ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

53

março-abril de 2005



31831

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 13 n. 53 março–abril 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

Centro 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

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 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. 54 – maio-junho – 2005

O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional

Antenor Madruga

Federalização dos crimes contra os direitos humanos

Flavia Piovesan

A nova Lei de armas

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

Lo justo y lo razonable

George P. Fletcher

Cooperação Penal Internacional nos delitos econômicos

Pedro Barbosa Pereira Neto

La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro

Stella Maris Martínez

Esta revista nº 53 concentra artigos correspondentes a palestras proferidas no 10º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. A próxima revista, de nº 54, concluirá a publicação dos demais textos produzidos para o evento.

Sumário

1. Direito Penal

O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal 9
Bernd Schünemann

Corte Penale Internazionale e Stati Uniti d'America: problemi e prospettive 38
David Donat-Cattin

Nuevas tendencias en las penas alternativas 66
Elena Larrauri

Anistia desvirtuada 88
Hélio Bicudo

Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas 98
Maíra Rocha Machado

Reparação começa com a anistia 119
Maria Amélia de Almeida Teles

Clonagem terapêutica: aspectos jurídico-penais 142
Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Clonación terapéutica 159
Stella Maris Martínez

2. Processo Penal

O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003) 185
Ada Pellegrini Grinover

Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero 201
Wânia Pasinato

3. Crime e Sociedade

Repensando a metodologia da produção de dados criminais 241
Alessandra Teixeira, Eneida G. de Macedo Haddad e Jacqueline Sinhoretto

A atuação da sociedade civil no apoio a egressos do sistema penitenciário 277
Ligia Mori Madeira

Responsabilidade penal juvenil: problematizações para a interface psi-jurídica 319
Maria Cristina Gonçalves Vicentin

Violência doméstica contra o idoso também é assunto de polícia 344
Paulo Guilherme Santos Chaves e Patrícia Luíza Costa

A verdadeira reforma do judiciário 357
Sérgio Rabello Tamm Renault

Você tem medo de quê? 367
Vera Malaguti Batista

5. Índice Alfabético Remissivo 379

Normas de Publicação 384

1. Direito Penal

O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*

Bernd Schünemann
Professor Doutor da Universidade de Munique/Alemanha.

* Tradução: Luís Greco. Abreviaturas: ARSP = *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (periódico); AT = *Allgemeiner Teil* (parte geral); BGBl. = *Bundesgesetzblatt* (publicação equivalente a nosso Diário Oficial da União); BGH = *Bundesgerichtshof* (tribunal federal equivalente ao nosso STJ); BGHSt = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (periódico); BVerfG = *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional); BVerfGE = *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (periódico); DAR = *Deutsches Autorecht*; DStR = *Deutsches Strafrecht* (periódico); ed. = editor; FS = *Festschrift* (estudos em homenagem a); GA = *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (periódico); GrS = *Gerichtssaal* (periódico); HGB = *Handelsgesetzbuch* (Código Comercial); JA = *Juristische Arbeitsblätter* (periódico); JR = *Juristische Rundschau* (periódico); JuS = *Juristische Schulung* (periódico); JZ = *Juristenzeitung* (periódico); KAAG = *Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften* (Lei sobre Sociedades de Capitais); KritV = *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzbegung und Rechtswissenschaft*; KWG = *Gesetz über das Kreditwesen* (Lei do Crédito); LMBG = *Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz* (Lei de Alimentos e Produtos de Primeira Necessidade); LK = *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª edição, 1992 e ss.; MMR = *Multi-Media & Recht* (periódico); MschrKrim = *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (periódico); NJW = *Neue Juristische Wochenschrift* (periódico); nm. = número de margem; NStZ = *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (periódico); NZV = *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* (periódico); PublG = *Gesetz über die Rechnungsunterlagen von bestimmten Unternehmen und Konzernen – Publizitätsgesetz* (Lei de Publicação das Contas de Determinadas Empresas); SK = *Rudolphi et ali, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª edição e 8ª edição, 1998 e ss.; StGB = *Strafgesezbuch* (Código Penal alemão); StrRG = *Gesetz*

Resumo: O autor inicialmente analisa o princípio da proteção de bens jurídicos no direito penal, defendendo-o contra críticas e revalorizando-o face a seu não reconhecimento pelo Tribunal Constitucional alemão. A seguir, passa a tratar do princípio da *ultima ratio*, tentando concretizar o conteúdo deste princípio diante de casos difíceis.

Palavras-chave: Bem jurídico – Política criminal – *Ultima ratio* – Subsidiariedade – Fragmentariedade.

I

Chamamos de direito penal aquele setor do sistema jurídico que regula a imposição de sanções negativas a uma ou mais pessoas na ocorrência de um acontecimento desagradável. Em sociedades mágico-primitivas, basta um qualquer nexo mágico entre a pessoa e o acontecimento, razão pela qual a seqüência temporal entre acontecimento e sanção pode ser invertida, como, por exemplo, nos casos em que pessoas são sacrificadas à divindade, para que futuramente chova. Na próxima etapa de desenvolvimento, é necessário que subsista um nexo específico entre a pessoa a ser punida e o acontecimento desagradável, ou sob a forma da causação do acontecimento pela conduta da pessoa, ou sob a forma de um *status* social, por força do qual o comportamento causador de outrem pode ser imputado também à própria pessoa. Esta forma de imputação é tipicamente dominante em sociedades arcaico-primitivas, que fundamentam a responsabilidade na simples causação ou na pertinência a um grupo ou clã (Sippe). Resquícios de uma tal concepção do direito penal sobrevivem até hoje em vários ordenamentos jurídicos, por exemplo, nos inúmeros casos de uma responsabilidade penal pela simples causação no sistema

zur Reform des Strafrechts (Lei de Reforma do Direito Penal); StV = *Strafverteidiger* (periódico); UBBG = *Gesetz für Unternehmensbeteiligungsgesellschaften* (Lei de Sociedades Empresariais de Participação); ZRP = *Zeitschrift für Rechtspolitik* (periódico); ZStW = *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (periódico).

