro pode requisitar qualquer tipo de informação, participar das reuniões da Procuradoria-Geral da República e solicitar "inspecções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal" (Lei Orgânica do Ministério Público português).

O Ministério Público português, portanto, não é um modelo semelhante ao Ministério Público brasileiro. A sua estrutura hierarquizada, a participação de agentes externos à instituição em seu Conselho superior (embora minoritária) e suas ligações com o Ministro da Justiça (principalmente em questões civis) colocam o Ministério Público, se não totalmente independente, pelo menos não como um órgão diretamente subordinado aos Poderes políticos do Estado. Os mecanismos institucionais, para uma política institucional unificada, existem (as avaliações para as promoções, mesmo as por antiguidade) e espaço para interferências político-partidárias também. O Ministério Público português é algo no meio do caminho entre o modelo francês e o modelo brasileiro, no que se refere ao controle e *accountability* políticos.

5. Reclassificando as agências responsáveis pela ação penal

Pelo que foi descrito acima, é possível reclassificar as agências responsáveis pela ação penal em dois grupos. O primeiro é constituído pelas agências que não sofrem o *accountability* político de nenhum dos atores externos à organização. Ou seja, existem agências que não modificam sua atuação por conta de cálculos antecipados de possíveis punições, por parte de outros atores do Estado ou da sociedade. Esse é o caso dos Ministérios Públicos brasileiro e italiano.

Por outro lado, as agências responsáveis pela ação penal no Canadá, Escócia, Espanha, Estados Unidos (tanto o federal quanto dos *District Attorneys*), França, Holanda e Inglaterra são, se não controlados, pelos menos *accountables* por outros atores. As agências responsáveis pela ação penal na Alemanha e em Portugal, parecem ficar no meio do caminho entre esses dois modelos. Entretanto, não há o mesmo grau de autonomia, como nos casos italiano e brasileiro, o que demonstra que, mesmo com um certo grau de autonomia, a simples classificação como organizações independentes não é precisa.

A grande vantagem da independência é que as agências que privilegiam esse aspecto garantem, teoricamente, uma atuação livre de interferências político-partidárias. Como vimos, não parece ser coincidência que os dois países citados como exemplos de agências independentes responsáveis pela ação penal sofreram rupturas democráticas seguidas por um processo constituinte com o advento da democracia. Assim, caso haja necessidade de processar indivíduos ligados ao governo, os promotores possuem autonomia e não serão prejudicados em sua carreira na organização. Como exemplo para corroborar essa afirmação, basta lembrar da "operação mãos limpas", na Itália, e a atuação dos promotores brasileiros contra políticos influentes. Outro aspecto é que os custos de transação diminuem consideravelmente. Ao não se reportar e prestar contas para outros atores (inclusive para os colegas de instituição), diminui-se consideravelmente o tempo para a tomada de decisões.

Por outro lado, organizações que adotam o modelo de *accountability* garantem, teoricamente, uma maior previsibilidade na sua atuação. Ao responder

ao Ministro da Justiça, a organização mantém uma maior coerência nas suas práticas, devendo observar as diretrizes emanadas do poder hierárquico. Diferentemente de agências autônomas e não organizadas hierarquicamente, os cidadãos estão menos expostos ao empenho pessoal ou à "consciência" do promotor. Além do mais, se há um aumento dos custos de transação – inerente a uma organização que presta contas de seus atos aos superiores hierárquicos e aos Poderes políticos – há, por sua vez, uma maior interferência democrática sobre a agência.

O dilema, portanto, parece ser duplo: independência *versus acountability* e menos custos de transação *versus* mais democracia. As organizações são planejadas de modo a privilegiar um aspecto em detrimento de outro. O Ministério Público francês, por exemplo, garante autonomia aos seus promotores, mas, em contrapartida, o Ministro da Justiça se torna responsável (*accountable*) pelos atos da instituição como um todo: "C'est précisément cette responsabilité politique du gard des Sceaux qui permet de maintenir la quasi-irresponsabilité civile des magistrats pour les faits relevant de leur fonctions" (Terquem:1998, 131).

Ao mesmo tempo, as decisões não são tomadas levando-se em conta somente o aspecto legal, aumentando os custos de transação, mas com a possibilidade de responsabilização dos promotores pelos Poderes políticos do Estado, garantindo doses democráticas ao processo. Por outro lado, os promotores italianos e brasileiros não possuem autonomia para decidir sobre um caso penal sem a autorização do Poder Judiciário, mas a instituição não é *accountable*. Paralelamente, ao não responder a qualquer ator político, os custos de transação diminuem, mas há poucos elementos democráticos.

Paradoxalmente, o quadro que se desenha é o seguinte: quanto maior a independência da organização, menor o grau de discricionariedade dos atores. O inverso também se confirma: quanto maior a discricionariedade dos promotores, maior o *accountability* democrático. Os *District Attorneys* norte-americanos, por exemplo, são os únicos promotores que respondem diretamente aos eleitores, fazendo com que seu *accountability* seja vertical e direto e, por isso mesmo, seu grau de discricionariedade seja o maior, quando comparado a outras promotorias.

Esta lógica parece fazer sentido quando se pensa nas diferenças entre políticos e burocratas. O que garante a discricionariedade aos políticos são as eleições. Para dizer a mesma coisa em termos weberianos, é a ética da responsabilidade que faz com que a discricionariedade seja dos políticos e não dos burocratas. Afinal, dependendo das decisões dos mesmos, eles podem ser punidos pelas suas escolhas. A mesma lógica se aplica aos promotores: quanto mais "políticos", ou seja, quanto maior o direito de fazer escolhas, maior a sua possibilidade de responsabilização por parte de atores externos à organização.

Quadro 2

Grau de *accountability* e discricionariedade de agências responsáveis pela ação penal em diversos países

	País	Accountability*	Discricionariedade**
Promotores ligados ao Ministro da Justiça	Alemanha	Média/indireta	Média
	Canadá	Média/indireta	Média
	Escócia	Média/indireta	Média
	Espanha	Média/indireta	
	Estados Unidos/Federal	Média/indireta	Média
	França	Média/indireta	Média
	Holanda	Média/indireta	Média
	Inglaterra	Média/indireta	Média
Promotores Independentes	Brasil	Baixa	Baixa
	Estados	Alta/direta	Alta
	Unidos/Estaduais		
	Itália	Baixa	Baixa
	Portugal	Média/indireta	

Fontes: diversas

**Accountability*: Alta/direta:exercida diretamente pelos eleitores; Média/indireta: exercida através da responsabilização do Ministro da Justiça; Baixa: praticamente sem mecanismos de *accountability* por parte dos eleitores ou dos políticos.

***Discricionariedade: Alta: independência para interferir nas penas e, inclusive, não levar casos aos tribunais; Média: independência para interferir nas penas e, inclusive, não levar casos aos tribunais, seguindo orientações gerais do Ministro da Justiça; Baixa: obrigatoriedade de levar os casos aos tribunais caso haja comprovação de crime por parte de outra agência.

Por outro lado, ao se garantir independência à agência, mas obrigando-a a processar todos os casos, os constituintes italianos e brasileiros cederam independência em relação ao Poder Executivo mas, de certa forma, buscaram subordinar a organização ao Poder Legislativo, responsável pela criação das leis penais. A independência é, aparentemente, relativa ao governo, mas não em relação a todos os políticos.

Entretanto, parece surgir um caso curioso de "controle político". Se o *controle* é exercido anteriormente à ação e fiscalizado posteriormente por quem emitiu a ordem e se o *accountability* é exercido posteriormente por um agente externo à instituição, a organização desses Ministérios Públicos parece criar uma nova categoria: ordens elaboradas anteriormente à ação (as leis relativas ao processo penal), mas poucos instrumentos para a fiscalização posterior por parte de atores políticos do Estado. Ou seja, uma tentativa de controle sem mecanismos de responsabilização. É como se o código penal desses países garantisse por si só a correta atuação dos promotores.

É importante lembrar que o Judiciário também funciona como um Poder limitador dessa independência dos promotores italianos e brasileiros, podendo não atender às demandas da organização. Entretanto, há alguns aspectos que devem ser levados em conta. Em primeiro lugar, como vimos, o Ministério Público italiano e o Poder Judiciário fazem parte da mesma estrutura. Portanto, o princípio do *accountability* (que exige um ator externo) não é cumprido. Segundo, mesmo que o Judiciário não atenda à demanda do Ministério Público ou reveja em outra instância decisões tomadas por um pedido de um promotor, *accountability* não é simplesmente a possibilidade de recusa de um pleito. O conceito de *accountability* requer que o ator possa ser responsabilizado por suas ações. Nesse sentido, o Poder Judiciário não serve como um instrumento de *accountability*, mas no máximo de *chek* de um Poder também não eleito.

Portanto, há um vazio entre a teoria de que os promotores seriam apenas aplicadores das decisões (políticas) do Legislativo e a prática. No caso italiano, o

princípio da legalidade pode ser minimizado pelo controle da polícia que os promotores exercem na fase de investigação. Ou seja, ao receber a denúncia, o caso já foi orientado pelos próprios promotores, limitando a divisão do trabalho tão necessário a este modelo. No caso dos promotores brasileiros, o princípio da legalidade não impede a "Justiça em linha de montagem", mas, pelo contrário, a alimenta com um excesso de processos que poderiam ser evitados com um outro sistema de promotoria.

Poder-se-ia argumentar que o outro modelo de promotoria e de acusação penal também não garante o mesmo grau de *accountability* político em relação a todos os casos considerados pelos promotores. Ou seja, casos de menor relevância são considerados somente através de estatísticas e não levados em conta individualmente. Porém, a lógica de delegação de tarefas a atores externos, ou os contratos entre o *principal* e o *agente* sempre são imperfeitos.

Neste sentido, a segunda melhor opção, já que a primeira é inatingível, parece exigir que haja instrumentos de responsabilização dos *agentes*, mesmo que imperfeitos. A possibilidade de que os *agentes* ajam no sentido desejado pelo *principal* somente por exigências legais, parece ser contrário à tradição democrática. Talvez os custos de transação sejam diminuídos, mas, em contrapartida, não se estabelece a garantia do *accountability* democrático. Essa é uma relação que deve ser levada em conta.

6. Bibliografia

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil.* São Paulo: Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2000.

ARCHIBALD, Bruce P. "The Politics of Prosecutorial Discretion: Institutional Structures and the Tensions Between Punitive and Restorative Paradigms of Justice". *Paper* apresentado na IPSA, Seul, Coréia, 1997.

ARROW, Kenneth. "The Economics of Agency". *In* PRATT, John & ZECKHOUSER, Richard J. (eds.). *Principals and Agents: The Structure of Business.* Boston: Harvard Business School, 1985.

BALDWIN, Joh. "The Prosecution of Criminal Offenses in England and Wales". *Paper* apresentado na IPSA, Seul, Coréia, 1997.

CARNEIRO, Paulo C. P. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

DAVID, René. *O Direito Inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

EISENSTEIN, James. *Counsel for The United States: An Empirical Analysis of The Office of United States Attorney.* EUA: Tese de Doutorado, Yale University, 1968.

FEDERICO, Giuseppe. "Prosecutorial Independence and the Democratic Requirement in Italy: Analysis of a Deviant Case in a Comparative Perspective". *Paper* apresentado na IPSA, Seul, Coréia, 1997.

FIONDA, Julia. *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study.* Oxford: Clarendon Press, 1995.

HUMPHREY, John A & MILAKOVICH, Michael E. *The Administration of Justice: Law Enforcement, Courts, and Corrections.* New York: Human Sciences Press, 1981.

JACOBY, Joan E. *The American Prosecutor: A Search for Identity.* EUA: Lexington Books, 1980.

KERCHE, Fábio. *O Ministério Público no Brasil: Autonomia, Organização e Atribuições.* São Paulo: Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2002.

KIEWIET, D. Roderick & McCUBBINS, Mathew D. *The Logic of Delegation: Congressional Parties and the Appropriations process.* Chicago: University of Chicago Press, 1991.

LYON-CAEN, Pierre. "Le Ministère Public Français entre l'Exécutif et le Judiciaire". *Revista do Ministério Público*, n.6., Portugal,1994.

MOE, Terry M. "The New Economics of Organization". *American Journal of Political Science*, vol. 28, Issue 4, novembro. Estados Unidos, 1984.

NELKEN, David. "A Legal Revolution? The Judges and *Tangentopoli*". *In* GUNDLE, STEPHEN and PARKER, Simon (ed.). *The New Italian Republic: From the Fall of the Berlin Wall to Berlusconi*. Londres e New York: Routledge, 1996.

NICOD, Jean-Claud. (1994). "Le Ministère Public en France". *Revista do Ministério Público*, n.6., Portugal.

SEGADO, Francisco Fernandez. *El Sistema Constitutional Español*. Madri: Dykinson, 1992.

TERQUEM, Francis. *Le Coup D'État Judiciaire*. Paris: Éditions Ramsay, 1998.

WALTER-FREISE, Helgard. "Le Ministère Public en Allemagne". *Revista do Ministério Público*, n.6., Portugal, 1994.

Cooperação penal internacional nos delitos econômicos[1]

Pedro Barbosa Pereira Neto
Procurador Regional da República em São Paulo.

Sumário: 1. Delimitação do tema – 2. O mundo globalizado – 3. O consenso internacional – 4. O direito interno.

Resumo: O mundo globalizado. Os chamados 'paraísos fiscais'. A possibilidade de se escolher uma jurisdição favorável no âmbito dos paraísos fiscais. A cooperação penal como consenso internacional. As Convenção e Tratados ratificados pelo Brasil. O direito interno. O Código de Processo Penal. Sua insuficiência. A cooperação ativa. A cooperação passiva. O Supremo Tribunal Federal e a impossibilidade de medidas executórias no âmbito das rogatórias. A identificação de dois regimes de cooperação. A função do Ministério Público. A necessidade de uma lei geral de cooperação penal internacional.

Palavras-chave: Cooperação Penal Internacional. Paraíso fiscal. Convenções e Tratados. Direito Interno. Cooperação Ativa e Cooperação Passiva. Ministério Público. Lei de Cooperação Penal Internacional.

1. Delimitação do tema

Inicialmente quero deixar registrado que a abordagem do tema será restrita a um dos aspectos da cooperação penal internacional. Como se sabe, a coopera-

1. X Seminário Internacional IBCCRIM, em 29.09.2004.

ção penal amplo senso abrange uma gama considerável de situações e níveis de assistência, como a extradição de pessoas, a transferência de presos, a execução de sentença penal estrangeira e a cooperação em sentido estrito. Meu foco será a cooperação em sentido estrito, assim entendido os mecanismos processuais existentes que auxiliam a persecução penal internacional no intercâmbio de elementos probatórios necessários à instrução de investigação pré-processual em curso no Brasil (cooperação ativa), como também o mesmo auxílio quando se tratar de requerimento feito por Estado estrangeiro (cooperação passiva). Isso porque minha intenção neste colóquio é compartilhar com os senhores a experiência no âmbito do Ministério Público Federal sobre o tema da cooperação penal, que tem ocorrido basicamente no âmbito da assistência probatória.

2. O mundo globalizado

É inquestionável a existência de um mundo onde as distâncias se tornaram menores. Nunca o intercâmbio cultural e econômico foi tão exitoso como no século XX, e notadamente no século XXI. A União Européia, o NAFTA, o MERCOSUL são exemplos significativos dessa nova realidade. As principais empresas do mundo hoje internacionalizaram não apenas seus mercados de distribuição e venda de produtos, mas também sua própria produção escolhendo países do terceiro mundo, tanto por razões estratégicas como para barateamento de seus custos. O desenvolvimento das comunicações, forneceu o capital tecnológico necessário a essa expansão extraordinária. O capital financeiro internacional, de seu turno, não tem barreiras, migra de um lado a outro do globo terrestre onde houver uma oportunidade mais atraente para remuneração de seus ativos.

Neste contexto – penso – é que deve ser situado o tema da criminalidade internacional.

Aproveitando-se dessa inusitada liberdade econômica e financeira, o delito internacional encontrou campo fértil para seu desenvolvimento.

Neste aspecto, os dados do FMI sobre a lavagem de dinheiro negro alcançam cifras absolutamente extraordinárias. Segundo este órgão, anualmente algo em torno de 2% a 5% do produto interno bruto mundial, circula no mercado financeiro mundial na condição de recursos provenientes de atividades ilícitas. De outro lado, os chamados 'paraísos fiscais' se multiplicaram às dezenas, existindo lugares absolutamente singulares, como por exemplo as Ilhas Caimán, no Caribe, que, com seus 35 mil habitantes constitui o domicílio de 40 mil sociedades mercantis e se converteu na quinta praça financeira do mundo com 548 bancos.

Rigorosamente, no entanto, o chamado 'paraíso fiscal' não é apenas a localidade que apresenta uma situação favorável do ponto de vista fiscal e tributário (alíquotas zero ou de percentual baixo), mas aquele que coloca à disposição de sua clientela outros produtos, entre os quais a constituição de pessoas jurídicas literalmente anônimas; contas bancárias numeradas ou cifradas, que se encontram inscritas no nome das pessoas jurídicas; e por fim a figura jurídica do *trust* ou do fideicomisso, ou seja, a constituição de um fundo através do qual se podem materializar inversões e desinversões transnacionais, com as mesmas garantias de anonimato que regem os produtos anteriores.[2]

De outro lado, os mercados *offshore*, como qualquer outro negócio, criam mecanismo de atração à sua clientela, a ponto de Walter F. Maierovitch haver noticiado a tramitação de um projeto de lei nas Ilhas Seychelles, segundo o qual qualquer investimento superior a 10 milhões de dólares garantiria cidadania, residência e imunidades contra extradições e rogatórias de bloqueio de bens. O projeto acabou abortado, até para se garantir, segundo Maierovitch, a concorrência entre esses mercados.[3]

Nesse mesmo sentido, Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal arrola, por exemplo, nada menos que 53 (cinqüenta e três) países ou prote-

2. *Apud*, Carlos Castresana Fernandez. "La Corrupción Em Um Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar", Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 213/226.

3. Carta Capital, em 21.01.2004, p. 28.

torados cuja legislação opõe sigilo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.[4]

Tais dados expõem com clareza a dimensão do problema posto às instâncias do controle do crime e dos operadores do direito. O mundo de hoje coloca à disposição de todos, notadamente da criminalidade internacional, a possibilidade de se escolher uma jurisdição favorável do ponto da vista da persecução penal, onde existam embaraços à busca das provas, ao repatriamento de eventual dinheiro ilícito, à extradição, enfim, onde, sob a perspectiva da criminalidade transnacional, concorram salvaguardas para o crime e o produto do crime.

Aqui, a globalização econômica e financeira – forçoso reconhecer – tem alcançado absoluto sucesso.

A conseqüência dessa realidade internacional é uma só: impunidade. Observo que a impunidade pode se manifestar de duas formas: a *normativa*, ou seja, a ausência de mecanismos legais para a persecução penal do crime internacional, e a *impunidade fática;* fundada na existência de obstáculos à persecução penal internacional.[5] Neste último caso, deve ser lembrado que a eventual demora numa assistência requerida no âmbito da cooperação penal internacional pode prejudicar de forma absoluta a persecução penal diante dos prazos prescricionais fixados no ordenamento jurídico de cada país.

3. O consenso internacional

Nada obstante, é de ser reconhecer presentemente a existência de um grande concerto das Nações no sentido de colocar o tema da criminalidade transnacional, e fundamentalmente da cooperação penal internacional, como questão da ordem do dia. Embora o tema da cooperação penal internacional

4. Instrução Normativa SRF 188, de 06.08.2002.

5. Kai Ambos. *Impunidade y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2. ed., p. 34.

não seja recente,[6] apenas nos últimos anos a questão tem preocupado de forma mais efetiva os operadores do direito nacional, talvez estimulado por casos criminais recentes que noticiaram a existência, no Brasil, de investigações criminais com repercussão no exterior.[7]

No Brasil, são inúmeras as Convenções e Tratados bilaterais que o País têm ratificado ultimamente, onde a questão da cooperação penal internacional tem recebido o merecido destaque.

Conquanto o Brasil venha assinando diversos Tratados de natureza bilateral (por exemplo, com os EUA, os países do Mercosul e a Suíça mais recentemente), as ratificações mais importantes, ao meu juízo, dizem respeito às Convenções multilaterais porque essas expõem de forma ampla o pensamento internacional em torno do tema, a qual o país tem aderido.

A ratificação da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes,[8] por exemplo, previu diversas modalidades de assistência judicial, dispondo o item 1 do art. 7.º, que *"As partes se prestarão, de acordo com o disposto no presente Artigo, a mais ampla assistência jurídica recíproca nas investigações, julgamentos e processos jurídicos referentes a delitos estabelecidos no § 1.º do art. 3.º"*. A Convenção prossegue, prevendo, dentro da assistência, a possibilidade de buscas e apreensões, o exame de objetos e locais, a entrega de originais ou cópias autenticadas de documentos e expedientes relacionados ao caso, inclusive documentação bancária, financeira, social ou comercial – conforme letras *c, d, f*, do item 2 do mencionado art. 7.º.

Mais recentemente o Brasil ratificou a chamada "Convenção de Palermo",[9] sobre o crime organizado transnacional. Esta Convenção, ao contrário da Con-

6. Raul Cervini e Juarez Tavares, *in Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, São Paulo: RT, 2000, pp. 44 e ss.

7. Caso do Juiz Nicolau, dos Fiscais no Rio de Janeiros, do Banestado e de agentes públicos com ativos ilegais no exterior.

8. Dec. 154, de 26.06.1991.

9. Dec. 5.015, de 12.03.2004.

venção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, é extremamente importante porque possui um amplo espectro de atuação, não se limitando a um específico crime. Na dicção da Convenção, suas regras têm aplicação à chamada "infração grave", tal como considerada qualquer *"ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo da pena não seja inferior a quatro anos ou com pena superior"*.[10] Portanto, o parâmetro adotado tem aplicação quase indiscriminada aos crimes previstos pela legislação brasileira, codificada ou extravagante, onde não são incomuns penas máximas superiores a quatro anos de prisão.

É amplo, da mesma forma, o dever de assistência judiciária recíproca previsto nesta Convenção. Neste sentido o disposto no art. 18, item 1: *"Os Estados-Partes prestarão reciprocamente toda assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas pela presente Convenção, nos termos do art. 3.º, e prestarão reciprocamente uma assistência similar quando o Estado-Parte requerente tiver motivos razoáveis para suspeitar de que a infração a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1.º do art. 3.º é de caráter transnacional, inclusive quando as vítimas, as testemunhas, o produto, os instrumentos ou os elementos de prova destas infrações se encontrem no Estado-Parte requerido e nelas esteja implicado um grupo criminoso organizado"*.

Cumpre observar que a Convenção não se limita a prever o dever de assistência quando provocado pelo Estado requerente, mas admite também a chamada *informação espontânea* – dispondo no item 4 do art. 18 que: *Sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado-Parte poderão,* sem pedido prévio, *comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado-Parte, se considerarem que estas informações poderão ajudar a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado-Parte a formular um pedido ao abrigo da presente Convenção"*. (grifei).

10. Dec. 5.015, de 12.03.2004, art. 2.º, *b*.

Essa cláusula da Convenção, ou melhor, o princípio estabelecido nessa cláusula, tem concorrido eficazmente para a instauração de procedimentos criminais no Brasil. De fato, não tem sido incomum que uma investigação criminal seja inaugurada por intermédio de comunicação espontânea, através da qual, por exemplo, uma movimentação financeira suspeita detectada é informada às autoridades brasileiras que passam então a desenvolver apurações no âmbito interno e à luz das informações prestadas pelo Estado estrangeiro.

Ainda no âmbito da cooperação penal internacional prevista na Convenção de Palermo, importante destacar a proibição de recusa do pedido de assistência baseado apenas na circunstância de que a infração envolve também questões fiscais (item 22 do art. 18); a necessidade da recusa da cooperação ser motivada (item 23 do art. 18) e de que o Estado-Parte requerido execute o pedido de cooperação tão prontamente quanto possível, observando os prazos sugeridos pelo Estado-Parte requerente (item 24 do art. 18) – norma essa fundamental para que a cooperação penal seja de fato um instrumento efetivo de realização da justiça material no âmbito da persecução penal internacional.

De se registrar, de outro lado, a preocupação projetada nos instrumentos de cooperação internacional com a higidez das cláusulas dos direitos e garantias fundamentais, estando previsto na Convenção de Palermo, por exemplo, a recusa do pedido de cooperação quando esse contrariar o "sistema jurídico do Estado-Parte" – o que significa, no meu entendimento, a possibilidade de se negar cumprimento à medida de cooperação judicial que viole garantias consagradas na Constituição Federal, bem como em Convenções e Tratados respectivos (art. 5.º, § 2.º, da CF/88). Aliás, o Tratado bilateral firmado entre o Brasil e a Confederação Suíça prevê expressamente a possibilidade de recusa da cooperação quando houver razões para acreditar que o procedimento instaurado não respeite os instrumentos internacionais de direitos humanos, particularmente o Pacto de São José da Costa Rica (art. 3.º, item 1, *f*).

Essa referência a alguns instrumentos internacionais sob o ângulo da cooperação penal internacional teve o objetivo de evidenciar o *consenso internacional* em torno do tema, sua absoluta necessidade para que delitos extremamente graves não perpetuem a *impunidade* tão característica do terceiro mundo, confirmando a idéia tão presente nessas sociedades de que o direito penal só mostra desenvoltura para pequenos criminosos.

4. O direito interno

O ordenamento jurídico nacional não possui ainda uma *lei geral de cooperação penal internacional*, que, de forma uniforme e não-fragmentária trate do tema, assim como existe, por exemplo, em Portugal.

Presentemente, no Brasil, a cooperação penal internacional possui como regra básica o instrumental processual vetusto do CPP. De fato, o Código de Processo Penal ao tratar no Livro V, "Das Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira", estabelece no art. 780 o seguinte: *"Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Titulo à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal"*.

Desde logo se observa a *insuficiência* das regras processuais penais internas ancoradas no Código de Processo Penal para fazer frente aos desafios do crime transnacional e da demanda da cooperação penal internacional.

Do ponto de vista da *cooperação ativa*, dispõe o art. 783 que as cartas rogatórias serão remetidas pelo juiz ao Ministério da Justiça a fim de ser pedido seu cumprimento.

Sem embargo, os órgãos de persecução penal nacionais têm conseguido relativo sucesso em investigações que necessitam da assistência do Estado requerido a partir de pedidos de cooperação firmados ao abrigo de Convenções e notadamente de Tratados bilaterais.

O procedimento, no caso, é relativamente simples, bastando o encaminhamento do requerimento de cooperação penal ao Ministério da Justiça, que na qualidade de Autoridade Central, e por intermédio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Penal Internacional (DRCI/MJ), se incumbe, após um juízo formal de admissibilidade, do encaminhamento do requerimento ao Estado requerido.

Neste sentido, ou seja, da cooperação ativa, gostaria de afirmar meu entendimento de que, no âmbito do direito interno, não há qualquer óbice de que o Ministério Público requeira por si próprio o acesso a eventuais registros de natureza sigilosa, assim como dados financeiros e bancários no exterior.

Cuido que não se trata, na hipótese, de qualquer discussão a respeito dos poderes do Ministério Público de requisitar diretamente o afastamento do sigilo bancário. Na verdade, presente uma situação que necessite do acesso a essas provas no exterior, o *Parquet* deverá deflagrar a cooperação penal internacional através de mero requerimento dirigido ao Ministério da Justiça, especificamente ao DRCI/MJ, que examinará o pedido sob o ângulo formal.

Observo que, como qualquer requerimento, o eventual sucesso do mérito do pedido dependerá da análise a ser conduzida pela autoridade responsável no Estado requerido. A situação se assemelha, portanto, ao afastamento do sigilo interno, quando o Ministério Público *requer* ao juiz nacional a quebra do sigilo bancário.

Em se tratando de cooperação penal internacional, destaco que o contraditório atuará inclusive de forma mais efetiva, pois é comum que, no Estado requerido, seja o investigado previamente cientificado do requerimento que pede o acesso aos seus registros bancários, revelando aqui uma faceta da vertente trilateral da cooperação penal, de que fala Ada Pellegrini Grinover.[11] Assim, ao contrário

11. "Processo penal transacional: linhas evolutivas e garantias processuais", *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 9, pp. 40/83.

do que ocorre no direito interno, onde não há dispositivo legal que preveja a prévia intimação do sujeito contra quem se dirija a quebra do sigilo bancário, o investigado terá condições de se contrapor ao requerimento ministerial ou do órgão requerente antes mesmo da decisão final da autoridade competente.

Ainda sob a ótica da cooperação ativa, a ausência de um estatuto sobre cooperação internacional pode gerar eventuais conflitos prejudicais a persecução penal. É que, se de um lado é razoável que o DRCI/MJ, como órgão intermediário da cooperação penal, realize um juízo prévio e *formal* sobre a admissibilidade do pedido, não parece cabível, de outro lado, que esse órgão possa exercer um controle sobre o *conteúdo* do pedido. O conteúdo do pedido parece indicar um juízo de mérito, e nesse caso *apenas* a autoridade do Estado requerido teria competência e atribuição para exercitar tal juízo. A autoridade central deve funcionar como mero órgão de transmissão de informações entre os órgãos de persecução penal.

No entanto, é sobre a cooperação internacional passiva que se situa, ao meu sentir, as maiores dificuldades à mingua de uma legislação sobre cooperação penal. Relembro, mais uma vez, o disposto no art. 780 do CPP.

A homologação de sentença estrangeira, prevista no art. 780, de pouco valia seria à cooperação penal no âmbito restrito que venho abordando, porque inviável para a providência de assistência probatória requerida para subsidiar uma *investigação em curso no Estado estrangeiro*, onde sequer há que se falar em sentença. Ora, não havendo ainda sentença no Estado estrangeiro, não há o que se homologar. Demais disso, o amplo *iter* procedimental previsto para homologação de sentença estrangeira no âmbito do Regimento do Supremo Tribunal Federal[12] é totalmente incompatível com a celeridade que deve presidir a cooperação penal internacional, notadamente no âmbito de assistência probatória.

Da mesma forma, as cartas rogatórias se afiguram insuficientes para a assistência probatória internacional, ao menos segundo o entendimento majoritá-

12. Arts. 215 e ss. do RISTF.

rio da Suprema Corte brasileira. Com efeito, o Supremo tem adotado uma jurisprudência bastante restritiva em tema de cartas rogatórias, limitando sua função a atos citatórios e de intimação em geral, proclamando constituir *"postulado fundamental do sistema normativo brasileiro, em temas de cartas rogatórias passivas (vale dizer, aquelas expedidas por tribunais estrangeiros e dirigidas ao Supremo Tribunal Federal), a pré-exclusão de qualquer atividade de índole executória, pois em tal hipótese, impor-se-á a necessária homologação da respectiva comissão estrangeira, a efetivar-se em procedimento específico a ser instaurado no âmbito desta Corte"*.[13]

Vale dizer: o entendimento sobre a pré-exclusão de qualquer atividade de índole executória afasta, por completo, qualquer possibilidade do Brasil, no âmbito da rogatória, efetivar medidas tendentes a efetuar buscas, apreensão e embargos, tal como previsto no art. 18, item 3, letra *c*, da Convenção de Palermo sobre o crime organizado, bem como nos Tratados bilaterais firmados, por exemplo, com os Estados Unidos da América.

Todavia, ao lado do Código de Processo Penal e do Regimento Interno do STF concorrem no tema da cooperação penal internacional Convenções e Tratados internacionais que o Brasil têm ratificado ultimamente, conforme se viu.

Nesse sentido, comungo do pensamento de Luiz Luisi,[14] segundo o qual *"tem-se entendido existentes duas nuanças na dimensão transnacional do direito penal. Uma partindo dos direitos penais nacionais, prevendo normas em seu ordenamento destinadas a disciplinar fatos ocorridos além de suas fronteiras, bem como viabilizando a aplicação de disposições penais de outros ordenamentos em seu território. Outra, originária de iniciativas envolvendo diversos países, e objetivadas em convenção e tratados multilaterais, mas cuja efetiva vigência e eficácia depende da ratificação pelos estados firmatários"*.

13. Despacho do então Presidente do STF, Min. Celso de Mello, publicado no *DJU* 01.08.1995, p. 216.

14. *In Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, São Paulo: RT, 2000, "prólogo", p. 7, Raúl Cernivi e Juarez Tavares.

Como se sabe, a jurisprudência da Suprema Corte tem recepcionado as regras dos tratados internacionais devidamente ratificados como *lei ordinária*. Na dicção do Supremo Tribunal Federal *"os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para solução do conflito, aplicação alternativa do critério cronológico ('lex posterior derogat piori') ou, quando cabível, do critério de especialidade. Precedentes"*.[15]

Havendo, portanto, paridade normativa entre as Convenções/Tratados e as leis ordinárias (caso do CPP) é possível identificar atualmente a existência de *dois regimes* no âmbito da cooperação penal internacional. Um derivado do Código de Processo Penal, que abrange a homologação de sentença estrangeira e cartas rogatórias para fins de citação e intimação no âmbito do processo penal e outro fundado nas Convenções/Tratados que o Brasil tem ratificado e incorporado ao direito interno.

A identificação desses dois regimes teria uma primeira conseqüência: é que não se poderia opor qualquer óbice a eventual medida constritiva solicitada pelo Estado estrangeiro, porque o Estado brasileiro, através da União e por intermédio de instrumento jurídico apropriado, admitiu a efetivação de medidas executórias no território brasileiro, de que são exemplos os tratados citados no item III deste trabalho. Daí que a jurisprudência restritiva do STF impeditiva de medidas executórias relativamente às rogatórias não teria incidência, sob pena de

15. RHC 80.035/SC, *DJ* 17.08.2001, p. 53, rel. Min. Celso de Mello.

negativa de vigência a cláusula de tratado internacional, que, segundo o próprio STF, ostenta "status" de lei ordinária.

Uma segunda conseqüência diz respeito à competência para apreciação do pedido de cooperação internacional formulado ao amparo de Convenções e Tratados; penso que se poderia cogitar de duas possibilidades: a primeira, tem apoio nas lições do processo penal mais tradicional.

Segundo essas, a expressão contida no art. 780 do CPP, "sem prejuízo de convenções ou tratados", teria apenas o sentido de prever a possibilidade dos instrumentos internacionais disporem de forma diversa do que o previsto no CPP sobre o cumprimento de rogatórias e da homologação da sentença estrangeira.[16] Por via dessa interpretação, a conclusão é de que qualquer "missão rogatória", inclusive a cooperação penal fundada em pactos internacionais, e referente a medidas pré-processuais, estaria dentro dos limites previstos no CPP, havendo apenas modificações procedimentais ditadas pela Convenção ou Tratado internacional, conservando, portanto, o STF (hoje o STJ, por força da EC 45/2004) sua competência para analisar o cumprimento da "missão rogatória", qualquer que seja ela, mesmo que anterior a instauração do processo penal.

Uma segunda possibilidade interpretativa, no entanto, favorece a competência da Justiça Federal de primeira instância. Nesta hipótese, em se tratando de medida pré-processual, portanto não abrangida pela regra do art. 780 do CPP – dando-se uma aplicação restritiva ao preceito processual – o juízo de delibação seria afeto à Justiça Federal Criminal de primeira instância, cuja competência teria fundamento do art. 109 da CF/88. De fato, a Constituição Federal confere à Justiça da União ampla gama de competência envolvendo causas/interesses de natureza internacional (art. 109, II, III, V, VI, IX e X). O disposto no inciso V prevê, por exemplo, que compete à Justiça Federal processar e julgar *"os crimes previstos*

16. Magalhães Noronha, *Curso de Processo Penal*, 7. ed., 1974, p. 463 e Eduardo Spínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. IX, 1965, p. 13.

em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente". Se a Justiça Federal possui competência para o crime, parece evidente que possui também para decidir sobre medida cautelar (pré-processual) em matéria criminal no âmbito da cooperação penal internacional. Conforme alude Raquel Fernandez Perrini, ilustre Juíza Federal, *"O ponto vital para que a competência esteja afeta à Justiça Federal Comum reside na efetiva caracterização da internacionalidade do delito, assim entendidas a prática e os reflexos da conduta delitiva em mais de um país, nos moldes preconizados pelo tratado ou convenção internacional".*[17]

De qualquer sorte não caberia no âmbito deste trabalho o aprofundamento do tema aqui suscitado, que deve ficar aberto para análise dos mais doutos. Afirmo, no entanto, que, *de lege ferenda,* seria importante conferir-se à Justiça Federal criminal de primeira instância competência constitucional para apreciar medidas pré-processuais no âmbito da assistência internacional, que certamente teria condição de agir com maior presteza na apreciação de medidas constritivas do que as cortes superiores brasileiras.

Admitindo-se a competência da primeira instância federal, observo que a atuação da Justiça Federal na apreciação dos pedidos de assistência formulado ao abrigo de Convenções e Tratados, deverá pautar-se pelo estrito cumprimento e observância do regramento interno e internacional. Evidentemente que a autoridade judiciária não será mero mecanismo autômato, que executará sem qualquer indagação o pedido internacional; deverá apreciar a solicitação estrangeira em toda sua extensão, seja do ponto de vista formal e de mérito, com absoluta liberdade, assim como ocorre no Estado requerido, inclusive, se for o caso, solicitando a complementação do pedido à autoridade estrangeira.

Note-se que a ausência de uma lei geral sobre cooperação penal internacional, pode implicar em situações delicadas, também no âmbito da coopera-

17. *Competência da Justiça Federal Comum*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 247.

ção penal passiva. É praxe do DRCI/MJ, ao receber um pedido de cooperação do Estado estrangeiro requerendo uma medida constritiva penal sujeita à reserva de jurisdição (busca e apreensão, acesso a dados sigilosos de Internet etc.), encaminhar o requerimento à Advocacia-Geral da União que deduz a pretensão estrangeira diretamente perante o juízo federal criminal competente. Sem embargo, mais adequado à ordem jurídica nacional que o DRCI/MJ encaminhe o pedido ao Ministério Público Federal, seja porque é este órgão que atua ao lado do juízo criminal de primeira instância na qualidade de "promotor de justiça", ostentando amplo leque de atribuição constitucional (art. 127 da CF/88), seja porque possuí a atribuição legal de fiscalizar a aplicação da lei penal (art. 257 do CPP).

Não é incomum, também, que a medida cautelar fundada em Convenção/Tratado tenha repercussão criminal no Brasil, estando, pois, o Ministério Público Federal mais vocacionado no plano do ordenamento jurídico para requerer a medida constritiva penal de natureza internacional. Aliás, a providência do Ministério Público ser previamente ouvido nos requerimentos de assistência provenientes de Estado estrangeiro guarda também correspondência com o estágio atual da legislação brasileira, tal como previsto no art. 226, § 1.º, do RISTF, em tema de carta rogatória.

Ademais, como se viu, a medida de cooperação penal importa também no controle sobre cumprimento de *standarts* referente aos direitos fundamentais, previstos na Constituição e em Convenção e Tratados Internacionais, afigurando também aconselhável que o *Parquet*, à luz do disposto no art. 127 da CF/88, examine a compatibilidade da medida de assistência requerida com as normas internas e internacionais respectivas.

As reflexões acima não têm a pretensão de constituir uma tese pronta e acabada, mas apenas de expor considerações vinculadas à experiência cotidiana. Da mesma forma, a questão da competência para apreciação dos pedidos de

cooperação penal formulados com apoio nos instrumentos internacionais pretendeu trazer aos senhores a preocupação existente no ambiente dos operadores do direito que se vêem diante de uma situação nova surgida com a chamada transnacionalidade do crime.