da *Common Law*,[1] e a responsabilização do grupo é ainda praticada em regimes totalitários. Além disso, a fundamentação da responsabilidade em outras formas de *status* social não só subsiste até hoje, como ganha cada vez mais espaço, o que se vê, por exemplo, na responsabilização do comandante militar segundo o art. 28 do Estatuto de Roma sobre o Tribunal Penal Internacional,[2] ou também tendencialmente na jurisprudência mais recente do *Bundesgerichtshof*,[3] que imputa aquelas ações praticadas no âmbito de organizações hierarquicamente estruturadas diretamente ao chefe da organização (ou seja, numa empresa, ao gerente).[4] A superação destas formas primitivas de direito penal e o estabelecimento de um moderno direito penal preventivo até hoje não foram concluídos, estando sempre ameaçados de recaída em formas mais primitivas, devendo-se distinguir um aspecto objetivo, referido ao fato, bem como um aspecto subjetivo, referido ao autor. O aspecto subjetivo diz respeito à consolidação do princípio da culpabilidade, cujo estrito atendimento é indispensável não apenas para a

1. A respeito, por exemplo, Leigh, *Strict and vicarious liability*, 1983; Clarkson / Keating, *Criminal Law*, 3ª. edição, 1994, p. 197 e ss.; Smith / Hogan, *Criminal Law*, 7ª edição, pp. 45 e ss., 174 e ss., 210 e ss., pp. 225 e ss.; Jones / Christie, *Criminal Law*, 1992, pp. 59 e ss. A respeito da discussão atual, levando em conta especialmente a *strict liability* no abuso sexual, Leonard, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2003), p. 691 e ss. A análise histórica de Leonard demonstra com muita clareza que a tendência, de utilizar o direito penal como um instrumento de terrorismo do Estado – que encontrou seu ápice em Guantanamo (a respeito, Schünemann, GA 2003, pp. 299, pp. 312 e ss.; *idem, in*: Moreno Hernández [ed.], *Globalización e internacionalización del derecho penal*, Mexico, 2003, pp. 115 e ss.) – decorre das peculiaridades da *Common Law*, cujo pensamento jurídico-penal decorre não do Ilusminismo e da filosofia idealista, mas sim do puritanismo e do utilitarismo.

2. No artigo 28, porque este dispositivo pune o superior por um delito doloso, apesar de ele apenas ter comportando-se apenas culposamente, de maneira que é a rigor o seu status que fundamenta sua responsabilidade, e não sua culpabilidade pessoal. Aqui está não a legitimação, mas a solução lógica para a contradição registrada por Weigend e Ambos (Weigend, *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 1397; Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 705; nos comentários de Fenrick, em: Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Art. 28 nm. 11, essa contradição sequer é registrada, o que é característico para um autor da esfera da *Common Law*.

3. (N. T.) Trata-se do tribunal federal equivalente a nosso STJ.

4. A respeito, com numerosas referências, Schünemann, em: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, 2000, pp. 621, 623 e ss.

legitimação da pena em face do atingido, mas também para uma concepção de direito penal como uma medida útil em uma sociedade racional.[5] Uma vez que comportamentos não culpáveis não são planejavelmente evitáveis, não podem eles ser prevenidos por meio da ameaça de uma pena, de modo que a imposição de uma pena por comportamentos não culpáveis se mostra tão irracional e irrazoável como a pena em um contexto mágico.[6]

II

Contudo, minhas reflexões de hoje tratarão não deste aspecto subjetivo do moderno direito penal, e sim do objetivo. O que me interessa é o "acontecimento desagradável" que deve ser evitado por meio do direito penal. Em todas as sociedades totalitárias, o que se tentava era impor coativamente determinadas formas de vida, sendo que, se o conteúdo destas formas de vida foi a cada vez diverso, o princípio da submissão do povo sob o ditado de uma pequena camada dominante permaneceu sempre o mesmo. A perseguição dos cristãos no Império Romano era ainda relativamente racional, pois a adoração do imperador, recusada pelos cristãos, era um importante, mas não indispensável, instrumento de poder em face da constante ameaça de anarquia no Império.[7] O mesmo se diga da imposição de normas sobre vestuário nas sociedades estamentais pré-modernas por meio do direito penal.[8] Enquanto isso, a perseguição de hereges expressa

5. Sobre a mais recente situação da dogmática do princípio da culpabilidade, Schünemann, *in*: *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 537 e ss.

6. Daí porque a recente inclinação do BGH no sentido de, em hipóteses de redução da imputabilidade por efeito de álcool, negar a atenuação da pena prevista no § 21 StGB – uma atenuação, aliás, desconhecida da *Common Law*, mas tradicional no direito alemão e decorrente do princípio da culpabilidade – se trate um retrocesso a estruturas jurídico-penais arcaicas. Cf., por exemplo, BGH NJW 2003, pp. 2394 e ss.

7. Christ, *Geschichte der römischen Kaiserzeit*, 2002, pp. 591 e ss., 661, 726.

8. Cf., a respeito, Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª edição,. 1965, p. 145; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 83, 102 e ss.

uma ideologia totalitária[9] e a perseguição de bruxas mesmo uma manifestação atávica da mais primitiva magia.[10] Tanto no campo do direito penal, como alhures, o "Big Bang intelectual" foi a época do Iluminismo, que – para citar as palavras de Immanuel Kant – conseguiu fazer o homem sair de sua culpável imaturidade.[11] O ponto de partida foi a legitimação e, com ela, também a limitação do Estado por meio do modelo do contrato social.[12] Daí extraíram, na metade do séc. XVIII, o italiano Cesare Beccaria e o alemão Karl Ferdinand Hommel conseqüências decisivas para o direito penal, limitando todo poder punitivo estatal à prevenção dos chamados danos sociais e denunciando todo uso do direito penal para imposição de meras formas de vida, ou seja, para a consolidação coativa de uma determinada ideologia, como uma tirania não mais compreendida no contrato social.[13] É verdade que esta idéia fundamental, que na época do Iluminismo era entendida como a base de qualquer teoria do Estado, foi, ao curso do tempo, manifestada em diferentes formulações, por exemplo, em Beccaria e Hommel por meio da expressão "dano social", posteriormente em Feuerbach, que falava em "lesão a direito", e mais tarde em Birnbaum e Liszt, que usavam o termo "bem" ou "bem jurídico" para caracterizar a limitação do direito penal.[14] Se tentarmos

9. Schwerhoff, *Die Inquisition – Ketzerverfolgung in Mittelalter und Neuzeit*, 2004, pp. 12 e ss., 59 e ss.

10. Cf., a respeito, apenas Midelfort (pp. 13 e ss.), Harmening (pp. 45 e ss.), Blauert (pp. 65 e ss.) em: Loremz/Bauer (eds.), *Hexenverfolgung – Beiträge zur Forschung*, 1995; Grössing, *Hexenwesen und Hexenverfolgung*, 1998, pp. 13 e ss.; Ruhl, *Das Phänomen der Hexenverfolgung*, 1990.

11. Em *Was ist Aufklärung?*, Kants Werke, Akademie-Textausgabe, 1968, vol. VIII, pp. 35.

12. Cf. quanto a isso, dentre a inesgotável literatura, apenas Wolfgang Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1994.

13. Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, citado com base na edição alemã de Alff 1966, p. 65 (cap. 8), pp. 52 e ss. (cap. 2); *Hommelische Vorrede zu des Herrn Marquis von Beccaria unsterblichen Werk: Von Verbrechen und Strafen*, editado por Lekschas e Griebe, 1966, pp. 2, 15; Hommel, *Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, reimpressão da 2ª edição, de 1772, Holzhauer (ed.), 1970, §§ 107 e ss. [§ 110 (= p. 98)].

14. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 11ª edição, 1832, § 21, 23; Birnbaum, *Archiv des Criminalrechts* N.F. 1834, 149, 172, 174, 176 e ss.; Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3ª edição (1888), pp. 20 e ss.; 14ª/15ª edição (1905), pp. 65, 140.

descascar o núcleo comum destas diversas formulações, chegaremos à seguinte concepção dos fundamentos bem como dos limites do direito penal: pode-se desenvolver, por meio de considerações jusracionalistas, um conceito de crime que não está sob a disposição do legislador e que é definido através da idéia do dano social infligido sobre os bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade. Entre estes bens encontram-se, obviamente, os mais importantes de caráter individual (a saber, vida, integridade corporal, liberdade e um núcleo de honra e propriedade), enquanto os bens coletivos compreendem as condições transindividuais de uma convivência próspera, que variam a depender do estágio de desenvolvimento de determinada sociedade – de modo que não basta de modo algum uma violação de regra religiosa ou moral, sendo necessário que seja atingido um bem (cujas características à época ainda não estavam esclarecidas) de que todos precisam e que deve ser para todos garantido, por exemplo, lesionar a visão religiosa da generalidade de modo ameaçador à paz pública.[15]

A teoria da legitimação do direito penal, ou, vista da perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal, está fundada nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer Estado de Direito Democrático-liberal, pouco importando se um tal Estado a consagrou na constituição de modo expresso ou não. Não me deixo dissuadir a respeito desta tese de filosofia estatal e penal pelo simples fato de que o Tribunal Constitucional alemão até agora não tenha desenvolvido uma teoria específica da limitação do legislador penal, mas se contentado em recorrer à teoria geral dos direitos fundamentais e ao princípio da proporcionalidade, avaliando o direito penal com base nestes parâmetros extraordinariamente frouxos.[16] Pelo contrário, pode-se demonstrar que a recusa do Tribunal

15. Neste sentido, minha avaliação global, em: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133 e ss. (p. 154).

16. Uma exposição e análise da respectiva jurisprudência encontra-se em Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, pp. 50 e ss.; Vogel, StV 1996, pp. 110 e ss.; Lagodny,

Constitucional em reconhecer a limitação do direito penal por meio do princípio da proteção de bens jurídicos[17] está entre as suas mais lamentáveis falhas, que não deve ser em caso algum tomada como modelo por outros Estados de Direito Democrático-liberais: primeiramente – como já demonstrei em detalhe noutra sede e aqui em breve resumo – o princípio se ancora na concepção básica do contrato social, que está pressuposto em toda e qualquer constituição e, portanto, também na Lei Fundamental alemã, concepção essa que duzentos anos antes da Lei Fundamental já fora trazida ao direito penal por Beccaria e desenvolvida por Hommel, Feuerbach e Birnbaum, encontrando-se, assim, num nível fundamental de reflexão, que antecedeu a todo constitucionalismo na Alemanha e que constitui a base histórica deste.[18] Em segundo lugar, justamente o desprezo do princípio da proteção de bens jurídicos e a utilização do direito penal para fins políticos aleatórios no Terceiro Reich[19] deveriam evidenciar a necessidade de restrições à utilização desse instrumento.[20] E, em terceiro lugar, numa argumentação que também se triparte, a

Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, pp. 51 e ss.; e Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 62 e ss.