O que me parece fundamental, entretanto, é a necessidade urgente de uma lei geral de cooperação penal internacional que delimite o procedimento em questão.

3. Crime e Sociedade

Federalização dos crimes contra os direitos humanos[1]

Flavia Piovesan

Professora Doutora da PUC/SP nas disciplinas de Direitos Humanos e Direito Constitucional; Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da PUC/SP, da PUC/PR e da Universidade Pablo de Olavide (Espanha); Procuradora do Estado de São Paulo; Visiting fellow do Harvard Human Rights Program (1995 e 2000); membro do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulher (CLADEM) e membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

Sumário: 1. Introdução – 2. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos – 3. O Estado brasileiro e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos – 4. Impacto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito brasileiro – 5. Federalização dos crimes contra os direitos humanos.

Resumo: A proposta do artigo é enfocar a "federalização dos crimes contra os direitos humanos", à luz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e das inovações introduzidas pela EC 45/2004.

Em um primeiro momento, será estudado o movimento internacional de proteção dos direitos humanos, avaliando-se o seu perfil, os seus objetivos, a sua lógica e principiologia. Será examinado o modo pelo qual os direitos humanos têm se projetado, cada vez mais, como tema de legítimo interesse da comunidade

1. Este artigo serviu de base para a palestra "Federalização dos crimes contra os direitos humanos", proferida no X Seminário Internacional do IBCcrim, em São Paulo, em 29.09.2004.

internacional. Especial ênfase será dada ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, enquanto legado maior da chamada "Era dos Direitos", que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do direito internacional contemporâneo.

Em um segundo momento, serão lançadas considerações sobre a posição do Estado brasileiro em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, bem como sobre o impacto dos tratados na ordem jurídica brasileira.

É neste cenário que será apreciada a chamada federalização dos crimes contra os direitos humanos, introduzida pela reforma do Poder Judiciário.

1. Introdução

A proposta deste artigo é enfocar a "federalização dos crimes contra os direitos humanos", à luz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e das inovações introduzidas pela EC 45/2004.

Em um primeiro momento, será estudado o movimento internacional de proteção dos direitos humanos, avaliando-se o seu perfil, os seus objetivos, a sua lógica e principiologia. Será examinado o modo pelo qual os direitos humanos têm se projetado, cada vez mais, como tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Especial ênfase será dada ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, enquanto legado maior da chamada "Era dos Direitos", que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo, como atenta Thomas Buergenthal.[2]

2. Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo: Saraiva, 19991, p. XXXI. No mesmo sentido, afirma Louis Henkin: "O direito internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no direito internacional." (Louis Henkin et al, *International Law: Cases and materials*, 3. ed., Minnesota: West Publishing, 1993, p. 03).

Em um segundo momento, serão lançadas considerações sobre a posição do Estado brasileiro em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, bem como sobre o impacto dos tratados na ordem jurídica brasileira.

É neste cenário que será apreciada a chamada federalização dos crimes contra os direitos humanos, introduzida pela reforma do Poder Judiciário.

2. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.[3]

Tendo em vista este olhar histórico, adota-se as lições de Norberto Bobbio, que, em seu livro "Era dos Direitos", sustenta que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.[4]

O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. É neste cenário que se desenha o esforço de

3. Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Cia. das Letras, 1988, p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (Ignacy Sachs, "Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania", *in Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p. 156).

4. Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 30.

reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado; isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes conseqüências:

1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacionais, quando os direitos humanos forem violados (transita-se de uma concepção "hobbesiana" de soberania centrada no Estado para uma concepção "kantiana" de soberania centrada na cidadania universal);[5]

2) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

Inspirada por estas concepções, em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados.

A Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e pela indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque a

5. Para Celso Lafer, de uma visão *ex parte principe*, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (*Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 145).

condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos está conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o direito internacional dos direitos humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Neste sentido, cabe destacar que, até 2003, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados-Partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados-Partes; a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados-Partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 167 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados-Partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-Partes.[6]

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendi-

6. A respeito, consultar *Human Development Report 2003*, UNDP, New York/Oxford: Oxford University Press, 2003.

dos sob o prisma de sua indivisibilidade.[7] Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu § 5.º, afirma: "Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase."

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do "pós Guerra", a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos

7. Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a idéia da indivisibilidade dos direitos humanos.

instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Feitas essas breves considerações a respeito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, transita-se à análise do modo pelo qual o Brasil se relaciona com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos.

3. O Estado brasileiro e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos

No que se refere a posição do Brasil frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que tão somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, e, especialmente, a partir da Constituição Federal de 1988, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir desta ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Observa-se que a ampla maioria das leis voltadas à proteção da cidadania foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração. Neste sentido, destacam-se, por exemplo, a Lei 7.716/89 (que define

os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, prevendo o racismo como crime inafiançável e imprescritível); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); a Lei 9.455/97 (que define e pune o crime de tortura, como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia); dentre tantas outras. Ainda, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20.07.1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24.01.1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24.01.1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27.11.1995; g) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; h) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21.08.1996; i) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20.06.2002; e j) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28.06. 2002.

Adicione-se que, em 03.12.1998, o Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Dec. Leg. 89/98. Recente, portanto, é o alinhamento do Brasil à sistemática internacional de proteção dos direitos humanos.

Faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez, esta ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado.

4. Impacto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito brasileiro

Preliminarmente, é necessário frisar que a Constituição Brasileira de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

Quanto ao impacto jurídico destes tratados na ordem jurídica brasileira, a primeira regra a ser fixada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-PARTES, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com sua adoção. Como dispõe a Convenção de Viena: "Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser observado por elas de boa-fé." Complementa o art. 27 da Convenção: "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado". Afirma-se assim a importância do princípio da boa-fé na esfera internacional, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento, sob pena de responsabilização internacional.

Além do princípio da boa-fé, outro princípio a merecer destaque é o princípio da prevalência da norma mais benéfica. Nesta ótica, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Reitere-se que os tratados de proteção dos direitos humanos contemplam sempre parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado ir além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles.

Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçan-

do sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

É a partir deste contexto marcado pela crescente internacionalização dos direitos humanos, bem como pela crescente adesão do Brasil aos instrumentos internacionais que será apreciada a proposta de federalização dos crimes de direitos humanos.

5. Federalização dos crimes contra os direitos humanos[8]

É a partir de um contexto marcado pela crescente internacionalização dos direitos humanos, com a fixação de parâmetros protetivos mínimos à dignidade humana, bem como pela crescente adesão do Brasil aos instrumentos internacionais, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, é que há de ser analisada a denominada "federalização dos crimes contra os direitos humanos".

No plano internacional, a responsabilidade do Estado é una e indivisível relativamente às obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, que, no livre e pleno exercício de sua soberania, se comprometeu a cumprir.

Isto é, a responsabilidade recai exclusivamente na pessoa da União, não cabendo-lhe afastá-la sob o argumento da separação dos poderes ou da cláusula federativa.

Portanto, se a internacionalização dos direitos humanos permitiu a adoção de *standards* e parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos, o desafio é federalizar tais parâmetros internacionais, a fim de que cada unidade

8. Este tópico baseia-se em parecer que elaborei sobre o tema, aprovado em sessão do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em outubro de 2004.

federativa, de igual modo, oriente-se pelos parâmetros internacionais que celebram o mínimo ético irredutível em matéria de dignidade humana. Vale dizer, há que se capilarizar, densificar e incorporar a responsabilidade de defender, proteger e promover os direitos humanos em todas as unidades federativas.

Atualmente, há, em média, 90 casos contra o Brasil pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.[9] Na Corte Interamericana, há apenas três casos contra o Brasil – o primeiro caso refere-se à execução e maus tratos de detentos no Presídio de Urso Branco no Estado de Rondônia (em que houve a concessão de medidas provisionais pela Corte); o segundo caso refere-se à morte de vítima em clínica psiquiátrica no Estado do Ceará (caso Damião Ximenes Lopes); e o terceiro caso refere-se a assassinato de defensor de direitos humanos no Estado do Rio Grande do Norte (caso Gilson Nogueira Carvalho).[10]

O balanço destes casos reflete o desafio da universalização de direitos humanos no Brasil. Basta atentar que a maioria significativa deles envolve a violação a direitos civis – especialmente aos direitos à vida e à integridade física. Destacam-se, nesse sentido, casos denunciando execuções sumárias; detenções ilegais e arbitrárias; julgamentos injustos; tortura; impunidade face à incapacidade do Estado em investigar, processar e punir; bem como o grave padrão de violação aos direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as mulheres, as crianças e adolescentes, as populações afro-descendentes, dentre outros.

Cabe atentar que, deste universo de 90 casos, apenas dois apontam à responsabilidade direta da União em face da violação de direitos humanos. Um dos

9. Atente-se que, conforme informações da Missão diplomática do Brasil junto à OEA, até dezembro de 2003, havia 92 casos pendentes perante a Comissão Interamericana, compreendendo: a) petições em processo inicial de análise; b) petições formalmente admitidas; e c) casos ainda não encerrados. Todavia, de acordo com o relatório anual da Comissão Interamericana relativo a 2003, são apontados 65 casos.

10. Neste caso, embora o crime tenha ocorrido em 1996, anteriormente ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana pelo Estado Brasileiro (em dezembro de 1998), a Comissão Interamericana entendeu que a denegação continuada de justiça é uma violação das obrigações previstas na Convenção Americana, passível de apreciação pela Corte.

casos atém-se a trabalho escravo (caso José Pereira – que inclusive foi objeto de solução amistosa), enquanto que o outro caso atém-se à prática de tortura e morte de indígena Macuxi em dependência da Polícia Federal em Roraima.

Nos demais casos – 98% deles – a responsabilidade é do Estado. Observe-se que boa parte destes casos pendentes na Comissão poderá ser submetida à Corte Interamericana, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil, em dezembro de 1998.

Reitere-se: é a União que tem a responsabilidade internacional na hipótese de violação de obrigação internacional em matéria de direitos humanos – que se comprometeu juridicamente a cumprir.

Todavia, paradoxalmente, em face da sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não detém a responsabilidade nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder. Ressalte-se que se amplia enormemente a responsabilidade internacional da União em matéria de direitos humanos.

Diante deste quadro é que se insere a federalização dos crimes de direitos humanos.

Prevista inicialmente como meta do Programa Nacional de Direitos Humanos, a federalização consta da emenda de reforma do Poder Judiciário, nos seguintes termos:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

V – A. as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5.º deste artigo. (...)

§ 5.º. Nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal."[11]

11. Redação do art. 109 da CF, alterada pela EC 45/2004.

Acredita-se que federalização dos crimes de direitos humanos significará um instrumento de avanço para a proteção e defesa destes direitos. Quatro são os argumentos em prol da federalização:

a) assegurar maior proteção à vítima e fortalecer o combate à impunidade.

No caso das instituições locais mostrarem-se falhas ou omissas para a proteção dos direitos humanos, a vítima poderá valer-se das instâncias federais, como forma de ampliar a proteção a seus direitos.

De igual modo, a federalização permite fortalecer o combate à impunidade na hipótese de violações de direitos humanos.

b) fortalecer e disseminar a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos nos diversos entes federativos – particularmente nos Estados.

Com a possibilidade da federalização dos crimes de direitos humanos, restará disseminada nos entes federados a responsabilidade de conferir e assegurar melhor cumprimento às obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte – sob o risco do incidente de deslocamento de competências. Raciocínio semelhante é desenvolvido diante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em relação à proteção nacional. Como exemplo, destaca-se o próprio Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição é complementar e subsidiária à jurisdição local. Isto é, só poderá ser acionada a jurisdição internacional se as instituições nacionais (que têm a responsabilidade primária) não puderem e/ou quiserem exercer sua jurisdição para julgar os mais graves crimes internacionais (ex: colapso substantivo no sistema de justiça). Deste modo, os Estados estarão mais atentos ao impacto de suas ações e/ou omissões no plano internacional. Restará difundida e disseminada a importância do cumprimento das obrigações internacionais em direitos humanos pelos Estados, bem como de sua responsabilidade internacional.

c) fortalecer a responsabilidade da União em matéria de direitos humanos no âmbito interno em consonância com sua responsabilidade internacional.

Com a federalização dos crimes de direitos humanos, será rompido o paradoxo da União e centrar a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos, ao mesmo tempo que estaria esvaziada desta competência no âmbito interno, já que despida da competência de investigar, processar ou julgar tais crimes. Dar-se-á oportunidade às instituições federais de enfrentarem graves casos de violação a direitos humanos.

Neste sentido, a federalização dos crimes de direitos humanos é medida imperativa diante da crescente internacionalização dos direitos humanos, que, por conseqüência, aumenta extraordinariamente a responsabilidade da União nesta matéria.

d) aperfeiçoar a sistemática de responsabilidade nacional em face das graves violações dos direitos humanos.

A federalização permitirá aprimorar o grau de respostas institucionais, nas diversas instâncias federativas, em casos de graves violações a direitos humanos, o que poderá contribuir para o reforço das instituições nacionais.

Para os Estados cujas instituições responderem de forma eficaz às violações, a federalização não terá qualquer incidência maior – tão somente encorajará a importância da eficácia destas respostas.

Para os Estados, ao revés, cujas instituições mostrarem-se falhas ou omissas, restará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, o que: a) assegurará maior proteção à vítima; b) estimulará melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros; c) gerará a expectativa de resposta efetiva das instituições federais; e d) se ambas as instituições – estadual/federal – mostrarem-se falhas ou omissas, daí, sim, será acionável a esfera internacional – contudo, com a possibilidade de, ao menos, dar-se a chance à União de responder ao conflito, esgotando-se a responsabilidade primária do Estado (o que ensejaria a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional). Isto equacionará, ademais, a posição da União no contexto de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos.

Pondere-se que a federalização encontra-se em plena harmonia com o sistema constitucional. De um lado, está a observar a responsabilidade primária

das instituições locais em matéria de direitos humanos. Por outro lado, tão somente institui a responsabilidade subsidiária da União nestes casos. Estabelece, ainda, que o incidente de deslocamento será apreciado pelo STJ, que, por sua vez, nos termos do art.105, I, *g*, tem a competência originária para processar e julgar os conflitos de competência entre os entes federativos.

Adicione-se que tal inovação está em absoluta consonância com a sistemática processual vigente (vide, a título exemplificativo, o instituto do "desaforamento"), como também com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos (que admite seja um caso submetido à apreciação de organismos internacionais quando o Estado mostra-se falho ou omisso no dever de proteger os direitos humanos).

Além disso, se a própria ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de direitos humanos (art. 34, VII, *b*), em prol do bem jurídico a ser tutelado, não há porque obstar a possibilidade de deslocamento de competências.

A proposta da federalização, no entanto, exigirá a elucidação de seus próprios requisitos de admissibilidade (por exemplo, "grave violação de direitos humanos"; "assegurar o devido cumprimento de obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos"). A prática permitirá que tais vazios, lacunas e questões em aberto sejam, gradativamente, preenchidos.

Ademais, a proposta poderia ter previsto outros legitimados para o incidente (como o próprio Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana) e não ter optado por centrar tal legitimidade exclusivamente nas mãos do Procurador Geral da República. É de rigor, aqui, que se democratize o acesso ao pedido de deslocamento a outros relevantes atores sociais.

Por fim, se qualquer Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito dos direitos humanos e requer a eficiente resposta estatal quando de sua violação, a proposta de federalização reflete, sobretudo, a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados.

A nova lei de armas

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach
Ministro do Superior Tribunal Militar

Palavras-chave: Desarmamento – Política pública – Inconstitucionalidade – Intervenção mínima – Direitos fundamentais.

Resumo: O texto analisa o estatuto do desarmamento enquanto política pública de inspiração totalitária, inconstitucional e alicerçada em fetiches. Demonstrou-se que o controle total de armas vulnera direitos fundamentais e garantias individuais, na medida em que implica injusta mitigação do direito natural de defesa e resistência, representando, simultaneamente, uma forma oblíqua de o Estado desonerar-se de seu poder-dever de prestação da segurança pública. Sob o enfoque científico, a legislação apresenta-se permeada de incongruências, optando por um combate ineficaz à criminalidade, servindo-se, de forma excessiva, de delitos de mera conduta e de normas penais em branco, ampliando o poder de autoridades administrativas, fatores que, somados, fragilizam os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade.

O IBCCRIM editou, em 2004, um livro sobre *Controle de Armas – Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas.* Fui honrado com o convite para vir a este X Seminário Internacional e falar de uma *política pública*. De uma política pública para o Brasil.

Como este é um Congresso de Direito Penal, de Processo Penal e de Criminologia, também vou falar sobre aspectos científicos ligados ao nefando Estatuto do Desarmamento e vou mostrar as graves e insanáveis incoerências que

existem entre a legislação brasileira de armas e as posições doutrinárias que o IBCCRIM tem sustentado no plano do Direito, contrariando vários princípios que o Instituto defende, durante os quais o da *intervenção mínima*.

Há cerca de dez anos, especialmente a partir do início do governo tucano, e prosseguindo, agora, no governo do PT, o Brasil vem sendo palco de um *arrastão ideológico*, que se utiliza da propaganda e da paranóia como técnicas de profanação da vontade coletiva, para colocar no ar um novo pensamento único.

À míngua de uma proposta consistente para a grave questão da segurança pública, embarcam os políticos – governo e oposição, os tucanos e o PT – na voga do fetiche totalitário: o controle *total* das armas de fogo, a proibição da venda, do porte, do uso e da posse das armas de defesa.

Essa política teve seu ponto de partida com a recomendação feita pela famosa Comissão Trilateral, em Washington, no ano de 1977, para o desarmamento das populações dos países do Terceiro Mundo. Foi ali que se começou a se falar em *globalização*, foi ali que se gestou a teoria da *interdependência*, cuja finalidade é tornar o mundo mais seguro para as corporações transnacionais e cujo objetivo é a privatização da segurança pública, o desmanche das Forças Armadas e a liquidação dos Estados nacionais.

Essa política teve seu ponto de chegada, no Brasil, após 10 anos de aplicação sistemática do arrastão ideológico, com a seqüência de intervenção legislativa que representa um avanço inadmissível nos direitos e garantias individuais que a Constituição assegura. Ei-la:

- Lei 9.437, de 20.02.1997: institui o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo e dá outras providências.
- Lei 10.826, de 22.12.2003: Estatuto do Desarmamento.
- Dec. 5.123, de 01.07.2004: Regulamenta o Estatuto do Desarmamento.

A legislação brasileira atual transforma o direito em crime, cheia de comandos imperativos e proibições, com inadmissível invasão da esfera privada

de cada cidadão, incriminando condutas que não afetam nenhum valor, nenhum bem jurídico. E, não vai ficar só nisso. Os objetivos são maiores. "Desarmar é apenas o começo", como diz Oscar Vilhena Vieira, secretário executivo do Ilanud e representante legal da Conectas.

Vai-se tentando suprimir, assim, o mais antigo e consagrado direito que o ser humano conquistou ao longo de sua trajetória, aliás o primeiro de todos: a legítima defesa.

A política brasileira atual do *pensamento único* é inconstitucional, irrazoável, demagógica e totalitária, incompatível com o Estado de Direito Democrático. Os instrumentos que ela utiliza – extralegais e legais – são fetichistas, fascistas, fúteis e falsos. Senão, vejamos:

Fetiche, como todos sabem (Freud escreveu bastante a respeito), é um desvio psíquico que consiste em atribuir a um objeto capacidade, poderes ou malefícios que o objeto obviamente não tem. A chamada campanha do desarmamento está impregnada de fetichismo. Tenho lido dezenas de livros, ensaios, estudos, artigos, dos principais responsáveis pela propagação da doutrina que acabou se convertendo em lei. O refrão é o ideal de *um mundo sem armas*. O curioso é que em nenhum momento os arautos dessa doutrina postulam por um mundo *sem crimes*, ou *sem criminosos*. Apenas *sem armas*.

No entanto, a mesma arma que mata é a arma que salva a vida. Aliás, é para isso que existem as armas, para salvar as vidas, defendendo o cidadão daqueles que pretendem tirá-las. Ademais, a arma *per se* é absolutamente inócua. Pode ser deixada carregada e armada durante um século e, sem a ação humana, nada acontecerá. E, se acontecer, obviamente alguém será responsável. Afinal, é para isso que existe o direito. Tanto o direito civil quanto o direito penal, ambos abrigam o princípio da responsabilidade. Então, é inaceitável que o fetichismo possa ser instrumento para a implantação de uma política pública.

A legislação brasileira de desarmamento é *fascista*, porque corresponde a uma política totalitária, que ofende as garantias constitucionais que asseguram o direito *à vida*, *à segurança*, *à propriedade*.

Não desconheço que há uma ação direta de inconstitucionalidade, em tramitação no Supremo Tribunal Federal (ADIn 3.112/DF), que tem por escopo declarar a inconstitucionalidade formal e material do Estatuto do Desarmamento. E assim, na condição de magistrado, considero-me impedido de tecer comentários acerca de processo em andamento perante outro Tribunal. Há, no entanto, um parecer do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello que, embora tenha sido apensado àquela ADIn, diz respeito aos diplomas legais anteriores e, por isso, não tenho nenhuma restrição em citá-lo aqui. Esse parecer conclui com o seguinte trecho: "(...) *manifestamente incompatível com a Constituição Federal* (...)".

Um dos argumentos que têm sido bastante utilizados pelos adeptos do *pensamento único* é no sentido de que em toda a Constituição Federal de 1988 não consta nenhum preceito que assegure o direito fundamental de ter e portar armas e, portanto, essa prerrogativa do cidadão não constituiria direito constitucional. Afirmam que é possível "(...) *vasculhar a Constituição de 1988 – do primeiro ao último artigo – e não se haverá de encontrar qualquer indício de que o constituinte tenha reconhecido um direito fundamental a portar armas*".

Data venia, trata-se de argumento fascista e fraco.

Fascista, porque parte do princípio totalitário de que aquilo que não é permitido é proibido, e o que não é proibido é obrigatório.

Fraco, porque a Constituição também não reconhece outros direitos indiscutíveis, como, por exemplo, o de enterrar os mortos. Podem vasculhar a Constituição, de cabo a rabo, mais de mil artigos, incisos, alíneas e parágrafos. Não tem. Aliás, esse é um caso clássico do direito natural. Está na *Antígona*, de Sófocles (século V a.C.). É caso velho, mas o direito à legítima defesa é mais velho. Vem desde o Antigo Testamento. Trata-se, aliás, do primeiro direito que o ser humano proclamou em toda a sua trajetória na história.

Mas, não é só: ao afirmar que inexiste amparo constitucional para o direito de portar uma arma, o *pensamento único* vem usando argumento contraditório e citando, logo quem?

James Madison, um dos pais da Constituição norte-americana. Porém, na Constituição americana está expresso o direito do cidadão de ter e de portar armas. A Constituição norte-americana, de 1787, que é uma das obras primas do espírito humano, fonte de todo o constitucionalismo moderno e, sobretudo, do nosso sistema constitucional republicano, foi concebida com apenas sete artigos e, ao longo de mais de dois séculos de vigência ininterrupta, recebeu apenas 26 emendas, uma das quais consagra expressamente esse direito. Trata-se da Segunda Emenda, versando a Primeira Emenda acerca da liberdade de expressão. A Segunda dispõe expressamente sobre o direito constitucional de ter e portar armas. Aliás, a matriz de todas as declarações de direitos é a Declaração da Virgínia, de 1776, cujo *Bill of Rights* proclama que o ser humano é titular de quatro direitos fundamentais:

1) O direito à vida;
2) O direito à liberdade;
3) O direito à busca da felicidade;
4) O direito de resistência.

Como defender a vida? Como defender a liberdade? Como buscar a felicidade? Para a imensa maioria dos seres humanos, felicidade significa apenas ter uma família, uma casa, um salário. Como defender esses bens? A família, a casa, o salário?

Como exercer o direito de resistência à opressão, à tirania, ao Poder totalitário, ao terrorismo, ao *pensamento único*, se este, desde logo, já suprime o único instrumento que pode assegurar um grau mínimo de igualdade, um nível mínimo de equilíbrio, entre o oprimido e o opressor?

Trago aqui três opiniões importantes:

1) "Entre os muitos erros do domínio britânico na Índia, a história irá considerar o ato de privar uma nação inteira de armas como o pior." Mahatma Ghandi, 1945.

2) "Assim como todo homem tem o direito à legítima defesa, todo povo tem o direito e o dever de defender-se com meios adequados contra o inimigo

agressor, a fim de preservar sua existência, liberdade e independência." Papa João Paulo II, *in O Estado de S.Paulo*, 13.05.1982.

3) "Pela primeira vez uma nação civilizada possui controle total de suas armas. Nossas ruas estarão mais seguras e a nossa polícia mais eficiente." Adolf Hitler, 1936.

Diga-se de passagem que os nazistas implantaram um sistema de registro (o Sinarm deles) em 1936, porém a primeira lei de controle total de armas de fogo surgiu na França, em 1940, logo depois da invasão alemã, no governo títere de PÉTAIN e LAVAL. Se toda a França houvesse obedecido a lei iníqua, não teria havido a *Resistência*. Custa a crer que, mais de meio século depois, o Brasil esteja imitando os nazistas. E nem é para controlar a população de um país ocupado. É para dominar o próprio povo. Com uma legislação dessas, o *pracinha* brasileiro que morreu lá na Itália morreu mesmo em vão.

Vou citar também mais uma opinião importante. Do Coronel Erasmo Dias, notório Secretário da Segurança Pública do Governo Paulo Salim Maluf, falando, em maio de 1997, acerca de tema supostamente da sua especialidade: "A situação chegou nesse ponto porque neste País qualquer vagabundo pode andar armado".

O totalitarismo, segundo Hannah Arendt, apóia-se em dois instrumentos de poder:

a) o uso ideológico da mentira;

b) o conceito de inimigo objetivo.

Pelo primeiro, encobrem-se os defeitos e contradições de uma comunidade, pela condenação apriorística e ampla daqueles que, por definição, estão dela excluídos. No segundo, todos aqueles que eventualmente discordem da verdade oficial são vistos como inimigos e, independentemente de sua conduta, passam a ser discriminados e punidos.

Surge assim, com o totalitarismo, um tipo de regime em que a liberdade passa a ser mera concessão do Estado e cuja ação conduz, gradativamente, à preponderância do Estado sobre a sociedade civil, mediante um processo de transfe-

rência de legitimidade. A Constituição continua proclamando que todo poder emana do povo, mas os mecanismos tradicionais e efetivos de aferição da vontade do povo são sofismados ou, simplesmente, suprimidos. O fato é que todos os sistemas totalitários se autodefinem como representativos da vontade do povo ou dos "superiores interesses da nação".

O uso ideológico de mentira também se revela com o abuso da meia-verdade que, como todos sabem, também é meia-mentira.

Pois bem:

O conceito de inimigo objetivo tem sido fartamente utilizado na aludida campanha pelo desarmamento. É subliminar até no nome de uma entidade, que se intitula "Sou da Paz", que induz a crer que qualquer pessoa que pense diferente, que não acompanhe o *pensamento único*, seja contra a paz. Eu quero afirmar que também *sou da paz*, mas não canto esse sambinha de uma nota só.

Vou voltar a esses dois pontos, mas não posso deixar de referir mais um tópico eloqüente e ilustrativo. Trata-se do *referendum*, fórmula imaginada por Jean Jacques Rousseau, no século XVIII, com a melhor das intenções, e que logo passou a ser utilizada pelas mais diversas ditaduras, como sofismático instrumento de legitimação. Até o General Pinochet já fez o seu *referendum*. Pois bem, a nova lei também não se esqueceu de buscar no *referendum* o amparo destinado a dar uma tintura democrática a uma política anti-popular, elitista, discriminatória e totalitária. Está previsto um *referendum*, para o ano de 2005, o próximo ano. O objetivo dessa "consulta popular" não é apenas legitimar essa política, mas sim preparar o campo operatório para outras medidas, ainda mais repressivas, na mesma escalada que o Brasil vem sofrendo há dez anos e cujo objetivo, cuja "solução final", é o completo desarmamento do cidadão, como instrumento de dominação.

Esse é um objetivo totalitário, pois um país – qualquer país – onde todas as armas de defesa encontram-se apenas nas mãos do Estado e dos criminosos não é um país democrático. O primeiro passo das ditaduras para transformar um cidadão em vassalo é o confisco de suas armas de defesa.

A nova lei de armas

A legislação que as elites políticas brasileiras impingem ao povo, *data venia* dos que de boa-fé ainda acompanham o *pensamento único*, é de uma mediocridade espantosa, seja pela ingenuidade e pela futilidade das medidas que propõe para acabar com a violência urbana no país, seja pela fragilidade dos dados apresentados e pela indigência dos respectivos argumentos. Evidentemente, a má-fé contamina as boas intenções. Há gente que está bem intencionada e há gente que não está. Como ambos usam os mesmos argumentos, fica difícil saber quem são uns e quem são outros.

O Dr. Oscar Vilhena Vieira, secretário-executivo do Ilanud, diretor-executivo da entidade Conectas – Direitos Humanos, naquele mesmo trabalho já citado, publicado pela PUC/SP, intitulado "Desarmar é apenas o começo", diz: "É significativo apontar que quase 50% dos homicídios que acontecem numa cidade como São Paulo decorrem de motivos fúteis ou passionais."

E, mais adiante: "nos últimos cinco anos cerca de 70 mil armas foram roubadas em São Paulo, migrando das mãos de pessoas que as adquiriram legalmente para as mãos de criminosos"

O sociólogo Guaracy Mingardi, também do Ilanud, disse agora em junho de 2004: "Já que não é possível controlar o crime a saída é controlar a arma (...). Leis anti-armas são a forma de ação do Estado conter a violência".

No dia 14.02.2002, um editorialista (Hélio Schwartzman) da Folha de S.Paulo escreveu que: "O controle das armas não visa a acabar com o crime organizado, nem mesmo a diminuí-lo. Espera-se que a medida surta efeito sobre outro tipo de violência, que são os homicídios por causas fúteis, isto é, as brigas de bar e de trânsito".

Ou estão enganados, ou estão enganando. Na primeira hipótese, num momento em que toda a população se alarma com o crime organizado, é curioso constatar que há algumas cabeças que só se preocupam com o crime desorganizado.

Na segunda, insinuar que a maioria dos 40.000 crimes de morte, registrados no ano passado, decorreram de brigas de botequim é pura tapeação.

Vou falar das estatísticas depois, no capítulo dedicado ao falso. Por enquanto só estou falando do fútil.

Tenho aqui em mãos um levantamento feito pela Polícia Federal, publicado no *Correio Braziliense*, em 24.09.2000. Diz que as armas que alimentam o mercado da morte no País são nacionais e, basicamente, têm origem nas empresas brasileiras de segurança privada.

A cada 12 meses mais de 3.000 escopetas e revólveres são roubados, furtados, perdidos ou simplesmente vendidos por vigilantes das firmas de segurança privada e acabam nas mãos dos criminosos.

Em pouco mais de 6 anos, conforme o relatório do Sistema Nacional de Segurança da Polícia Federal, então encaminhando ao Ministério da Justiça, 30 mil armas de boa qualidade tiveram como destino final o crime.

No ano 2000, havia 1.300 empresas privadas de segurança cadastradas pela Polícia Federal, no território brasileiro. Em Brasília, o número de empresas privadas de segurança cresceu desde o ano 2000 em 300%.

Este, aliás, é o ramo de atividade mais próspero no Brasil de hoje, em que empresas privadas lucram ao substituir o Estado na função indelegável de prover a segurança pública. Dramática e sem perspectiva é a situação do cidadão brasileiro, que não pode pagar por esses serviços de segurança, caríssimos e ineficientes, que correspondem a uma obrigação inafastável do Estado, como consta, aliás, do art. 144 da CF/88. A nova legislação brasileira de armas atenta duplamente contra a Constituição quando o Estado abdica de seu dever constitucional e suprime o direito do cidadão.

O jornalista Alexandre Garcia, ainda há poucos dias, escreveu no *Jornal de Brasília* que conservava dúvidas quanto à polêmica de ter ou não ter uma arma em casa. Então, viu na TV três meninos, três adolescentes cariocas, presos no morro do Vidigal, armados até os dentes: um fuzil automático AR-15, uma submetralhadora UZI, uma escopeta, e duas pistolas automáticas de 9 mm.

Pois bem, nenhuma dessas armas teria sido encontrada na casa ou na posse de um cidadão comum, pelo simples fato de que todas são privativas das Forças Armadas, ou da polícia. Lembrou, também, que quando a polícia encontrou o matador – o suposto matador – do Prefeito de Santo André, apreendeu com ele um fuzil AR-15 e duas pistolas 9mm.

E concluiu Alexandre Garcia:

"Se a gente levar a sério o argumento de que devem ser proibidas armas em casa, porque elas abastecem os bandidos, então devem ser proibidas as armas do exército e da polícia (e das empresas de segurança), porque os bandidos estão usando armas iguais às daquelas forças. A conclusão é tão absurda quanto o argumento dos que querem retirar do cidadão o direito de defender sua família, um direito que nasceu com o gênero humano".

Como se vê, a fragilidade dos argumentos não resiste à menor análise e é evidente a futilidade da legislação brasileira e do *pensamento único* que a sustenta.

Os exemplos que o *pensamento único* divulga e que o Governo utiliza, para justificar os agravos aos direitos e garantias individuais que a Constituição Federal assegura, vão da paranóia da insegurança coletiva até os incidentes que envolvem armas de fogo em escolas, em brigas de trânsito e em frustradas tentativas de reação aos assaltos à mão armada.

Quanto aos incidentes nas escolas, é evidente que não precisamos importar da farmacopéia estrangeira um remédio para uma doença que não temos. Quanto às brigas de trânsito e de botequim, é obvio que qualquer conduta criminosa deve ser tratada na esfera penal, pelo exercício do poder de polícia e do *jus puniendi* do Estado. Quanto à falácia de que as pessoas que reagem aos assaltos à mão armada dão-se mal, acabam mortas ou feridas, ainda que fosse verdade, nenhum cidadão deve abrir mão da prerrogativa de pensar com a sua própria cabeça, decidindo por si se deve reagir ou não, para seguir o modelito do *Sou da Paz*.

Finalmente, quero declarar que a campanha do desarmamento é falsa. Falsa, não apenas conceitualmente, porque tem o objetivo declarado de desar-

mar o cidadão comum, e não o criminoso, mas porque tem outros objetivos, não declarados.

Quando se diz que *desarmar é apenas o começo*, eu pergunto: e qual é o fim?

Nesse diapasão, o fim só pode ser a privatização completa da segurança pública, o desmanche das Forças Armadas e a liquidação do Estado Nacional, exatamente de acordo com a orquestração neo-liberal da globalização, da interdependência, da privatização, da terceirização e do Estado-mínimo. Políticas, aliás, que o *governo tucano* implantou e que o atual vem mantendo, com surpreendente fidelidade e rara competência.

Ademais, além de uma falsidade conceitual, o *pensamento único* utiliza também dados falsos, meias verdades, escamoteia as estatísticas que não lhe interessam, distorce outras, e recorre a dados absolutamente despidos de qualquer valor científico. Chega a ser repetitiva nos ensaios, nos artigos, nas entrevistas, enfim, no repertório de convencimento que o *pensamento único* utiliza, a freqüência com que se refere, por exemplo, às Nações Unidas:

- "Segundo as Nações Unidas o motivo de mais de 60% dos homicídios em todo o Brasil é o mesmo: arma de fogo."
- "Conforme o Ilanud, quase 50% dos homicídios em São Paulo ocorrem entre pessoas que se conhecem e em que o autor dos disparos não tem passado criminal."
- "Consoante a OAB mais da metade das pessoas que reagem a um assalto são baleadas ou mortas."

Quero indagar desde quando as Nações Unidas, o Ilanud ou a OAB são institutos de pesquisa. E, se são, e eu estou desinformado, ou se encomendaram a pesquisa a alguém, é preciso dizer quem fez, qual foi o universo consultado, em que período, qual a metodologia empregada, qual a representatividade dos dados etc.

Há outros dados estatísticos que o *pensamento único* conhece, mas não divulga, pois não interessam. No entanto, todos são públicos. Por exemplo:

• A venda legal de armas no Brasil tem caído verticalmente. Os dados são do Sinarm: Em 1995 = 86.857; em 1998 = 17.531. Foi esse, justamente, o período de maior aumento percentual de criminalidade na história do Brasil.

• No ano de 1999 só havia 102 portes de arma em vigor no Rio de Janeiro e, no entanto, naquele ano o Rio foi o maior foco de criminalidade do país.

• Por outro lado, o Estado mais armado do Brasil é o Rio Grande do Sul e, ao mesmo tempo, o que apresenta os menores índices de criminalidade violenta. Dos 40.000 portes de arma emitidos no Rio Grande do Sul, em 1999, foram cancelados apenas cinco. E somente um deveu-se a um confronto armado. Mesmo assim ainda não foi julgado pela Justiça.

Por falar em Justiça, eis outro dado digno de consideração. Dos homicídios dolosos julgados no Rio Grande do Sul, no ano de 2000, cerca de 60% foram cometidos com o emprego de arma de fogo e 40% com outros meios, inclusive armas brancas; 60% dos crimes cometidos com arma branca foram condenados; 40% dos crimes com armas de fogo foram absolvidos. Isso leva a crer que a arma branca foi basicamente usada para agressão e a arma de fogo para defesa. Obviamente isto não é uma conclusão científica, é apenas dedução.

Ademais, o *pensamento único* também esconde os índices crescentes de criminalidade violenta nas sociedades em que foi decidido o banimento das armas de defesa, como na Grã Bretanha. E não menciona, tampouco, as baixíssimas taxas de criminalidade nos países em que a população é mais armada. Países diferentes, com sistemas políticos diferentes, com realidades sociais diferentes, em diferentes regiões geográficas. Como a Suiça, Espanha, Canadá, Cuba, Israel, Dinamarca, África do sul etc.

Nenhum governo tem a prerrogativa de interferir na esfera privada do cidadão para transformar um direito em crime. Sobretudo, ao arrepio da Constituição da República, dos direitos humanos, de usos e costumes milenares que asseguram o sagrado direito de defesa, a igualdade de todos perante a lei, a incolumidade da pessoa e protegem a casa como abrigo inviolável do cidadão.

Segunda Parte

Para não dizerem que não falei de flores, passo a tecer considerações acerca dos aspectos científicos da matéria em debate, das questões específicas de direito penal.

Quero dizer que é incompreensível a contradição entre o Manifesto Anti-terror, assinado recentemente por inúmeras personalidades de destaque na área penal – e subscrito pelo IBCCRIM – e o estranho silêncio do Instituto no Editorial "De armas e palavras", publicado no Boletim n. 129, em ago./2003, no qual nenhuma palavra foi dita sobre as disposições penais e processuais do Estatuto do Desarmamento, ali especificamente apoiado pela entidade.

São gravíssimas e insanáveis as incoerências entre a legislação brasileira de armas e munições e as posições doutrinárias que o IBCCrim tem sustentado no plano do direito penal, contrariando vários princípios que o Instituto defende, dentre os quais o da intervenção mínima.

A lei denominada Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22.12.2003), em seu capítulo IV, que trata *dos crimes e das penas*, torna inafiançáveis os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo (arts. 14 e 15), e insuscetíveis de concessão de liberdade provisória os delitos de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16), comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18).

Entretanto, a Constituição Federal consagra a liberdade do cidadão como regra, excepcionando as hipóteses de restrição desse direito, além de estabelecer a presunção de não culpabilidade. Trata-se de princípio que garante ao cidadão o direito de não ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

As vedações impostas à liberdade daquele que responde a processo penal, por tipo definido no Estatuto do Desarmamento, geram incoerências insuperáveis.