17. Isso fica claro se compararmos a decisão sobre a punibilidade do aborto, em BVerfGE 39, pp. 1 e ss., com a que trata da punibilidade da posse de cannabis, BVerfGE 90, p. 145 e ss.: enquanto na primeira decisão, a obrigação do Estado de proteger bens jurídicos é tomado como fundamento do dever de punir, na segunda realiza-se não mais a respectiva restrição por meio da necessidade de proteger bens jurídicos, mas apenas uma interpretação convencional dos direitos fundamentais, tal qual a realizada em outros ramos do direito.

18. Quanto a isso, fazendo uma síntese, Schünemann, em: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgustheorie...*, p. 143.

19. A substituição do princípio da proteção de bens jurídicos pelo princípio da violação de um dever era justamente um aspecto central da crítica nacional-socialista ao direito penal liberal, cf. Schaffstein DStR 1935, pp. 95 e ss.; 1937, 335 e ss.; *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, em: *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 108 e ss.; Dahm ZStW 57, pp. 225 e ss. (230 e ss.). A posterior utilização do direito penal como instrumento de terror do nacional-socialismo é notória.

20. Afinal, em várias outras decisões, a Corte Constitucional acertadamente entendeu a Lei Fundamental como uma resposta ao estado de injustiça do Terceiro Reich, baseando sua interpretação neste entendimento, cf. por ex. BVerfGE 6, pp. 32 e ss. (p. 37); 18, pp. 112 e ss. (p. 117); 30, pp. 173 e ss. (p. 192), e referido especificamente ao direito penal, BVerfGE 39, pp. 1 e ss. (p. 36).

utilização do instrumento "direito penal" deveria pressupor um salto qualitativo em sua urgência e legitimação material se comparada a outras "meras" limitações a direitos fundamentais, porque (1) a Lei Fundamental já estatui expressamente um salto de legitimação no se refere à justificação formal de leis jurídico-penais (sob a forma do princípio constitucionalmente consagrado "nullum crimen sine lege" e da exclusiva competência do Judiciário para a restrição de liberdade),[21] além disso, porque (2) a lesão ou mesmo destruição da existência social tendencialmente ligadas à pena representam em si mesmas um salto não apenas quantitativo, mas sim qualitativo em face da mera limitação de direitos fundamentais, e, por fim (3), porque o juízo de reprovação ético-social inerente à pena, que é enfatizado justamente pelo Tribunal Constitucional,[22] significa que há, além da intervenção na liberdade ou na propriedade do cidadão, um reproche desonroso, que já objetivamente pressupõe um comportamento errôneo de maior gravidade. Postas as coisas desta maneira, torna-se difícil afastar a visão de que o Tribunal Constitucional, como qualquer outra Corte Constitucional de um Estado de Direito Democrático-liberal, teria recebido a teoria do bem jurídico das mãos da Lei Fundamental numa bandeja de prata, como outrora Salomé a cabeça de João Batista, cuja recusa porém implica numa negação dos fundamentos do Estado de Direito Democrático-liberal. Tampouco a expansão do Estado liberal no sentido do Estado social, fruto do desenvolvimento das constituições dos últimos 100 anos,[23] torna obsoleta a idéia da proteção de bens jurídicos, mas acarreta apenas uma expansão do catálogo de bens e, como veremos logo adiante, talvez mesmo uma limitada proteção do titular do bem jurídico contra sua própria irracionalidade, ou seja, uma introdução de elementos paternalísticos, a serem cuidadosamente analisados e limitados, no direito penal de proteção de bens jurídicos.

21. A saber, nos arts. 103; abs. 2, e 104 da Lei Fundamental.

22. BVerfGE 9, pp. 167 e ss. (p. 171); 22, pp. 49 e ss. (p. 79); 96, pp. 245 e ss. (p. 249).

23. Cf. apenas Zacher em: Isensee/Kirchhoff (ed.), *Handbuch des Staatsrechts, Band I – Grundlagen von Staat und Verfassung*, 1987, § 25 (pp. 1046 e ss.).

III

Este ancoramento tanto dedutivo-filosófico quanto indutivo-histórico do princípio da proteção de bens jurídicos nos princípios elementares da constituição de todo Estado de Direito Democrático-liberal não pode ser combatido com a difundida crítica semântica, segundo a qual o bem jurídico não passaria de um conceito vazio, portanto metodologicamente imprestável, porque – nas palavras de Stratenwerth – até hoje não se conseguiu obter sequer aproximada clareza a seu respeito.[24] Essa crítica parte da idéia metodologicamente errônea de que o conceito de bem jurídico deveria ser determinado segundo uma definição classificatória, sob a qual só se teria então de subsumir os casos controvertidos como a punibilidade dos maus-tratos a animais. Mas, pelo contrário, na moderna filosofia da linguagem já há muito se reconhece que a clássica definição por meio de gênero próximo e diferença específica se trata de um caso especial extremo, que cedeu lugar, em regra, ao tipo, à semelhança de família de que fala Wittgenstein ou à exemplificação de uma intensão turva por meio de alguns casos da extensão, cuja ulterior explicação ocorrerá através de um procedimento analógico. Dessa forma, o princípio da proteção de bens jurídicos trata-se de uma diretriz normativa carecedora, mas também passível de concretização.[25] Afinal, uma vez que este princípio se encontra alicerçado na concepção do contrato social, sob a idéia reitora da garantia da possibilidade do livre desenvolvimento dos

24. Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht AT*, 5ª edição 2004, § 2 nm. 7.

25. Vgl. Schünemann em: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie...*, p. 137; Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 1965; Hassemer, *Tatbestand und Typus*, 1968; Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, 1971; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. edição 1991, p. 460 f.; Kuhlen, *Typuskonzeption in der Rechtstheorie*, 1977, pp. 163 e ss.; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 73 e ss.; Kuhlen em: Herberger/Neumann/Rüßmann (eds.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft 45 (1992), p. 101 (pp. 304 e ss.); Schünemann, *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, 1999, p. 363 (pp. 370 e ss.); Schünemann, em: Joerden/Wittmann (eds.), *Recht und Politik*, ARSP-Beiheft 93 (2004), pp. 133 e ss.; Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, pp. 65 e ss.; quanto a este, v.d. Pfordten em: Joerden/Wittmann, *Recht und Politik...*, pp. 51 e ss. (53 e ss.).

indivíduos pelo Estado, fornece ele uma orientação a respeito de o que pode e o que não pode o Estado proteger por meio do direito penal: primeiramente, os bens de que os indivíduos necessitam para o seu livre desenvolvimento, mas não aqueles usurpados às custas de outrem, e em segundo lugar os bens de que necessitam todos para uma convivência próspera, em oposição às formas de vida religiosa ou sensual, que o Estado não pode dirigir, nem, portanto, garantir enquanto tais, mas apenas enquanto possibilidades de escolha e exercício individuais. O conceito de dano[26] ou (em perspectiva inversa) o de bem exprime também que não é um interesse qualquer, mas apenas um interesse urgente de convivência que pode ser protegido pelo direito penal, de modo que a utilização do direito penal não pode ser legitimada por meros desconfortos que ameacem o indivíduo ou meras imperfeições da organização social. É verdade que, em casos limite, não é fácil distinguir entre a lesão a exigências especiais de caráter religioso ou moral (que não são objeto legítimo do direito penal) e uma agressão a seus pressupostos sociais básicos, mas apenas um estúpido poderia negar que tais dificuldades de determinação acompanham todos os passos de qualquer constituição imaginável – de modo que a semântica do princípio de proteção de bens jurídicos não fornece qualquer razão para que nele se veja um instrumento inidôneo para limitar a discricionariedade do legislador.

IV

Gostaria de demonstrar através de um único exemplo que, na maior parte dos casos, se consegue de modo bastante claro distinguir entre uma utilização legítima do direito penal para fins de proteção de bens jurídicos e seu abuso totalitário para fins de imposição de determinadas formas de vida, mencionando uma estranha recaída do legislador alemão em um direito penal sexual puramente

26. Que é aquilo a que se refere a doutrina penal angloamericana, com seu "harm principle". Veja-se, a respeito, v. Hirsch em: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgustheorie...*, pp. 13 e ss.

moralizador, não mais legitimado pela proteção de bens jurídicos. Quando, em 1974, o legislador alemão transformou o direito penal de proteção aos costumes ou moralidade, incompatível com o princípio de proteção de bens jurídicos, num direito penal de proteção da autodeterminação sexual, abolindo com isso a punibilidade da pornografia,[27] manteve ele ainda assim como punível o tipo da exibição pornográfica de atos sexuais de seres humanos com animais (chamada de pornografia pesada), ao mesmo tempo em que aboliu a punibilidade destas ações em si mesmas (chamadas de sodomia).[28] Todas as tentativas de atribuir um bem jurídico digno de proteção ao tipo da pornografia com animais[29] falharam. A proteção dos animais contra degradação não convence, uma vez que vivemos numa sociedade não-vegetariana, que já há muito, na criação animal massificada, degradou os animais a uma fórmula química para a produção de proteína zoógena, o que exclui também qualquer legitimação da proibição penal com base na necessidade de conter o perigo de que se imitem as ações exibidas, uma vez que nem mesmo as ações em si próprias violam qualquer bem jurídico. Aqui reside a diferença entre a proibição penal da pornografia violenta e da exibição de ações sexuais com crianças:[30] nestes casos, as próprias ações exibidas são lesivas a bens

27. Quarta Lei de Reforma do Direito Penal, *Gesetz zur Reform des Strafrechts* (4. StrRG), de 23.11.1973, entrada em vigor em 01.01.1974 (BGBl. I, p. 1725); para um histórico da lei, cf. Laufhütte, em: LK, vor § 174; Horn/Wolters, em: SK, vor § 174 nm. 1 e ss.; Laubenthal, *Sexualstraftaten*, 2000, nm. 14 e ss. (pp. 6 e ss.).

28. Revogação do § 175 b StGB (em sua redação antiga), com eficácia a partir de 01.09.1969, pela Primeira Lei de Reforma do Direito Penal, 1. StrRG, de 25.06.1969 (BGBl. I, p. 645); quanto à punibilidade da pornografia sodômica, cf. § 184 a Var. 2 StGB.

29. Cf. Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten – Normen zum Schutz von Moral*, Gefühlen und Tabus im StGB, no prelo, 2004, § 22 / 4.; crítico também Ostendorf MschrKrim 2001, pp. 372 e ss. (p. 385); Schroeder, *Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit*, 1992, pp. 10 e ss.; Schreibauer, *Das Pornographieverbot des § 184 StGB*, 1999, pp. 151 e ss..; Tröndle/Fischer, StGB, 52ª edição, 2004, § 184a nm. 8.