Os delitos estatuídos nos arts. 12 e 13, por exemplo, definidos como inafiançáveis, são punidos com pena de detenção e, nessa condição, seria competência da autoridade policial a concessão de fiança (art. 322, CPP).

Aos crimes punidos com reclusão, a lei veda a concessão de liberdade provisória, sem que uma autoridade judiciária possa apreciar o caso concreto, e a efetiva necessidade de afastamento da presunção de não-culpabilidade.

Há crimes a que se cominam penas inferiores a 4 (quatro) anos, podendo o acusado beneficiar-se com suspensão processual ou até mesmo com pena restritiva de direito, não se justificando a manutenção do acusado sob prisão de natureza cautelar.

O crime de disparo de arma de fogo, por exemplo, já foi considerado mera contravenção penal. Hoje, por lei ordinária, equipara-se aos delitos de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, e os definidos como hediondos, e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, todos inafiançáveis, por força de expressa disposição constitucional (art. 5.º, XLIII, CF/88).

Assim, o indivíduo que dispara arma de fogo, sem a intenção de praticar qualquer outro delito, recebe o mesmo tratamento de quem organiza grupo armado para atentar contra a ordem constitucional. São o irracionalismo, a irrazoabilidade e a desproporção expressos na lei.

Alguns tipos penais, por outro lado, comportam inúmeras ações distintas numa única proibição (art. 14, por exemplo, com 13 verbos nucleares), fato que pode causar situações de flagrante injustiça no ato de aplicação da lei e de individualização da pena. Deve ser considerado, ainda, que as ações típicas, na maioria dos casos, sequer envolvem situação de violência ou grave ameaça, a justificar a manutenção do acusado em cárcere, no curso do processo. Tipicidade condicionada?

Sob a ótica do princípio da intervenção mínima, conceito defendido pelo IBCCrim, o Estatuto do Desarmamento não se sustenta. Sobre o princípio, diz

Alberto Silva Franco: "Daí, a importância do princípio da intervenção mínima que se traduz num freio ao conteúdo expansivo do controle social penal. (...) A intervenção penal não se destina a tutelar todo e qualquer bem jurídico, nem tampouco toda a ação ou omissão que venha a lesá-lo, mas apenas os bens jurídicos fundamentais, de vital relevância e, ainda assim, contra os ataques mais insuportáveis a esses bens".

Caberia ao Estatuto do Desarmamento, atento ao princípio que se dirige, antes de tudo, ao legislador, estabelecer escala de valores e ações correspondentes, remetendo à tutela penal apenas as condutas representativas de maior lesão a bens jurídicos fundamentais.

Sob a ótica da proporcionalidade estrita, o Estatuto cria tipos desarazoados. Por exemplo, o delito de disparo de arma de fogo, sem a finalidade de prática de outro crime, é apenado com reclusão, de 2 a 4 anos. A lesão corporal de natureza grave, que pode ser provocada por disparo de arma de fogo, recebe pena de 1 a 5 anos. Se o agente, por culpa, dispara arma de fogo e provoca lesão corporal em alguém, comete crime de menor potencial ofensivo, sujeito à transação penal, desde que a vítima represente.

A lei faz uso indiscriminado dos delitos de mera conduta, que dispensam a efetiva ocorrência de lesão. Como afirma Ferrajoli: "A absoluta necessidade das leis penais (...) fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*). Trata-se de um princípio que surge já em Aristóteles e Epicuro, e que é denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, que vêem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas. Assim, somente as proibições, da mesma forma que se dá em relação às penas, podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes, no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cida-

dão" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 373).

Da forma como definidos os tipos pelo Estatuto, as condutas proibidas não representam qualquer lesão, ou mesmo ameaça de lesão à vida, à integridade corporal, à propriedade. É certo que aumentam o risco de prática de outros delitos, mas em si mesmos apenas reduzem a segurança pública, sem a efetiva lesão que legitime e torne necessária a intervenção penal.

A lei abusa dos tipos postos em normas penais em branco, delegando às autoridades administrativas, estranhas à atribuição legislativa, o poder de ampliar, de forma desmesurada, as condutas proibidas.

Diante da completa ausência de uma política responsável e moderna de segurança, por parte dos últimos governos, e no anseio de atender ao justo clamor popular por melhoria na segurança pública, o legislador endurece penas e limita a atuação do juiz, em sua liberdade de concessão de liberdade provisória, mitigando, por lei ordinária, a presunção de inocência posta na Constituição.

É exatamente o mesmo que foi feito pelo legislador quando editou a Lei de Crimes Hediondos, duramente combatida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e, em especial, por Alberto Silva Franco, em obra crítica e celebrada pelo moderno pensamento jurídico brasileiro.

Foi com o mesmo espírito de crítica que o IBCCrim assinou o Manifesto Anti-terror, contra o irracionalismo penal do legislador brasileiro: "Leis mais severas, penas mais altas, cerceamento ao direito de defesa, mais confronto armado, tolerância em relação aos abusos repressivos, maior número de presos, mais isolamento, presos sem perspectiva, juízes sem rosto. Nada disso, nem tudo, isso será capaz de gerar segurança e paz social.

Chega de cortinas de fumaça! Um grande exército de jovens brasileiros está condenado ao mundo do crime, sem perspectiva de estudo ou de trabalho. Apesar disso as grandes cidades brasileiras não têm políticas públicas voltadas

para reverter o quadro de exclusão que as atinge. A origem e o impulso da violência brasileira estão na marginalidade, não na frouxidão das leis penais.

No combate à violência, é preciso, antes de tudo, acertar o alvo. Mais ameaçadora do que a ação cotidiana do crime organizado é a falência do poder público. O sistema penitenciário brasileiro é frágil, cruel e corrupto. Nossas polícias são violentas, desarticuladas, despreparadas e também corruptas.

Mais assustador do que o envolvimento crescente de jovens no tráfico de drogas, tratados pelo Poder Judiciário com o rigor estrábico da Lei dos Crimes Hediondos, ainda que 'pés-de-chinelo', é o livre trânsito das armas nos redutos do crime. Isso se resolve com inteligência policial, não com cassetete em punho ou com canhão do Exército.

Assistimos, mais uma vez, ao espetáculo político do vendaval repressivo – fadado ao fracasso, porém capaz de estimular mais violência e de eliminar do horizonte conquistas civis inestimáveis. Nossa pretensão é dirigir, de forma sistemática, um olhar crítico e rigoroso para a atuação das autoridades brasileiras."

É portanto estranho, para dizer pouco, o silêncio complacente do Instituto no editorial "De Armas e Palavras" (Boletim 129, ano 11, ago./2003). Nenhuma palavra foi dita sobre as disposições penais e processuais do Estatuto do Desarmamento. Sem falar no caráter ideológico, totalitário.

O Professor Luciano Filizola da Silva, em recente artigo publicado no Boletim 138 do IBCCrim (maio/2004), após verberar a tendência brasileira de criminalizar, cada vez mais, comportamentos que não produzem qualquer lesão, ou perigo concreto de lesão, a qualquer bem jurídico, afirma que esse modelo, incidindo sobre as camadas mais pobres da população, faz aumentar, de forma seletiva e cruel, o índice de exclusão social proporcionado pelo sistema penal.

E, a respeito do Estatuto do Desarmamento, acrescenta: "A lei também traz uma série de imperfeições técnicas e nulidades que a tornam um exemplar modelo de instrumento irracional e simbólico num combate ineficaz às causas do medo, produzindo sua aplicação, de forma extremamente desproporcional,

um dano muito maior ao autor do fato e à sociedade do que a lesão produzida pelo próprio crime."

Outra opinião de respeito é a do Prof. Damásio de Jesus, de 04.05.2004: "O desarmamento popular, (...) sem uma polícia preventiva efetiva, é inócuo e pouco contribui para a redução da criminalidade. Só desarmar a população, sem garantir a sua segurança, é armar o lobo e desarmar o cordeiro".

Ninguém questiona o direito-dever que o poder público tem de manter controle sobre o registro das armas e de restringir e limitar o alcance das armas de fogo às pessoas, estabelecendo regras para a aquisição, o porte e o uso das armas.

Qualquer política séria de combate à criminalidade e à violência deveria estabelecer normas penais que instituíssem qualificadoras, circunstâncias agravantes, causas especiais de aumento de pena e bloqueio de progressão de pena *drásticas* para o uso criminoso das armas de fogo. A arma não é para cometer crime.

Todo crime cometido com o simples emprego ou a mera exibição de arma de fogo deveria ser agravado. Se disparar, mais grave; se ferir, mais grave ainda e, se matar, gravíssimo.

Por outro lado, o simples porte de armas de ataque, de uso proibido ou restrito, como granadas, bazucas e metralhadoras, deveria assim constituir crime inafiançável, porque não são armas de defesa.

Se o governo não tem condições de assegurar à sociedade que todos os assaltantes assaltarão desarmados, não tem como impedir aos cidadãos o exercício do direito de defesa.

O governo é apenas preposto do povo e não o contrário. As armas que o governo tem pertencem ao povo. É o povo que dá às Forças Armadas e à polícia as armas com que devem defendê-lo e proteger a Pátria. O povo é o mandante, o governo é o mandatário. O governo não tem o direito de tirar do povo as mesmas armas que o povo lhe deu. Trata-se da teoria do mandato, velha como o direito romano, que vale tanto para o direito privado quanto para o direito público. En-

quanto um agente público tiver legitimidade para ter e portar armas, o cidadão comum também a terá.

Desarmar as vítimas é apenas dar mais segurança aos facínoras.

Espero ter contribuido para afastar o *pensamento único*. Para iniciar, no Brasil, um debate que até agora foi um simples monólogo. Para que o cidadão brasileiro perceba que quando o poder público avança nos seus direitos é sempre "*apenas o começo*". Afinal, tudo aquilo que a lucidez proclama acaba se transformando em óbvio.

São Paulo, 01 de outubro de 2004.

La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)

Iñaki Rivera Beiras
Professor titular de direito penitenciário
da Universidade de Barcelona(Espanha)

Sumario: Primera parte: Tras más de dos décadas de reformismo penitenciario – 1. Presentación – 2. La construcción de la nueva forma-Estado como contextualización de la reforma penitenciaria – 3. La reforma penitenciaria: alcance y limitaciones – 4. Acontecimientos posteriores y nuevas "*emergencias*": 4.1 Reformas y contrarreformas; 4.2 La paulatina penetración de la "*cultura de la emergencia*"; 4.3 Repercusiones en el ámbito penitenciario – 5. Técnicas para el alcanzar el gobierno disciplinario de la cárcel – 6. El rol desempeñado por la Jurisdicción en la construcción de ciudadanos de segunda categoría – 7. La doctrina del "*penitenciarismo oficial*" en España – 8. Las reformas de 1996: nuevo Código Penal y nuevo Reglamento Penitenciario – 9. La anunciada contra-reforma penal, procesal y penitenciaria de 2003 – Segunda parte: Un retrato sociológico de la cárcel real en el nuevo milenio – 1. ¿Quiénes son los/as presos/as en España y cómo viven (y mueren) en la cárcel? – 2. La "nueva" *pena corporal* en Europa – Bibliografía.

Resumen: El nuevo milenio, en lo que al universo penitenciario se refiere (y en lo que atañe a los ámbitos geográficos analizados en el presente trabajo: España y Europa), se ha iniciado con notas especialmente preocupantes. Este ensayo pretende reflexionar acerca de las "nuevas" racionalidades punitivas que dominan el panorama penitenciario europeo. El aumento de la población encarcelada con nuevas tendencias demográficas (en especial, el crecimiento de población encarcelada extra-Comunitaria, el aumento de la población femenina en los institutos penales y también de los jóvenes) dibuja el resultado de las operaciones

de "ley y orden" actualmente imperantes. Asimismo, el aumento de presos enfermos y de altos niveles de violencia institucional (con crecientes denuncias de malos tratos, torturas y otras violencias institucionales), reflejan que también Europa está siendo receptora de las políticas criminales de corte tecnocrático y excepcional. El entrecruzamiento de las políticas de cero tolerancia, de emergencia y excepcionalidad penal y de la criminología administrativa o actuarial, representa la caída del mito de la rehabilitación penitenciaria. El trabajo revalúa, asimismo, el papel que en un horizonte semejante pueden y deben jugar los movimientos sociales de apoyo a los presos, como estrategia de resistencia frente al pan-penalismo imperante.

Palabras-clave: Cárcel – Racionalidad tecnocrática – Derechos humanos.

PRIMERA PARTE

Tras más de dos décadas de reformismo penitenciario

1. Presentación

El 26.09.2004, se cumplirán exactamente *veinticinco años* de la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) que, como indica su *número 1*, fue la primera norma de desarrollo constitucional promulgada en España, y que contó con el absoluto consenso de todos los grupos políticos que por entonces tenían representación parlamentaria. Estas circunstancias ilustran ya acerca de la urgencia que entonces se tenía por aprobar –como estreno de la etapa constitucional– una normativa penitenciaria que pacificara una situación carcelaria explosiva que mostraba cruelmente las secuelas del pasado. Semejante normativa aspiró a construir un sistema carcelario que fuese acorde con el flamante *"Estado social y democrático de derecho"* que la Constitución Española (CE) acababa también de inaugurar por entonces.

En efecto, la LOGP, que debía desarrollar la orientación resocializadora que el art. 25.2 CE estableció para las penas privativas de libertad, fue el primer

conjunto de disposiciones que inauguró en España la reforma penitenciaria del entonces recién estrenado Estado democrático. La misma sería complementada, algunos años más tarde, con otras disposiciones normativas –leyes sustantivas y procesales, reglamentos del Poder Ejecutivo de sucesivos Gobiernos y circulares de la Administración Penitenciaria. Todas estas regulaciones marcan el rumbo por el cual ha ido discurriendo la *opción reformista* (y así se califica pues, como se verá, pudo haber "otra" opción distinta a la escogida) que en el ámbito carcelario ocupó estos veinte años. A todas esas disposiciones se hará referencia en este trabajo de modo tal que el mismo pueda ilustrar acerca, no sólo del origen de aquélla opción, sino también de su posterior desarrollo. Se trata de ver, en síntesis, cuáles han sido los resultados arrojados por una posición como la indicada.

Se pretende, también, examinar cuál ha sido el papel cumplido por la Jurisdicción en el terreno de la protección de los derechos fundamentales de los reclusos; no puede olvidarse que la creación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria constituyó una de las innovaciones principales de la LOGP y despertó grandes esperanzas. Será conveniente, entonces, examinar si las mismas se han visto confirmadas o no.

Mas, para proceder a un riguroso análisis como el que se pretende, no bastaría tan sólo con el examen de unas disposiciones y decisiones jurisdiccionales que, si bien señalan cuáles fueron los caminos político-criminales y penitenciarios escogidos, en muchas ocasiones no se corresponden con la realidad carcelaria. En consecuencia, una vez analizado el diseño reformista que aquellas normas han venido efectuando (examen de la *cárcel legal*), se pasará a la descripción de la *cárcel real* con el fin de contrastar efectivamente los resultados de aquel diseño. Para ello se utilizarán algunos de los pocos estudios sociológicos que, aplicados al análisis de la realidad carcelaria, se han efectuado en España en los últimos años.

Asimismo, será particularmente importante examinar aquí la penetración – en las prácticas penitenciarias– de una particular dirección de la Psicología que

ha venido orientando la intervención de los operadores: el denominado *conductismo, comportamentismo o behaviourismo* que ha servido de soporte a la fundamentación teórica, y a la implementación práctica, de la mayoría de los Programas de Actuación de las Administraciones penitenciarias. Conviene decir también, que tales prácticas han sido comentadas y analizadas por todo un conjunto de autores, quienes, en ocasiones alineados en torno a ciertas publicaciones, han venido conformando un discurso que puede ser calificado como el del *"penitenciarismo oficial"*. También este discurso será aquí analizado en la creencia de que el mismo forma parte nuclear de aquella *opción reformista* iniciada en España hace veinte años.

Como se ve, se pretende aquí efectuar un estudio global de la mencionada *opción* que permita inter-conectar diversos planos de análisis: el de las *disposiciones normativas*, el de las *decisiones jurisdiccionales*, el de las *prácticas de los operadores* y el *ideológico-discursivo de la Doctrina penitenciarista*; todo ello, para poder contrastarlo con *la realidad carcelaria* que unas direcciones semejantes han provocado en estos veinte años. Tal es el objeto de estudio del presente trabajo. Pero, para comenzar, es preciso contextualizar el marco en el cual aquella reforma se verificó.

2. La construcción de la nueva forma-Estado como contextualización de la reforma penitenciaria

Tras la muerte del Dictador en 1975, la necesidad y urgencia por normalizar diversos temas y aspectos candentes de la vida pública española eran notorias. Los cambios políticos que se avecinaban, la resolución de los problemas planteados por las nacionalidades históricas del Estado, la inaplazable apertura española al exterior (Carr 1988), el reconocimiento y legalización de partidos políticos y sindicatos de trabajadores (Bergalli 1991), la renovación, depuración y regulación de los aparatos policiales (Ballbé y Giró 1978, Domínguez Figueirido 1991, López Garrido 1988, Muñagorri 1987, Recasens Brunet 1989 y 1991), la construcción de una Magistratura democrática (Andrés Ibáñez 1989), la amnistía a presos

políticos y la urgencia por realizar una reforma penienciaria (Bueno Arús 1978, Draper Miralles 1984, García Valdés 1977, Lurra 1978, Martí 1977, Rivera Beiras 1993 y 1994), entre muchas otras cuestiones no mencionadas aquí, conforman un cuadro que ilustra en torno, precisamente, al contexto en el cual fue edificándose la nueva forma-Estado que se plasmaría en el pacto constitucional.

Desde luego, no faltaron (no podía ser de otro modo) durísimas resistencias al indicado proceso, las cuales fueron opuestas desde aquellos sectores sociales, económicos o militares que añoraban una vuelta al pasado. Baste recordar aquí tan sólo, y como pequeña pero elocuente muestra, los sucesos ocurridos en Madrid en 1977 (en los cuales fueron asesinados varios abogados laboralistas por elementos ultraderechistas), o las constantes actividades desarrolladas por diversas "tramas" golpistas que, alentadas desde diversos sectores sociales y políticos comprometidos en la restauración del régimen anterior, intentaron desestabilizar las más sinceras intenciones demócratas de muchos de los gestores de la "transición política". Y, obviamente, no pueden silenciarse los acontecimientos del 23.02.1981, en los cuales la legalidad democrática, y con ella la propia forma-Estado Social y Democrática de Derecho, tambaleó como nunca había sucedido en los años precedentes. Sin duda, todo este conjunto de acontecimientos condicionaron muchas de las elecciones que afectaron a la política en general, y a la política criminal y penitenciaria en particular.

Pese a todo a lo escuetamente mencionado aquí, la Constitución Española fue promulgada en 1978, adoptando España la forma-Estado *social y democrática de derecho*: el "constitucionalismo social", aunque de modo tardío respecto de otros ámbitos, había sido inaugurado en España. La andadura democrática iba a comenzar finalmente.

La Constitución estableció una serie de principios que habrían de orientar la conformación y funcionamiento del sistema de justicia penal del nuevo Estado: los principios de legalidad y de proporcionalidad de las penas, la abolición de la pena de muerte y la tortura, la finalidad resocializadora atribuida a las penas

privativas de libertad y la consagración de una amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías procesales para todos los ciudadanos (susceptibles de ser especialmente protegidos por el Tribunal Constitucional mediante el entonces novedoso recurso de amparo), constituyen algunos ejemplos de la incorporación en España de los más modernos principios de actuación de un sistema penal propio de aquella forma-Estado. Con semejantes principios inspiradores, desde comienzos de 1978, se pondría en marcha la operación de reforma penitenciaria que culminaría al año siguiente con la aprobación de la LOGP que impulsó, fundamentalmente, el entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, Carlos García Valdés.

3. La reforma penitenciaria: alcance y limitaciones

Entrando ya en el análisis de aquella reforma penitenciaria, conviene recordar ante todo que la misma se verificó dentro de la dialéctica representada por el binomio *"reforma/ruptura"* que fue propia también de otros ámbitos de la vida social, política, económica y cultural de los años de la llamada "*transición política*" a la democracia. Es evidente que, dentro de semejante dialéctica, la opción reformista fue la que finalmente triunfó. Así, y como primera cuestión, es necesario hoy señalar (como en otras ocasiones lo he hecho[1]) que aquella reforma desatendió la gran mayoría de los reclamos expresados por quienes padecían los efectos de una situación carcelaria lascerante y heredera del anterior régimen de la Dictadura fascista/franquista. Esto requiere una explicación.

En efecto, la reforma penitenciaria española, plasmada en la aprobación de la LOGP, constituyó una iniciativa que no tuvo en cuenta a los portadores de los reclamos carcelarios que por entonces encontró en el *movimentismo social carcelario* una articulación sin precedentes. Se alude con ello, a las reivindicaciones

1. V. Al respecto Rivera Beiras (1992, 1996, 1997, 1998).

protagonizadas por los grupos, asociaciones etc. (tanto del interior de la cárcel como de su exterior), quienes, frente a la discriminación que los presos sociales sintieron por la puesta en libertad de los políticos, comenzaron amplias campañas y estrategias de luchas diversas, que merecen ser comentadas para una mejor comprensión de la dialéctica vivida por entonces.

Las campañas por la amnistía a los presos políticos, derivaron, tras la salida de aquéllos en libertad,[2] en importantes reclamos de los presos sociales, quienes tomaron la bandera de la lucha contra la cárcel. El movimiento anti-carcelario pasó entonces a los presos sociales, dado que con la amnistía a los políticos, aquéllos se consideraron injustamente discriminados al "no recibir una segunda oportunidad". Así nació a fines de 1976 la organización autodenominada como "Coordinadora de Presos en Lucha" (*COPEL*) y en la misma línea, inmediatamente, la "Asociación para el Estudio de los Problemas de los Presos" (*AEPPE*), la "Asociación de Familiares y Amigos de los Presos y exPresos" (*AFAPE*) etc. La amnistía total para los presos sociales sólo fue apoyada por la Confederación Nacional de los Trabajadores (Sindicato anarcosindicalista) y la izquierda revolucionaria. Manifestaciones, encierros universitarios, proclamas, editoriales periodísticos, constitución de numerosos grupos solidarios con los reclamos de los presos, constituyen tan sólo algunas muestras de las campañas a las que se alude (cfr. al respecto, Oriol Martí 1977).[3]

Asimismo, y en lo que creo marcó el punto de inflexión más agudo en el grado de articulación de las reivindicaciones de los reclusos, ha de mencionarse la

2. En 1976 y 1977 se promulgaron las normas de amnistía a los presos políticos que provocaron la puesta en libertad de estos. A partir de ese momento, los presos comunes, que pasarán a autodenominarse como presos "sociales", asumirán el protagonismo de la lucha por recuperar la libertad.

3. Junto a *COPEL* surgieron –en el exterior de la cárcel- diversos grupos de apoyo a la situación de los presos como concreción de la idea de "que un movimiento no puede triunfar sin apoyo en el exterior" (Bueno Arús op. cit: 126). La organización de la *"I Semana de Solidaridad con los Presos Comunes"* organizada en la Universidad Complutense de Madrid, donde se leyeron textos de apoyo a *COPEL*, recogidos en la obra *El preso común en España*, constituye uno de los ejemplos del eco de aquel movimiento.

presentación en el Senado del Proyecto de Ley de Indulto a Presos Sociales, elaborado por dos senadores que tradujeron las demandas de los presos en un texto articulado. Dicho Proyecto (que preveía conmutaciones de penas, cuantiosas excarcelaciones, fondos económicos para asistir temporalmente a los liberados etc.), fue mayoritariamente rechazado por toda la clase política que tenía por entonces representación en el Senado y, en consecuencia, mostró el posicionamiento de claro rechazo de los Partidos Políticos frente al problema y a las demandas centrales de los presos.[4]

Al tiempo que la tensión crecía por momentos de modo imparable y la sucesión de acontecimientos violentos no permitía prever un claro final,[5] el 24.05.1978 se aprobó –por 142 votos a favor y 9 abstenciones– el *Dictámen* del Senado relativo a la situación de las cárceles. Importa destacar aquí que el mismo contenía unos principios doctrinales para que se llevase a cabo una auténtica reforma penitenciaria democrática, entre los cuales, por su importancia, merecen ser destacados los siguientes: a) imposibilidad de que la prisión restrinja otros derechos fundamentales que los que estén intrínsecamente vinculados a la situación de la privación de libertad; b) prohibición de todo tipo de torturas, malos tratos físicos o psíquicos; c) preservación del derecho a la sexualidad; d) control de la legalidad en el cumplimiento de las penas (ejercitado por la autoridad judicial, la institución penitenciaria, la representación de los presos, los Colegios de Abogados y las organizaciones ciudadanas del modo que la ley señale); e) regulación de las condiciones del trabajo penitenciario cuidando evitar cualquier vulneración de la legislación laboral vigente; f) derecho de asociación de los presos, que habría de

4. Se alude a la iniciativa impulsada por los Senadores Bandrés y Xirinacs quienes, tras numerosas visitas y cartas a los presos de *COPEL* plasmaron sus demandas en un texto articulado como fue el Proyecto de Ley de Indulto General para Presos Sociales. Para conocer en detalle cómo se verificó tal proceso y las resistencias que el mismo encontró, cfr. Lurra 1978.

5. La violencia aludida alcanzó su grado más alto con el asesinato del recluso anarquista Agustín Rueda (el 14.03.1978) –tras ser brutalmente torturado en la cárcel para que delatara a sus compañeros de un plan de fuga– y, una semana más tarde, con el del entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, Jesús Haddad Blanco.

ser regulado por ley; g) separación absoluta entre internos menores y adultos; h) supresión del carácter paramilitar de los Cuerpos de Funcionarios de Prisiones.

La reforma impulsada por Carlos García Valdés, no atendió aquellos Principios Doctrinales elaborados por el Senado para inspirar la reforma analizada. En efecto, un repaso de algunas de las opciones legislativas de la que iba a convertirse en la primera Ley Orgánica de la recién estrenada democracia, puede confirmar lo dicho. Antes de proceder a ese análisis, conviene recordar las palabras del propio impulsor de la reforma: *"no puede olvidarse que, en aquel momento histórico de transición política, existía una grave situación de conflictividad en el ámbito de las instituciones penitenciarias, motivado fundamentalmente por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos, así como por la discriminación que para aquéllos suponía el otorgamiento de una amnistía a los condenados por la comisión de delitos políticos. La indisciplina era generalizada, y esta situación trascendía cotidianamente a los medios de comunicación (...)"* (García Valdés 1989: 253).

En efecto, el debate parlamentario previo a la aprobación de la LOGP mostró hasta qué punto esa reforma estaría profundamente condicionada por aquellos acontecimientos. En consecuencia, podrá comprobarse que muchos de los institutos aprobados entonces (y que hoy están vigentes) fueron el resultado de luchar contra aquella "emergencia" representada por la necesidad de doblegar la actitud de *COPEL* y sus grupos afines. Veamos algunos de los temas centrales de aquel debate parlamentario.

Un punto importantísimo de aquellas discusiones fue el relativo a la instauración de un *régimen cerrado* o de aislamiento. García Valdés justificó su reconocimiento legal como una *"amarga necesidad ante las gravísimas conductas que grupos de internos, tan reducidos como violentos, plenamente imbuidos de la subcultura carcelaria e incapacitados para una normal y ordenada convivencia, llevan a cabo con cierta frecuencia en los establecimientos penitenciarios, amotinándose, incendiando o destruyendo las instalaciones, cometiendo graves delitos (...)"* (op. cit: 198-200). La referencia a *COPEL* es evidente. Como se verá más adelante, dicho *régimen cerrado*

(previsto en el art. 10 LOGP) es el que ha dado lugar –a los diez años de haberse aprobado aquella ley– a la articulación de bases de datos informáticos (verdaderos "ficheros") para que se restrinjan profundamente las condiciones de vida de otros colectivos de reclusos. Todo ello encuentra sus más claros antecedentes en aquellas palabras del autor de la ley analizada.

Otro aspecto a resaltar aquí es el relativo a la pretensión del entonces Grupo Parlamentario Comunista de legalizar el *derecho de asociación de los reclusos*. García Valdés se opuso a dicha enmienda argumentando que *"se trataba de un derecho desconocido e incompatible con la situación del sistema en el que en aquel momento se trabajaba"* (op. cit: 256-257). Evidentemente, la necesidad de luchar contra el movimiento de los presos constituyó el factor desencadenante de semejante negativa. La enmienda no prosperó.

También puede ser destacada la discusión en torno a *las competencias atribuidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria* (JVP). Tampoco prosperó una enmienda que por entonces presentó el Grupo Parlamentario *Socialistes de Catalunya* en el sentido de incluir entre las competencias de los JVP la de "aprobar" las propuestas de sanción sometidas a su conocimiento por el correspondiente órgano colegiado de la cárcel. García Valdés se opuso a esa pretensión argumentando que *"en el Informe presentado por quien les habla se justificó el rechazo por considerar 'excesiva' la competencia del JVP en este punto, que invadiría las atribuciones de la Administración penitenciaria"* (op. cit: 271). De tal modo, se le arrebató al órgano jurisdiccional encargado de velar por los derechos de los presos una competencia que quedó en manos administrativas.

Podrían citarse más ejemplos pero, entiendo, los descriptos son elocuentes. Interesa destacar aquí que aquella primera "emergencia" (representada por doblegar al movimiento de los reclusos) fue la que principalmente orientó el proceso de elaboración de la primera ley orgánica de la democracia española. Tal vez por todo ello, algún autor señaló hace ya años que *"la reforma había nacido muerta"* (Martínez Fresneda, G., *El País*, 10.10.1992). Como se ve, desde este punto

de vista, los problemas de legitimación de la LOGP española, arrancan desde su mismo nacimiento.

4. Acontecimientos posteriores y nuevas *"emergencias"*

4.1 Reformas y contrarreformas

Diseñado el sistema que se ha descripto, comenzó la andadura "democrática" de las cárceles. La población recluída no cesó de aumentar: piénsese que de 6.000 presencias penitenciarias en los años de la *transición política* a la democracia, estamos aproximándonos a la emblemática cifra de las 50.000 en la actualidad (estando España "a la cabeza" europea en índices de encarcelamientos).

Por otra parte, es sabido que, pese a las importantes novedades incorporadas por la Constitución de 1978, las bases sobre las cuales se asentaba el sistema penal español estaban constituidas por una legislación heredada de épocas pasadas. En efecto, las normas penales, tanto las de carácter sustantivo cuanto las procesales, reflejaban una política criminal orientada por criterios pre-democráticos y autoritarios que reclamaban una profunda reforma que se adaptase a los nuevos tiempos. Algunas medidas tomadas, parecieron encaminarse hacia la esperada transformación: la desaparición del Tribunal de Orden Público y la inicial reforma procesal penal efectuada por el primer gobierno del PSOE (en lo referente a la prisión preventiva[6]), junto a otras, supusieron decisiones esperanzadoras en aquel camino.

Sin embargo, otras medidas tomadas por entonces pusieron de manifiesto que el iniciado rumbo –guiado por razones jurídicas y por convicciones inequívocamente democráticas– sufriría desviaciones que obedecerían a otras razones, no jurídicas ni menos aún democráticas. El mantenimiento de una jurisdicción que, como la Audiencia Nacional, ponía en cuestión el constitucional principio del juez natural

6. La reforma de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulaban la duración de aquella institución, comportó la recuperación de la libertad de muchas personas que estaban encarceladas durante prolongados períodos de tiempo, en espera de ser juzgadas.

(v. Moreno Catena 1990) y fundamentalmente asumía las competencias para enjuiciar comportamientos relacionados con fenómenos de violencia política;[7] la llamada *contra-reforma* procesal (retroceso motivado por la construcción de una opinión pública alarmada y alimentada por la derecha política y sus agencias, y ratificada por el mismo Ministro de Justicia que había puesto en marcha la misma *reforma*), son tan sólo algunos ejemplos que ilustran acerca de las indecisiones y contra-marchas de la época.

Junto a ello, la inexistencia de una reforma penal en profundidad, al mantenerse el llamado *Código Penal de la Dictadura* revela, asimismo, que el derecho (penal y procesal), en su fase de creación, permaneció poco más que inalterable y, en consecuencia, con serias dificultades de adaptación a los mandatos constitucionales que imponía la nueva forma-Estado que había sido adoptada en aquellos decisivos años.

4.2 La paulatina penetración de la "cultura de la emergencia"

Señala Bergalli (1992), que durante los años de inicio de la andadura democrática, una *nueva racionalidad* fue imponiéndose paulatinamente en España: la "*razón de Estado*", como principio orientador de la producción normativa jurídico-penal, comienza a substituir a las "*razones jurídicas*".

Ahora bien, para comprender este proceso es necesario dejar por un momento el ámbito propio de la política criminal y centrarse en el contexto de la política social e internacional, o, mejor dicho, poner en estrecha relación a la primera

7. En efecto, dos han sido las objeciones que se han planteado sobre el mantenimiento de una institución como la Audiencia Nacional: en primer lugar, que ésta es la "descendiente" directa y continuadora del papel que representaban los tribunales de orden público franquistas (pues puede ser vista como una agencia dirigida al control de la disidencia política); en segundo lugar, se ha indicado que su posición "central" (su radicación en la capital del Estado español), es incompatible con el principio constitucional del juez natural, el cual indica que la competencia de un tribunal para juzgar a un acusado se ha de determinar por el lugar de comisión del delito, sin "expropiar" esa competencia hacia otros tribunales.

con estas últimas. Por una parte, como señala el autor citado (1992), la insatisfacción social que en Europa occidental generó el incumplimiento de los postulados del *Welfare State* se amplió al final de la década de los años setenta: "*la substitución del capitalismo industrial por fórmulas del capitalismo financiero, con una gran movilidad y un gran poder de concentración, genera unas consecuencias muy graves como son: las elevadas tasas de interés, la inflación, los* déficits *presupuestarios y, particularmente, el aumento del desempleo que, con el tiempo, se convierte en el síntoma más agudo de las deficiencias del sistema económico. Esta situación converge en el tiempo con el bloqueamiento en el ámbito de la representatividad política, en algunos países de Europa occidental, de ciertos sectores minoritarios con posiciones radicales. Estos grupos (...), optaron por la vía armada como instrumento de lucha lo que en países como Italia, la República Federal de Alemania o Francia provocó el recurso a una legislación que comenzó a conocerse vulgarmente como 'antiterrorista'*".

Dicha elección tuvo sus consecuencias sobre el proceso de *creación* del derecho. Los citados Estados democráticos acudieron a la creación de una *legislación de excepción* y a la instauración de unas jurisdicciones de más o menos igual naturaleza para combatir, primero, contra la violencia terrorista, después, contra el tráfico de drogas ilegales, posteriormente, contra el fenómeno del crimen organizado y, más tarde, contra los delitos que atentan contra la libertad sexual.

Se gesta, de este modo, una verdadera *"cultura de la emergencia"* que ha permitido la interpretación de los modos de convivencia desde un modelo tentativo para mantener el orden social y limitar el conflicto que, provocando consenso, sin embargo deslegitima el Estado de derecho y ataca los fundamentos de las "razones" elaboradas desde el Iluminismo penal a través de una cultura jurídica liberal que dió sostén a la organización social nacida con el capitalismo industrial (Bergalli, op. cit., *ibidem*).

España no fue ajena a los procesos que se están señalando ni, tampoco, los mismos se circunscriben tan sólo al ámbito de las políticas criminales, como ya se ha adelantado. En efecto, mientras los citados procesos se estaban verificando,

España inició el tránsito hacia los países del denominado *"primer mundo"*, inmersos éstos en una profunda crisis de sus estructuras de bienestar.

En este sentido, baste recordar el ingreso de España en las Comunidades Europeas, o en la Nato, su adhesión a los *"acuerdos de Schengen"*, o las decisiones adoptadas por el llamado *"grupo de Trevi"*. Todo ello ha llevado a España, también, durante estos últimos años, a la necesidad de elaborar un entramado legislativo que se define por la construcción de aquel *"discurso (jurídico) de la emergencia"*.

En efecto, la *política criminal* se orientó hacia la criminalización (tanto penal cuanto administrativa) de determinados sectores de la sociedad. Baste enunciar algunos ejemplos:

* *promulgación de Leyes Antiterroristas que, entre otras cuestiones muy graves, castigan "delitos de opinión" y permiten clausuras de medios periodísticos de comunicación;*[8]

* *sanción de una Ley de Extranjería que reprime duramente los movimientos migratorios provenientes de áreas geográficas que han sido, y están siendo, permanentemente expoliadas por los países del "centro" (se trata de una legislación de "emergencia" que llega a permitir, por ejemplo, la privación de libertad de individuos que no han delinquido y que puede ser acordada directamente por una autoridad administrativa);*[9]

* sanción/penalización (administrativo-penal) del consumo de sustancias declaradas ilegales, en el contexto de un intento de policializar los espacios urbanos (cfr. Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana);

8. V. reciente cierre del diario *Egin*.

9. Se alude con ello a la situación de los extranjeros detenidos en España por aplicación de la llamada "legislación de extranjería", al carecer de permiso administrativo de residencia. En numerosos supuestos, y mientras se tramita por vía de urgencia un procedimiento de expulsión del país, el extranjero es ingresado en Depósitos policiales de detención donde puede permanecer hasta cuarenta días privado de su libertad, medida que es adoptada por autoridades administrativas y con una práctica ausencia de control jurisdiccional. Semejante situación, ha sido repetidamente señalada como vulneradora de las normas constitucionales que indican que sólo una autoridad judicial puede privar de libertad a un individuo (cfr., por ejemplo, las campañas iniciadas por *Sos Racisme*, entre otros movimientos de defensa de los derechos de los extranjeros).

* iniciativas legislativas que pueden permitir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (y a las Instituciones Penitenciarias), tratar los datos privados de los ciudadanos sin un control jurisdiccional pleno y efectivo (cfr. Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y sus normas de desarrollo; asimismo, cfr. arts. 6 y siguientes del nuevo Reglamento Penitenciaro aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero).

Todo lo cual se inscribe, a su vez, en el contexto de una *política económica de orientación neo-liberal* que ha provocado la producción de unas "reconvenciones" en el aparato industrial que lesionaron la estabilidad laboral y generaron inseguridad social. No puede olvidarse tampoco, la transferencia de la propiedad de vitales fuentes de producción al capital no español, el cual fue invadiendo la estructura industrial, o las irrupciones de mareas de dinero extranjero que acudieron al mercado especulativo, orientándose así al desarrollo de un modelo polarizador de la riqueza y de la miseria con su permanente creación de periferias metropolitanas, auténticos *ghettos* o bolsas de marginación (Bergalli, op. cit.).

Los profundos recortes en la *política social* (situación que ya provocó en los últimos años del Gobierno socialista, un distanciamiento sin precedentes entre aquél y los Sindicatos de trabajadores), unidos al carácter regresivo que supuso la configuración de aquella *"cultura de la emergencia"*, en el ámbito de la *política criminal*, dibujan un sombrío panorama en relación con el bienestar social y el respeto por los derechos fundamentales de las personas. El uso cada vez más frecuente de estrategias punitivas para intentar paliar una situación socio-económica profundamente crítica, contradice los postulados de un racionalismo jurídico liberal que, hace unos dos siglos, pretendió diseñar un derecho penal de mínima intervención.

Razones de alarma social, necesidades disciplinarias, resistencias políticas, obligaciones estatales contraidas en ámbitos supranacionales y exigencias de políticas socioeconómicas de corte neoliberal, por tanto, parecen

haberse impuesto por encima de dictados constitucionales que habrían de ser propios del nuevo Estado.

Y todo ello, como se ve, ha repercutido en *el proceso de creación de las normas* propias del control penal en la España de estas dos últimas décadas. Pero también, tal y como se verá más adelante, semejante cuadro fue repercutiendo en los *procesos de interpretación y aplicación del derecho.*

4.3 Repercusiones en el ámbito penitenciario

Todo cuanto se viene escuetamente describiendo, produciría evidentemente sus consecuencias para el universo penitenciario. Ya se ha dicho que la población encarcelada no cesó de aumentar. Junto a ello, algunos datos ilustran en torno al discurrir de los acontecimientos carcelarios de la década de los años de 1980. Desde el punto de vista simplemente arquitectónico, dos fueron las opciones que primaron:

a) la aparición de las primeras *"cárceles de máxima seguridad"*; y

b) los planes de construcción penitenciaria de lo que dieron en llamarse *"macrocárceles"*.

Respecto de la primera iniciativa, es fácil adivinar que su pura proyección y diseño edilicio pone en cuestión cualquier postulado resocializador de las penas privativas de libertad. Por cuanto hace a la segunda, diseñada en los últimos tiempos del *Gobierno PSOE* y continuada posteriormente en el del *Gobierno PP*, difícil de comprender resulta, desde el prisma de potenciar la construcción de unidades pequeñas (o, incluso, ahondar en la vía de *cárceles abiertas*), que la mejor opción sea aquélla que prima las macro-unidades de dos mil reclusos.[10]

Desde el punto de vista de las orientaciones que iría tomando la *Política Penitenciaria*, es obligado mencionar dos aspectos que, entiendo, marcaron el punto

10. Para conocer la lucha opuesta por los movimientos de defensa de los derechos de los presos a estas iniciativas, pueden verse las campañas, folletos y publicaciones elaboradoras por las asociaciones *Salhaketa, Asapa* o por la *Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas.*

de inflexión más alto en relación a la dureza que la misma iba tomando. Aludo a la elaboración de los primeros *"ficheros especiales"* para controlar sofisticadamente a determinados colectivos de reclusos y al inicio de la práctica de los traslados y de la *"dispersión geográfica"* de otros.

En el primer caso, se trata del *Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES)*, el cual consiste en una base de datos informáticos donde –sin cobertura legal alguna– van siendo introducidos los reclusos más conflictivos y/o reivindicativos. La inclusión de estos en el *Fichero*, supone el paso a una drástica reducción de sus condiciones de vida: aislamiento celular constante, requisas y cacheos sistemáticos, prohibición de disfrutar de los beneficios penitenciarios, censura de la correspondencia, traslados constantes de un Centro penitenciario a otro, etc. Esta "modalidad" de cumplimiento de penas privativas de libertad tiene su origen en unas Órdenes-Circulares (por ejemplo, la núm. 17/1995) que desarrollan el régimen cerrado previsto en el art. 10 LOGP que, como ya se vió, García Valdés justificara como una *"amarga necesidad"* para controlar a ciertos sectores de reclusos. Los efectos que hasta la fecha ha provocado semejante régimen, constantemente denunciado como inhumano por las organizaciones de apoyo a presos,[11] ha consistido, en la producción de perturbaciones mentales, autolesiones y suicidios de los reclusos afectados por el mismo (v. el último Epígrafe del presente trabajo).

El segundo ejemplo de la *"emergencia"* mencionada está constituído por la puesta en marcha de la denominada *"política penitenciaria de dispersión"*, política penitenciaria antiterrorista que criminaliza a los familiares de los presos de ETA, y de otros colectivos, al obligar a aquéllos a trasladarse en ocasiones hasta más de 1000 kms. de distancia para poder mantener una "comunicación" con los reclusos. Es importante destacar, asimismo, que esta *"política penitenciaria de dispersión"*

11. Para un conocimiento en profundidad de esta cuestión, puede acudirse al Monográfico publicado en la Revista *Panóptico*, núm. 2 (1996).

carece de toda base documental que la articule, además de suponer una flagrante vulneración de la legislación penitenciaria la cual destaca, en todo caso, en relación al lugar de cumplimiento de las condenas, que tal circunstancia ha de evitar el *"desarraigo social"*.

Asimismo, ha de señalarse que, ambos ejemplos, constituyen medidas adoptadas a los diez años de aprobarse aquella LOGP (exactamente en 1989) y son ejemplos que ilustran el discurrir carcelario de los años siguientes al inicio de la reforma penitenciaria y acreditan la paulatina penetración en España de la *"cultura de la emergencia o excepcionalidad"* en materia penitenciaria.

5. Técnicas para el alcanzar el gobierno disciplinario de la cárcel

Paralelamente a cuanto se está indicando, las Administraciones penitenciarias existentes en España,[12] comenzaron a elaborar unos *Programas de Actuación* en uso de sus facultades para la ejecución de la legislación penitenciaria. Conviene efectuar aunque sea un rápido repaso por los mismos. Ello puede ser conveniente para conocer cómo se llevan a cabo las tareas propias del tratamiento penitenciario, principal eje de la intervención resocializadora.

Sin ánimo de citarlos todos, cabe, por ejemplo, mencionar los Programas destinados a la *"Evaluación del clima social en la cárcel"*; *de "Animación Socio-cultural"*; *"Educativos"*; de *"Prevención y Atención a Toxicómanos"*; de *"Cultura y Deporte"* y los específicos de *"Tratamiento"*. Puede ser interesante conocer sus líneas maestras, primero, y sus fundamentos teóricos, después. Ambas cuestiones se tratarán citando textualmente a algunos de sus principales defensores.

Por lo que hace a la primera cuestión, García García señaló respecto de los *Programas de evaluación del clima social en la cárcel*, que el mismo *"pretende indagar*

12. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias (dependiente del Ministerio del Interior, con sede en Madrid) y *la Direcció General de Serveis Penitenciaris i Rehabilitació* (dependiente del Departamento de Justicia de la *Generalitat de Catalunya*).

y descubrir relaciones entre una serie de variables intrainstitucionales y personales y, al mismo tiempo, poner a prueba un Inventario de Convivencia en Prisión, realizado por algunos miembros del Equipo de Tratamiento con la colaboración de un grupo de internos, a los cuales se pretende dotarles de un repertorio conductual más capaz y más prosocial" (1987: 45 y 49).

En relación a los *Programas de Animación Socio-cultural*, Arnanz Villalta destaca que *"se trata de un proceso encaminado a que un colectivo aumente cuantitativamente sus conocimientos y aproveche de forma creativa o entretenida ese tiempo* libre" (1987: 95).

Si atendemos a los *Programas Educativos*, Garrido Genovés afirma que *"los programas educativos en la comunidad de delincuentes pretenden solucionar con éxito muchos problemas que son frecuentes en la vida diaria de los sujetos: control de impulsos agresivos, aprendizaje de habilidades de relación interpersonal, control de hábitos de adicción (...)"* (1987: 71).

Finalmente, por cuanto se refiere a los específicos *Programas de Tratamiento*, los mismos pretenden la modificación de la conducta y valores de los reclusos, tarea que pretende llevarse a cabo a través de un complejo proceso de clasificación en grados de tratamiento (y dentro de los grados, a través de otro complejo proceso de clasificación en fases), al partirse del modelo teórico de la *teoría del aprendizaje social.*

Lo señalado conduce a la segunda cuestión de las anteriormente planteadas: "los fundamentos teóricos" de semejantes formas de intervención. En este sentido, López Tajuelo señala que el tratamiento penitenciario consiste en una *"acción individual de tipo médico-biológico, psiquiátrico, psicológico, pedagógico o social, que tiene el fin de evitar la reincidencia del sujeto y conseguir su readaptación social"* (1986: 73). Añade, a continuación, que *"el contenido paradigmático del concepto aflora en términos tales como peligrosidad individual, corrección cuasi-sanatorial, etc."* (*ibidem*). Y, para concluir, el mismo autor, al comentar las tareas propias de los Equipos de Tratamiento, afirma que, estos *"han utilizado, por influjo de la Central de Observación, los esquemas operativos de la criminología clínica de Pinatel"* (op.cit: 16).

No hace falta, me parece, argumentar demasiado para demostrar que una forma tal de intervención penitenciaria permanece anclada en los postulados del positivismo criminológico decimonónico y se corresponde con un paradigma etiológico de la criminalidad.

Hace ya algunos años que, respecto de estas cuestiones, Bergalli señalaba que *"no puede dejar de mencionarse, cuando se habla de 'derechos' de los internos, en virtud de qué principio se legitima un cuadro de intervenciones destinado a obtener una mera adhesión de conducta por la vía de un sistema de "premios" a la fidelidad de la autoridad institucional o de quien la representa. Esos premios, que se otorgan sobre una base legal, responden sin embargo a unas técnicas psicológicas de puros reflejos provocados que, obviamente, poseen un efecto limitado en el tiempo y se orientan a obtener un resultado inmediato, condicionado a una meta prefijada. La crítica general dirigida al conductismo o comportamentismo o behaviourismo (cfr., por todos, Blöschl 1977), en las versiones que descienden de la reflexología de Pawlow y se continúan a lo largo de los enfoques de Watson, Skinner o Jones, se hace todavía más aguda cuando se trata de analizar las consecuencias de toda terapia comportamental aplicada en ámbitos cerrados (v. especialmente Jaeggi 1980). De todo esto debe extraerse, como conclusión, lo efímero de tales técnicas, aplicadas en un régimen de secuestro institucional y que tienden a obtener una conformidad relativa. ¿Es posible, entonces, creer que el máximo objetivo de resocialización previsto por la Constitución española para las penas privativas de libertad puede alcanzarse desde semejantes técnicas de sumisión?* (1992c: 18-19).

Por mi parte, sólo me permitiría agregar a todo ello que esta definitiva irrupción del conductismo psicológico en el terreno de la ejecución de penas privativas de libertad, viene provocando una importantísima merma de garantías jurídicas en los *derechos fundamentales* de los reclusos, derechos que ahora dejan de ser tales para devaluarse en la categoría de *simples beneficios penitenciarios*. Fácil es advertir, entonces, que si las principales cuestiones de dicha ejecución penal – permisos de salida, progresiones de grado, libertades condicionales etc.– pasan a integrar la categoría de *beneficios penitenciarios*, el estatuto jurídico de las personas

privadas de libertad continúa reduciéndose cada vez más. Los objetivos de orden y gobierno disciplinario de la cárcel se van erigiendo de este modo en los pilares sobre los cuales va a ir articulándose la mayoría de las actividades *terapéuticas*. Como indica García Borés-Espí, el tratamiento penitenciario constituye un *fracaso en sus funciones declaradas*: esto es, lograr la resocialización de los reclusos. Mas, pese a ello, representa *un éxito en sus funciones materiales*: ha logrado fomentar actitudes individuales entre los presos, *"ha logrado una cárcel quieta: el tratamiento es un éxito"* (cfr. 1992).

6. El rol desempeñado por la Jurisdicción en la construcción de ciudadanos de segunda categoría

Abundando más en cuanto se está indicando, y analizando ahora la función que la Jurisdicción ha venido cumpliendo respecto al ámbito penitenciario de estas dos décadas, ha de indicarse que el Tribunal Constitucional rescató algunas antiguas doctrinas que vendrían a intentar justificar unas gravísimas restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos. En efecto, las teorías de las llamadas *"relaciones especiales de sujeción"* y la de *los "derechos de aplicación progresiva"*, (junto a *las "razones de seguridad del Establecimiento", "interés del tratamiento"*, etc.), esgrimidas en numerosas resoluciones de aquel Alto Tribunal, acabaron por dar carta de naturaleza a determinadas situaciones que parecían superadas. Me limitaré tan sólo a indicar ciertos ejemplos.

- la *"constitucionalidad"* del trabajo penitenciario gratuito (pese a que la Constitución garantice el derecho al trabajo carcelario remunerado, de modo expreso, en el art. 25.2); o

- la imposibilidad de la asistencia letrada efectiva, y no meramente formal, a los reclusos en las (anteriores) Juntas de Régimen y/o (actuales) Comisiones Disciplinarias de las cárceles (sitio en donde se les imponen a los presos sanciones disciplinarias sin que puedan contar con un abogado que allí les defienda personalmente); o

• la imposibilidad de mantener huelgas de hambre reivindicativas hasta sus últimas consecuencias (es decir, la imposibilidad de disponer de su derecho a la vida); o

• la extensión de la práctica de la censura e intervención de la correspondencia entre presos; o

• la posibilidad de que se prohíban los contactos íntimos ("vis a vis") para determinados reclusos, etc.

En fin, como en otros trabajos he mencionado, parece que existen "unos" derechos para quienes viven en libertad y, "otros", para quienes habitan como internos las instituciones penitenciarias. El resultado de este *reformismo penitenciario* ha sido –y por tantas razones ya apuntadas no podía ser de otro modo– la construcción jurídica de un *"ciudadano de segunda categoría"*. Estas restricciones que han sufrido los derechos fundamentales de los internos de las cárceles, y que fueron amparadas por el Tribunal Constitucional, no parece que procedan de razones estrictamente "jurídicas". Como se ve, entonces, también en este *proceso de aplicación del derecho*, otra racionalidad ha sido la que ha primado.

Y, al hablar del rol desempeñado por la Jurisdicción en la tarea de protección de los derechos fundamentales de los reclusos, no puede olvidarse la *"función ideológica"* que han desempeñado los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (JVP), institución que tantas esperanzas había despertado en el momento inicial de la reforma penitenciaria. También esta afirmación requiere una explicación.

Como es sabido, una de las mayores innovaciones de la LOGP fue, precisamente, la creación de los JVP a quienes se les atribuyó, entre otras competencias específicas, la más importante de *"salvaguardar los derechos fundamentales de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse"* (art. 76 LOGP). En tal sentido, la protección de los derechos fundamentales de los presos, de una parte, así como la limitación del poder de la Administración penitenciaria, de otra, se constituyeron en los pilares que habrían de sustentar la interpretación y la aplicación del nuevo

ordenamiento penitenciario.[13] Todo ello motivó, sin duda, que surgieran grandes expectativas ante la creación de esta figura jurisdiccional. Baste recordar, en este sentido, las palabras que por entonces pronunciaba Ruiz Vadillo al señalar que *"antes de nacer la figura del Juez de Vigilancia, en él estaban depositadas grandes esperanzas y en él se confiaba para resolver algunas de las más graves situaciones que el mundo carcelario produce"* (op. cit: 93).

Tras más de veinte años de funcionamiento efectivo de estos órganos jurisdiccionales, sigue vigente un interrogante otras veces formulado:[14] esta institución llamada a controlar a la Administración penitenciaria y a asegurar el respeto por los derechos fundamentales de los reclusos, *¿ha supuesto, efectivamente, una instancia que sirva para disminuir los efectos negativos de la cárcel y hacer penetrar en ella a los principios del garantismo penal? O, por el contrario, ¿corre el riesgo de convertirse en un nuevo aparato legitimador de la institución total en su conjunto?*

Señalaba Asensio Cantisán hace bastantes años (y conviene recordar que él era JVP), que *"para que el JVP no se convierta en la cobertura formal de la actividad de la Administración sin efectividad alguna, es preciso que se forme necesariamente a los encargados de ejercer dicha función"* (1987: 15). Además de la conocida in-existencia de formación específica, podrían enumerarse aquí otros problemas que en estos años han sido ya suficientemente desvelados acerca de cuanto se está analizando:

- in-existencia de un Derecho procesal penitenciario que desarrolle –tras veinte años de vigencia– lo dispuesto en el art. 78 LOGP (lo cual, entre otras cuestiones graves, provoca la existencia de numerosísimas resoluciones contradictorias sobre materias análogas);

13. Para un estudio relativo a los JVP pueden consultarse, entre otras, las obras de Alonso de Escamilla (1985), Asensio Cantisán (1987), Bachs i Estany (1992), Bueno Arús (1985 y 1988), López Barja de Quiroga (1988), Mapelli Caffarena (1983), Rivera Beiras (1996), Ruiz Vadillo (1988).

14. El mismo interrogante lo he formulado en varias ocasiones anteriores (cfr. 1992, 1996) y, a su vez, el mismo retoma los cuestionamientos que hace ya muchos más años formularan otros autores italianos (cfr. Accattatis 1977).

- falta de ejercicio profesional de los Abogados defensores, tras el dictado de una Sentencia condenatoria firme (situación que provoca el sistemático abandono de los reclusos, quienes quedarán así en una evidente situación de indefensión jurídica, al no estar legalmente prevista la asistencia letrada gratuita, de oficio, durante la fase ejecutivo-penal);
- necesidad, en muchos casos, de que los JVP tengan que compartir su oficina judicial con otras distintas, o que tengan que fiscalizar Centros Penitenciarios que se hallan muy distantes de la oficina judicial, incluso en otras provincias distintas (lo cual provoca la vulneración material del principio de inmediación judicial, la imposibilidad de cumplir con las visitas semanales a las cárceles, que prescribe la legislación, etc.).

La relación de problemas podría ser más extensa pero, creo, la que ha sido presentada es suficientemente elocuente del "estado de la cuestión".[15] Indicaba también otro Juez de Vigilancia hace algunos años, que, *"a pesar de no querer seguir asistiendo a una función judicial simplemente legitimadora más que verificadora, (...) en la práctica es difícil articular un control judicial que vaya más allá"* (cfr. Bachs i Estany 1992: 149).

15. Y, piénsese que en tal relación de problemas, no se han mencionado las actitudes, comportamientos y resoluciones de algunos JVP que han deshonrado la Magistratura que representan. Sin duda, un caso desafortunadamente paradigmático en este sentido está representado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, José Ramón Manzanares Codesal quien, al frente durante unos ocho años del JVP n. 1 de Barcelona, protagonizó públicos y sonados enfrentamientos con presos, familiares de estos, abogados defensores, Fiscales de Vigilancia y la propia Administración penitenciaria de Cataluña. Este Magistrado, que ha subvertido la elevada función que el art. 76 LOGP le encomienda: *"salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos"*, se ha vanagloriado públicamente de restringir tales derechos. Por ello fue objeto de numerosísimas querellas criminales por prevaricación interpuestas por abogados pertenecientes a asociaciones de defensa de los derechos humanos (que fueron siempre archivadas). Asimismo, también se presentaron contra sus actuaciones numerosas denuncias ante el Consejo General del Poder Judicial que motivaron aperturas de expedientes disciplinarios e inspecciones en su Juzgado, aunque también siempre terminaron archivadas. Recientemente, pese a todo ello, acaba de ser suspendido cautelarmente por el órgano de gobierno de los jueces (v. *EL PAIS* de 24 de marzo de 1999), por los constantes retrasos hallados en la tramitación de permisos de salida de reclusos del Centro Penitenciario de *Quatre Camins*.

Por tales razones, hace ya más de veinte años, otro ex-Juez de Vigilancia, en este caso, italiano, a propósito de analizar el desenvolvimiento de esta institución en aquel país (el cual, no se olvide, posee una larga tradición en torno a esta figura jurisdiccional), señaló que el JVP sólo proporciona *"la apariencia de un control desarrollando, en consecuencia, una función ideológica que sirve para suministrar a la institución penitenciaria una cobertura garantizadora, puesto que el sistema penitenciario es garantizador porque existe el 'giudice' y sólo por eso, sino no lo sería"* (cfr. Accattatis 1977: 217).

Y, más allá de estas consideraciones, el ejercicio que de las elevadas competencias legislativas han verificado en estos años los JVP, ha ido paulatinamente mereciendo el descrédito de sus principales destinatarios, de los presos. Algunos datos ilustran en torno a la pérdida de esta legitimidad. No hace mucho se han presentado ante el Consejo General del Poder Judicial, treinta y una denuncias contra la pasividad mostrada por los Magistrados ante las cuestiones que los internos, o sus legales representantes, les formulan en relación a las violaciones a sus derechos fundamentales.[16] Y, obsérvese bien, no se trató en esta oportunidad de denuncias contra funcionarios de prisiones, quejas por hacinamiento, objeciones a tratamientos, etc. Por el contrario, las quejas de los afectados ponían en la mira, precisamente, a la in-actividad de los JVP; por eso se presentaron ante el máximo órgano de gobierno de los Jueces.

Pese a todo lo dicho, no sería justo silenciar la tarea desarrollada por algunos JVP quienes han mostrado un elevado grado de compromiso con la tarea que el art. 76 LOGP les encomienda, esto es, la de *"salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse"*. Ejemplos de semejante compromiso también han existido y es importante destacarlo. Pero sucede que los mismos han

16. Cfr. los *dossieres* elaborados, con ocasión de presentarse las aludidas denuncias ante el Consejo General del Poder Judicial, por la *Asociación contra la Tortura* y la *Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas* (Informes Anuales de 1998).

sido tan llamativos, precisamente por lo excepcional (de algo que debería haber sido habitual), que por ello no son representativos del quehacer general.

Quede claro, entonces, que no cuestiono a la institución de los JVP en sí misma, pero, como indica Bergalli, *"la existencia de una jurisdicción específica –como la instaurada por la LOGP– requiere de una legitimación a través de su propio ejercicio"* (cfr. 1992: 18). Y, desgraciadamente, el ejercicio que ha primado hasta la fecha por parte de la gran mayoría de los JVP no ha contribuído precisamente a su credibilidad; por el contrario, entonces, ha ido provocando su paulatina des-legitimación.

7. La doctrina del *"penitenciarismo oficial"* en España

Brevemente, ahora, es necesario mencionar algo respecto al discurso del llamado *"penitenciarismo oficial"*. Permítaseme, en primer lugar, definir qué se entiende por una expresión semejante. Si se realiza la tarea (ardua, pero muy clarificadora) de rastrear quiénes fueron los principales impulsores de la reforma penitenciaria de 1979 y quiénes, asimismo, se erigieron en los principales comentaristas de la misma –conformando ya una verdadera "tradición" de publicistas–, podrá comprobarse que, con algunas excepciones, se trata a menudo de las mismas personas.

En efecto, lo que ya se identifica con la denominación de *"penitenciarismo oficial"* encontró, inclusive, un particular órgano de difusión y expresión en una revista ministerial de larga tradición en la cual pudieron publicar sus opiniones relativas a evaluar los resultados de la *"opción reformista"*, los mismos autores de ésta. Se alude, claro está, a la conocida *Revista de Estudios Penitenciarios* en la cual, y a lo largo de más de una década, se verificó un *discurso auto-alimentador* en el cual tan sólo tuvieron cabida aquellas reflexiones que concluían con apreciaciones positivas (o ligeramente críticas) en torno a la reforma penitenciaria de la democracia española.

Un ejemplo de lo mencionado puede ser la lectura del número *Extra 1* de aquella *Revista* publicado en 1989 –precisamente, con motivo de cumplirse, entonces, el primer decenio de la LOGP. En la *Presentación* de aquel número, el entonces Director de la Escuela de Estudios Penitenciarios (Julián García García), ya se congratulaba del honor que para él representaba la aparición de aquella publicación: *"Los que entonces éramos funcionarios de prisiones, más viejos ahora en edad pero no en ilusión, sabemos lo mucho que representó para la dignificación y clarificación de nuestro trabajo la aparición de esta Ley"* (op. cit: 7). Así, y tras reconocer que el tema penitenciario es uno de los más controvertidos, el citado autor rendía en aquella ocasión un homenaje a *"Carlos García Valdés, principal artífice de la génesis y primera aplicación de la Ley Penitenciaria"* (ibidem). A continuación, también se rinde homenaje a Jesús Alarcón Bravo, otro artífice de la reforma de 1979, quien escribe el primer artículo del número de la *Revista* que se está citando aquí.

En la misma *Presentación*, un poco más adelante, y frente a las críticas que García García cita a propósito de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, realiza una cerrada defensa de la misma al indicar *"que el fin de la reinserción social, preconizado en la Ley, debe entenderse como un principio guía, como un camino, una filosofía del quehacer penitenciario y no como un fin alcanzable en todos los casos"* (op. cit: 9). Finalmente, después de otras consideraciones realizadas, el mencionado autor concluía afirmando que *"la Ley Penitenciaria ha dignificado sustancialmente nuestra función, y no están a su altura nuestro derecho penal y procesal penal"* (op. cit: 10).

Como puede apreciarse, en efecto, se trata de un discurso –elaborado por los propios autores de la reforma penitenciaria– que analiza los resultados de la misma; por eso se dijo antes que es un *discurso auto-alimentador*. Pero no es ello lo más destacable. En muchos otro ámbitos, distintos del presente, sucede algo similar. Lo que resulta verdaderamente grave –porque revela una intolerante resistencia a la crítica– es que una publicación como la aludida (que a nadie escapa que representó durante muchos años el *discurso oficial* sobre el universo penitenciario en España),

no haya permitido la publicación de otros discursos diferentes al oficial, los cuales podrían haber enriquecido el debate sobre una cuestión tan necesitada del mismo, como es la cuestión carcelaria.

Y, en efecto, actos de *verdadera "censura"* se produjeron en el posterior discurrir de la aludida *Revista*, lo cual revela la existencia de un particular talante que no se compadece demasiado con lo que deberían ser prácticas editoriales abiertas, plurales, en fin, auténticamente democráticas. Ello ha puesto definitivamente en evidencia el carácter monolítico de una *Doctrina oficial* cerrada en sus propios planteamientos ideológicos.[17]

8. Las reformas de 1996: nuevo Código Penal y nuevo Reglamento Penitenciario

Mientras tanto, en los últimos tiempos del último Gobierno PSOE, comenzaron los debates parlamentarios que llevarían a la aprobación del nuevo *Código Penal de la Democracia* (nCP), tal y como ha sido bautizado. Los reclamos por la superación del anterior *Código Penal de la Dictadura* (aCP) eran a estas alturas (en 1995) unánimes. Así, aunque en un momento de debilidad política del citado Gobierno, y contemporáneamente a las más importantes revelaciones en torno al *"terrorismo de*

17. Con ello se alude a la censura del artículo enviado al Consejo de Redacción de la *Revista de Estudios Penitenciarios* por Roberto Bergalli, en el año 1992, titulado entonces *"Resocialización y medidas alternativas. Extravíos conceptuales, políticas sinuosas y confusiones piadosas en la práctica penitenciaria de España y Cataluña"*. Aquel trabajo había sido enviado al Consejo de Redacción de la *Revista*, junto a otros dos artículos, uno de quien suscribe y otro de Massimo Pavarini. El trabajo de Bergalli era, justamente, el que contenía apreciaciones críticas en torno al denominado *"penitenciarismo oficial"*. Como se ha dicho, la publicación de ese artículo fue rechazada. Ante ello, tanto Pavarini como yo, solicitamos que se nos devolvieran nuestros textos –con expresa prohibición de que fuesen publicados- pues no estábamos dispuestos a participar en un acto semejante. El rechazo de aquel artículo –que dió lugar a un intercambio epistolar entre varios miembros del Consejo de Redacción, el autor censurado y los otros dos ya mencionados-, motivó la realización de otra publicación modesta, llevada a cabo por la *Associació Catalana de Juristes Demócrates*, titulada *"Política penitenciaria y Doctrina oficial (la intolerante resistencia a la crítica)"*. Allí podrán encontrarse todas las cartas mencionadas (que acreditan cuanto aquí se está diciendo), junto a los tres artículos de los autores también citados.

Estado" que afloraban por entonces, fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el nCP, el día 8 de noviembre de 1995, aunque no entraría en vigor hasta el 24 de mayo del año siguiente, como L.O. 10/1995 de 23 de noviembre.

Las discusiones parlamentarias estuvieron marcadas por un duro debate entre los grupos parlamentarios que estaban a favor del proyecto oficial y el único partido que se negó a votar a favor del mismo (Partido Popular) al que, paradójicamente, le ha correspondido después su ejecución. Esa dura confrontación, para cuanto ahora interesa aquí, estuvo escenificada por un tema emblemático: el denominado "*cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad.* Ahora bien, es importante recordar hoy, cuando ya han pasado algunos años de aquel debate, que el mismo estuvo siempre atravesado por *"nuevas emergencias"* que condicionarían el resultado final: a) las *elecciones de política criminal en materia de terrorismo*; b) el *recuerdo de acontecimientos delictivos tristemente famosos que conmocionaron la conciencia social* (y supusieron la recogida de más de 3 millones de firmas que solicitaban profundas restricciones de beneficios penitenciarios para delitos contra la libertad sexual);[18] y, c) los *compromisos electorales que los partidos políticos habían adquirido* (en un momento ya inmediatamente anterior a las elecciones generales).

No puede negarse que el nCP ha supuesto una importante modernización en no pocas cuestiones que requerían una reforma desde hacía mucho tiempo. La elevación de la mayoría de edad penal (aunque ha quedado en suspenso su entrada en vigor, hasta que no se apruebe la Ley que regule las responsabilidades penales de los menores) o la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (pese a que ya estaba reducida practicamente a cenizas por una jurisprudencia del Tribunal Constitucional), constituyen ejemplos de lo dicho. Interesa ahora destacar algunos aspectos relativos a la pena privativa de libertad, con el fin de que pueda seguirse el curso reformista que se está aquí describiendo. Cabría enumerar algunas de las siguientes innovaciones del nCP:

18. Todo ello como reacción frente a un triple secuestro, violación y asesinato de unas niñas.

- *derogación de la institución de la redención de penas por el trabajo* (tanto la *ordinaria* del art. 100 del aCP, cuanto la *extraordinaria* del Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956);

- *introducción de regímenes excepcionales de cumplimiento de penas de prisión* (como ahora se denominan), *junto al régimen general de cumplimiento*. Este *"penetración de la excepcionalidad penitenciaria"*, puede ser vista a través de diversos ejemplos, entre los que cabría citar los siguientes:

a) el paradigmático art. 78 nCP el cual, atendida ahora la *"peligrosidad"* del infractor, permite calcular sus posibles beneficios penitenciarios (permisos de salida, libertad condicional), sobre la suma total de condenas, en lugar de aplicarse las reglas *ordinarias* de acumulación jurídica de las mismas.

b) También puede mencionarse el nuevo sistema para la concesión de la libertad condicional. En efecto, frente al *régimen general* que prevée su concesión cuando el penado haya extinguido las ¾ partes de la condena (además de hallarse en tercer grado de clasificación, tener buena conducta y un pronóstico favorable de reinserción), se establece ahora que, *"excepcionalmente"* (cfr. art. 91 nCP), se podrá conceder la libertad condicional a quienes hayan cumplido las 2/3 partes de la condena *"siempre que hayan desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales"*.[19]

Este nuevo sistema de cumplimiento, escuetamente descripto, permite ahora, tal y como destaca Muñagorri, *"alcanzar un tiempo máximo de cumplimiento de treinta años (art. 76.1.b) duración que además puede ser efectiva en base a las previsiones del art. 78"* (1997: 4). Semejante duración de la pena, agrega el citado autor, *"era, con la legislación derogada, prácticamente inalcanzable"* (ibidem).

Además, este autor, a través de analizar los ejemplos referentes a la nueva penalidad de los delitos de robo con violencia e intimidación y contra la salud

19. Especie de "redención de penas encubierta" con la gran diferencia ahora, para los reclusos, de que estos habrán de esperar al final de la condena –y mientras tanto trabajar siempre- para ver si se les conoce –o no- ese beneficio. Antes, sabían ya desde el principio en adelante lo que redimirían de la condena.

pública – precisamente, las dos categorías que proporcionan la clientela carcelaria –, demuestra que *"se desvanecen determinadas afirmaciones sobre la generalizada benignidad de la nueva regulación legal"*, lo cual le lleva a concluir que el nCP produce un *"incremento regresivo de la complejidad penal"* (ibidem). Dos interrogantes pueden plantearse para la reflexión tras lo que se ha dicho:

a) ¿Se ha perdido una ocasión histórica de avanzar hacia una superación (o cuanto menos, una limitación) en el empleo de la opción custodial?; y,

b) ¿Es posible entonces concluir pensando que el *Código Penal de la Democracia* sea, desde el punto de vista del cumplimiento de penas privativas de libertad, notoriamente más duro que el *Código Penal de la Dictadura*?.

Antes de concluir este apartado es preciso hacer mención de la aprobación, en 1996 del nuevo Reglamento Penitenciario. Éste ha derogado en su totalidad al anterior, tratándose por tanto de una regulación completamente nueva y que debe adecuarse, claro está, al nCP; no en vano han entrado en vigor, ambos cuerpos normativos, el mismo día.

En primer lugar, ha de llamarse la atención ante un hecho de suma gravedad: *la inmensa mayoría de materias que afectan a la regulación de la privación de un derecho tan fundamental como es la libertad, continúa regulándose en España en normas que carecen de rango legal.* El interrogante que surge, es evidente: ¿dónde está el respeto por la garantía ejecutiva derivada del principio de legalidad? (la cual obliga –como exigencia del Estado de Derecho– a que la forma, el modo, en el cual se cumplan las penas privativas de libertad, se adecúe a lo establecido por normas de rango legal).

En segundo lugar, ha de cuestionarse (también en este capítulo de objeciones a la técnica "legislativa") la imprevisión de la tipificación de las acciones que puedan dar lugar a faltas disciplinarias. Continúa así, veinte años después, la curiosa "técnica legislativa" de regular –por Ley– las sanciones que puedan imponerse por la comisión de unas faltas que se regulan –por vía Reglamentaria– en un texto derogado (como es el Reglamento Penitenciario de

1981 reformado en 1984). La *"atención"* que el problema penitenciario ha merecido, no puede ser más tristemente elocuente.

Más allá de estas objeciones, pueden sin duda señalarse otras tanto o más graves. Para no extenderme en toda una serie de materias, mencionaré tan sólo dos que, entiendo, son particularmente graves.

La primera se refiere al intento de *"legalizar"* (obsérvese bien, por vía *reglamentaria*) al régimen del ya mencionado *Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES)*. Si bien es verdad que semejante "régimen" no es aludido por el RP por su verdadero nombre, no es menos cierto que tras la nueva regulación del "régimen cerrado" se esconde el intento mencionado. Tan sólo cabe decir, al respecto, que ahora, la nueva *"excepcionalidad"* ya ni tan siquiera penetra de la mano de una Ley, simplemente semejante tarea se verifica con una norma reglamentaria.

La segunda cuestión, se relaciona con el espinoso tema de la libertad condicional para los presos enfermos terminales. Por una parte, el art. 92 nCP estabelece que se podrá conceder la misma para quienes, *"según informe médico, sean calificados como enfermos muy graves con padecimientos incurables"*. Pero se ha de tener en cuenta, ahora, que por vía reglamentaria se añade un *plus* en los requisitos para obtener tal libertad: en efecto, tal y como establece el art. 104.4 del RP, se ha de apreciar, *además*, una *"dificultad para delinquir"* y la *"escasa peligrosidad"* del sujeto. Ello supone el intento, nuevamente, de dar carta de naturaleza a lo que hasta ahora, eufemísticamente, algunos JVP denominaban como *"autonomía funcional"* del recluso. Semejante expresión significaba –en la práctica forense– que mientras el deterioro en la salud de los presos enfermos no hubiera alcanzado un estadio determinado (medido en su capacidad de moverse por sí mismo, realizar sus mínimas necesidades vitales e higiénicas etc.), no se producía la excarcelación. Tan sólo cuando el avance de las enfermedades ocasionara un deterioro significativo que impidiese al preso su capacidad de autonomía, la excarcelación se ponía en marcha. Ahora, semejantes variables han sido elevadas a la categoría de *norma*, eso sí, *reglamentaria*.

9. La anunciada contra-reforma penal, procesal y penitenciaria de 2003

Para terminar esta primera Parte conviene, desde el punto de vista político criminal, mencionar al menos la tendencia que marcan las reformas estrenadas hace escasos meses por el Gobierno del Partido Popular en España. Con la prudencia que exige examinar lo que acaba de ser aprobado, cabe señalar que han sido anunciadas las siguientes:

a) Elevación de las penas privativas de libertad hasta los 40 años, reforma anunciada a través de la modificación del Código Penal de 1995. Esta medida supone una forma encubierta de consagrar una penalidad perpetua o cadena perpetua, no aceptada constitucionalmente en España, asimismo pone en entredicho el principio resocializador de las penas privativas de libertad, única finalidad de la pena admitida por el artículo 25.2 de la Constitución española. Con la pretendida reforma queda así afectada la Ley sustantiva.

b) Recorte en la aplicación de beneficios penitenciarios para ciertas categorías de delitos, medida que se opone frontalmente al principio de "individualización científica", consagrado en la Ley Penitenciaria que obliga a que el tratamiento penitenciario sea personal, caso por caso, prohibiéndose toda consideración que utilice "categorías" o tipologías" de personas o de delitos. A través de esta reforma queda así afectada la Legislación penitenciaria.

c) Creación de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la Audiencia Nacional, con la finalidad de que estos se encarguen del seguimiento de las condenas impuestas a los condenados por aquélla. Reforma que plantea graves problemas :

– Significa una clara "desconfianza" hacia una pieza clave del Poder Judicial: hacia los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

– Plantea una imposibilidad de aplicación de la Ley General Penitenciaria infringiéndose el "principio de inmediación" que preside sus actuaciones, ¿como

podrá cumplir un Juez de Vigilancia de la Audiencia Nacional este principio, si desde Madrid tiene que vigilar el cumplimiento de una pena en cárceles muy alejadas de su sede judicial?

– Imposibilidad de cumplir las obligaciones impuestas tanto por la Ley de Enjuciamiento Criminal como por la Ley General Penitenciaria, concretamente la obligación de visitar semanalmente los centros penitenciarios. La reforma anuncia afecta así a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

d) Endurecimiento en la previsión legal y en la aplicación de la prisión preventiva, tal medida supone una oposición frontal con la doctrina sentada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional en materia de prisión preventiva, pasando de ser una medida excepcional a convertirse en regla general. La reforma supondrá un importante aumento de las presencias carcelarias. La aplicación de una medida tan drástica supone un atentado a principios y derechos fundamentales consagradas en la Constitución de 1978, el derecho a la libertad, artículo 17, y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24. Queda así afectada sustancialmente la Legislación procesal.

e) Expulsión del territorio español de todos aquellos extranjeros que cometan delitos, tal medida supone ahondar en la criminalización de la inmigración extra-comunitaria, contribuye a la creación de la "Europa fortaleza" y supone una vulneración del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de origen, consagrados en la Constitución de 1978. Queda así afectada con la reforma la Legislación en materia de extranjeria.

Resulta evidente que estas reformas suponen la afectación de los cinco grandes pilares de un sistema penal propio de un Estado social y democrático de derecho; en efecto, se reforma el ordenamiento penal, procesal, judicial, penitenciario y la legislación de extranjería.[20]

20. Estas medidas ya han recibido la crítica de numerosos colectivos progresistas y defensores de los derechos humanos. En contra de las mismas se han pronunciado (con sendos Manifiestos, comunicados, ruedas de prensa, Jornadas universitarias, etc.), al menos, el colectivo de Jueces para

En estos momentos, el Estado español, tiene una población reclusa de 56.000 personas y junto con Portugal, ostenta el primer lugar de la U.E. en el índice de encarcelamiento. Si a este índice elevado de prisionización, le unimos condenas más largas para cumplir y una restricción de beneficios penitenciarios que obviamente, acompaña a la reforma del Partido Popular, el escenario punitivo adquiere unos rasgos muy precisos:

– La prisión se convierte en la sanción penal por excelencia.

– Se olvidan o marginan las medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

– Deviene evidente la necesidad de incrementar la inversión en construcción de nuevos y mayores centros penitenciarios.

– Es fácilmente imaginable un escenario de crecimiento del encarcelamiento de determinadas franjas de la población: en la actualidad un 30% de los presos, ya son extranjeros extra-comunitarios.

– La finalidad de la pena se torna abiertamente neutralizadora, incapacitadora e inocuizadora, apostándose claramente por la prevención especial negativa en lugar de la positiva (única amparada por la Constitución).