30. Cf. quanto à punibilidade da chamada pornografia violenta, § 184 a Var. 1 StGB, da pornografia infantil, § 184 b StGB, e do abuso sexual de crianças, §§ 176 a 176 b StGB. Sobre a pornografia infantil, ademais, Duttge/Hörnle/Renzikowski NJW 2004, pp. 1065 e ss.; Hörnle KritV 2003, pp. 299 e ss.; com abordagem comparatística referida aos países da União Européia, Liesching MMR 2003, pp. 156 e ss.

jurídicos e puníveis, de modo que não se coloca a pergunta da afetação de um bem jurídico qualquer, mas apenas a ulterior pergunta, quanto a se qualquer perigo remoto e mediato, como a possibilidade de imitação real por terceiros, legitima uma proibição penal, ou se deve haver uma urgência específica.

V

Com isso, volto-me na segunda parte de minhas considerações à pergunta não expressamente examinada na época do Iluminismo, mas nem por isso menos importante, quanto a se existem outros pressupostos que devem ser atendidos para que a utilização do direito penal para a proteção de bens jurídicos possa ser justificada também em face dos princípios limitadores do exercício do poder Estatal em um Estado de Direito – e, em caso de resposta afirmativa, pergunta-se quais seriam estes pressupostos. A primeira destas perguntas é respondida com unanimidade em sentido afirmativo, e também a segunda pode ser respondida sem maiores dificuldades, mas faz necessária uma concretização que nos leva a uma série de problemas os quais se encontram ainda hoje menos estudados do que a Floresta Amazônica. Porque é atualmente incontroverso que a utilização do poder estatal não se legitima apenas por um objetivo final elogiável, devendo ser idônea e necessária para alcançar este objetivo, não podendo, ademais, ser desproporcional. No que se refere especificamente ao direito penal, extraiu-se daí a fórmula que se pode hoje ler em todos os manuais, de que o direito penal representaria a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, de modo que seu emprego para a proteção destes bens deva ser idôneo e necessário, não podendo provocar mais danos do que benefícios.[31] O que em concreto deriva desta fórmula ao que parece convincente até hoje mal foi examinado, e assim que se tentaram dela extrair algumas conseqüências mais concretas, permaneceram estas extraordinariamente controvertidas.

31. Roxin, AT I, 3ª edição, 1997, § 2 nm. 1 e ss., 38 e ss..; *idem*, JuS 1966, pp. 377 e ss. (p. 382); Jakobs, AT, 2ª edição, 1991, I/1/2. Abschn. nm. 26 (p. 48); Maurach-Zipf, AT I, § 2 nm. 13 e ss.; Rudolphi, em: SK vor § 1 nm. 14.

O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos!

1. O significado geral da fórmula da *ultima ratio* tem sido discutido no que atine às relações entre direito penal e direito administrativo. Segundo Tiedemann, em muitos casos o direito penal representa até mesmo a medida menos gravosa, porque o controle por uma autoridade administrativa só é eficiente o bastante se exercido com muito rigor, o que é um peso também para os cidadãos que se comportam conforme à lei, enquanto as proibições de direito penal poderiam se concentrar sobre os comportamentos verdadeiramente perigosos, intervindo assim menos na liberdade dos cidadãos.[32] Em sentido diretamente contrário exigem principalmente os autores de Frankfurt uma extensiva abolição do moderno direito penal econômico e ambiental em favor de um chamado direito de intervenção, que, ao que parece, deve ser uma forma de direito de polícia (chamada Escola de Frankfurt).[33] Mas isso expressa uma compreensão errônea do princípio da *ultima ratio*, como veremos em quatro exemplos. Na Alemanha, o mais intensivo controle administrativo para a proteção da vida e da integridade física dos cidadãos ocorre no âmbito do trânsito[34] e, no que se refere à atividade econômica, no âmbito da segurança do trabalho.[35] Imagino que, no Brasil, sequer se possa fazer idéia das gigantescas possibilidades que a polícia de trânsito alemã tem a seu dispor. Ao contrário das expectativas da "Escola de Frankfurt", a regulamentação do trânsito segundo o modelo do estado de polícia não leva a uma diminuição do direito penal, e sim à sua intensificação, porque já se cominam sanções mesmo às menores infrações, que são impostas ano a ano literalmente

32. Tiedemann, *Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 144 e ss.; JZ 1986, pp. 865 e ss.; *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 52.

33. Naucke KritV 1993, pp. 135 e ss.; Hassemer em: Scholler/Philipps (ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, p. 93 f.; ZRP 1992, 378, 383; *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2ª edição 1999, p. 22 e ss.; Lüderssen, *Arthur Kaufmann-FS*, 1993, p. 487, 492 e ss.; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 141 e ss., 147 e ss.; Hohmann, GA 1992, 76 e ss.

34. Cf. Schünemann, DAR 1998, pp. 424 e ss. (pp. 425, 432), com ulteriores referências.

35. Cf. Schünemann, em: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, pp. 297 e ss.; Mir Puig/Corcoy Bidasolo, *La Política Criminal en Europa*, Barcelona 2004, pp. 253 e ss.

milhões de vezes.[36] No setor da segurança no trabalho, há mais moderação, ainda assim aqui o direito de intervenção não consegue dispensar o sancionamento jurídico penal de infrações graves.[37] Deixemos agora de lado a proteção da vida e da integridade física e passemos para a proteção ao patrimônio. Na Alemanha, o controle administrativo mais intenso ocorre no âmbito da superintendência de bancos bem como (e agora, não apenas na Alemanha, mas globalmente) sob a forma do exame obrigatório dos balanços de grandes empresas por auditores.[38] O enorme trabalho de intervenção não conseguiu impedir que, nas últimas décadas, os bancos alemães tenham cometido violentos erros causadores de prejuízos que alcançam a casa dos bilhões, e no que se refere à instituição da auditoria e do controle da bolsa de valores, basta lembrar o escândalo da Enron nos Estados Unidos.[39] Parece, assim, claro que um sistema de controle administrativo não pode substituir a utilização do direito penal, mas apenas complementá-la, e que por vezes se pode dispensar o controle administrativo mais facilmente do que o direito penal, o que é demonstrado pela regulamentação do mercado de capitais na Alemanha: enquanto o controle administrativo da admissão de novas sociedades de ações na bolsa de valores falhou por completo no exemplo do chamado *Neuer Markt*,[40] não conseguindo impedir a gigantesca lesão de cerca de 200 bilhões de euros aos investidores,[41] o

36. No ano de 1996, registraram-se 3,1 milhões de multas impostas, cf. DIW, ViZ p. 135, bem como Schünemann DAR 1998, p. 425.

37. Cf. Schünemann em: *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, 2004, pp. 303 e ss.; *idem*, em: Santiago Mir Puig (ed.), *Problemas jurídicio penales del SIDA*, Barcelona 1993, pp. 25 e ss.

38. Sobre a auditoria bancária, cf. §§ 1 e ss., 32 e ss. KWG; a respeito da obrigatoriedade da superintendência de bancos, cf. §§ 316, 267 II, III, 264a, 340k IV, 341k HGB, 6 PublG, 1 I BausparkG i.V.m. 340k HGB, 1 KAAG und 12 UBBG. Cf., além do mais, o *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, emitido no Congresso dos EUA em 23.01.2002.

39. O simpósio internacional ocorrido na Universidade Estatal de Nova Iorque, em Buffalo, será publicado na *Buffalo Criminal Law Review veröffentlicht werden* (vol. 8 (2005), No. 1).

40. (N. T.) Trata-se de um novo segmento da bolsa de valores alemã, criado em 1999 e extinto alguns anos depois, pelas razões de que fala o autor no texto.

41. Zieschang em: Park (ed.), *Kapitalmarktstrafrecht*, 2004, § 263 StGB nm.4.

livre mercado de capitais que existe ao lado da bolsa é regulado de modo exclusivo e em absoluto menos eficiente pelo direito penal.[42]

Conclui-se, assim, que não é sustentável a tese de que o emprego do direito penal é em princípio subsidiário e posterior ao controle por autoridades da administração.

2. A meu ver, a concretização da fórmula da *ultima ratio* deve ocorrer não através de tais abordagens globalizantes e simplificadoras, mas por meio da construção de grupos de casos, que partam do bem jurídico protegido, levem em conta os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social, bem como os recursos para a sua proteção, desdobrando assim a necessidade de proteção do bem jurídico numa análise tridimensional. Esta necessidade de proteção deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação, para se determinar o alcance adequado da proibição penal. O resultado deste raciocínio pode, primeiramente, ser formulado por meio de máximas político-criminais, sobre as quais os espaços de discricionariedade do legislador devem ser então projetados, que lhe têm de ser concedidos no âmbito do reexame constitucional do poder legislativo pelo poder judiciário. Os limites a estes espaços de discricionariedade marcarão, assim, a barreira insuperável da política criminal no Estado de Direito.

3. Compreende-se, assim, que este exame diferenciado da matéria jurídica deve ser realizado por meio de uma rede de categorias, que vai tornando-se cada vez mais refinada à medida em que se avança na concretização. A primeira distinção categorial já de há muito conhecida diz respeito às espécies de bens jurídicos, que podem ser ou individuais ou coletivos.[43] A próxima distinção, que de certa forma entrecruza a que acabamos de fazer, separa os bens jurídicos que

42. Park/Sorgenfrei em: Park, *Kapitalmarkstrafrecht*, Einl. nm. 3 e ss.; Park, no mesmo volume, § 264a StGB nm.2.

43. Roxin, AT I, § 2 nm. 5.

consistem em objetos fisicamente individualizáveis e lesionáveis dos bens jurídicos institucionais, que se referem a um conjunto de condições sociais gerais, cujo atendimento é em princípio indispensável para uma convivência pacífica e próspera em sociedade.[44] A primeira categoria prepondera entre os bens jurídicos individuais, a segunda entre os bens jurídicos coletivos, mas existem ainda assim bens jurídicos institucionais no âmbito individual e bens jurídicos fisicamente individualizáveis no âmbito coletivo. Vida, integridade física e liberdade são entidades fisicamente individualizáveis, enquanto o bem jurídico individual da honra, que na Alemanha é geralmente definido como a merecida pretensão de respeito social,[45] é um bem jurídico institucional. Muitos bens jurídicos do Estado são, por um lado, bens jurídicos coletivos e, por outro, objetos fisicamente individualizáveis; um exemplo seria a guarda de coisas apreendidas pelo Estado. Meu aluno Roland Hefendehl, autor do mais importante estudo sobre a estrutura dos bens jurídicos coletivos na Alemanha, fala aqui de "contingentes sociais ou estatais consumíveis" (*aufzehrbaren gesellschaftlichen oder staatlichen Kontingenten*),[46] o que alude à capacidade física de tais bens serem lesionados e gastos e se aplica pelo menos parcialmente também aos bens jurídicos dos delitos de proteção ao meio ambiente: o meio ambiente limpo é constituído por uma incontável profusão de objetos fisicamente individualizáveis e de processos físico-químicos (em princípio comparáveis ao corpo humano, mas exponencializados a níveis gigantescos), de modo que, no que se refere aos caminhos conducentes à lesão e aos recursos de proteção, valem, prima facie, regras similares às que regulam os bens jurídicos individuais individualizáveis. Considero a tese de que a lesão ao meio ambiente seja estru-

44. Observe-se que mesmo essa sistematização representa ainda uma simplificação, cf. sobre o significado de objetos reais para o conceito de bem jurídico e sobre as relações entre conceito de bem jurídico e objeto de proteção, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 28 e ss.