Todo ello, supone la paulatina construcción de un "derecho penal del enemigo". La llamada "cultura y legislación de la emergencia y excepcionalidad penal ", unida a la política de la "tolerancia cero", inspiran la reforma penal anunciada por el gobierno del Partido Popular, representando dos líneas de política criminal que van edificando un derecho penal cada vez más alejado de sus fundamentos liberales.

la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, diversos profesores de Universidades españolas, la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, numerosos Colegios de Abogados del Estado español, el Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, la Asociación PreSOS de Galicia, la Asociación Salhaketa de Apoyo a Presos de Euskadi, la Asoaciación de Seguimiento y Apoyo a Presos/as de Aragón, la Asociación Apoyo de Madrid, la Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas y muchos otros colectivos cuya mención expresa sería muy extensa.

Mas, aún es preciso descender al plano empírico, al de los sujetos destinatarios del sistema penal, para acabar el retrato que se pretende aquí mostrar.

SEGUNDA PARTE

Un retrato sociológico de la cárcel real en el nuevo milenio

1. ¿Quiénes son los/as presos/as en España y cómo viven (y mueren) en la cárcel?

Para ir avanzando más aún en esta evaluación del sistema penitenciario español construído en estos algo más de veinte años de reformismo penitenciario, y más allá de todo lo dicho anteriormente, como cuestión ahora decisiva, es pertinente echar un vistazo definitivo a la *"cárcel real"*, esto es, a la situación penitenciaria que existe en la España del nuevo milenio. De tal modo, serán los eventuales lectores quienes estén en mejores condiciones de poder analizar los resultados que aquella *opción reformista* produjo, es decir, ver ¿qué cárcel tenemos hoy en la España de fin del milenio?

Antes de ello es preciso destacar la ausencia, en España, de estudios sociológicos acerca de la cárcel que permitan conocer su estado real, lo que sucede en su interior, etc. Pese a ello, y por eso merece ser destacado, con gran dificultad se ha realizado hace muy poco un importante estudio que (por sus grandes dimensiones –aspecto cuantitativo– y las diversas variables contempladas y conclusiones verificadas –aspecto cualitativo–), merece una profunda credibilidad. Prueba de ello, tal vez, es que semejante estudio haya sido vetado por la *Dirección General de Instituciones Penitenciarias*. Aludo al trabajo de investigación desarrollado por Julián Carlos Ríos Martín y Pedro José Cabrera Cabrera que ha sido recientemente publicado bajo el título de *"Mil voces presas"*. No me corresponde a mí describir la metodología del mismo, los inconvenientes encontrados para su realización, ni el veto o censura que recibió de la Administración penitenciaria;

son los autores del mismo quienes están cualificados para dicha tarea y en la mencionada obra dan cumplidas respuestas a tales cuestiones.

Aquí me interesa, de modo muy resumido, indicar algunas de las principales conclusiones que pueden extraerse de su lectura, con el ánimo de efectuar rápidamente una radiografía de la actual situación penitenciaria. Respetando el método expositivo de la obra de Ríos y Cabrera, ello puede efectuarse a través de la siguiente relación.[21]

- *Características personales de las personas presas:*

1) Se resalta en este estudio el profundo carácter selectivo de las agencias del sistema penal: *"el componente clasista del sistema penitenciario emerge con toda su crudeza. Fundamentalmente, las personas persas son gente que, desde el punto de vista ocupacional, pertenecen en sus 4/5 partes a la clase trabajadora (82%). Esto es, se trata de trabajadores asalariados por cuenta ajena con escasa o muy escasa calificación. Estos estratos ocupacionales están sobrerrepresentados en las cárceles en unas 2,3 veces lo que suponen dentro del conjunto de la estructura de clases española (82% vs. 36%). Lo contrario ocurre con los empresarios y personal directivo: están infrarrepresentados tras las rejas: 0,5 veces (3%/6%)".*

2) Asimismo, se destaca el escaso o nulo bagaje cultural y escolar de la población actualmente encarcelada: *"y ello a pesar de que la muestra obtenida debe presentar un cierto sesgo al alza, ya que se trata de un cuestionario autoadministrado, al que para responder la persona debe ser capaz de leer y escribir. Hay que tener en cuenta que el grado de analfabetismo es desmesuradamente alto entre la población reclusa en comparación con la población española, donde practicamente ha sido erradicado".*

3) También, en este apartado, se subraya el alto nivel de desarraigo y desvinculación afectiva y familiar: *"no llegan a la tercera parte los que dicen mantener un vínculo de pareja más o menos sólido (...). El resto, o no han llegado a poder establecer*

21. Esta relación resume el contenido del Suplemento de *Cáritas*, núm. 388 (octubre 1998), titulado "La cárcel: descripción de una realidad" (Julián Carlos Ríos Martín y Pedro José Cabrera Cabrera).

tales vínculos y se encuentran solteros (46%), o han visto roto su matrimonio: los divorcios y separaciones, bien sean legales o de hecho, suponen casi un 20% de los casos; es decir, hay más separados/divorciados que casados. Para valorar más exactamente lo que significa ese 20% sólo hay que pensar que en el conjunto de la población española mayor de 18 años, el grupo de los separados/divorciados ronda aproximadamente el 2%."

- *Reincidencia en el delito y edad del primer ingreso:*

1) *"La cárcel no evita la reincidencia, la aumenta. Con una enorme frecuencia las personas que pasan por el sistema penal y que acaban ingresando en prisión son siempre las mismas. De los datos obtenidos se puede concluir que quienes van a continuar entrando regularmente en prisión a lo largo de su vida ingresan por primera vez siendo muy jóvenes. Claro que eso precisamente es lo que ha ocurrido con la mayoría de las personas presas: el 85% de los presos encuentados han entrado por primera vez en prisión antes de cumplir los 20 años".*

2) *"Aquellos presos que han entrado por primera vez en la cárcel siendo casi unos niños –16 años– reingresan 4 o más veces en un 44% de los casos. Y si el corte de edad lo establecemos un poco más arriba, y hablamos simplemente de los que entran jóvenes –con menos de 20 años–, entonces el grupo de los hiperreincidentes se eleva hasta suponer el 82% de todos los jóvenes primerizos. Es decir, 8 de cada 10 se han convertido en inquilinos habituales de Instituciones Penitenciarias (...). Como dispositivo excluyente, la cárcel centra su atención sobre los grupos excluídos y genera más exclusión, no más inclusión (...). Como en su día señaló Concepción Arenal, la cárcel no es más que una fábrica de reincidencia".*

- *Características de las macro-cárceles*

1) En este punto, la investigación llama la atención en torno a que las llamadas "macrocárceles" han incrementado los obstáculos para la reinserción de los presos: *"tanto por su configuración arquitectónica como por su ubicación (en medio de auténticos páramos de complicada comunicación para familiares y defensores), así como por los mecanismos de control y seguridad que incorporan. Todo ello las convierte en macanismos necesariamente violentos, tendentes a incrementar el grado de aislamiento y separación de la sociedad".*

2) Es importante destacar que este estudio revela que estas macrocárceles constituyen espacios absolutamente cerrados, donde surge un nivel de conflictividad que genera violencia en una doble dirección: *"por un lado entre los mismos presos y los funcionarios que forzosamente ven su relación marcada por la desconfianza y el recelo, cuando no por el desprecio mutuo. Curiosamente, no se trata de una relación que se circunscriba al personal de vigilancia; sino que más bien ocurre al contrario: se muestra una mayor animadversión hacia la actuación de los funcionarios de los Equipos de Tratamiento por realizar su trabajo en condiciones de separación y distancia burocrática. En ese sentido, es la violencia fría y sin estridencias que se ejerce desde los mecanismos institucionalizados de control y supervisión la que más se rechaza por parte de las personas presas. No se trata de una simple cuestión de afectos, de simpatías y antipatías personales, sino de líneas de fractura institucionalizadas entre unos y otros que cumplen funciones objetivas como mecanismos de asignación de roles e identidades rígidas e insoslayables. A este respecto, el 66% de los presos encuestados no se siente tratado con respeto".*

3) También en este apartado, se indica más adelante que semejante conflictividad genera una espiral de violencia en contra del preso que paulatinamente le va degradando física y mentalmente: *"existen muchos momentos de la vida en la cárcel durante los cuales las técnicas de tratamiento adquieren una especial dureza, pasando a ser empleadas como verdaderos recursos para la despersonalización y el aniquilamiento de la identidad y para hacer desaparecer la resistencia frente a la presión institucional: aislamiento, traslados, regresiones de grado, denegaciones de permisos, sanciones, pérdida de destinos, etc.".*

- *Características de la vida en régimen cerrado y aislamiento*

1) *"Aproximadamente la mitad de los encuestados han visitado en algún momento las celdas de aislamiento (...). El régimen de vida del primer grado o del aislamiento es un instrumento reglamentariamente establecido que genera la soledad extrema, el aislamiento casi absoluto, la total ausencia de intimidad; en definitiva, una situación de dominio y sometimiento radical".*

2) A continuación, se precisa que el 71% de los presos encuestados que se encontraban clasificados en primer grado, disfrutaban de 2 horas de patio al día, es decir, que pasan 22 hs. de encierro absoluto. *"De ellos, el 42% disfrutan únicamente de 1 hora y un 2% de ninguna"*.

3) Se añade, asimismo, en lo que hace a las condiciones de las celdas de aislamiento, que la comida se sirve fría a través de un agujero en la puerta, *"y al cabo del día son veintitantas horas sin salir de ella, envuelto en una semipenumbra, sin mobiliario, sin objetos personales ('te quitan hasta las fotos') o con muy poca cosa: 'un cepillo de dientes mutilado, un par de mudas, una manta: casi nada, practicamente el vacío durante días' (a veces, años)"*. Pese a destacarse la mejora e muchas de estas celdas de aislamiento, se siguen describiendo como verdaderas *"mazmorras asquerosas, con cucarachas, mosquitos, ratas y chinches"*, dependiendo de qué cárcel se esté hablando. *"De todas maneras, aún cuando mejoren las condiciones arquitectónicas de la celda de aislamiento, lo que no cambia son las condiciones psicológicas en que se realiza el internamiento en ellas: aunque los malos tratos físicos sean aislados, el castigo psíquico es contínuo ya en vida normal, por lo que en régimen de castigo el aniquilamiento psíquico es el fin"*. 4) Posteriormente, se destaca que un 94% de las personas que han estado en primer grado han sido cacheadas con desnudos integrales durante su período de aislamiento (*"cuya reiteración genera un fuerte sentimiento de humillación"*).

- *Tratamiento penitenciario y funcionamiento de los Equipos Técnicos*

1) Ante todo, en este apartado se subraya que la cárcel se encuentra diseñada desde el exclusivo punto de vista de la seguridad *"tanto por lo que se refiere a la dotación presupuestaria, como a la arquitectura o al régimen. El tratamiento, afirmado pomposamente como principio, resulta inexistente en la práctica, y queda condicionado y supeditado a la seguridad y al régimen"*.

2) Se destaca, por ejemplo, que sólo al 21% de los encuestados se les hizo una propuesta de tratamiento individualizado, tal y como es obligatorio.

3) Asimismo, se resalta la cuestión relativa al notable *déficit* de comunicación con los funcionarios del Equipo de Tratamiento. *"Respecto de la frecuencia con que se*

celebran dichas entrevistas nos aparece una cifra sorprendente: el 9% dice no haber tenido aún ninguna entrevista, y el 13% ha disfrutado tan sólo de una, es decir, que casi una cuarta parte, ha tenido menos de dos entrevistas, siendo la tónica más habitual que se hayan tenido dos o tres a lo largo del tiempo de condena".

4) Por lo que hace a las condiciones de las entrevistas con los profesionales de los Equipos Técnicos, este estudio resalta que *"el 71% de las personas encuestadas señalan que las entrevistas duraron menos de 10 minutos".*

- *Actividades*

1) *"A la pregunta sobre si tenían posibilidad de realizar actividades en prisión, respondieron afirmativamente el 80% de los encuestados. Ahora bien, ¿de qué actividades se trata?. Esencialmente de actividades educativas. La 'escuela' es la actividad a la que se refieren el 42% de los 973 presos que responden a la pregunta. Le sigue muy de lejos la formación laboral, apenas un 10% del total".*

2) En cuanto a que estas actividades supongan una ocupación del tiempo en la cárcel, el estudio indica que *"no parece que sea sí. Lo que más podría asimilarse a la ocupación plena del tiempo en la calle –que sería la ocupación en talleres laborales– sigue siendo el privilegio de una minoría de presos. El resto vegeta en el patio o se entretiene con actividades más bien testimoniales."*

- *La droga*

1) En primer lugar, se destaca en esta sede que *algo más de la mitad de la población reclusa es drogodependiente.*[22]

2) Semejante situación repercute en:

a) *el notable aumento de las sanciones disciplinarias*;

b) *el deterioro de la salud*;

c) *la reincidencia* (entendida como aumento notable de sucesivos ingresos en la cárcel);

22. Dato que concuerda exactamente con las informaciones publicadas recientemente por el periódico *EL PAIS* (21.03.1999), donde se anunciaba que *"el 53% de las reclusas en España son toxicómanas".*

d) *la estratificación social y de poder entre los presos* (*"bien porque se persiga directamente o porque indirectamente se tolere y se aproveche su función latente, lo cierto es que la dinámica de la droga (entre la que hay que contabilizar muy particularmente a la metadona que actualmente es suministrada por la administración penitenciaria) es un medio de controlar y disciplinar a la población reclusa. De hecho, la experiencia nos demuestra que se aplican muy cicateramente las alternativas extrapenitenciarias (...). Se priman los programas de metadona, desarrollados sin el rigor que necesitan para no ser meros abrevaderos de la sustancia, en detrimento de los programas libres de droga con intervención psicosocial"*.

- *Malos tratos*

1) Este apartado comienza con una categórica afirmación: *"continúan existiendo malos tratos físicos infligidos bajo apariencia de legalidad. Se justifican en aplicación de los medios coercitivos (porras, sprays) utilizados, en ocasiones arbitrariamente, y en otras excediendo de su utilización cuando el preso ya ha sido reducido"*.

2) A continuación, se revela que *los malos tratos afectan a un 34% de la muestra total*. De este porcentaje, un 80% dice haber tenido oportunidad de recurrir al Juez de Vigilancia Penitenciaria; el resto, o no ha podido, o ha considerado inútil hacerlo.

3) Los aludidos porcentajes de presos *maltratados aumentan en el caso de encuestados clasificados en primer grado*, quienes añaden los *"apaleamientos colectivos de funcionarios"* (algunos con relatos verdaderamente estremecedores) o los malos tratos consistentes en *"mantener al preso esposado a la cama durante varios días, utilizando las argollas que existen para mantenerle inmovilizado"*.[23]

- *Desarraigo y lugar de cumplimiento*

1) *"El 47% de las personas presas encuestadas se encuentra en cárceles ubicadas fuera de la provincia del domicilio familiar. Esta es una cuestión importante, porque*

23. Respecto a la existencia de malos tratos en Centros Penitenciarios españoles, pueden consultarse las Memorias publicadas tanto por la *Asociación contra la Tortura*, como, específicamente, el "Dossier sobre Malos Tratos en Prisiones Españolas (1996-1998)", elaborado por la *Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas*.

mientras que el 51% de los presos encuestados que tienen familiares en la misma ciudad donde se encuentra reciben visitas, se 'comunican' con ellos, los que no los tienen en la misma provincia 'comunican' sólo el 31%. Lo que supone que la práctica administrativa de ubicación de presos genera desarraigo familiar y exclusión".

- *Traslados y conducciones*

1) En primer lugar, este estudio advierte que, en ocasiones, se utilizan los traslados como forma de *"sanción encubierta (...). Ello supone un aumento del castigo y del sufrimiento, no sólo por el desarraigo personal, sino también por el familiar y por las condiciones humillantes y denigrantes en que se efectúan los mismos".*

2) Indican los autores de esta investigación que, *sorprendentemente, la pregunta sobre los traslados y sus condiciones ha sido la que más cantidad de testimonios ha generado".* Resumiendo tal cantidad de respuestas, puede afirmarse que las mismas son contundentes a la hora de afirmar que a los presos se les traslada esposados (lo que les genera una sensación de *"indefensión"* ante la posibilidad de accidentes), *"atrapados en hierro y chapa"*, lo que representa un verdadero *"calvario"* al tener que *"ir encerrado en un espacio minúsculo, con temperaturas extremas, casi sin luz o con muy poca luz, con abundancia de ruidos y muy escasa ventilación, respirando un aire viciado e infecto por la proximidad de las letrinas, poblado de olores nauseabundos, en forzoso y estrechísimo hacinamiento, sin poder acudir al servicio cuando es preciso, lo que con frecuencia obliga a un contacto directo e inevitable con los vómitos, orines, etc., sin poder beber, dormir ni descansar durante horas (...), enjaulado, en suma".*

3) Es llamativo observar en estas descripciones, las propias comparaciones que los presos encuestados hacen con animales en situaciones similares: surgen vocablos tales como *"ganado, perros, ratas, gallinas, cerdos, sardinas, borregos, conejos...".* Precisan al respecto los autores del estudio que *"esta especie de zoológico con el que sorprendentemente nos hemos encontrado creemos que asevera más allá de cualquier información explícita en hecho de que existe una amplísima y bien contrastada conciencia entre las personas presas de haber sufrido unos traslados*

que se realizan en condiciones infrahumanas, animalescas, de ahí la literalidad expresiva del arca de Noé que hemos descubierto".

- *La Muerte en la cárcel*

1) En primer término, se llama la atención acerca de que *"la opinión pública desconoce la frecuencia con que se muere en prisión y las circunstancias dramáticas en que fallecen las personas en las cárceles".*

2) Pese a ello, se destaca la profunda preocupación revelada en los Informes anuales del Defensor del Pueblo por el *"elevado número de enfermos que fallecen en las cárceles o en hospitales, momentos o pocos días después de haber sido excarcelados".*[24]

3) El 87% de los encuestados dice haber conocido personas presas que han muerto en prisión: *"se trata por tanto de un hecho ampliamente conocido y contrastado; la gente se muere con relativa facilidad en la cárcel".*

4) *"El 53% de los testimonios recogidos mencionan casos de muertos por SIDA"* (especialmente desgarradores son aquí los relatos relativos a la tramitación de libertades condicionales por enfermedad terminal, que no llegan a tiempo con el consecuente deterioro de la salud: aparición de enfermedades oportunistas, manchas, pérdida constante de peso, de cabello, de la visión o del oído...).

5) *"Le siguen a bastante distancia otras dos causas de muerte: los suicidios (27%)"* (abundando aún el trágico y tradicional sistema de ahorcamiento, en primer lugar y, en segundo, el lanzamiento desde las alturas), *y*

6) *"los fallecidos por sobredosis (21%)"* (como dato a destacar, es el elevado índice de presos encuestados que culpan a la administración de metadona de ser, en no pocas ocasiones, la causante de las muertes por sobredosis).

7) *"Los casos que las personas que contestan interpretan como fallos o negligencia médica (17%) son también bastante abundantes (...). A más distancia le siguen las personas fallecidas por 'otras enfermedades' distintas a lo ya señalado".*

24. Cfr. Defensor del Pueblo 1997.

2. La "nueva" *pena corporal* en Europa

"Este libro no tratará de los abusos, de las ilegalidades y violencias que cotidianamente se verifican dentro de los muros carcelarios (...). El material que presentamos se refiere a la 'pena ordinaria', aun de por sí 'extraordinaria', porque inflige sufrimientos y mutilaciones. Se trata de la cárcel infinitamente reformada en cuanto irreformable, que produce des-personalización, infantilización, expropiación del tiempo y de la comunicabilidad. La cárcel es, desde siempre, un lugar de contagio, de difusión de morbosidades que, en las diversas contingencias históricas, agrede a los más indefensos: pulmonías y escorbutos en las primeras Galeras; infecciones de todo tipo, locura y promiscuidad en la época del Gran Internamiento; drogas y SIDA en la cárcel contemporánea" (Gallo y Ruggiero1989: 7[25]).

Con estas palabras se inicia la Presentación de la Investigación realizada por los citados autores y que lleva el sugestivo título de *Il carcere immateriale: la detenzione come fabbrica di handicap*. La lectura de este trabajo produce auténticos escalofríos acerca de la naturaleza corporal de la pena diseñada en la Modernidad como resultado de las aspiraciones humanistas de los "reformadores" del Iluminismo y de quienes diseñaron el llamado derecho penal *liberal*.

A partir de las investigaciones realizadas, entre otros, por Beckett (1987), Banister (1973), Bucceri (1988), Gunn (1978), Verri (1988), Gonin (1989), Pancheri (1980), Gallo y Ruggiero describen el *"universo de síndromes"* configurado a partir de numerosas relatos sobre las *"enfermedades de la sombra"* que van detallando. Y no se trata sólo de investigar en torno a los disturbios mentales, o a todo lo que provocan *"los rumores del silencio"* (cfr: 65), o al *"bloqueo de las comunicaciones"* o a la *"ritualización del mundo y de las relaciones en general"* (*ibidem*). Junto a todo ello, que de algún modo resulta más conocido, las revelaciones son cuanto menos sorprendentes.

25. Traducción hecha por el autor.

En efecto, citando las aludidas investigaciones (realizadas en Centros penitenciarios tanto europeo cuanto norteamericanos, fundamentalmente en la década de los años de 1980), los autores van desgranando diversas patologías, entre las que cabría destacar las siguientes:

- *claustrofobia*: especialmente experimentada en los regímenes de aislamiento carcelario, en forma de "compresión espacial" con pérdida paulatina del "sentido de realidad".

- *Irritabilidad permanente*: que revela un constante sentimiento de rabia sin posibilidad de expresar libremente y que cala muy hondo, con el paso del tiempo, en el estado anímico de quienes lo padecen.

- *Depresiones diversas*: provocadas, entre otros factores, por los efectos del auto-control forzado y que puede llegar, en ocasiones, a liberar fuerzas autodestructivas que en la cárcel generalmente se han expresado en forma de automutilaciones, suicidios etc.

- *Síntomas alucinatorios*: especialmente padecidos en los regímenes y/o sanciones de aislamiento carcelario (manchas en las paredes, creación de espacios negros o blanco luminosos), propio de ambientes visuales monótonos y prolongados.

- *Abandono en hábitos de auto-cuidado:* provocado, a su vez, como efecto de lo anteriormente mencionado. No hay duda de la especial gravedad de este tipo de comportamiento especialmente en los casos, muy numerosos, de presos enfermos en quienes semejantes normas y hábitos deberían ser especialmente cuidadosos.

- *Apatia*: también fruto de lo anterior y expresado en forma de incapacidad para la concentración, debilitamiento de las habilidades para focalizar la atención en un objeto y/o tarea determinada. Todo lo cual, a su vez, puede ir revelando un paulatino desinterés en el propio mundo, tanto interior cuanto exterior.

Ahora bien, estos trastornos psico-somáticos, acabarán produciendo consecuencias concretas en la salud –física– de los internados. Y para conocerlas, nada mejor que la lectura de la investigación realizada por Gonin, médico penitenciario francés quien en su estudio titulado *La Santé incarcérée. Médicine et*

conditions de vie en détention, revela en toda su intensidad los efectos, físicos, del encarcelamiento. Puede ser especialmente interesante –como ejercicio de franco sufrimiento para el lector, desde luego– leer los síntomas de la transformación de los sentidos de la carne prisionera. No deseo en absoluto convertir este relato en un apartado morboso y por ello prefiero no citar en detalle multitud de descripciones que la citada investigación revela.

Pero, leer en la piel de los presos un auténtico *"mapa del dolor, del sufrimiento, de las humillaciones"*, constituye un ejercicio que Gonin revela, hoy, tal vez como nadie. Las manchas, las heridas, las huellas de automutilaciones, etc., impresas en la piel de los condenados representan, en efecto, un claro y tremendo gráfico de los efectos del encarcelamiento, efecto que, por cierto, debe ser guardado por los muros carcelarios pues su exhibición pública tal vez repugnaría hoy a la sociedad, como el espectáculo del verdugo, la sangre y los suplicios repugnaron finalmente a la sociedad del Antiguo Régimen. Como señala Pavarini al respecto, *"la historia de la cárcel se inscribe pues en la historia más amplia de la hipocresía: tiene algo que ver con la censura sobre las palabras obscenas y sobre los espectáculos inconvenientes, con el ocultamiento por sentimientos de decencia de las manifestaciones de la corporalidad humana"* (1999: 13). Y, pese a ello, agrega el autor italiano que, *"resulta sin embargo indudable, que la pena de cárcel triunfará sobre toda otra penalidad porque parecerá más humana a la conciencia y a sensibilidad moderna"* (*ibidem*).

Algunos últimos datos para ir acabando. Si observamos, junto a España, otras realidades europeas (que también verificaron sus procesos de reforma penitenciaria en la década de los años de 1970), los resultados que actualmente ofrecen son algunos de los siguientes:

- *En España*: *"Un millar de presos fallecieron en Cataluña durante la última década, según datos oficiales proporcionados por el Departamento de Justicia. La gran mayoría de ellos –859– murió víctima del SIDA, lo que supone el 85% del total. Asimismo, hubo 63 presos fallecidos por sobredosis de droga y 27 reclusos se suicidaron."* (diario *EL PAIS*, domingo 25 de junio de 2000, págs. 1 y 5).

Y, unos días más tarde,

Querella criminal por contagios de Sida en prisión: entidades jurídicas y abogados acusan a la Generalitat de no facilitar jeringuillas. Diez entidades jurídicas y sociales, y diez abogados, presentaron ayer una querella contra altos cargos de la Generalitat, entre ellos los actuales Consejeros de Justicia y Sanidad, a los que acusan de los presuntos delitos de discriminación y lesiones imprudentes por la transmisión de enfermedades contagiosas entre los presos, entre ellas el Sida, al no poner en práctica el programa para facilitarles jeringuillas nuevas. La demanda imputa a la Administración Penitenciaria autonómica 'desidia y abandono' en sus obligaciones de garantizar el derecho a la salud de los reclusos 'en tñerminos de igualdad' con las personas que estan en libertad" (*El Periódico,* viernes, 30.06.2000, p. 26).

Y piénsese que semejantes datos se refieren a la Comunidad Autónoma de Cataluña que, en España, es la única que posee una Administración Penitenciaria propia y diferenciada del resto del Estado, lo cual siempre le otorgó una cierta pátina, digamos, modélica. Ahora, también en dicha región, se revelan en toda su intensidad los efectos del encarcelamiento durante la última década.

- *En Francia*: *"La Comisión parlamentaria de la Asamblea Nacional 'Sobre la Situación de las Prisiones Francesas' compuesta por treinta Diputados de izquierda y de derecha, visitó el conjunto de 187 Establecimientos Penitenciarios franceses. La Asamblea votó a favor de la creación de esta Comisión después de la publicación del impresionante testimonio del Jefe de los Servicios Médicos de la Cárcel de la Santé (...). Francia prepara una reforma penitenciaria que combata la superpoblación, re-introduzca el Estado de Derecho dentro de las cárceles e intente que el encarcelamiento no signifique, necesariamente la producción y difusión de enfermedades"* (diario *Le Monde*, lunes, 26.06.2000, p. 7).

- *En Italia*: *"una Comisión gubernamental estudiará la posibilidad de proceder a una amplia excarcelación de la población penitenciaria italiana, ante el total colapso que sufren las cárceles al presentar un déficit de miles de plazas penitenciarias"* (diario *Il Manifesto*, miércoles, 28.06.2000).

La moderna pena corporal, el moderno tormento, no puede ya admitir reforma alguna, como (y espero no equivocarme) pienso que las actuales conciencias (o las actuales "sensibilidades") no admitirían reformar o humanizar la tortura (cfr. Garland 1999). Pavarini, lo dice con extrema claridad cuando señala que, *"entonces, frente a la inapelable traición de la gran promesa de la Modernidad, que es precisamente la pena privativa de la 'sola' libertad, el objetivo de la humanización de la pena carcelaria no puede ser otro que su abolición radical; así como toda estrategia reduccionista no puede hacer otra cosa que reclamar la supresión definitiva y radical de inferir sufrimiento legal. Es decir, que bajo la constelación de la tutela de los derechos humanos, la cárcel –como pena corporal residual– no puede ser humanizada sino solo abolida; una fe preventivo-especial no puede confiar en tornar mejores a los hombres a través de la tortura, sino sólo en su supresión inmediata" (op.cit: 14).*

En el inicio del nuevo milenio, la cárcel continúa siendo el mismo "contenedor" que admite toda forma posible de obscenidad. Así, y a punto de inaugurarse el nuevo milenio, la irrupción masiva de enfermedades infecto-contagiosas, junto al surgimiento de las enfermedades oportunistas derivadas del SIDA, retrotraen la memoria a las descripciones de Howard respecto al archipiélago carcelario europeo de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Asimismo, estas imágenes vuelven a re-configurar a la pena privativa de libertad con el nombre con que la misma fue concebida en su propio nacimiento (aunque los posteriores discursos *"científicos"* más adelante lo ocultaran), esto es, como una pena corporal.

Bibliografía

ACCATTATIS, V. (1977), "El sistema carcelario italiano entre represión y mixtificación". En F. y F. Basaglia: *Los crímenes de la paz*. México: Siglo XXI.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. (1985), *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: Ed. Civitas.

ANDRES IBAÑEZ, P. (1989), "Jueces y Administración de Justicia: un panorama de la cuestión judicial española". En R. Bergalli y E. Marí: *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*. Barcelona: PPU (pp. 323-347).

ARNANZ VILLALTA, E. (1987), *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*. Madrid: Ed. Popular.

ASENSIO CANTISAN, H. (1987), "El Juez de Vigilancia Penitenciaria", en *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 237 (pp. 9-16).

ASSOCIACIO CATALANA DE JURISTES DEMOCRATES (1992), *Política penitenciaria y Doctrina oficial (la intolerante resistencia a la crítica)*. Barcelona.

ASOCIACIÓN CONTRA LA TORTURA (1997 y 1998), *Informes anuales.*

ASOCIACIÓN CONTRA LA CULTURA PUNITIVA Y DE EXCLUSIÓN SOCIAL (1999), Proyecto *"Abrir la Cárcel"*.

BACHS i ESTANY, J. Mª (1992), "El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural". En I. Rivera: *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J. M. Bosch (pp. 119-164).

BALLBE Y GIRO, M. (1978), *Las fuerzas del orden público*. Barcelona: Dopesa.

BARATTA, A. (1985), Principi dei diritto penale minimo. Per una teoria dei deritti umani come oggetti e limiti della legge penale. En "Dei delitti e delle pene", núm. 3 (443-474).

_____. (1986), "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal". En *Poder y Control*, núm. 0 (77-92).

_____. (1993), "Resocialización o Control Social. Por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado" (Universidad del Saarland, República Federal de Alemania).

BARCELLONA, P. (1973), *Introduzione a l'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*. Roma-Bari: Ed. Laterza.

BERGALLI, R. (1987), "Ideología de la resocialización-La resocialización como ideología. La situación en España". En *Papers d'Estudi i Formació*, núm. E/ 1 1987 (51-66).

_____. (1991), "Forma-Estado, Formas del Derecho y Cuestiones de la Democracia: un caso para el análisis", en *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia (pp. 169-190).

_____. (1992a), "Razones jurídicas y Razón de Estado (en España y Latinoamérica)". Ponencia presentada a la 3ª. Sesión del IV Congreso Español de Sociología, Grupo de Trabajo nº 21, "Sociología Jurídica" (Madrid: 24 a 26 de septiembre).

_____. (1992b), "Resocialización y medidas alternativas. Extravíos conceptuales, políticas sinuosas y confusiones piadosas en las prácticas penitenciarias de España y Cataluña". Ponencia presentada en las Jornadas sobre el Cumplimiento de las Penas (Lérida: 1 y 2 de marzo de 1991).

_____. (1992c), "¡Esta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)! Introducción". En I. Rivera: *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J. M. Bosch (pp. 7-21).

BUENO ARÚS, F. (1978), "Las prisiones desde la Guerra Civil hasta nuestros días: evolución, situación actual y reformas necesarias", en *Historia 16*, Extra VII. Madrid (pp. 113-144).

_____. (1985), *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Salamanca: Universidad de Alcalá de Henares.

_____. (1988), "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria", en *Poder Judicial* nº Especial III (pp. 167-177).

BURTON-ROSE, D. (1998), *The Celling of America. An inside look at the US prison industry*. Monroe, Maine: Common Courage Press.

CAMPELLI/FACCIOLI/GIORDANO/PITCH (1992), *Done in carcere*. Bologna: Feltrinelli.

CARR, R. (1988), *España (1808-1975)*. Barcelona: Ariel Ed.

CENTRO UNIVERSITARIO DEVOTO (1992), Proyecto CINAP y Proyecto CUD. En "Delito y Sociedad", núm. 1.

CHRISTIE, N. (1993), *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

COHEN, S. (1988), *Visiones de Control Social*. Barcelona: PPU.

COMISIÓN DE DEFENSA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA (1990), *Dossier de los Servicios de Orientación Jurídico-Penitenciaria en España* (Biblioteca del Colegio de Abogados).

COORDINADORA DE SOLIDARIDAD CON LAS PERSONAS PRESAS (1998), *Dossier de denuncias por torturas en las prisiones españolas*.

DEFENSOR DEL PUEBLO (1997), *Informe anual*.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1987), Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario. En "Papers d'Estudi i Formació", núm. E/1-1987 (103-130).

DOMINGUEZ FIGUEIRIDO, J. L. (1991), "La utilización de categorías histórico-ideológicas en la justificación del sindicalismo policial español", en *Sociology of Penal Control within the framework of the Sociology of Law*. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica (pp. 177-194).

DRAPER MIRALLES, R. (1984), *De las prisiones de Franco a las cárceles de la Democracia*. Barcelona: Argos Vergara.

FERRAJOLI, L. (1990), *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Ed. Laterza.

FERRARI, V./TREVES, R. (1989), *Sociologia dei diritti umani*. Milano: Franco Angeli.

GALLO, E./RUGGIERO, V. (1989), *Il carcere immateriale. La detenzione como fabbrica di handicap*. Milano: Edizioni Sonda.

GARCIA BORES, J. M. (1992a), "Psicología penitenciaria: ¿trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional". En M. García Ramírez: *Psicología Social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*. Sevilla: Eudema.

_____. (1992b), *La finalidad reeducadora de las penas privativas de libertad en Cataluña*. Tesis Doctoral: Departamento de Psicología Social, Universidad de Barcelona.

GARCIA GARCIA, J. (1987), "Efectos del encarcelamiento: investigación e intervención (Programa para mejorar el clima social en una de las fases del C.P. Ocaña-II)", en *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 237.

_____. (1989), "Prólogo", en *Revista de Estudios Penitenciarios* nº Extra 1 (pp. 7-10).

GARCIA VALDES, C. (1977), "Sistema penitenciario español", en AA.VV.: *El preso común en España*. Madrid: Ed. La Torre (pp. 55-68).

_____. (1989), *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*. Madrid: Ministerio de Justicia.

GARLAND, D. (1990), *Punishment and Modern Society. A study in social theory*. Chicago: The University of Chicago Press.

GARRIDO GENOVES, V. (1987), "El tratamiento penitenciario en la encrucijada", en *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 237.

GONIN, D. (2000), *La Santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*. París: L'Archipel.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1988), "Recursos contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria". Ponencia presentada a la IV Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, marzo.

LOPEZ GARRIDO, D. (1988), "Una historia interminable", en *EL PAIS* (21 de enero).

LOPEZ TAJUELO, L. A. (1986), "La intervención penitenciaria", en *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 236.

LURRA (1978), *Rebelión en las cárceles*. San Sebastián: Hórdago.

MANZANOS BILBAO, C. (2000), *Cárcel, Drogas y SIDA. Trabajo social frente a sistema penal.* Vitoria: Salhaketa.

MAPELLI CAFFARENA, B. (1983), *Principios fundamentales del sistema penitenciario español.* Barcelona: Bosch.

MATHIESEN, Th. (1974), *The politics of abolition.* Oslo: Martin Robertson Ed.

MARTI, O. (1977), "La COPEL: historia de una lucha silenciada", en *El Viejo Topo* nº 13. Barcelona (pp. 35-38).

MARTINEZ FRESNEDA, G. (1992), "La reforma nació muerta", en *EL PAIS*, de 10 de octubre.

MORENO CATENA, V. (1990), *Drecho procesal*, Tomo II. Valencia: tirant lo blanch.

MUÑAGORRI LAGUIA, I. (1977), *Sanción penal y política criminal.* Madrid: Ed. Reus.

_____. (1987), "Comentario de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", en *Poder y Control* nº 1. Barcelona: PPU (pp. 235-246).

_____. (1997), "Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo CP de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal". En: J. Dobón/I. Rivera: *Secuestros institucionales y derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas.* Barcelona: M. J. Bosch.

NAREDO MOLERO, M. (en prensa), Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del ideberg de la sinrazón penitenciaria (de próxima publicación en I. Rivera Coord: *La cárcel en España en el fin del milenio.* Barcelona: M.J. Bosch).

PAVARINI, M. (1992), ¿Menos cárcel y más medidas alternativas?. La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada a la vista de la experiencia histórica y comparada. En "Delito y Sociedad" (75-86).

_____. (1997), "L'esperienza italiana di riformismo penitenziario". En M. Palma: *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana (pp. 137-153).

_____. (en prensa), *La miseria del reformismo penitenciario* (de próxima publicación en Buenos Aires: Ediciones del Puerto).

RECASENS BRUNET, A. (1989), "Aquellas aguas trajeron estos lodos.: la burguesía y los orígenes del aparato policial". En R. Bergalli/E. Marí: *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*. Barcelona: PPU (pp. 285-322).

RECASENS BRUNET, A. (1991), "Enfoques histórico-ideológicos sobre el concepto de aparato policial", en *Sociology of Penal Control within the framework of the Sociology of Law*. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica (pp. 161-175).

RIOS MARTIN, J. C. y CABRERA CABRERA, P. J. (1998), *Mil voces presas*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

_____. y _____. (1998), "La cárcel: descripción de una realidad", en *Cáritas, suplemento* nº 388, octubre.

RIVERA BEIRAS, I. (1992), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: J. M. Bosch.

_____. (1994), "Cárcel y cultura de la resistencia. Los movimientos de defensa de los derechos fundamentales de los reclusos en Europa occidental", en *Arguments i Propostes* nº 3. Barcelona (pp. 55-71).

RIVERA BEIRAS, I. (1996), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural (2ª edición revisada conforme al CP 1995 y al RP 1996)*. Barcelona: M. J. Bosch.

_____. (1997), *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J. M. Bosch.

_____. (1998), *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*. Barcelona: Ed. Signo.

RUIZ VADILLO, E. (1988), "Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la institución", en *Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Judiciales (pp. 81-112).

TARRÍO, X. (1997), *Huye hombre, huye. Diario de un preso FIES*. Barcelona: Ed. Virus.

THOMAS, Ph. A. y MOERINGS, M. (1994), *Aids in prison*. Hampshire: Dartmouth Publishing.

La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro[1]

Stella Maris Martínez

Defensora Oficial da Corte suprema de Justiça da Argentina; Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha; Profesora dos cursos de Graduação e Pós-graduação das Faculdades de Direito das Universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora e Museu Social; Co-diretora do Mestrado em Criminologia da Universidade Lomas de Zamora

"Cada sociedad debe dar a la Bioética su propia realidad... si se trata de disfrazar con ella los problemas de un país, por ser la Bioética una disciplina nueva y elegante, hay que detenerse y no hacer más Bioética; sí, en cambio, si es una manera inteligente de discutir los verdaderos problemas sensibles de una sociedad" – CHRISTIAN BYK[2]

Sumário: 1. Introducción – 2. Sobre la procedencia de la acción de amparo – 3. Análisis desde el ángulo de la dogmática jurídico penal: 3.1 Sobre la adecuación típica de la conducta al delito de aborto; 3.2

1. "Puente al futuro" es la expresión utilizada por Van Rensselaer Potter, a quien se adjudica la creación de la expresión "Bioética", en el título de su obra "Bioethics: bridge to the future" (1971). Aludiendo a la función de las decisiones judiciales con relación a la Bioética Alexander Capron ha manifestado que si el desarrollo de la biología y la medicina ha sido el combustible del tren de la bioética, y la filosofía la que ha tendido los rieles sobre los que ese tren corre, entonces el derecho es el ingeniero en los controles de la locomotora, mientras que las legislaciones y sentencias son los cambiadores de vías que guían el tren a través de la línea ferroviaria (citado por Mainetti, José A. y Mainetti, María M. En "El amparo de la Bioética cuando ser madre resulta un drama...", Jurisprudencia Argentina, Número Especial, 28 de octubre de 1998, p. 58).

2. Byk, Christian, "Realidad y sentido de la Bioética en el plano mundial", Cuadernos de Bioética, N° 1, Editorial "Ad-Hoc", agosto de 1997, p. 61.

Valoración típica de la conducta en función de la figura de homicídio; 3.3 La inadecuada valoración de los restantes bienes jurídicos en juego – 4. Análisis a la luz de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional – 5. Análisis a partir del razonamiento bioético.

Resumo: El artículo realiza un amplio y detallado comentario de una sentencia dictada por el máximo tribunal de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, en la cual se hace lugar a un amparo promovido por una mujer embarazada de un feto anencefálico, a quien los centros públicos de salud le negaban la posibilidad de un adelantamiento del parto. El trabajo resalta el rol del juez como custodio de las garantías de los ciudadanos, se detiene en el significado de la Bioética y el Derecho en la sociedad actual, analiza la problemática de los fetos anencéfalos tanto desde el punto de vista bioético como desde la óptica jurídico penal, destacando la doble moral que impera en el ejercicio de la práctica profesional de parte de ciertos médicos de hospitales públicos.

Palabras-chave: Anencefalia – Bioética – Derecho – Juez – Médico.

1. Introducción

En un ilustrado fallo[3] la mayoría del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, integrada por los Dres. Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Guillermo A. Muñoz, resolvió, a fines del año 2000, hacer lugar a un amparo promovido por la gestante de un feto anencefálico, contra la decisión del Director del Hospital Municipal Infantil "Ramón Sardá".

El mencionado funcionario público había denegado a la accionante la atención médica necesaria para interrumpir la gestación, pese a que la actividad terapéutica que se reclamaba, atento el avanzado estado de la preñez, no presentaba óbice legal alguno, toda vez que no revestía las características de una maniobra abortiva sino de un mero adelantamiento del parto.

3. El fallo que comentamos resultó confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 11.01.2001, mediante un pronunciamiento favorable de la mayoría de los miembros opinantes.

Numerosas son las aristas tanto de análisis como de debate que presenta esta resolución, puesto que se abordan en el mismo cuestiones tan disímiles como los requisitos típicos del delito de aborto, la necesidad de los profesionales médicos de obtener una autorización judicial en casos conflictivos, el concepto de salud, los derechos de la mujer gestante y la colisión de valores que puede producirse cuando tales derechos entran en conflicto con los que corresponden a la vida intrauterina.

Por la importancia histórica que la sentencia reviste, en punto a situar ciertos temas en un adecuado lugar de análisis y a reivindicar el rol del juez como custodio de las garantías de los individuos que recurren a él en busca de justicia, vale la pena demorarse en cada uno de los temas principales, para reflexionar, fundamentalmente, sobre lo que significan la Bioética y el Derecho en la sociedad de hoy en día y para llamar la atención sobre la situación de desamparo en la que, en numerosas oportunidades, se encuentran las personas que deben dejar el cuidado de su salud en manos de los profesionales de centros de atención públicos.

Sobre este último tema y en carácter de introducción a las cuestiones de mayor contenido técnico-jurídico, permítaseme una digresión motivada en la atinada afirmación que realiza el Dr. Julio Maier en su voto: "...Aunque no forma parte del razonamiento jurídico estricto que sobrevendrá en el voto, campea en el caso la idea de que, por pertenecer la actora a una familia de escasos recursos, debe acudir a un Hospital estatal, pues, como dijo su letrada en la audiencia citada, "si fuera persona de recursos esto habría sido solucionado en el ámbito privado".

Lamentablemente, no es esta la primera oportunidad en la que debo enfrentarme a la doble moral que parece reinar en el ejercicio de la profesión médica, donde algunos profesionales se inhiben de realizar en el ámbito público prácticas terapéuticas que llevan a cabo sin reparo alguno en su actividad privada.[4] Tal realidad

4. La oportunidad más reciente fue en la reunión multidisciplinaria de expertos celebrada el 30. de mayo de 2000 conforme la convocatoria efectuada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, para debatir la resolución 223/00 dictada por la Dra. Alicia Oliveira, Defensora del Pueblo, el 07.03.2000, que propone, entre otras cosas, recomendar al Secretario de Salud de la Ciudad que dicte las

nos revela que no abordamos un tema ligado a una presunta objeción de conciencia, que, por supuesto, debe ser respetada, ni uno conectado a la ideología médica paternalista que intenta imponer a los enfermos las convicciones éticas o religiosas del profesional actuante. Por el contrario, la verdad subyace en la insuficiente formación de los médicos en punto a sus facultades y a sus deberes, en un deficiente asesoramiento y, consecuentemente, en el temor que sienten frente a supuestas demandas o a reacciones inesperadas de los operadores judiciales. Y este conflicto, que debe ser debatido en el campo de la Bioética, me lleva a una profunda reflexión sobre la legitimación del discurso vicariante que los profesionales del derecho muchas veces alentamos.

Coincido con las consideraciones expresadas en su voto por el Dr. Guillermo Muñoz, en cuanto a la contradictoria actitud que adopta el responsable del hospital. Esto es: si existe una indicación terapéutica y la intervención es legítima ¿para qué pedir autorización a la justicia? (autorización que, por otra parte, no solicita el Director del Hospital sino que se obliga a recabar a la sufrida paciente). Y si la intervención no es legítima, porque la conducta es típica y no existe causa de justificación alguna ¿para qué enviar a la solicitante a la justicia, si ningún juez podrá autorizar algo ilícito y, en el caso de que, por error, así lo hiciera, no por eso legitimaría la conducta?

Por ello, aún cuando reconozco que la perplejidad de los médicos ante leyes confusas o lacunares, –extremo señalado en su pronunciamiento por el Dr. Julio Maier–, podría sugerir la sistematización de la vía del amparo en casos límite, no puedo dejar de alertar sobre las exigencias que, indebidamente, se ponen en cabeza de quien sólo quiere que su salud sea adecuadamente atendida por los órganos del Estado destinados a tal fin.

reglamentaciones o instrucciones necesarias a fin de evitar que se exija autorización judicial a aquellas mujeres que tengan indicación médica precisa para practicar una "ligadura de Trompas de Falopio", con el fin de evitar riesgos a su vida o graves lesiones a su salud y que se prevea la conformación de un Grupo Interdisciplinario de Contención para las pacientes que deban enfrentar la decisión de prestar o no conformidad para esta intervención. En dicha oportunidad, prestigiosos médicos presentes admitieron que los estrictos criterios que se siguen en el ámbito público para realizar estas intervenciones son inexistentes en el área de la actividad privada.

Va de suyo que la imposición a la mujer de requisitos innecesarios, que en la práctica obstan a su legítimo derecho de asistencia sanitaria, colisiona frontalmente con lo establecido en el art. 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, dispositivo legal de jerarquía constitucional. Resulta obligado recapacitar respecto a cuántas mujeres, en situación similar a la de la Sra. Taunus, habrán desistido de sus pretensiones asistenciales legítimas enfrentadas a la exigencia de una autorización judicial, ya sea por no haber encontrado un letrado que acompañase sus reclamos o, simplemente, por no saber adónde dirigirse.

De tal estado de cosas somos responsables los integrantes de ambas profesiones: ciertos médicos porque, actuando en el ámbito público, se permiten recaudos y demandan requisitos que dejan de lado en su desempeño en la actividad privada, demostrando así carecer de la valentía necesaria para asumir con plenitud las exigencias éticas de su profesión. Y los abogados, en nuestras diversas áreas de actuación, porque no luchamos incansablemente por un elenco de leyes claras y completas, que sirvan de guía válida y no de inoportuno elemento intimidante. En ambos casos, la víctima de nuestras fallas es la misma, la persona humilde que debe soportar un verdadero calvario para obtener aquello que se otorga, sin ningún tipo de dilación o trámite, a quien posee dinero para pagarlo.

Como a cualquier estudiosa comprometida con la Bioética, el fallo del más alto tribunal de la ciudad, confirmado por el supremo órgano judicial del país, me llena de satisfacción. Sin embargo, espero que el mismo resulte suficiente interpretación jurídica del aparente conflicto y que esta vía no se convierta en una rutinaria exigencia que culmine judicializando situaciones que no deberían ingresar al ámbito de los tribunales.[5]

5. Mi temor no parece infundado si advertimos que en el presente caso no se trataba de un aborto, como ya señaláramos incidentalmente, sino de un parto prematuro, decisión médica que no requiere ningún tipo de autorización judicial. Distinta es la situación en la República Federativa de Brasil, donde la ocurrencia ante los tribunales para obtener legitimación previa del accionar médico en caso de fetos con malformaciones graves incompatibles con la vida, entre ellos anencefálicos, se ha realizado con el fin de practicar intervenciones abortivas (conf. Diniz, Debora, "O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais", Revista "Bioética", vol. 5, n. 1, 1997, p. 19).

2. Sobre la procedencia de la acción de amparo

Lo expuesto en modo alguno significa que adhiera a la postura que –en casos como el presente– opta por desestimar el amparo intentado, afirmando que, toda vez que lo que se pretende es la realización de un acto terapéutico lícito, no existe motivo alguno para excitar el pronunciamiento jurisdiccional. Estimo que ello no es así, toda vez que, ciertamente, existe un acto arbitrario, que cercena legítimos derechos de una ciudadana, pero ese acto en modo alguno está representado por la práctica médica cuya realización se solicita. Por el contrario, la privación de derechos deviene de la negativa de los responsables de un centro asistencial público a brindar a una paciente la asistencia sanitaria lícita que la misma reclama.

La postura contraria, aún cuando pudiera considerarse en determinados supuestos técnicamente inobjetable, importa, en los hechos, una verdadera denegación de justicia, ya que no soluciona el problema del ciudadano que acude a quienes deben actuar como garantes de sus derechos. En efecto, quien reclama amparo frente a la actitud de los funcionarios públicos que desoyen sus legítimas pretensiones, sólo logrará su cometido si obtiene una decisión expresa del órgano judicial que imponga a los renuentes la actividad médica que inexplicablemente retacean.[6]

Por lo confuso que puede parecer a primera vista el tema es menester dejar suficientemente explicitada mi postura: si bien considero que los profesionales médicos no necesitan autorización judicial alguna para realizar este tipo de prácticas y, por ende, poner en cabeza de la paciente su tramitación implica obstaculizar su derecho a la atención sanitaria pública debida, si tal situación se presenta y la víctima de la desatención acude en procura de tutela ante los órganos jurisdiccionales, su situación debe ser contemplada emitiéndose una resolución que restaure la vigencia de sus derechos.

6. Ver sobre el punto las consideraciones de la Sra. Jueza Alicia Ruiz en los puntos 7 y 8 de su voto. Ver asimismo los fallos del Dr. Pedro Hooft, titular del Juzgado Criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata, P.B.A., Expdte. "B., M. E., s/amparo", fallado el 13/9/99 y "A., K. S/ amparo", fallado el 05.09.97, entre otros, publicados en "Jurisprudencia Argentina", Número Especial sobre Bioética, 03.11.99, p. 71 y 28.10.98, p. 52, respectivamente.

Por las características que revisten las situaciones ligadas a la denegación de una prestación vinculada al derecho a la salud, resulta evidente que la única acción lo suficientemente "expedita y rápida" es la de amparo específicamente contemplada en el art. 43 de la Constitución Nacional y en el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tal sentido se ha sostenido "Indudablemente frente a esta situación compleja, con derechos protegidos constitucionalmente en peligro, la acción de amparo resulta la vía adecuada tendiente a la obtención de una prestación médica –concibiendo a la vida y a la salud como "derechos positivos"–, con miras a la expedita protección jurisdiccional, por resultar el amparo la vía protectora más eficaz e idónea para el resguardo de los derechos en crisis".[7]

Ciertamente, llegados al punto de requerir la actuación judicial, sólo el amparo reúne los requisitos de rapidez, brevedad, eficacia y sencillez reclamados por los instrumentos de derechos humanos de jerarquía constitucional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25.1), Pacto Internacional de Derechos Culturales Civiles y Políticos (art. 2 inc. 3),[8] en particular en casos como el que motivara el fallo bajo análisis en los cuales un pronunciamiento tardío tornaría abstracta la cuestión y operaría, en la práctica, como una denegación del derecho que se impetra.

Sentada entonces la necesidad de un pronunciamiento judicial, estimo relevante la inclusión del razonamiento bioético en el tratamiento del caso, recurso que debería estar presente cada vez que la justicia abordara una temática ligada a las ciencias de la vida y a los avances biotecnológicos.[9]

7. Cita extraída del fallo del Dr. Pedro Hooft mencionado en último término en la nota precedente.

8. Ver Gordillo, Agustín, "Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional" en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Abregú, M. – Courtis, Ch. Compiladores, CELS, Editores del Puerto, 1997, p. 201.

9. Sobre las relaciones entre ciencia, ética y derecho ver Martínez, Stella Maris, "Manipulación Genética y Derecho Penal", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, Capítulo II, pp. 49 y ss.

En reiteradas ocasiones el derecho se ve superado por la velocidad de los avances científicos que nos obligan a repensar antiguas soluciones. Son los jueces quienes, como en este caso, deben interpretar rectamente las normas y suplir lagunas, teniendo siempre en mira al ser humano, destinatario último de todos los esfuerzos en un Estado de Derecho.

3. Análisis desde el ángulo de la dogmática jurídico penal

3.1 Sobre la adecuación típica de la conducta al delito de aborto

Desde esta óptica resulta esclarecedor el voto del Dr. Julio Maier, quien demuestra, paso a paso, por qué no podemos atribuir a la intervención médica que la solicitante impetra la calidad de maniobra abortiva.

Obraba en el expediente la evaluación del caso efectuada por el Dr. Ricardo Illía, Subdirector del Hospital y obstetra experto en embarazos de alto riesgo, quien claramente manifestó, que, desde la ciencia médica, a partir de las veintiséis semanas de gestación se debe hablar de parto inmaduro y, luego de las veintiocho semanas, de parto prematuro. Esto es lógico, ya que con los avances en el campo de la neonatología un feto de seis meses y medio de evolución puede desarrollarse perfectamente separado del útero materno.[10]

Toda vez que la expresión 'aborto', utilizada en el artículo 85 del Código Penal, conforma un elemento descriptivo del aspecto objetivo del tipo penal, el intérprete no puede apartarse de la definición que brinda la ciencia médica y crear, por vía analógica, un concepto jurídico de la intervención que pone fin a un embarazo, intentando convertir el término en un elemento normativo del aspecto objetivo del tipo penal. Si se provoca un parto anticipadamente pero con

10. La Enciclopedia Británica, tomando como base la opinión del "American College of Obstetricians and Gynecologists" define al aborto como la expulsión del feto del útero antes de que haya alcanzado el estadio de viabilidad, momento que sitúa alrededor de la semana vigésima (día 134) de gestación, si de la especie humana se trata.

posterioridad a las veintiséis semanas de gestación, el feto nace vivo y es viable, y muere porque no se le brinda la atención médica adecuada, la conducta del autor deberá encuadrarse en otra figura típica, pero no podrá considerársela un aborto.

Coincido plenamente con la conclusión a la que arriba el Juez Maier, en la medida en que el magistrado, siguiendo los requisitos que tradicionalmente aporta la doctrina penal para tener por acreditado el ilícito en cuestión, afirma que la distinción –en este caso– debe buscarse en que, a diferencia de lo que ocurre en cualquier actividad abortiva, no se busca la muerte del feto sino el anticipo de su vida extrauterina.

En efecto, tradicionalmente la doctrina reclama para la configuración del delito de aborto la existencia conjunta de tres elementos objetivos: un feto vivo, la interrupción del embarazo de la gestante como modalidad comisiva destinada al aniquilamiento de la persona por nacer y, finalmente, la muerte del fruto de la concepción, que puede producirse intrauterinamente o mediante su expulsión en condiciones de imposibilidad de sobrevida autónoma, por falta de desarrollo de alguna de sus funciones principales.

Analizaré de seguido cada uno de dichos requisitos:

Feto vivo: en el presente caso, la existencia de este elemento constitutivo del aspecto objetivo del tipo penal de aborto, está fuera de toda discusión en el ámbito del derecho; tal afirmación en modo alguno importa ignorar la doctrina comparada que difiere sobre el punto, en tanto estima que la falta de corteza cerebral y la certeza de la muerte a poco de nacer de los anencéfalos debe conducir a considerar que no revisten la calidad de seres vivos;[11] sin embargo, toda vez que

11. En Brasil, por ejemplo, en el curso del debate que se produjera con relación a la posibilidad de donar para trasplante los órganos de los neonatos afectados por la grave dolencia, se ha sostenido que los fetos y los recién nacidos anencefálicos deben ser considerados en muerte cerebral, razonando que, si la Justicia los ha estimado inaptos para la vida y ha autorizando la posibilidad de abortarlos, ningún inconveniente podría existir para utilizarlos, con el consentimiento de los padres, como proveedores de órganos para transplantes. (ver "Doacao de órgaos de anencéfalos", Veloso de Franca, Genival, <www.ufrgs.br/HCPA/gppg/doaderg.htm>; "Doação de órgaos de anencáfalos", *O Globo*,

la legislación vigente en nuestro país[12] opta por el criterio de muerte cerebral completa, debiendo entenderse como tal aquella que importa "la pérdida de la función integradora del organismo como un todo por parte del sistema nervioso central[13]" lo que incluye el compromiso de todo el encéfalo, del tronco encefálico y de otras funciones neocorticales, resulta jurídicamente insostenible afirmar que un anencéfalo no es un ser vivo; indudablemente sí lo es, toda vez que registra actividad del tronco y la misma resulta suficiente para excluir el supuesto legal de muerte cerebral.[14] No resulta ocioso precisar que, si se modificase la legislación vigente y, así como se dejó de lado el concepto de paro cardiorrespiratorio para determinar el momento de la muerte y se lo reemplazó por el de muerte cerebral según el "whole brain criterion",

11.02.1998). Es interesante destacar que en ese país, más allá de que, por el momento, el *Código Penal* en materia de aborto no difiere sustancialmente del nuestro –existen proyectos de ley que contemplan la despenalización del aborto en el caso de fetos portadores de anomalías graves incompatibles con la vida – la gravedad del conflicto ha originado una línea jurisprudencial que, mediante la implementación de una autorización judicial, admite la práctica del aborto en este tipo de supuestos. Uno de los primeros fallos emitidos (correspondiente a la Segunda Vara Criminal de la Comarca de Londrina) sostiene que no existe razón para dejar de afirmar que, en caso de anencefalia, la vida que subsiste no es una vida humana propiamente dicha, la vida de un ser humano destinado a llegar a ser (o a serlo ya) persona humana, para agregar que no se está admitiendo la indicación eugenésica con el propósito de mejorar la raza o de evitar que el ser en gestación nazca ciego, minusválido o mentalmente débil sino que lo que se busca es evitar el nacimiento de un feto científicamente sin vida, enteramente desprovisto de cerebro e incapaz de existir por sí solo. (ver Diniz, Débora, "Aborto seletivo no Brasil e os Alvarás judiciais", Revista Bioética, Publicación del Consejo Federal de Medicina de San Pablo, Brasil, 1997, vol. 5, n. 1, p. 20).

12. El art. 23 de la Ley 24.193 establece que "El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (Incucai)", y agrega que la verificación de los signos mencionados en último término no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.

13. Ver Gherardi, Carlos R., "La muerte ...", op. cit., p. 132.

14. Sobre el concepto y los alcances jurídicos de la llamada "muerte cerebral" ver Niño, Luis Fernando, "Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 73.

se abandonase también esta caracterización y se optase por la teoría de muerte neocortical o "high brain criterion" los fetos anencéfalos no cumplirían con este requisito, es decir, no podrían ser jurídicamente considerados fetos vivos.[15]

La interrupción del embarazo: entiendo que este requisito admite exclusivamente dos hipótesis: la realización de maniobras que provoquen la muerte del feto en el interior del cuerpo de la madre, alternativa que no presenta dificultad alguna, o de aquellas otras que adelantan su expulsión en situación tal que, en razón de su inmadurez, resulta imposible la sobrevida. Si la maniobra de expulsión es lo suficientemente tardía como para que nazca un niño en condiciones de vida autónoma ya no podremos hablar de aborto, y las conductas que tengan por objeto asegurar el deceso del neonato deberán analizarse a la luz del art. 79 del *Código Penal*. Ello porque, debido al criterio que sustento, la diferencia entre parto y aborto no debe basarse en una creación jurídica ajena a los criterios de la ciencia médica, sino en el grado de evolución madurativa alcanzado por la persona por nacer. En tal entendimiento, y en cualquier caso, el parto provocado de un feto de más de veintiséis semanas jamás puede tildarse de aborto.[16]

15. Daniel Wikler, filósofo que llegó a desempeñar el cargo de Presidente de la Asociación Internacional de Bioética fundamenta una diferenciación entre organismo y persona que presta sustento a la teoría de la muerte neocortical (high brain criterion) opuesta a la posición aceptada de muerte cerebral (whole brain criterion). De aceptarse la teoría de la muerte neocortical los fetos anencefálicos, ante su carencia de corteza cerebral, serían considerados sin vida. (ver Gherardi, Carlos R., "La muerte cerebral. Un permanente debate. Conclusiones sobre un simposio internacional", *Cuadernos de Bioética*, n. 0, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 133).

16. Esta postura excluiría de la calificación de aborto –para hacerlas ingresar al ámbito de la figura de homicidio– a las nefastas prácticas llevadas a cabo en ciertos sitios de los Estados Unidos, absolutamente repudiables desde el punto de vista ético y jurídico, consistentes en el llamado "D&X Abortion", que, conforme la definición dada en el sitio <www.religioustolerance.org/abo_defn.htm>, es "Un excepcional procedimiento en el cual el cerebro es removido de un feto cuando este se encuentra parcialmente nacido. Alrededor de 3.000 del 1.8 millón de abortos anuales practicados en los Estados Unidos de Norteamérica usan este procedimiento. Se reduce el tamaño del cráneo; esto permite que el feto sea removido más fácilmente a través del cuello del útero de la mujer. Su uso se encuentre normalmente restringido a supuestos muy poco habituales en los cuales: el feto está casi muerto, el feto está vivo pero se le debe dar muerte para salvar la vida de la mujer o el feto está vivo pero se le debe dar muerte para evitar un daño muy grave y una incapacidad permanente o muy prolongada de la mujer". (la traducción me pertenece)

Cierto es que a este primer argumento, que se relaciona con el aspecto objetivo del tipo en cuestión, se adita en el presente conflicto un elemento del aspecto subjetivo correctamente valorado por el magistrado a cuyo voto aludimos, en tanto y en cuanto la expulsión prematura que se busca no tiene como fin lograr la muerte del neonato, que ocurrirá inexorablemente, cualquiera sea el momento en que se produzca su nacimiento, sino hacer cesar el padecimiento de su progenitora y, de tal manera, evitar o, por lo menos, no incrementar, la gravedad de la lesión psíquica que padece la misma.

En tal sentido, Ricardo Núñez, aludiendo al llamado "parto acelerado", esto es, cuando se provoca anticipadamente el nacimiento con el fin de que el neonato adquiera determinados derechos patrimoniales, afirma: "La ley no funda el castigo del aborto en la producción de un proceso de nacimiento en condiciones peligrosas para la salud del niño, sino, cuando se trata de la muerte del feto mediante un proceso de aborto, en el propósito de causar ese aborto para matar al feto".[17]

Por ende, si –como en este caso– las motivaciones que conducen a la aceleración del proceso de parto son ajenas al fin de lograr la muerte del neonato, tampoco podrá estimarse configurado el segundo requisito, ni desde el punto de vista objetivo ni desde la óptica subjetiva.

El resultado muerte del feto: Toda vez que no nos encontramos frente a un aborto sino ante un parto anticipado, resulta intrascendente detenernos en el supuesto de muerte intrauterina. Cabe sí constatar si se encuentra presente el resultado muerte y evaluar si es posible relacionarlo, conforme el concepto general de la causalidad material, con la anticipación del nacimiento.

En primer lugar, debemos destacar que, si bien la muerte se producirá inexorablemente, la misma no obedece a la separación del claustro materno, actividad que en un feto de más de veintiséis semanas de evolución en modo alguno puede conducir a ese resultado. Por el contrario, la muerte, que se producirá en un

17. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner – Editora Córdoba, Tomo III, Volumen I, 1988, p. 166.

plazo imposible de determinar "a priori", obedece a las graves malformaciones físicas que el neonato presenta, las que le impiden desarrollarse normalmente.

Expresado en términos absolutamente sencillos un anencéfalo no muere porque nace anticipadamente, muere porque no está preparado físicamente para la vida.

Conforme lo expresado y en atención a los requisitos que la figura de aborto contemplada en nuestro ordenamiento penal reclama, resulta jurídicamente imposible aplicarla en un caso como el presente, resultando desde este ángulo una conducta penalmente atípica.

No sólo resulta definitivamente esclarecedor, sino que importa un verdadero llamado de atención el párrafo con el que Maier clausura esta parte de su voto: "No existe la menor duda de que el parto prematuro a provocar en el caso no tiene por finalidad la muerte del feto, sino, por el contrario, su alumbramiento. El hecho de que la madre, y con ella los médicos y nosotros mismos, sepamos que el niño es inviable, esto es, que morirá rápido y necesariamente en razón de su malformación (*anencefalia)*, no cambia las cosas. Si, por el contrario, las cosas cambiaran, todo parto prematuro, según ya lo advertimos, tendría una dependencia necesaria de su éxito en la realidad: si el feto muere por causas extrañas al alumbramiento prematuro, él sería calificado, en todo caso, como presuntamente delictivo, y, por el contrario, si el niño vive, todos felicitaríamos al autor de una obra de bien. De más está advertir acerca de que tal posición – tan típica de la economía y de la vida social de nuestro tiempo – es inviable para un Derecho Penal fundado en un Estado de Derecho".

3.2 Valoración típica de la conducta en función de la figura de homicidio

Sin perjuicio de la expuesto, cabe, a todo evento, analizar si podemos hablar de responsabilidad penal a título de homicidio, en función del hipotético aumento del riesgo que la aceleración del parto genera.

Debemos en este punto recordar que la praxis médica pacíficamente acepta que, ante la presencia de neonatos con malformaciones graves incompatibles con la vida, la conducta a adoptar es no prestar soporte vital[18] alguno para no dilatar el inevitable final.

Dicha práctica fue debidamente informada por los profesionales actuantes en las audiencias que se celebraron a raíz de la presentación que diera origen al fallo que comentamos en los siguientes, inequívocos términos: "En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de sobrevida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría".[19] Tal postura, que la ética médica avalaba desde antaño, se ve en la actualidad ampliamente reforzada por las nuevas concepciones bioéticas que repudian el encarnizamiento terapéutico[20] y tildan de fútil todo tratamiento que no tenga como fin la mejoría del paciente o, cuanto menos, la evitación de su sufrimiento.[21]

Podría, por ende, artificial y dogmáticamente afirmarse que, toda vez que los médicos saben que el recién nacido va a morir poco después de nacer, y también saben que nada se hará por retrasar ese resultado, privarlo del soporte vital que comporta el organismo materno es acelerar su muerte. La eventual ocurrencia de ese deceso, conforme este forzado razonamiento, sería objetivamente imputable a los profesionales médicos que hubieran adelantado el parto.

Dicha afirmación comportaría una incuestionable falacia: la equiparación del valor de la vida dependiente con el de la vida separada del organismo mater-

18. "El soporte vital es toda técnica o tratamiento que aplicado al organismo puede sustituir la función fisiológica de un órgano, cuando su afectación ponga en peligro la vida. Comprende actualmente y por extensión desde la ventilación mecánica y el sostén hemodinámico hasta la oxigenoterapia, nutrición e hidratación parenteral" (Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, "Pautas y recomendaciones para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente crítico", Medicina Intensiva, vol. 16, n. 2, p. 53.

19. Afirmaciones efectuadas por el Dr. Ricardo Horacio Illía en la Audiencia celebrada el 27.11.2000.

20. Volveré sobre el punto al abordar el aspecto bioético de la cuestión a fin de explicar los motivos por los cuales se repudian tales prácticas a las que se califica como procedimientos distanásicos.

21. Ver Niño, Luis Fernando, "Eutanasia...", op. cit., pp. 197 y ss.

no. En efecto, el legislador penal argentino desde siempre ha expresado, mediante las respuestas punitivas deferidas en uno y en otro supuesto, que el valor de la vida extrauterina es significativamente mayor que el que se le asigna a la vida dependiente. Precisamente por ello, el homicidio se castiga con una penalidad que va de los ocho a los veinticinco años de prisión o reclusión, penalidad que aumenta en los supuestos calificados hasta alcanzar la de prisión o reclusión perpetua (arts. 79 y 80 del Código Penal), mientras que, en el aborto con consentimiento de la madre, la pena máxima que se contempla es la del art. 85 de la ley de fondo que estatuye un mínimo de un año y un máximo de cuatro años de prisión o reclusión.[22]

En tal entendimiento, provocar la expulsión del feto al exterior del cuerpo de la madre, en similares condiciones de viabilidad a las que poseerá dos meses después, y con una previsión de conducta terapéutica post-parto exactamente igual a la estimada en un nacimiento a término, en nada aumenta el riesgo de vida de ese neonato, riesgo que en modo alguno depende de la conducta que se adopte a su respecto, sino que deviene de su anómala configuración morfológica. Paralelamente, en el plano axiológico, se lo está colocando en una situación jerárquicamente superior en la escala de valores del Derecho punitivo, por lo que mal puede sostenerse que tal maniobra implique una devaluación del status jurídico del individuo en cuestión, sino exactamente lo contrario.

"Para decirlo en términos dogmáticos frente a un resultado que de todos modos se producirá, pierden sentido el tipo subjetivo que perfecciona la tipicidad e incluso la totalidad de la imputación objetiva ya que deja de tener explicación el curso lesivo".[23]

22. Cierto es que otras figuras del mismo cuerpo de leyes reprimen el aborto con una penalidad superior, aunque no lo suficientemente alta como para desvirtuar nuestro análisis, pero en todos estos casos (art. 85, 1° e 2° última parte) la agravante deriva de motivaciones ligadas a la mujer encinta y no al valor que se le otorga a la vida en gestación y, extrañamente, habla del respeto del legislador penal por la autonomía de la mujer embarazada, en tiempos en que el desarrollo de la Bioética era inexistente, respeto que, en el presente caso, algunos votos parecen haber dejado de lado.

23. Del dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás Becerra, de fecha Enero 8 de 2001.

Aceptar la postura opuesta nos llevaría al absurdo de incriminar la suspensión del soporte vital cuando esté configurado por el cuerpo de la gestante y de reputarla plenamente lógica –y conforme a las reglas deontológicas que alientan la práctica médica– cuando importe la utilización de medios extraordinarios de apoyo terapéutico; y ello, sin perder de vista, como no cabe otra opción, que para el Derecho Penal es más valioso el bien jurídico encarnado por el neonato que el simbolizado por el feto intrauterino.

3.3 La inadecuada valoración de los restantes bienes jurídicos en juego

Toda vez que en el presente caso no existe una conducta típica ni de aborto ni de homicidio, parece superfluo ingresar en el ámbito de la ponderación de bienes. Con singular acierto se señala en el fallo "Establecido, entonces, que el feto es inviable, que la madre no persigue su muerte a través del anticipo del parto y que el nacimiento a esta altura de la gestación no incidirá en su supervivencia, no hay conflicto de derechos ni de intereses entre la madre y el feto".[24]

Sin embargo, resulta conveniente una referencia a los restantes valores jurídicos presentes puesto que, en la mayoría de los votos de los magistrados que arribaron a un resultado contrario al sostenido por la mayoría del Superior Tribunal de la Ciudad y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se aprecia una alarmante confusión sobre el punto.

En efecto, de una u otra forma, si bien sobre la base de diversos cursos argumentales, se afirmó que la vida del feto siempre tiene un valor jerárquicamente superior a la salud psíquica de la gestante, llegando, en algún caso, a la increíble afirmación de que el daño psíquico que sufre una mujer embarazada de un feto anencefálico debe ser procesalmente acreditado.[25]

24. Del voto de la Dra. Alicia Ruiz, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

25. Resultan particularmente ilustrativos sobre el punto los votos disidentes de los Sres. Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dres. Julio Nazareno y Antonio Boggiano, que descalifican la gravedad del padecimiento de la amparista con el argumento de que se trata de un

Si una afirmación de tales características no resiste la menor confrontación lógica con la mayoría de los supuestos que puedan ser ofrecidos a análisis, qué decir en el presente caso donde nos encontramos frente a una mujer de treinta y cinco años de edad, madre de una única hija de doce años, que por un extenso período persiguió una nueva maternidad, de la que se vio privada por razones absolutamente ajenas a su voluntad, y que, habiendo logrado su anhelada preñez, es informada de que el niño que lleva en su seno carece de masa encefálica y de calota craneana. ¿Es necesario probar mediante la realización de tests psicológicos que cualquier mujer, atravesando una situación crítica semejante, padece, como consecuencia de la misma, un significativo quebranto psíquico y que el mismo, por su intensidad, puede generar daños en su salud fácilmente encuadrables en las previsiones del art. 90 del Código Penal?[26]

Abordando nuevamente el sistema interpretativo que se deriva de los montos punitivos con que la ley penal reprime las conductas lesivas de los diferentes bienes jurídicos protegidos, resulta de toda evidencia que para el legislador cualquier quebranto grave de salud (concepto que obviamente incluye la salud psíquica) de una persona ya nacida tiene un valor superior al de la vida en gestación. En efecto, reiterando el sistema de comparación basado en la magnitud de la respuesta sancionatoria estatal en cada uno de los supuestos vemos que el art. 85

mero sufrimiento y no de un daño a su salud psíquica. En el voto del Dr. Julio Nazareno, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo, textualmente se consigna: "...salvo un informe de tres fojas sin firma en el que sólo una de ellas se refiere al sufrimiento que padece la actora bajo el título "Qué es el daño psíquico" (fs. 13), no existe en la causa constancia alguna que autorice a juzgar que la vida o la salud física o psíquica de la madre se encuentran en peligro. Las consideraciones de los magistrados al respecto no son otra cosa que un conjunto de generalidades... que confunden sufrimiento humano con peligro para la salud psíquica..." Ver sobre el tema Bergel, Salvador D., "La razonabilidad de dos decisiones judiciales", Revista Jurídica del Centro de Estudiantes, N° 20, Abril 2001, p. 18.

26. En sentido concordante la Dra. Ana María Conde, vocal del Tribunal Superior, en su voto afirma: "La actora ha expuesto en autos su angustia y su padecimiento espiritual y psicológico. No es necesario contar con conocimientos profundos en las ciencias de la salud para concluir que enfrenta una experiencia traumática que habrá de dejar en ella y en su familia secuelas para toda la vida; las circunstancias hablan por sí mismas..."

del Código Penal reprime con una penalidad máxima de 4 años de reclusión o prisión el aborto consentido por la gestante mientras que el art. 90 del mismo cuerpo de leyes contempla un máximo de 6 años para las lesiones graves.

Podrán preguntarse, sobre todo quienes descalifican la extrema mortificación psíquica que la gestante de un feto anencéfalo padece, por qué encuadro el daño en la salud en el art. 90 y no en el inmediato anterior. La respuesta es clara: este tipo de padecimientos psíquicos, ligados a la peculiar condición de la mujer y a su aptitud para gestar, inciden directamente en la posibilidad de un futuro embarazo. Si tal consecuencia excediera de una grave dificultad y pasara a convertirse en una absoluta imposibilidad, ya no deberíamos ubicar el análisis en el art. 90 de la ley de fondo sino en el art. 91, lo que reforzaría nuestra postura. Recordemos que existe un altísimo porcentaje de parejas estériles por causas ligadas a conflictos de estricta naturaleza psicológica. ¿Podría algún psicólogo afirmar que una experiencia traumática de la entidad de la que padeciera la amparista no dejará en su psiquis una secuela permanente? [27]

El menor valor que el legislador otorga a la vida por nacer frente a la salud de la mujer encinta es el fundamento de la inclusión de la figura del aborto terapéutico como causa de justificación específica (art. 86, inc. 1° del Código Penal). Ahora bien, si tal supuesto puede plantearse incluso en el caso de un feto perfectamente sano y en el ámbito, ya no de un adelantamiento del nacimiento, sino en el de una maniobra abortiva, con qué argumentos se puede privilegiar la prolongación de la subsistencia dependiente de un feto anencefálico, incapaz de vida autónoma, sobre el peligro cierto que corre la salud psíquica de la gestante.

Más aún, sería absolutamente irracional y por ende incompatible con los principios de un Estado de Derecho un Código Penal que aceptase el aborto

27. Refiriéndose al punto el Dr. Ricardo Horacio Illía llegó a caracterizar el daño psicológico que alude la actora coincidiendo con la afirmación de la misma de que la situación reviste visos de tortura. También se reconoce el daño a la salud, entendida como un estado de completo bienestar bio-psico-social, en el dictamen emitido por el Comité de Bioética del Hospital Municipal Infantil "Ramón Sardá", integrado, entre otros profesionales, por una psicóloga.

eugenésico en caso de atentado al pudor de mujer idiota o demente, ante el equivocado temor de que la descendencia herede el desorden mental de su progenitora (art. 86 inc. 2° del C.P.), y excluya un mero adelantamiento del parto en un caso en el cual el neonato ni siquiera tiene hemisferios cerebrales.

Sin embargo, en varias de las opiniones judiciales, así como de representantes de las distintas ramas del Ministerio Público,[28] se alude a un abstracto derecho a la vida, sin ponderar las circunstancias concretas del caso, en una inocultable omisión de disposiciones, no sólo legales, sino de evidente raigambre constitucional.

4. Análisis a la luz de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional

Cabe aquí referirnos brevemente a los instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, conforme la reforma efectuada en el año 1994.

Si bien lucen de aplicación necesaria varios de los Tratados de Derechos Humanos integrantes del bloque de constitucionalidad, tres son básicamente las normas internacionales que no pueden soslayarse en el estudio del presente caso: la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, esta última, por cierto, bastante ignorada en el tratamiento judicial del tema por las máximas autoridades judiciales del país.[29]

28. Llama particularmente la atención el dictamen del Sr. Fiscal General de la Ciudad Autónoma Dr. José Luis Mandalunis que, impregnado de un inexplicable dogmatismo huérfano de todo sustento teórico, sostiene que "frente a la disyuntiva de privilegiar los derechos de la madre o los del hijo por nacer se impone, jurídicamente, optar por los de este último y sostener que la madre está obligada a continuar su embarazo hasta su culminación".

29. Los restantes tratados a los que hago referencia son la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El primero de los textos citados consagra, en su art. 4. 1, el derecho de toda persona a que se respete su vida, derecho que deberá estar protegido por la ley y que se reconoce, en general, a partir del momento de la concepción. El texto agrega que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Resulta evidente, por los argumentos largamente expuestos, que la operatividad de esta norma en modo alguno podría excluir la posibilidad de realizar el adelantamiento del parto que se reclamaba. En primer lugar porque no nos enfrentamos a un supuesto de destrucción de la vida, sino a una anticipación del nacimiento destinada a que quien ya debería estar en condiciones de vida autónoma la ejerza plenamente; si el niño luego muere, no morirá a raíz del parto, sino debido a la incapacidad actual de la ciencia médica para suplir las falencias morfológicas y fisiológicas que presenta. Este argumento debe a su vez compatibilizarse con la circunstancia de que la naturaleza humana impone una permanencia temporaria de la persona por nacer en el útero materno, circunstancia que, quiérase o no, no podrá ser alterada. Si todo lo que se hace es adelantar la oportunidad en que tal estancia precaria finaliza, en un momento en que la aptitud del feto para sobrevivir es exactamente la misma que poseerá semanas después, mal puede calificarse tal accionar como una privación arbitraria de la vida.[30]

A ello debe adunarse que, con similar jerarquía e integrando el mismo mecanismo de protección de los derechos humanos figura, en el art. 5.1 de la Convención, el derecho a la integridad personal que comprende tanto la integridad física como la psíquica y la moral. El inciso 2 del mismo artículo por su parte especifica que nadie debe ser sometido a "...tratos crueles, inhumanos o degradantes". Resulta interesante reflexionar acerca de sí la descalificación de los padecimientos de la gestante de un feto anencefálico, la denegación de la asistencia médica que reclama y el sometimiento a exigencias rituales que no se solicitan en otros ámbitos no importa un trato cruel, inhumano y degradante.

30. Advirtamos que llevar el razonamiento opuesto hasta las últimas consecuencias generaría la obligación para los médicos de utilizar todos los medios a su alcance para postergar el parto hasta el último minuto posible, para luego, claro está, dejar que el neonato alcance su irreversible destino.

La Convención de los Derechos del Niño, a su vez, establece que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida e impone a los Estados Partes la obligación de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6.1 y 2); vale aclarar que esta Convención también debe ser aplicada en nuestro país a la persona por nacer, exclusivamente en función de la reserva que se efectuara al ratificarla, donde se afirma que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción. Tampoco este instrumento obsta al adelantamiento del parto que la amparista reclamaba, no sólo por los argumentos señalados en el párrafo anterior sino también por las expresiones que la misma Convención contiene. En efecto, cuando se habla de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño se está aludiendo a alternativas que estén realmente en manos del Estado Parte y ninguno de los firmantes, –menos aún nuestro país donde día a día aumentan las muertes por desnutrición infantil–, logrará, mediante un acto de voluntad de alguno de los poderes del estado, que un niño anencéfalo sobreviva y se desarrolle; a lo sumo extenderá su agonía.

Tampoco habrá de verse en la decisión judicial adoptada un apartamiento de las prescripciones del art. 2.1 de la Convención, estimándolo un acto discriminatorio respecto de la persona por nacer en razón de la grave malformación que el mismo presenta. Arribar a tal conclusión importa un tratamiento superficial del problema. No se trata de un niño severamente malformado que, una vez que nazca, con la ayuda terapéutica adecuada, podrá llevar una vida más o menos plena. Se trata de un niño sin cerebro que morirá indefectiblemente y, con relación al cual, un mínimo sentido de dignidad humana impone no obstaculizar en modo alguno tal fin.

Cabe por último poner de resalto que los Defensores y Asesores que, invocando la Convención de los Derechos del Niño, emitieron sus dictámenes, en momento alguno repararon en el daño psíquico que indudablemente estaba padeciendo otra menor, integrante del grupo familiar afectado, y cuyos intereses también debieron ser considerados. En efecto, la amparista es madre de una niña de doce años, a quien la terrible situación por la que atravesaba todo el grupo fami-

liar, podía generarle profundos daños en su psiquis, en particular en una edad donde se presentan en la mujer los primeros signos externos de su posibilidad de maternidad. Este argumento, si bien no decisivo, debía ser un elemento más a tener en cuenta al analizar el cuadro y, sobre todo, al invocar el interés superior del niño.[31]

Ausente del análisis realizado por la máxima instancia judicial de nuestro país, la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, de similar rango que las precitadas, es aludida por la Dra. Alicia Ruiz del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma, señalando su concordancia con las disposiciones sobre el punto de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 12.1 y 2 de la Convención y 10, 20, 21 y 22 de la Constitución de la Ciudad).

Tales dispositivos legales imponen la obligación de eliminar toda discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica "a fin de asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". Resulta claro que asegurar la igualdad importa que la mujer no puede verse desprotegida o sometida a exigencias heroicas por su condición de gestante. Admitir lo contrario sería ignorar el sentido de la Convención y aceptar que en nuestro país existen tres categorías de sujetos de derecho: los hombres y las mujeres que ya han nacido, a los que se les reconoce la máxima protección que puede deparar un orden jurídico, las personas por nacer, a las que se les atribuye un grado de protección menor que el otorgado al grupo anterior y las mujeres gestantes que, por su calidad de tales, deben soportar una restricción injustificada de sus derechos cada vez que su vida o su salud entran en conflicto real o hipotético (en este caso no podemos hablar de conflicto alguno) con el ser que llevan en su seno.

Descalificar el daño psíquico que padece una mujer embarazada de un anencéfalo, hacerle saber que lo que se califica como mero sufrimiento merece

31. Extremo ya señalado, en relación a la actitud del Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad, por la Dra. Alicia Ruiz en su voto.

escasa atención de parte de los jueces pues "ninguna persona está exento de él mientras viva"[32] importa una concepción distorsionada de los derechos de la mujer como tal.

Resulta adecuada la trascripción de dos citas de doctrina que reflejan el panorama de muchas decisiones de órganos judiciales cuando la comprensión integral de los derechos de la mujer como igual está en juego: "... el mayor problema está en que generalmente no se advierte la discriminación que conllevan ciertas conductas o ciertas actitudes. Tampoco se advierte que todas ellas parten de prejuicios, más o menos arraigados en la sociedad. Y el señalamiento y el reconocimiento de los prejuicios en razón del género, para combatirlos y quizás lograr erradicarlos, consiste uno de los trabajos más difíciles que podamos encarar".[33]

"La oposición entre los razonamientos justificatorios explícitos y los presupuestos implícitos de los/as jueces/zas es lo que conlleva a la ineficacia de la acción de la justicia. Esto es, si bien los jueces proclaman el respeto a los derechos individuales y al principio de igualdad, están inmersos en el sistema patriarcal cuyos supuestos subyacentes marcan un estilo institucional predominante que conduce a la paralización de la acción de la justicia a la hora la garantizar la oportunidad real de oportunidades y de trato. El discurso judicial ofrece una profunda racionalización a la falta de acción, mientras refuerza un sistema de creencias y valores que circula en la sociedad. Este discurso jurídico apuntala, difunde y proyecta la imagen del sistema patriarcal, invisibilizando las discriminaciones. Este discurso jurídico expresado tanto en los procedimientos judiciales como en los fundamentos doctrinarios y los razonamientos prácticos de los/as jueces/zas, está impregnado de valoraciones relativas al sistema de subordinación y jerarquías sociales entre los géneros".[34]

32. Voto del Dr. Julio Nazareno ya citado.

33. Argibay, Carmen, "La jurisprudencia de la igualdad" en "Mujeres en los '90. Legislación y políticas públicas", Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, 1997, p. 106.

34. Carrió, Elisa, "Legislación y administración de justicia" en "Mujeres...", op. cit., p. 113.

Afortunadamente los votos integrantes de la mayoría del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en forma mucho más clara y asertiva, el ejemplificador decisorio del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, abandonan ese vetusto esquema.

5. Análisis a partir del razonamiento bioético

Sea cual fuere la definición de Bioética que decida escogerse, ninguna duda cabe de que la situación que se sometiera al arbitrio de los tribunales ingresa de lleno en el campo específico de actuación de la disciplina.

En efecto, ya sea que consideremos que "La Bioética es una rama de la ética aplicada que estudia las implicancias valorativas de las prácticas y desarrollos de las ciencias de la vida y de la medicina",[35] o concordemos con la tradicional definición aportada por la Enciclopedia de Bioética, cuando señala que la "Bioética es el estudio sistemático de las dimensiones morales – incluyendo visión moral, decisiones, conducta y políticas – de las ciencias de la vida y la atención de la salud, utilizando una variedad de metodologías éticas en un escenario interdisciplinario",[36] o adoptemos el criterio – por cierto más amplio – propuesto por quien es considerado el creador del término, que en la actualidad define a la disciplina "como nueva ciencia ética que combina humildad, responsabilidad y una competencia interdisciplinaria, intercultural y que potencia el sentido de humanidad", entendiendo como "humildad" "la consecuencia correcta que se deriva de la afirmación "puedo estar equivocado" y exige la responsabilidad de aprender con las experiencias y conocimientos disponibles"[37] o, finalmente, seleccionemos aquella que, haciendo hincapié en la visión multidisciplinaria que caracteriza a la

35. Definición de "Bioethicsline" de 1994.

36. Reich, W. T., "Encyclopedia of Bioethics", rev. ed., New York; MacMillan, 1995:XXI.

37. Potter, V. R., Conferencia presentada en video en el IV Congreso Mundial de Bioética, celebrado en Tokio, Japón, del 4 al 7 de noviembre de 1998. Texto publicado en "O Mundo da Saúde", 1998; 22(6):370-374, (la traducción me pertenece).

Bioética, la define señalando que "funciona como una lógica del pluralismo, como un instrumento para la negociación pacífica de las instituciones morales",[38] el tema analizado por la sentencia que se comenta es propio de esta novedosa disciplina.

Antes de adentrarnos en el análisis bioético del caso en particular resulta imperioso destacar dos elementos a tener en cuenta: el primero de ellos se conecta con el reconocimiento de la antropología como fundamento de la Bioética; en efecto, el punto de partida de todo razonamiento bioético es la consideración del hombre y de las condiciones éticas necesarias para el desenvolvimiento de una vida humana. El segundo asume que la disciplina nace y se expande íntimamente conectada al desarrollo de la biotecnología, en particular, en el campo de la ciencia médica.[39]

Este último elemento aparece claramente presente en la problemática de los fetos anencefálicos; efectivamente, gracias a los avances de las técnicas de diagnóstico prenatal,[40] en este caso, concretamente, merced a una ecografía, fue posible la realización de determinaciones clínicas que años antes eran impensables. La cuestión bioética surge porque la madre sabe, desde los primeros meses del embarazo, que el niño que gesta carece de masa encefálica y de calota craneana y está, por ende, destinado a morir durante el parto, inmediatamente después o, a lo sumo, a las pocas horas. Va de suyo que la ecografía no se realiza con el fin de determinar tal circunstancia sino, por el contrario, para verificar la normalidad del embarazo y aventar terapéuticamente cualquier riesgo que pudiera vislumbrarse,[41]

38. Engelhardt, H.T., "Manuale di Etica", Milano: Il Sagiatore, 1991, p. 19.

39. Patrao Neves, María do Céu, "A Fundamentacao Antropológica da Bioética", en Revista "Bioética", Vol. 4, n. 1, Brasília, 1996, p. 7.

40. Se da ese nombre a "Todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo por tal toda anomalía en el desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque puede manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple" Romeo Casabona, Carlos M., "El diagnóstico ante-natal y sus implicaciones jurídico penales", La Ley, n. 1751, 1987, p. 6.

41. Romeo Casabona, Carlos M. afirma que las finalidades del diagnóstico prenatal son las siguientes: "a) tranquilizar a los padres con alto riesgo de que el feto no presenta malformación o enfermedad alguna; b) permitir el tratamiento (quirúrgico, medicamentoso, terapia génica) del

pero, determinada la existencia de la grave malformación, es obligación del profesional actuante comunicárselo a la gestante, habiendo sido desterrado ya el cuestionado paternalismo médico que le negaba al paciente el derecho a tomar sus propias decisiones.

Ahora bien, dentro de la Bioética podemos distinguir fácilmente dos perspectivas diversas que reconocen líneas evolutivas paralelas: la anglosajona, que pone mayor énfasis en garantizar la autonomía y en asegurar los derechos que le asisten a cada individuo y la continental europea, que acentúa el sentido de justicia, de equidad en el resultado de la acción, más allá de los derechos que puedan asistirle al sujeto.[42] Sometido el caso a análisis conforme los principios de cualquiera de ellas el resultado va a coincidir con la resolución a la que arribaran los tribunales de justicia.

En efecto, conforme la línea de abordaje anglosajona, el modelo de análisis que suele utilizarse es el llamado "principalista" que supone la existencia de cuatro principios de los que habrá que valerse al analizar cada caso en particular. Ellos son: la autonomía, la justicia, la beneficencia y la no-maleficencia.[43] En caso de conflicto entre los mismos principios las particulares características del caso concreto indicarán cuál debe ganar preeminencia, pudiendo resaltar que, conforme la línea de pensamiento que reseñamos, se suele privilegiar el principio de autonomía.

Ninguna duda cabe respecto a que en este caso la respuesta es clara desde los cuatro principios. En efecto, al aceptarse el reclamo de la gestante se respetó la

feto para curar o paliar ciertas anomalías que presente; c) indicar el modo de realizar el parto (p. ej. practicar una cesárea); d) determinar el tratamiento a seguir con el recién nacido una vez que se haya producido el parto, o para más adelante (medicina predictiva); e) adoptar la decisión del aborto eugenésico cuando esté permitido por la ley...", "El diagnóstico preconceptivo y el diagnóstico prenatal", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 5, diciembre 1992, p. 159.

42. Patrao Neves, María do Céu, "A Fundamentacao ...", op. cit., p. 10. La autora ejemplifica estas características de cada una de las corrientes señalando: "Es por lo expuesto que aquella (la anglosajona) permanezca profundamente dedicada a los que podemos designar micro-problemas, cuestiones cuya resolución importa de forma decisiva a inmediata a un solo individuo, por oposición a los macro-problemas, en los que los intereses morales de todo un grupo se encuentran involucrados y en los que la perspectiva europea concentra más fuertemente su atención". (La traducción me pertenece).

43. Ver Beauchamp, T. – Childress, J., "Principlea of biomedical ethics", New York, Oxford University Press, 1989.

autonomía de la paciente, quien libre y debidamente informada seleccionó la solución que estimaba más adecuada para sí misma y para su grupo familiar.

El principio de justicia alude a la proporcionalidad en los repartos, a la equidad. En el caso, desafortunadamente, la ciencia médica sólo podía efectuar su aporte para aliviar el daño que padecía la gestante, puesto que nada podía hacer ni en ese momento ni en cualquier otro para optimizar las posibilidades de sobrevida del nasciturus. Desde este ángulo, lo justo es dar ayuda a la única persona a la que se puede auxiliar.

El principio de beneficencia nos habla de realizar un bien. Adoptar la solución reclamada por quien accionaba era autorizar un bien, que no sólo alcanzaba a la amparista, sino también a todo un grupo familiar que junto a ella padecía. Por el contrario, desestimar su pedido hubiera entrado en colisión con el principio de no-maleficencia, puesto que, indudablemente, se le ocasionaría un sensible perjuicio.

Desde la óptica del nasciturus indudablemente no se violaba el principio de no-maleficencia, dado que no se empeoraba su situación, en la medida en que un parto adelantado no aumentaba las posibilidades de un desenlace fatal, sino que tal supuesto era una consecuencia inevitable de su gravísima patología.

La Dra. Ana María Conde, juez del Tribunal Superior, en el punto V de su voto efectúa un análisis bioético de la cuestión sometida a su conocimiento, señalando que deben tomarse en consideración tres principios, el de autonomía, el de beneficencia-no maleficencia y el de justicia, para concluir afirmando que: "Si evaluamos una solución adecuada al caso desde la bioética, debemos admitir el amparo requerido, pues con ello se privilegia la salud de la única persona directamente involucrada con posibilidades de sobrevivir, la madre."

Ingresa asimismo en este campo del saber el Dr. Julio Maier, quien señala, entre otros aspectos, que tampoco colisiona lo que se pide con el principio de beneficencia desde el ángulo del nasciturus, toda vez que no adelantar el parto implicaba para el feto una mera prolongación de su agonía, lo que puede perfectamente equipararse con el llamado "encarnizamiento terapéutico", es decir, adoptar una conducta médica que carece de un fin terapéutico.

Adviértase que entre los supuestos que plantea el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva para que el equipo médico se abstenga de aplicar o retire el soporte vital colocado está el siguiente: "Cuando sólo se trate de mantener y prolongar un cuadro de inconciencia permanente e irreversible (p. ej.: estado vegetativo persistente)". Esta situación es perfectamente equiparable a la del anencefálico y parece carente de sentido estimar ético no aplicar o retirar aparatología de soporte vital a una persona ya nacida cuando se presenta este cuadro y no sostener similar criterio cuando el mantenimiento del soporte vital pasa por negar la autonomía y prologar el quebranto psíquico de otro ser humano.[44]

Esta cuestión está íntimamente ligada con el concepto de dignidad humana toda vez que no luce como respetuosa de tal noción la pretensión de mantener a ultranza en vida dependiente a quien está destinado a desarrollar una vida autónoma, – por ser humano como es –, en especial en aquellos casos en que se sabe perfectamente que le está absolutamente vedada tal posibilidad.

Es interesante destacar, sobre todo para advertir cómo pueden existir puntos de vista bioéticos absolutamente encontrados respecto de problemas aparentemente sencillos, que la postura alentada por ciertos grupos en punto a mantener el embarazo de los fetos anencefálicos con el único objetivo de donar para trasplante los órganos del neonato es entendida por estudiosos de la Bioética como un atentado a la dignidad humana[45] ya que se estaría utilizando a una persona, el feto malformado, como medio para el bienestar de otras, los eventuales receptores de órganos, y esta instrumentalización de un ser humano importaría un claro atentado a su dignidad como persona.[46]

44. Ver "Pautas y recomendaciones....", op. cit., p. 55.

45. Ver Veloso de Franca, Genival, "DOAÇÃO DE ...", op. cit.

46. Esta posición tiene además distintos reparos de orden estrictamente médica. El primero de ellos es que los órganos de infantes portadores de una malformación de tanta gravedad normalmente presentan, a su vez, diversas patologías. Por otra parte, toda vez que el neonato anencefálico no se encuentra en muerte cerebral, no se pueden extraer sus órganos hasta que muera, circunstancia que suele darse sin que el niño atraviese por el estadio de cese irreversible de la totalidad de las

La línea de pensamiento europea, por su parte, si bien no ha generado modelos propios de análisis, se vale de la concepción personalista que aborda a la persona desde su naturaleza única, relacional y social.[47] Desde este modelo, frente a una persona que ya ha desarrollado sus potencialidades como tal y otro ser humano, cuya vida dependiente incide negativamente en tal desarrollo y, a su vez, se halla incapacitado para alcanzar ese estadio, la opción bioética acertada es privilegiar a la persona que es frente al ser humano que no podrá ser.

Debe también recalcarse la circunstancia de que el Hospital actuante contó con un dictamen legitimante del reclamo de la paciente emitido por el Comité de Bioética, opinión que fue luego utilizada como valioso elemento de juicio por los magistrados que intervinieron en la acción de amparo. La existencia de Comités de Bioética en los hospitales no sólo es una práctica altamente aconsejable para elevar el nivel de la prestación médica sino que, debidamente regulados, serían el medio perfecto para evitar la superflua intervención judicial que –injustificadamente– exigen las autoridades de algunos centros asistenciales.[48]

La perspectiva bioética con que fue abordado judicialmente el caso abre una luz de esperanza sobre la posibilidad de que se debatan –seria y participativamente– en nuestra comunidad situaciones que son habitualmente silenciadas y que causan un profundo quebranto físico y psíquico a una innumerable cantidad de mujeres

funciones cerebrales, sino, por el contrario, por una falla cardiorrespiratoria. En este caso debemos evaluar dos cursos posibles de acción, o se le extraen los órganos cuando todavía está legalmente vivo, en cuyo caso nos encontramos frente a un homicidio calificado, o se le extraen una vez muerto aquellos órganos que se pueden extraer de cualquier cadáver, pero no el corazón o los pulmones, por ejemplo, situación en la que resulta irrelevante el sacrificio de la madre de llevar a término la gestación, toda vez que no se obtienen los órganos que escasean para ser trasplantados sino aquellos que resultan fáciles de procurar.

47. El "Comité Consultantif National d'Éthique" de Francia basa su actividad sobre tres principios fundamentales: a) el respeto por la persona humana; b) el respeto por la ciencia; c) el desinterés (no se concibe el comercio del cuerpo humano). (Ver Martínez, Stella Maris, "Manipulación..., op cit., p. 56.

48. Sobre la función de los Comités Hospitalarios de Bioética ver Vidal, Susana, "Proyecto para la constitución de Comités Hospitalarios de Bioética en las Instituciones de Salud de la Provincia de Córdoba", en Cuadernos de Bioética, N° 2-3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 69.

de escasos recursos. La actitud valiente de los magistrados, que no evitaron enfrentar la delicada cuestión mediante el sencillo expediente de eludir procesalmente su tratamiento, debe servir de modelo a gran parte de la dirigencia política que habitualmente opta por no comprometerse en los temas más sensibles de la sociedad.[49]

Cierto es que, para que la reflexión bioética rinda sus frutos y sirva en la elaboración de criterios guía destinados a orientar la creación legislativa y la actividad judicial, debería desenvolverse con el paradigma de racionalidad de una "Ética civil", entendiendo como tal "el mínimo moral común de una sociedad pluralista y secular".[50]

Esta alternativa descarta la vigencia de postura fundamentalistas que, encerradas en posiciones sectarias, no acepten la posibilidad del diálogo.[51] Tal comportamiento es inadmisible en un Estado de Derecho como el que proclama nuestra Constitución Nacional.

Mi afirmación encuentra amparo en las esclarecedoras palabras de Marcelo Palacios, Presidente del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética, cuando, argumentando sobre la necesidad de una Bioética civil, laica e independiente manifestó: "A la par que se producen los avances científicos y tecnológicos, va apareciendo una sensibilidad diferente, que configura nuevos va-

49. Andrés Gil Domínguez, desde una postura más extrema, comentando estos mismos fallos sostuvo: "El fallo de la Corte Suprema y su estándar sobre la perspectiva axiológica del conflicto de valores "vida humana en formación-salud física y psíquica de la mujer", constituye un fuerte disparador, para que de una vez por todas, la dirigencia política deje atrás sus miedos egoístas, el falaz argumento que sostiene una supuesta falta de preparación de la sociedad, y genere un debate pluralista sobre cuáles son las alternativas normativas y sociológicas posibles para que la vida humana en formación sea eficientemente protegida, los miles de abortos clandestinos que se realizan por año en nuestro país disminuyan (entre 350.000 y 1.000.000) y las mujeres pobres dejen de perder la vida", "Parto inducido, conflicto de valores y Constitución", Revista Jurídica del Centro de Estudiante, n. 20, Abril 2001, p. 23.

50. Vidal, Marciano, "Bioética – Estudios de Bioética Racional", Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 19.

51. Jean Bernard, primer presidente del "Comité Consultivo Nacional de Ética" de Francia ha resumido la necesidad de diálogo con esta frase: "Toda moral supone, no un conflicto, sino una alianza entre dos orientaciones", "Evolución de la Bioética – Consecuencias morales de los progresos de la Biología y de la Medicina", "Medicina", Buenos Aires, 49:79-84 (1989), p. 80.

lores sociales y culturales cuantitativa y cualitativamente evaluables. No son valores homogéneos ni uniformes, porque en su aparición influyen y confluyen circunstancias, sentimientos y reacciones muy dispares, de naturaleza individual, grupal, ideológica, religiosa, moral, etc., que los diferencia e incluso enfrenta. Y por lo mismo, al no ser las actitudes o juicios éticos o morales patrimonio absoluto o universal de una sociedad, y mucho menos de un sector o individuo, no pueden imponerse a la comunidad si no es bajo el ejercicio de un poder dañoso y autoritario, subliminal o evidente. En un Estado de Derecho, plural y protector de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, como es el nuestro, tampoco sería posible...se hace preciso afrontar la realidad presente desde un talante ético actualizado, –elaborado sin eufemismos ni reservas, contrario a las valoraciones abstractas y a los principios preestablecidos poco o nada receptivos a modificarse, y en muchas ocasiones sustentados en falacias de diversa extracción–, que incorpore y represente los mínimos éticos racionales aceptados e indispensables para proteger la dignidad propia de toda sociedad; supuestos mínimos sin ninguna influencia confesional o partidista que si bien no hayan de ser siempre compartidos sirvan para aplicación común. Me refiero a lo que viene en denominarse ética civil, es decir: aquella cuya validez radica en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad, procedencia y al servicio del interés general".[52]

Este modelo, que reafirma los valores y principios sustentados por nuestra Carta Magna y por los instrumentos de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, es al que deben lealtad los magistrados de la República.

52. "Bioética Práctica para el Siglo XXI" en "Bioética 2000", publicación de la Sociedad Internacional de Bioética, Ed. Nobel S.A., España, p. 15.

4. O Direito em Ação

O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional[1]

Antenor Madruga

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Advogado da União, Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça; Membro fundador do Centro de Estudos de Direito Internacional – CEDI.

Sumário: 1. Introdução – 2. A jurisprudência do STF sobre cooperação jurídica internacional – 3. Cartas rogatórias executórias, ordem pública e soberania nacional – 4. O *exequatur* a cartas rogatórias executórias numa outra perspectiva: a cooperação internacional – 5. O *exequatur* a cartas rogatórias executórias como instância de delibação – 6. Conclusões.

Resumo: A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que as cartas rogatórias não podem ter caráter "executório" e que as decisões judi-

1. Palestra apresentada no X Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2004, em São Paulo. O texto foi revisado à luz da entrada em vigor da reforma constitucional que passou para o Superior Tribunal de Justiça a competência para conceder *exequatur* a cartas rogatórias e a homologar decisões estrangeiras.

As opiniões expostas neste texto são de responsabilidade exclusiva do autor. Não correspondem necessariamente à posição do governo brasileiro ou do Ministério da Justiça.

ciais estrangeiras com esse caráter somente podem ser executadas se delibadas pelo procedimento denominado no regimento interno do STF como "Homologação de Sentenças Estrangeiras" (arts. 215 a 224 do RISTF) e não pelo procedimento denominado "Carta Rogatória" (arts. 225 a 229 do RISTF), sob pena de ferir a ordem pública. Com base nessa orientação, o STF tem negado *exequatur* a decisões estrangeiras, encaminhadas via rogatória, que, por exemplo, requerem a quebra de sigilo bancário no Brasil. Procuramos neste artigo demonstrar o equívoco dessa interpretação.

Palavras-chave: rogatória, *exequatur*, cooperação, homologação, delibação.

1. Introdução

Daqui a alguns anos olharemos para trás e escreveremos sobre uma sociedade que vivia em feudos jurídicos. Falaremos de um tempo em que juízes se comunicavam por cartas, enviadas por via aérea e terrestre, confirmadas, folha a folha, por carimbos de tinta, selos e fitas multicores, delibadas e fiscalizadas, uma a uma, pelo Supremo Tribunal Federal. Lembraremos da época em que fronteiras facilitavam o crime e dificultavam a prestação de alimentos. Não nos faltará a memória desse tempo em que promotores de justiça desistiam de promover a justiça quando esta se encontrava distante dos promotores de justiça.

Assim como os progressos da atrelagem de carros de boi e da navegação a partir do Século X contribuíram para ampliar o comércio inter-feudal, aproximar os povos e apressar o fim da Primeira Idade Média, a nova revolução nos transportes e na comunicação – gestora de uma economia global sem precedentes – inexoravelmente nos levará ao fim desta Segunda Idade Média em que vivemos.

A diferença entre os caminhos de saída daquele e deste período de trevas está na velocidade das mudanças. Não serão outras as gerações que a realidade chamará para construir a nova relação jurisdicional internacional. O desafio se põe agora e deve ser enfrentado com urgência. Não há alternativa. A produção de

normas, a solução de conflitos e a aplicação da lei permanecem ainda razoavelmente compartimentadas em espaços jurídicos (Estados), mas não a vida social. O direito é estatal, mas a sociedade é global. Ou aprendemos a promover uma cooperação jurídica internacional célere e eficiente ou continuaremos a testemunhar a impotência do Estado diante dessa nova sociedade.

2. A jurisprudência do STF sobre cooperação jurídica internacional

Na Carta Rogatória 10.484 (decisão monocrática), julgada há pouco mais de um ano, em 23.10.2003, a autoridade judiciária suíça pediu cooperação à autoridade judiciária brasileira para investigar tráfico de mulheres brasileiras para a Suíça. Não é segredo que o tráfico de seres humanos, principalmente de mulheres, abduzidas e escravizadas no seio do mundo que se considera civilizado, é dos mais abomináveis, execráveis, odiosos, imperdoáveis e ímpios crimes que tomam proveito da incapacidade de cooperação jurídica internacional dos Estados. Pretendiam os suíços obter informações de contas bancárias localizadas no Brasil e o seqüestro de bens dos acusados, medidas essenciais para o desmantelamento daquela organização criminosa.

O Ministério Público Federal, modificando seus pareceres anteriores, opinou pela concessão do pedido, ressaltando que "*não deve prevalecer o sigilo bancário, no caso, pois a sua quebra está fundamentada e visa ao esclarecimento do nefando crime de tráfico de mulheres*".

Não obstante a severidade do caso, o Supremo Tribunal Federal, por seu Presidente, no exercício da competência monocrática outorgada pelo regimento interno, indeferiu o fornecimento das pretendidas informações bancárias, sob o fundamento de que "*as diligências de seqüestro de bens e quebra de sigilo de dados, além de atentar contra a ordem pública, possuem caráter executório, o que inviabiliza a concessão do 'exequatur*".

Não se trata de uma decisão isolada do Presidente do STF, como lembra a Professora Carmen Tiburcio, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro: "*nenhuma medida de caráter executório pode ser requerida ao STF por via de rogatória, entendimento este pacífico e sedimentado*".[2] Sua Excelência não foi além de reiterar a jurisprudência consolidada do tribunal. Várias decisões monocráticas e acórdãos se repetem para negar seqüestro de bens, quebra de sigilos legais e qualquer outro pedido proveniente de jurisdições estrangeiras que, independente do mérito e da relevância das medidas rogadas, tenham "caráter executório", seja lá o que isso for.

Assim, por essa lógica interpretativa, a nossa mais alta corte considera que a prestação de informações bancárias essenciais à investigação, em outro país, de crimes como o tráfico de seres humanos atenta contra a ordem pública.

Infelizmente, a resistência à cooperação jurídica internacional não se revela apenas na autoridade judiciária brasileira. As autoridades judiciárias e os sistemas jurídicos internos de todo o mundo são ainda muito avessos à integração internacional.

Recentemente o Ministério da Justiça recebeu a devolução de uma carta rogatória endereçada por Juiz Federal brasileiro à autoridade judiciária da Costa Rica. Tratava-se de solicitação de quebra de sigilo bancário e seqüestro de bens em processo penal para apuração de corrupção e lavagem de dinheiro. A Costa Rica devolveu a rogatória, oficialmente remetida pelo governo brasileiro, porque faltava um carimbo do cônsul costarriquenho em Brasília, carimbo esse exigido pelo art. 701 do CPC da Costa Rica.

Apesar do obscurantismo com que pintamos a cooperação jurídica internacional hoje, acreditamos, como antes afirmado, estarmos no ocaso de uma idade média, à véspera de novo tempo na interação entre os Estados para proporcionar uma efetiva prestação jurisdicional. David McClean, Professor da Universi-

2. TIBURCIO, Carmen. "As Cartas Rogatórias Executórias no Direito Brasileiro no Âmbito do Mercosul". *Revista Forense*, vol. 348, 1995. Também disponível em <www.editoraforense.com.br/atualidades/artigos_DCOM/348dou05.htm>, acesso em 14.01.2005.

dade de Oxford, testemunha que a cooperação internacional em matéria cível e criminal tem crescido "dramaticamente" nos últimos anos:[3]

"The scale of that activity which forms the subject matter of this book, international co-operation in civil and criminal matters, has grown quite dramatically in very recent years. It increasingly engages the attention of lawyers in private practice, in the offices of corporate legal counsel, and in government service.

(...)

There is now a set of well-established techniques and procedures for co-operation in civil and commercial proceedings, together with a very much more recent growth of international agreements, bilateral, regional and multilateral, in which those techniques and procedures are extended and developed for use in the field of criminal investigations, prosecutions, and to trace and seize the proceeds of crimes. The latter area is developing so rapidly, and sees so many new initiatives, that its shape is still relatively unclear and the techniques are still being refined; but they are firmly based on the much longer experience gained through co-operation in the civil area."

Exemplos recentes que freqüentaram a mídia nacional dão conta de que as fronteiras de territórios estrangeiros – alguns antes tão fechados a ponto de serem reconhecidos como "paraísos de sigilo" – não são mais intransponíveis à nossa jurisdição, graças à cooperação prestada ao Brasil por esses Estados.

O Ministério da Justiça e o Ministério das Relações Exteriores, com apoio do Poder Judiciário, do Ministério Público e da academia, têm negociado novos tratados de cooperação jurídica internacional. Juízes, membros do Ministério Público e professores universitários estão sendo convidados para compor as delegações brasileiras que negociam esses acordos. Estão também finalizando anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional que pretende dar regulamentação geral e moderna à cooperação, tanto em matéria cível quanto penal, tendo

3. McCLEAN, David. *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3.

como ponto de partida projetos já elaborados pela Associação dos Juízes Federais – AJUFE, e por membros do Ministério Público Federal.

Mas não basta celebrar bons acordos e editar novas leis. É fundamental desenvolver entre nossos juízes e operadores do Direito uma cultura de cooperação internacional. Não podemos mais formar gerações de juristas ensimesmados no direito interno, desatentos aos aspectos internacionais da problemática jurídica.

É preciso e urgente que a autoridade judiciária brasileira, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, com a competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias que recebeu na recente reforma constitucional, dê esse passo que reclama a efetividade do próprio poder jurisdicional brasileiro. No mundo praticamente sem distâncias, onde se mede até em segundos o tempo para que interesses jurídicos viajem à mais longínqua jurisdição, não há efetiva prestação jurisdicional sem cooperação estreita entre os Estados.

Não se pode acusar o Brasil de xenofobia judiciária. Na verdade, a posição do direito brasileiro em diversos temas de cooperação internacional é bastante avançada, desde o direito imperial até o republicano, como lembra o Professor Haroldo Valladão:[4]

"O Brasil sempre encarou com elevado espírito de solidariedade internacional o dever que incumbe aos vários Estados de se auxiliarem reciprocamente na repressão dos crimes.

Assim, quanto à extradição, ao trânsito de criminosos, à entrega de objetos, às rogatórias criminais e às próprias decisões criminais estrangeiras.

E isso, desde o direito imperial até o direito republicano e o contemporâneo, segundo veremos ao estudar cada uma daquelas diversas formas de cooperação internacional nos processos criminais."

4. VALLADÃO, Haroldo. "Da Cooperação Internacional nos Processos Criminais". *Revista dos Tribunais*, vol. 87, Agosto 1933, p. 463.

No que diz respeito à cartas rogatórias executórias, todavia, o Supremo Tribunal Federal não tem honrado essa tradição. Paradoxalmente, a cooperação internacional para a extradição de pessoas é muito mais fluida que a cooperação internacional para quebra de sigilos legais e outras medidas restritivas de direitos. É mais fácil, no âmbito da cooperação internacional, entregar a liberdade de uma pessoa que fornecer seus dados bancários ou indisponibilizar seus bens, graças à jurisprudência que se formou no STF sobre a impossibilidade de se conceder *exequatur* a estas cartas rogatórias.

Sugerimos, com todas as vênias, não existir fundamento jurídico para essa orientação e acreditamos que o STF jamais refletiu com maior profundidade sobre o assunto.

3. Cartas rogatórias executórias, ordem pública e soberania nacional

Não faz sentido dizer que a concessão de *exequatur* em cartas rogatórias para o cumprimento de decisões judiciais estrangeiras fere, *per se*, a ordem pública, como aduziu o STF na Carta Rogatória 10.484, ou a soberania nacional, a teor do que dispôs o pretório constitucional na Carta Rogatória 7.154 (decisão monocrática). A Professora Nadia de Araujo, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, também critica a posição do Supremo, nos seguintes termos:[5]

"Se a proibição da concessão de medidas de caráter executório não é fundada na lei, mas decorre da análise da ordem pública pelo STF, deveria haver maior incursão no mérito da questão, e, caso a caso, o pedido poderia ser deferido ou não. (...) O óbice da ordem pública não pode ter caráter absoluto e precisa ser reapreciado."

5. ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 260.

O Supremo se contradiz nesse argumento quando admite cartas rogatórias homologatórias, desde que previstas em acordos internacionais. Neste sentido, esclareceu o acórdão do Tribunal Pleno ao conceder *exequatur* ao AgRG na Carta Rogatória 7.613, julgada em 03.04.1997:

"O Protocolo de Las Leñas ('Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa' entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exeqüível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provinda dos Estados-Partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o *exequatur* se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento."

Se a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias que pedem homologação de decisões judiciais estrangeiras fere a ordem pública ou a soberania nacional, como entendeu o STF na linha de decisão das Cartas Rogatórias 7.154 e 10.484, não se poderia admiti-la nem mesmo quando prevista em tratados internacionais, na esteira da exceção reconhecida pelo Supremo nas CR 7.613 e 7.618. Um tratado internacional não poderia autorizar medidas contrárias à ordem pública ou à soberania.

Uma leitura mais atenta da jurisprudência do próprio STF revela que a origem da impossibilidade de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias "executórias" não guarda relação com soberania ou ordem pública, admitindo-se estes conceitos como distintos.

4. O *exequatur* a cartas rogatórias executórias numa outra perspectiva: a cooperação internacional

Na verdade, o que as primeiras decisões procuravam aplicar era a regra de que as sentenças estrangeiras terminativas deveriam ser homologadas por procedimento específico, denominado pelo regimento interno do STF como "Homologação de Sentenças Estrangeiras" (arts. 215 a 224 do RISTF) e não pelo procedimento denominado "Carta Rogatória" (arts. 225 a 229 do RISTF).

Foi neste sentido que o Ministro Antonio Neder, no julgamento, em 26.03.1979, da Carta Rogatória 2.963, dispôs que "a carta rogatória não pode afastar, por via oblíqua, a necessidade imperiosa de a Justiça brasileira homologar sentença estrangeira".

Valendo-se da mesma interpretação, o Ministro Sepúlveda Pertence, na Carta Rogatória 7.154, julgada há exatos nove anos, em 17.11.1995, negou a autoridades suíças o acesso a dados protegidos por sigilo bancário no Brasil: "*quebra de sigilo bancário bem como o bloqueio de contas, dependem, no Brasil, de sentença que os decrete. Deste modo, chega-se à conclusão de que as medidas em comento não poderão ser desde logo executadas, sem que antes se proceda à homologação, na jurisdição brasileira, da sentença estrangeira que as tenham determinado*".

Alguém poderia argumentar, numa leitura mais apressada desses fundamentos, que o Supremo não fecha as portas da cooperação judiciária passiva às chamadas "medidas executórias", apenas as condiciona à "prévia homologação, na jurisdição brasileira, da sentença estrangeira que as tenham determinado". Assim, aparentemente, bastaria que autoridade judiciária estrangeira interessada, por exemplo, na obtenção de dados bancários no Brasil, solicitasse a homologação de sua própria decisão em vez de optar pelo envio de uma carta rogatória.

Ocorre que o procedimento previsto nos arts. 215 a 224 do RISTF como "Homologação de Sentença Estrangeira" somente se presta, por seus próprios

requisitos, à homologação de sentenças estrangeiras terminativas. Basta ver que o art. 217 do Regimento Interno estabelece como indispensáveis à homologação a citação das partes e o trânsito em julgado da sentença a ser homologada, requisitos obviamente incompatíveis com as características das decisões judiciais *ex parte* – sem a oitiva da parte interessada – como a quebra de sigilos legais ou o seqüestro emergencial de bens.

Ademais, conforme o art. 218 do mesmo regimento, a homologação ali prevista aproxima-se de uma verdadeira ação de homologação em que a "parte interessada" deve provocar o juízo de delibação do STF por meio de "petição inicial", cabendo ao Presidente, após a autuação da petição e dos documentos, "mandar citar o requerido para, em quinze dias, contestar o pedido" (art. 220).

Deveria, portanto, a autoridade judiciária estrangeira, cuja prestação jurisdicional reclama a adoção de "medidas executórias" liminares no Brasil, apresentar "petição inicial" no STF e seguir o procedimento denominado no regimento interno de "Homologação de Sentenças Estrangeiras"?

Certamente que não. As autoridades judiciárias de países distintos se comunicam, em regra, por epístolas denominadas "cartas rogatórias". Se uma autoridade judiciária necessita, para cumprir sua função, que atos processuais sejam realizados fora de sua jurisdição, sejam atos ordinatórios, produção de provas, medidas assecuratórias ou decisões, recorrerá à carta rogatória. Por meio deste instrumento, rogará a cooperação internacional.

Talvez a fonte da resistência jurisprudencial esteja na orientação doutrinária que a nossa Corte Suprema seguiu. No Agravo à Carta Rogatória 337, julgado em 13.05.1953 e relatado pelo Ministro José Linhares, o Supremo fundamentou-se em Rodrigo Otávio para afirmar que "*no direito brasileiro não é permitida carta rogatória executória*" e, consequentemente, negar à Justiça do México seqüestro de aeronave que havia sido solicitado em ação judicial cível promovida entre partes privadas:

"Ademais, tratando-se de seqüestro, o que importa em execução forçada, não é de ser admitido, porque no direito brasileiro não é permitida carta rogatória executória (Rodrigo Octávio, *Direito do Estrangeiro no Brasil*, p. 237)".

No julgamento da Carta Rogatória 2.963, decisão monocrática, j. 26.03.1979, o Min. Antonio Neder se baseou na doutrina para concluir que "*constitui princípio fundamental do direito brasileiro sobre rogatórias o de que nestas não se pode pleitear medida executória de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil*":

"Ora, constitui princípio fundamental do direito brasileiro sobre rogatórias o de que nestas não se pode pleitear medida executória de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil. É o que se lê nos autores mais categorizados: Haroldo Valadão, *Direito Internacional Privado*, vol. III, p. 176; Amilcar de Castro, *Direito Internacional Privado*, 3. ed., 1977, nº 334; Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 9. ed., 1970, p. 1.216; Serpa Lopes, Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, vol. III, 1946, nº 358; Agostinho Fernandes Dias da Silva, Direito Processual Internacional, 1971, nº 179. Condensando a doutrina brasileira sobre o assunto, o Prof. Haroldo Valladão inscreveu no art. 70, § 3.º, do seu Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Rio de Janeiro, 1964, que as cartas rogatórias não podem versar quaisquer medidas de execução cuja sentença deva ser homologada. Amilcar de Castro, discutindo a matéria em sua obra supracitada, expressa que a diligência sobre arresto, exatamente a do presente caso, não pode ser objeto de rogatória (nº 334). Serpa Lopes repete o mesmo entendimento (ob. e loc. cit.)."

Entretanto, essa doutrina tratava do problema da eficácia das decisões jurisdicionais estrangeiras a partir somente da perspectiva da homologação de sentenças cíveis, de interesses de partes privadas, e não sob a ótica da cooperação internacional, de interesse do Estado estrangeiro ou, mais amplamente, da eficácia da própria jurisdição nacional, pela garantia da reciprocidade de tratamento.

Portanto, o foco de análise desses eminentes doutrinadores era outro, voltado para verificar como as pessoas podem fazer valer decisões estrangeiras que lhes interessam e não como uma jurisdição, limitada em seu espaço territorial, mas não em sua competência internacional, pode fazer com que ordens de seus juízes, essenciais para a administração da justiça e da paz em sua sociedade, tenham eficácia sobre pessoas e coisas que se encontram sob o alcance físico de outra jurisdição.

Naquela ótica privatista ou doméstica, o acolhimento da decisão estrangeira comparte raízes com as razões que levam o direito interno a determinar a aplicação da lei estrangeira. O que ali se busca privilegiar, ao admitir soluções não territoriais, é o interesse das partes ou a norma mais adequada, de uma perspectiva unilateral, ao melhor funcionamento do sistema interno de solução de controvérsias, seja a norma em abstrato, aplicada pelo juízo nacional, por força do direito internacional privado, ou já concretamente aplicada pelo juiz estrangeiro competente, por força do sistema de homologação de sentenças estrangeiras. Em outras palavras, a sentença estrangeira, assim como a lei estrangeira, por aquela ótica privatista, são aplicadas internamente não para cooperar com o Estado estrangeiro, mas unilateralmente em benefício do próprio direito interno.

Diferente é a situação da decisão judicial cuja eficácia no exterior é do interesse do Estado que a proferiu. O Brasil diversas vezes se viu nessa situação, quando solicitou cooperação de outras jurisdições para dar a decisões judiciais eficácia além-mar. Em várias oportunidades, juízes e tribunais brasileiros, além do Ministério Público, se viram diante da necessidade de rogar a outros países cooperação para dar, no território deles, eficácia a medidas que entendem essenciais para a solução do caso *sub judice*. Num desses casos, um juiz federal brasileiro enviou carta rogatória à Alemanha solicitando documentos bancários que seriam usados como prova em processo-crime por lavagem de dinheiro, pedindo, ainda, o bloqueio cautelar dos fundos depositados na conta especificada. A autoridade judiciária alemã acatou a rogatória e determinou o congelamento dos bens,

mas pediu os documentos que indicavam a titularidade da conta, para verificar a ocorrência de lavagem de dinheiro na Alemanha. Enviou esse pedido ao Brasil pelo mesmo caminho – carta rogatória. Analisada pelo Supremo, a resposta foi padrão: "*a quebra de sigilo de dados, na carta rogatória, alcança contornos executórios, o que inviabiliza a pretendida concessão de 'exequatur'*" (STF, Carta Rogatória 10.692, Min. Maurício Corrêa, decisão monocrática em 01.08.2003):

"Por outro lado, conforme consta à fl. 187, "a exordial acusatória faz menção a valores de movimentação financeira, a números de contas bancárias e a comunicações telefônicas interceptadas que, ao menos em tese, consubstanciam informações acobertadas por sigilo, nos termos do art. 3.º da Lei 9.034/95 e do art. 8.º da Lei 9.296/96". Assim sendo, esta Corte firmou entendimento de que a quebra de sigilo de dados, na carta rogatória, alcança contornos executórios, o que inviabiliza a pretendida concessão de *exequatur*. Nesse sentido Cartas Rogatórias 6.779 e 6.681, Octavio Gallotti, *DJU* de 13.03.1995 e 06.04.1995, respectivamente, e 8.622, Velloso, *DJU* de 05.10.1999."

O STF e, agora, o STJ precisam analisar as cartas rogatórias estrangeiras não apenas com os olhos voltados para as hipóteses clássicas do direito internacional privado ou do sistema de solução de controvérsias entre partes privadas. Não apenas na perspectiva segundo a qual "*a carta rogatória tem por objeto a citação e as diligências que tratem de atos instrutórios, e não as medidas executórias de quaisquer decisões, pois estas dependem de homologação pela Justiça do Brasil*" (STF, Carta Rogatória 2.963, Ministro Antonio Neder, decisão monocrática em 26.03.1979).

A carta rogatória deve ser lida como um instrumento de comunicação entre autoridades de jurisdições diversas, pelo qual se roga cooperação internacional, inclusive para dar efetividade a decisões que o juiz estrangeiro considera essenciais ao exercício de sua função jurisdicional.

Dêem a esse instrumento outro rótulo, outro nome, se preferirem, mas não se deveria confundir a situação em que se pede, via rogatória, a homologação de sentença estrangeira que soluciona conflito entre partes privadas – quando po-

der-se-ia compreender, não sem reservas, a jurisprudência do STF – com a hipótese em que a autoridade judiciária estrangeira roga o reconhecimento de uma decisão sua, sem a qual restaria prejudicada a efetividade da sua jurisdição. Neste caso, a exigência do procedimento de homologação de sentença previsto nos arts. 215 a 224 do Regimento Interno do ISTF corresponderia à denegação indireta da cooperação, como de fato acontece.

Quando Rodrigo Octávio, no seu livro *Direito de Estrangeiro no Brazil*, publicado no início do século passado, em 1909, obra que inspirou a jurisprudência do STF (ver Carta Rogatória 337), afirmou que as cartas rogatórias "*não devem conter disposições executorias, o que importa cumprimento de sentença independente da formalidade de homologação*",[6] o *exequatur* tinha, nesse procedimento, uma conotação administrativa, sendo de competência do Governo Federal e não do Poder Judiciário, por força do que dispunha a Lei 221, de 1894, em seu art. 12, § 4.º:

"As rogatorias emanadas de autoridades estrangeiras serão cumpridas sómente depois que obtiverem o *exequatur* do Governo Federal, sendo exclusivamente competente o juiz seccional do Estado onde tiverem de ser executadas as diligências deprecadas (...)."

Naquelas condições, fazia sentido admitir as rogatórias apenas para diligências não "executórias" ou que dependessem de decisão judicial, categorias que deveriam ser reservadas ao Poder Judiciário, como explica o próprio Rodrigo Octavio, na mesma obra, citando o Conselheiro Lafayette:[7]

"(...) o Sr. Lafayette, depois de uma rápida noção do fundamento do direito internacional privado, faz ver que, tirando a sentença sua virtude obrigatória ou executivo do juiz ou tribunal que a profere, e não sendo esse tribunal ou juiz senão um méro delegado da soberania nacional de um determinado paiz, não póde

6. OCTAVIO, Rodrigo. *Direito do Estrangeiro no Brazil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909, p. 239.

7. *Op. cit.*, pp. 225/226.

a sentença ter vigor fóra dos limites territoriaes em que impera tal soberania. Daí vem que a sentença estrangeira, para que possa ser executada, carece de receber dos tribunaes e juizes do paiz a força executiva, isto é a sanção da soberania nacional. O direito de conceder a dita sanção é uma atribuição do Poder Judiciario, que a exerce concedendo ou denegando o – *cumpra-se* – ás sentenças estrangeiras e só por anomalia tem-se visto tal atribuição ser exercida por outro poder."

De qualquer modo, Rodrigo Octávio se preocupava com os interesses privados, com o "direito do estrangeiro". Como ele mesmo diz, "*não se referem estas disposições às sentenças estrangeiras relativas à materia repressiva, pela natureza territorial da jurisdição criminal*".[8] Estas, como também as medidas de natureza cível rogadas no interesse da própria jurisdição estrangeira, devem receber tratamento distinto, pois se prestam à cooperação entre os povos, tanto para o progresso da humanidade como para a efetividade das jurisdições estatais. Como notou o professor David McClean, sempre houve uma dimensão internacional para as lides civis, tendo os Estados se esforçado para reduzir as dificuldades de seus cidadãos e empresas em promover ou defender ações envolvendo pessoas ou entidades em outros países. Contudo, o interesse do Estado pela cooperação internacional é muito mais direto em áreas como o combate ao crime e ao terrorismo internacional, pela ameaça que oferecem à própria estabilidade social e econômica:[9]

"There has always been an international dimension to civil litigation, and states have found it desirable to devote some efforts to easing the difficulties experienced by their citizens and business enterprises in pursuing or defending claims involving persons or entities in other countries. The state interest is much more direct in the criminal area. A growing realization of the threat posed to the economies and stability of states and the well-being of their citizens by drug trafficking, international crime and terrorism has prompted governments in recent

8. *Op. cit.*, p. 234.

9. McCLEAN, David. *Op. cit.*, p. 3.

years to give very high priority to the development of effective international mechanisms to meet that threat."

A compreensão da eficácia da decisão judicial estrangeira necessita que se a observe sob a perspectiva mais ampla de cooperação entre jurisdições. Ou de *complementaridade* entre jurisdições, tendo como pressuposto essencial constatação de que a característica global das sociedades atuais, ainda juridicamente vinculadas a Estados soberanos, produz fatos e ameaças sociais transjurisdicionais suficientes para comprometer a eficácia do poder jurisdicional e a própria justificação do Estado como a organização suprema e independente de pacificação social. O controle desses fatos e ameaças transjurisdicionais pelos próprios Estados, essencial para a efetividade de suas funções soberanas, não existirá no mundo de hoje sem que as jurisdições se complementem por estreita cooperação.

Assim, a cooperação jurídica internacional não mais se justifica apenas pelo interesse das partes ou por cortesia entre Estados. A eficácia interna de decisões judiciais estrangeiras, antes vista como potencial ameaça à soberania e, portanto, mantida sob rígidos controles de *exequatur*, se apresenta hoje ainda mais essencial à efetividade das funções soberanas.

O fenômeno tecnológico-social por muitos denominado "globalização" provocou a incidência de outras razões constitucionais para a cooperação jurídica internacional. Se antes podia se interpretar que a Constituição Federal determinava que o Estado estabelecesse relações internacionais para a cooperação entre os povos com o objetivo de contribuir para o progresso da humanidade, atualmente essas relações internacionais se impõem para a preservação da sociedade brasileira e efetividade de suas funções e instituições. O sistema público de solução de controvérsias, a promoção dos interesses individuais, coletivos e difusos, a prevenção e combate ao crime, a segurança pública, a defesa de nossas fronteiras, enfim a nossa soberania, dependem cada vez mais da cooperação jurídica internacional.

Teremos acesso à cooperação de outros Estados na mesma medida que a prestarmos. Assim, se para receber cooperação precisamos prestá-la e se con-

cordamos em considerá-la como essencial à soberania, logo devemos concluir pela existência de um princípio constitucional que determina a ampla cooperação e se traduz na interpretação das normas internas no sentido de privilegiar a cooperação.

5. O *exequatur* a cartas rogatórias executórias como instância de delibação

Não estamos aqui pondo em questão a afirmação de que as decisões judiciais estrangeiras, mesmo sem caráter terminativo, para terem eficácia no Brasil devem, de acordo com a legislação comum em vigor, passar pelo juízo de delibação, onde autoridade judiciária brasileira competente, hoje o STJ, controlará os requisitos exigidos pela lei e sua compatibilidade com a ordem pública, a soberania e os bons costumes. Concordamos, *ad argumentandum*, que as medidas executórias estrangeiras precisam passar pelo controle de delibação antes de terem eficácia no Brasil. Ou, como disse o Min. Sepúlveda Pertence ao decidir a Carta Rogatória 7.154, em 17.11.1995, "*de que as medidas em comento não poderão ser desde logo executadas, sem que antes se proceda à homologação, na jurisdição brasileira, da sentença estrangeira que as tenham determinado*".

Porém, de acordo com o direito brasileiro em vigor, não há, do ponto de vista do controle de delibação, diferença ontológica entre o procedimento da carta rogatória e o da homologação de sentença estrangeiras. Ambos instauram juízos de delibação ou, como prefere a doutrina, provocam a instância de *exequatur*, onde se exercerá o controle judicial das decisões estrangeiras. São, no dizer de Nadia de Araujo e Carlos Caputo Bastos, "*mecanismos de cooperação processual internacional, consagrados na legislação processual*".[10] A diferença é apenas procedimental,

10. ARAUJO, Nadia e CAPUTO BASTOS, "A Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal", *in Avances del Derecho Internacional Privado em América Latina*, coord. Jan Kleinheisterkamp e Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Montevidéu, FCU, 2002, pp. 529-554.

tendo a homologação natureza de ação judicial, posto que deve ser provocada pela parte interessada, como ressalta o Professor Vicente Greco Filho:[11]

"Finalmente, sendo matéria de Direito Processual, deve a homologação de sentença estrangeira ser estudada como ação, suas condições, seu objeto e como processo, seus pressupostos, seu procedimento, seus efeitos."

O *exequatur* em cartas rogatórias assumiu no direito brasileiro, desde que a Constituição de 1934 atribuiu-lhe caráter jurisdicional, os mesmos parâmetros do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras, aproximando-se do conceito doutrinário de *exequatur* como instância de controle de decisões estrangeiras. Mohand Issad, em premiada monografia sob o título "*Le jugément étranger devant le juge de l'*exequatur", discorrendo sobre a necessidade de intervenção do juiz francês para proceder à execução de julgamento estrangeiro, refere-se a *exequatur* como o procedimento pelo qual se solicita e se controla a execução do julgamento estrangeiro:[12]

"(...) La nécessité de l'intervention du juge français pour pouvoir procéder à l'execution d'un jugément étranger. C'est lui qui examine celui-ci et n'en autorise l'execution que s'il satisfait à certaines conditions. L'*exequatur* – tel est le nom donné a cette procédure –, désigne donc aussi bien l'action par laquelle on sollicite l'exécution du jugement étranger que les conditions mises à cette execution."

Yvon Loussouarn e Pierre Borel, referem-se a "instância de *exequatur*" para designar o juízo que constata a regularidade internacional do título judicial estrangeiro:[13]

11. GRECO FILHO, Vicente. *Homologação de Sentença Estrangeira*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 62.

12. ISSAD, Mohand. *Le jugément étranger devant le juge de l'*exequatur. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1970, p. 2.

13. LOUSSOUARN, Yvon e BOREL, Pierre. *Droit International Privé*. 6. ed., Paris: Dalloz, 1999, p. 584.

"Il va de soi que la force exécutoire n'accompagne aucun titre en tous lieux; un État ne put admettre que l'ordre d'une souverineté étrangère puisse mettre en œuvre chez lui la force publique. Une instance en *exequatur* est nécessaires pour constater la régularité internationale du titre étranger, puis cette régularité reconnue, en assurer l'exécution par les moyens de la loi française."

No mesmo sentido, o Professor Irineu Strenger, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, relaciona à "declaração de *exequatur*" a força que a soberania territorial empresta às decisões judiciais emanadas de soberanias estrangeiras:[14]

"... na maioria dos países se estabelece a necessidade de que a soberania territorial preste sua força à soberania estrangeira, e as decisões judiciais aí emanadas adquirem sua obrigação no país mediante a declaração do *exequatur*.

Não seria, portanto, equivocado referir-se a *exequatur* de sentença estrangeira. A "instância de *exequatur*" é o sistema de controle de decisões judiciais estrangeiras que, no direito brasileiro, assumiu a modalidade de delibação, isto é, que não faz a revisão de fundo da sentença estrangeira, limitando-se a aspectos formais, de verificação de certeza e exeqüibilidade da sentença estrangeira, e de compatibilidade com a ordem pública, soberania e bons costumes. Tanto a decisão encaminhada pela autoridade judiciária estrangeira, via rogatória, no interesse da cooperação internacional, como a apresentada diretamente, por meio da ação de homologação de sentença estrangeira, pela parte privada interessada, receberão da instância de *exequatur* o mesmo controle de delibação. Embora a Constituição tenha empregado a expressão "conceder *exequatur* a cartas rogatórias" ao lado da expressão "homologar sentenças estrangeiras" isso não significa que o procedimento de *exequatur* em cartas rogatórias não se preste à homologação de sentenças, apenas ressalta que ambos os ritos processuais são de competência, hoje, do STJ.

14. STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional.* São Paulo: LTr, 2003, pp. 15 e 16.

6. Conclusões

A jurisprudência reiterada do STF que nega a execução de decisões judiciais rogada por autoridades estrangeiras por meio de cartas rogatórias tem origem numa concepção teórica e doutrinária ultrapassada, em que a homologação de decisões estrangeiras se fazia apenas no interesse das partes privadas e do sistema interno de solução de controvérsias, próximo da lógica que permeia a aplicação da lei estrangeira por força do direito internacional privado.

Vista sob a perspectiva da cooperação jurídica internacional, do interesse direto dos próprios Estados, a concessão de *exequatur* a decisões estrangeiras encaminhadas por carta rogatória se mostra essencial não apenas para a eficácia do sistema público de solução de controvérsias e promoção dos interesses individuais, como também para a defesa dos interesses coletivos e difusos, prevenção e combate ao crime, segurança pública e defesa de nossas fronteiras. Enfim, a nossa soberania depende cada vez mais da cooperação jurídica internacional.

A essencialidade da cooperação internacional para a efetividade das funções estatais, especialmente no mundo "globalizado", eleva o dever de prestar cooperação jurídica internacional à condição de princípio constitucional.

Não faz sentido opor à ordem pública ou à soberania nacional a concessão de *exequatur* às chamadas cartas rogatórias "executórias", especialmente se o STF já as admite quando previstas em tratados.

Atualmente, nas decisões estrangeiras encaminhadas por "carta rogatória" ou por "homologação de sentença estrangeira", a soberania, a ordem pública e os bons costumes nacionais poderiam dormir tranqüilos, pois são igualmente velados pela instância de delibação brasileira. Não há, do ponto de vista do controle de delibação, diferença ontológica entre os procedimentos da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeiras.

Contudo, infelizmente, restam intranqüilos sob a falta de cooperação internacional que ameaça a efetividade do poder jurisdicional e deixa impunes os

que, ao abrigo de concepções jurídicas ultrapassadas, se valem das fronteiras territoriais para perturbar a ordem pública, desonrar os bons costumes e não respeitar a soberania.

Esperamos que o STJ, no desempenho de suas novas funções, acorde o STF para o renascimento da cooperação internacional.

Inquérito policial e direito de defesa

Paulo Thadeu Gomes da Silva

Especialista em Sistemas de Administração e Proteção dos Direitos Humanos pelo *Institut International d'Administration Publique*/Paris, Mestre em Direito pela PUC/RJ e Doutor em Direito pela PUC/SP. É Procurador Regional da República em São Paulo.

Sumário: I. *Habeas corpus*: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial – II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial – Referências bibliográficas.

I. *Habeas corpus*: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial

1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente.

2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado – como tal, questionável mediante mandado de segurança – e ameaça,

posto que mediata, à liberdade do indiciado – por isso legitimado a figurar como paciente no *habeas corpus* voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores.

II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial

1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7.º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5.º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às

vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em conseqüência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. *Habeas corpus* deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição."

STF – 1ª T. – HC 82.354 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 10.08.2004.

A Ementa acima reproduzida permite observar que várias questões foram enfrentadas pela Primeira Turma do STF ao decidir o *Habeas Corpus* 82.354-8 e que podem ser assim exemplificadas:

1. o conhecimento do *habeas corpus* mesmo quando impetrado contra decisão denegatória proferida em mandado de segurança;

2. o reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão que está sendo investigado;

3. o direito do advogado de ter acesso aos autos de inquérito policial sob sigilo.

No que diz com o primeiro item pode-se afirmar a possibilidade de impetração de *habeas corpus* mesmo quando em jogo ameaça de lesão, *indireta*, à liberdade do cidadão, desde que se pense que a existência de procedimento investigatório é o ponto de partida para a aplicação final da *Vergeltung*. É que o caso jurídico apresenta, como interesse imediato, o pleito de advogados que querem ter acesso aos autos de inquérito policial sigiloso, no qual figura como investigado seu cliente/paciente. Na qualidade de interesse mediato, portanto, indireto, em estado de latência, e não de manifestação, é a possibilidade de cerceamento ao direito de ir e vir do investigado, pois que a só-existência de um inquérito policial instaurado contra quem quer que seja produz esse efeito. Não se trata, por outro lado, de ressuscitar a doutrina brasileira do *habeas corpus* –

que foi garantia constitucional bastante eficaz no combate às ilegalidades perpetradas pela República que então dava seus primeiros passos[1] –, de vez que, já agora há a proteção devida do direito que não o de liberdade pelo mandado de segurança. Naquele tempo em que a genuína doutrina vicejou não havia a positivação em norma da garantia do mandado de segurança e o *habeas corpus*, por isso mesmo, a tudo se prestava, mesmo quando não presente, e ainda que de forma indireta, a ameaça à liberdade de ir e vir.

O segundo ponto a ser aqui analisado talvez seja o mais relevante para a compreensão do tormentoso tema do inquérito policial. A doutrina e a jurisprudência tendem a discutir esse método de investigação pelo enfoque de sua natureza jurídica: é ou não é processo administrativo, é apenas procedimento, é um *tertium genus* ou, conforme o voto do Min. Ayres Brito proferido neste recurso que se analisa, um inquérito policial é apenas um inquérito policial – a tautologia, com o devido respeito e sem que isto configure crime contra a coroa, serve aqui de real e bachelardiano obstáculo epistemológico, impondo-se, por isso mesmo e no dizer de Luhmann, a sua destautologização.

Nesse pano de fundo, então, se desenvolvem as idéias de que, por ser o inquérito policial apenas procedimento, e não processo, ainda que administrativo, a eventual investigado nessa sede não estariam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, reservadas estas que estão aos processos em geral. Em mão contrária encontram-se os argumentos de que, mesmo que não se admita a processualização do inquérito policial, é ele regido pelo princípio da publicidade,[2] de vez que impulsionado pelo Estado, supostamente de Direito, e de onde decorreriam todas as conseqüências da aplicação desse mesmo princípio

1. Para um quadro geral informativo ver Lêda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal*, tomo III, 1910-1926, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

2. Num enfoque direcionado à idéia da igualdade das partes e da conseqüente paridade de armas veja-se Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*, São Paulo: RT, 2001.

a ele, inquérito policial: a inoponibilidade do sigilo dos autos respectivos ao advogado do investigado seria apenas uma delas. Portanto, como se pode observar, a discussão é de índole processual penal constitucional.

No caso jurídico aqui analisado a decisão do STF foi a de conceder a ordem para que os advogados do paciente pudessem ter acesso aos autos do inquérito policial que sobre si tinha a marca do sigilo. A decisão foi tomada com base no argumento de que, embora não se possa considerar o inquérito policial como processo, nele não se manifestando, portanto, o contraditório e a ampla defesa, o investigado tem em seu favor outros direitos fundamentais assegurados, quais sejam o direito de se fazer assistir por um advogado, o de não se auto-incriminar e o de manter-se em silêncio. Todos esses direitos estão expressa e respectivamente positivados nas normas dos incisos do art. 5.º, da CF/88: esse o fundamento, por excelência, da decisão que se descreve.[3]

E parece residir exatamente aí a contradição na decisão proferida neste *habeas corpus*. Note-se bem: o raciocínio é construído pelo entendimento da não-aplicação do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial porque aquelas garantias seriam afetas ao processo, e não ao procedimento, contudo, ao mesmo tempo se reconhece que outros direitos fundamentais, também em sua essência ligados ao processo, e não ao procedimento, aplicar-se-iam ao caso jurídico, como faz exemplo o direito de constituir advogado, de se manter em silêncio e de não se

3. O parecer do Procurador-Geral da República, Exmo. Sr. Dr. Claudio Lemos Fonteles, foi no sentido de, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, se conceder parcialmente a ordem, para o fim de permitir o acesso dos advogados aos autos do inquérito policial apenas com relação às provas que dissessem respeito à pessoa do paciente. A argumentação foi refutada pelo Ministro Relator sob a afirmação de que não se localizaria aí a premissa tomada como ponto de partida para a solução do caso, mas sim nesta que se vem de aduzir no corpo deste comentário. De fato, não parece ser a invocação do princípio – ou seria regra? – da proporcionalidade a solução mais adequada para a decisão, e isso pela singela razão de que não se conhece, no direito constitucional brasileiro, o que venha a ser tal princípio, conforme doutrina de Virgílio Afonso da Silva, "O Proporcional e o Razoável", RT 798/23. No ordenamento jurídico brasileiro a Lei 9.296/96 parece ter positivado em suas normas os testes inerentes ao princípio da proporcionalidade, o que faria dele, por si só, regra e não mais princípio.

auto-incriminar.[4] A falta de defesa técnica, ainda que realizada por defensor constituído ou dativo, causa nulidade processual absoluta, assim como o desrespeito ao direito de silêncio e à proibição da auto-incriminação: são, na expressão da melhor doutrina, proibições de prova.[5]

Num exercício de auto-imolação poder-se-ia responder a estas afirmações argumentando-se que a própria Constituição prevê, em redação explícita, a possibilidade de manifestação desses direitos na fase da investigação,[6] tida então como pré-processual, ao que, aqui também replicar-se-ia que se há essa expressa previsão constitucional é para que o investigado, preso ou solto, possa se defender. Pensar o contrário seria ter que admitir a esdrúxula situação de um cidadão investigado, preso ou solto, ter em seu favor reconhecido pela Constituição o direito fundamental de se fazer defender por um advogado, mas isso não querendo significar "defesa". A perplexidade aumenta na medida em que se pense na gera-

4. No caso tomado como paradigma, *Miranda vs. Arizona*, ficou expresso que outros direitos fundamentais derivam do da proibição de auto-incriminação, tais como: informar o cidadão preso de seu direito de permanecer em silêncio, que qualquer coisa que ele fale pode ser usado contra ele, que ele tem o direito de consultar um advogado, e que se ele não puder constituir um defensor o Estado providenciará um dativo. A jurisprudência construída na Suprema Corte norte-americana a respeito dessas garantias que vêm de ser mencionadas teve início no caso *Powell vs. Alabama*, 1932, no qual foi assegurado ao acusado o direito de ter um advogado. No caso *Betts vs. Brady*, 1942, essa decisão foi refutada em sua íntegra; a restauração da interpretação garantista ocorreu no caso *Gideon vs. Wainwright*, 1963, e que depois foi desembocar, já em sua versão mais extensa, em *Miranda vs. Arizona*, 1966. Já no caso *Powell vs. Alabama* aquela Corte se viu interpretando o direito de um acusado ser assistido por um advogado como sendo decorrente da cláusula do devido processo legal, expressa na 14a Emenda, a despeito de também vir normatizada pelas 5.a e 6.a Emendas.

5. O termo é extraído do livro de Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

6. Esta complexa questão de se saber se um direito fundamental deriva de outro, caracterizando-se o direito fonte pela função nomogenética, aliada a de poder ou não a interpretação, e não apenas a reforma, mudar a Constituição, tem que ser levada em consideração. Com relação ao primeiro ponto o STF, ao menos na decisão aqui tratada, parece ter optado pela negativa; com referência ao segundo ponto, embora num primeiro momento possa parecer que tenha o Tribunal selecionado a interpretação representada pela impossibilidade de mudar a Constituição, para estender a aplicação do direito de ampla defesa também ao inquérito, num segundo momento opera uma verdadeira mutação constitucional quando entende que não só ao investigado preso – expressão literal da norma do art. 5.º, LXIII, da Constituição –, mas também ao solto é assegurado o direito de assistência por um advogado.

ção de efeitos contrários ao investigado pelo mesmo inquérito policial, tendo em vista a possibilidade de ocorrer o correspondente indiciamento, e então a indagação se dirige ao meio próprio de cancelá-lo.[7]

Em suma, se é processo ou procedimento ou se, dependendo de a qual conclusão se chegar, admitir-se ou não a manifestação do contraditório ou da ampla defesa no inquérito policial, só resta um caminho a ser tomado pelo investigado e que é representado pelo verbo *defender-se*. Talvez o problema resida na existência do próprio inquérito policial, tido por muitos como peça imprestável, pois que, se mal feito a nada serve e se bem feito tem que ser ratificado em juízo; por certo, uma vez se constatando no mundo fenomenológico a correção dessa tese, se possa pensar na processualização/judicialização do inquérito policial como salvação para si próprio.

Decorrência do que acima foi articulado é o entendimento exposto no item 3, traduzido na inoponibilidade do sigilo do inquérito policial ao advogado do investigado, indiciado ou não. Por certo que aqui, de igual maneira, se manifesta a necessidade de defesa, e se a quem é investigado é reconhecido o direito fundamental de ser assistido por um advogado, o direito de acesso aos autos do procedimento investigatório, ainda que em curso sob sigilo, é compulsório corolário, já agora presente no exercício das obrigações profissionais, daquele direito.

De tudo o que vem de ser escrito pode-se fazer uma nova proposição: esquadrinhe-se todas as vertentes de análise do inquérito policial feitas até este momento e aqui descritas e conclua-se pela necessidade, num Estado de Direito, de simplesmente ter que se controlar os atos estatais, sejam eles praticados pelo Estado-polícia, seja pelo sistema de administração da Justiça. Essa idéia vem ao encontro da permissão legal de se controlar, via mandado de segurança ou *habeas*

7. O STJ reconhece que após o recebimento da denúncia não pode ocorrer o indiciamento, pois este é ato inquisitorial que não decorre daquele que instaura a ação penal, conforme a mais recente decisão liminar proferida pelo Min. Edson Vidigal no HC 41.183, de 20.01.2005; no mesmo sentido: HC 12.233 e 23.345, STJ. Como se vê, o Estado não perde tempo no exercício do monopólio da força, o que gera efeitos não só para a pessoa do investigado/denunciado, mas para toda a sociedade.

corpus, todos os atos levados a cabo na realização de um procedimento investigatório e tendo como autoridade coatora promotor, delegado ou juiz. Se é correto isso afirmar, correto será asseverar que esse controle se estende a todos os atos praticados no inquérito policial, mesmo àqueles destinados a colher provas e que se revestiriam, devido a sua natureza, de um certo caráter de confidencialidade – escuta telefônica, informações bancárias, eventual pedido de prisão. A peculiaridade, aqui, estaria ligada ao momento em que o controle poderia ocorrer, todavia, apenas com relação a esse aspecto temporal poderia haver uma limitação ao controle do ato estatal, o que implica argumentar que após a coleta da prova o advogado teria que ter reconhecido o direito de acesso aos autos.

Em voga o uso do adjetivo republicano – e parece que *Weimar* não se viabilizou porque era uma república sem republicanos[8] –, seria um bom começo empreender-se a análise do inquérito policial pela necessidade de um controle dos atos nele praticados, controle esse, dir-se-ia, também republicano. A análise dos dois lados do Estado de Direito,[9] quais sejam, o político e o jurídico, permite a descrição do problema representado pelo "controle dos atos realizados no inquérito policial" não mais sob um enfoque no qual estaria em jogo *um interesse público vs. um interesse privado*, pois que já não mais se trata de compreender o direito e a política como alguma coisa distinta da sociedade. Interesse público é geralmente apresentado como atinente à sociedade como um todo; interesse privado, de seu turno, é aquele inerente à sociedade tomada com referência a cada indivíduo: nos dois casos, portanto, interesse da sociedade. Numa perspectiva sistêmico-luhmanniana, tanto o direito quanto a política são direito e política da sociedade.[10] No sistema jurídico os tribunais ocu-

8. Conforme Michael Schäfer, "Memory in the Construction of Constitutions", *Ratio Juris*, vol. 15, nº 4, December 2002, pp. 403-417.

9. Veja-se, para uma análise sociológica, Niklas Luhmann, "Zwei Seiten des Rechtsstaates", *Chuo Law Review*, 1988, pp. 493-506.

10. Este breve espaço é óbice a um desenvolvimento mais completo das idéias de Luhmann. Contudo, para uma consulta bibliográfica, veja-se: "Das Recht der Gesellschaft", Frankfurt: Suhrkamp, 1993, e "Die Politik der Gesellschaft, Suhrkamp", Frankfurt: Suhrkamp, 2000.

pam o seu centro e no político o centro é ocupado pelo Estado. Tribunais do sistema jurídico e Estado do sistema político, então e por conseguinte, também são da sociedade. Conseqüência imediata dessa descrição é a não dissociação entre Estado, Tribunais e sociedade, pois que os dois primeiros existem como sistemas parciais da última. Corolário mediato dessa descrição é, no contexto dos atos de império levados a efeito pelo Estado numa investigação contra um cidadão, a inadequada contraposição entre interesse público e interesse privado, de vez que, nos moldes fornecidos pela mesma descrição, tudo é sociedade, pois esta é um sistema mundial composto de sistemas parciais, dos quais o jurídico e o político são exemplos. Isso equivale a afirmar que tanto o interesse da sociedade em investigar, processar e julgar crimes, quanto o interesse do cidadão em se defender são interesses públicos, pois que se materializam na mesma sociedade, independentemente de o indivíduo pertencer ao sistema ou ao ambiente desse sistema, pois mesmo aqui estaria ele acoplado estruturalmente àquela pela consciência. Não existe, na moldura fornecida pela investigação estatal criminal, qualquer interesse privado a ser preservado, posto que ela, investigação, se desenvolvendo sob os auspícios de rigorosa forma, o faz no interior do sistema político representado pelo Estado-polícia ou mesmo no sistema jurídico simbolizado pelos Tribunais, que são, de sua vez, pertencentes à sociedade.

A dúvida que remanesce pode ser traduzida na reflexão indicativa de que todos os atos jurídicos, então e na perspectiva aqui assumida, seriam aqueles representantes de manifestação do interesse público, e não privado, e isso mesmo quando se tratasse de contrato. O contrato é um elemento do sistema jurídico que se encontra situado em sua periferia, e não no centro, ocupado pelos Tribunais. Exatamente por não necessitar da presença do Estado do sistema político para a sua elaboração é que se caracteriza como privado. Entretanto, na hipótese aqui estudada, o Estado participa ativamente da prática de atos que podem ser objeto de apreciação pelos Tribunais do sistema jurídico, o que faz

mediante a aplicação de seu próprio programa condicional, do tipo se/então, e isso não apenas como mediador de eventual conflito de interesse – o que ocorreria na formalização de um contrato –, mas sim como protagonista na relação Estado-cidadão: há, mesmo que ainda não seja processual, uma indubitável relação entre quem investiga e quem é investigado. E essa relação – e aqui caberia a pergunta sobre se há algum evento distinto do da relação no mundo fenomenológico, preocupação ínsita à Física –, que em realidade é relação também entre sistemas, pode ser controlada pelos Tribunais do sistema jurídico, afinal, é para isso que eles existem.

Isto põe de manifesto a possibilidade de concluir que os interesses que se apresentam numa investigação policial são sempre públicos, seja de parte daquele que investiga, seja de parte daquele que é investigado, pois o direito é da sociedade, assim como a política, aqui representada pelo Estado que no curso de qualquer investigação manifesta o monopólio da força. Submete-se, por isso mesmo, ao controle judicial, o que demanda a necessidade de um profissional da advocacia para realizar a defesa técnica. De sua vez, o acesso aos autos de inquérito policial, mesmo que sigiloso, é consectário lógico do exercício do direito de defesa, seja ele pré ou genuinamente processual.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro.* São Paulo: RT, 2001.

LUHMANN, Niklas. "Zwei Seiten des Rechtsstaates". *Chuo Law Review*, 493-506, 1988.

_____. "*Das Recht der Gesellschaft*". Frankfurt: Suhrkamp, 1993.

_____. *"Die Politik der Gesellschaft"*. Frankfurt: Suhrkamp, 2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, tomo III, 1910-1926, 1991.

SCHÄFER, Michael. "Memory in the Construction of Constitutions". *Ratio Juris*, vol. 15, nº 4: 403-417, December 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. "O Proporcional e o Razoável". *Revista dos Tribunais*, n. 798:23, São Paulo: RT.