45. Cf. apenas nur BGHSt (GrS) 11, p. 67 e ss. (p. 71); BGHSt 36, p. 145 e ss. (p. 148); Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, 26ª edição, 2001, Vorbem §§ 185 e ss./nm. 1; Tröndle/Fischer, StGB vor § 185 nm. 4.

46. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, pp. 132 e ss., 199 e ss., 361 e ss.

turalmente uma espécie de furto e, enquanto furto de bens elementares de todas as pessoas, uma espécie muito mais grave do que o furto dos pedaços da sociedade de consumo e do desperdício que se encontrem na propriedade individual,[47] a minha mais importante tese a respeito do direito penal ambiental, com a qual também fica refutada a afirmação da Escola de Frankfurt, segundo a qual o direito penal não estaria aqui respeitando o princípio da proteção de bens jurídicos.[48]

Ao lado deste grupo de bens jurídicos coletivos, apresentam extraordinária importância os bens jurídicos institucionais, caracterizados estruturalmente por Hefendehl como bens jurídicos de confiança (*Vertrauenrechtsgüter*), cuja especificidade se encontra no fato de que, se por um lado, uma única ação indesejada não consegue afetar consideravelmente a confiança coletiva como o pressuposto do funcionamento de determinados fenômenos socialmente importantes, por outro, se se permitisse o comportamento em questão, desapareceriam as condições institucionais para a existência da referida confiança.[49]

A simples existência dessa distinção abre caminho para que se chegue a vários ulteriores conhecimentos que aqui não posso explicitar em mais detalhes. Gostaria apenas de observar que a distinção não deve, obviamente, ser entendida em sentido classificatório, e sim tipológico, porque um bem jurídico institucional como a honra apresenta em alguns de seus elementos, como, *v.g.*, a real boa reputação, traços de um bem jurídico fisicamente individualizável.

47. Schünemann, GA 1995, p. 201, p. 206 e ss.; *idem*, *Festschrift für Triffterer*, 1996, pp. 437 e ss., 452 e ss.; *idem*, em: *Buffalo Criminal Law Review* 1 (1997), pp. 175 e ss., 180 e ss., 190 e ss.; *idem*, em: Kühne/Miyazawa (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, p. 15 e ss., 26 e ss.; *idem*, em: Schünemann/Müller/Philipps (eds.), *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, 2002, pp. 3 e ss., 11 e ss.

48. Hassemer, *Neue Kriminalpolitik 1989*, pp. 46 e ss.; *idem*, em: Scholler/Philipps (eds.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, pp. 90 e ss.; *idem*, ZRP 1992, p. 378 e ss., p. 383; Hohmann, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, pp. 188 e ss.; *idem*, GA 1992, p. 76 e ss.; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 141 e ss.; P.-A. Albrecht, *Backes e Rüther* em: *12. Strafverteidigertag*, 1989, pp. 36 e ss., 128 e ss., 153 e ss.

49. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, pp. 124 e ss., 313 e ss.

4. Nem por isso deixam as categorizações acima estabelecidas de ter, enquanto tais, importância fundamental para fixar os pressupostos e o alcance da proteção penal.

a) Primeiramente, esta distinção permite desmascarar a rua sem saída argumentativa do "bem jurídico coletivo aparente", responsável por numerosos erros da jurisprudência. Um tal "bem jurídico coletivo aparente" é a saúde pública, que na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão individual, não passando, portanto, de um bem jurídico individual segundo uma perspectiva da lógica de classes.[50] Esta errônea aglomeração de bens jurídicos individuais num coletivo serve à jurisprudência de argumento para que se ignorem por completo os princípios da exclusão da proteção penal em face do consentimento do titular do bem jurídico, o que torna possível que se apene severamente, pela lesão de um bem jurídico real, uma conduta que poderia no máximo ser merecedora de pena em razão de perigos indiretos para outros bens jurídicos. Por exemplo, o *Bundesgerichtshof* alemão agravou, por violação da segurança do trânsito, a pena do motorista que, num acidente provocado em razão da bebida, lesionou os passageiros de seu carro,[51] apesar de terem estes entrado no carro com o conhecimento de estar o motorista alcoolizado e incapacitado para dirigir, sendo por isso responsáveis pela própria lesão. E o Tribunal Constitucional alemão fundamentou a punibilidade da posse de tóxicos na proteção à saúde pública,[52] apesar de que o consumidor individual se auto-coloca em perigo de modo livre e responsável, não criando um perigo de maior relevância para o direito penal do que ações como o abuso de álcool, o consumo de carne extremamente gordurosa ou a

50. Mais detalhes a respeito, com ulteriores referências, Hefendehls, *Kollektive Rechtsgüter...*, pp. 140 e ss.; Schünemann, em: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers, *Rechtsgutstheorie...*, p. 146.

51. Condenando não apenas pelo delito de embriaguez no trânsito do § 316 StGB, mas também pela periclitação do trânsito do § 315 c StGB, cf. BGHSt 23, pp. 261 e ss., e para uma crítica, Schünemann, JA 1975, pp. 435 e ss., 715 e ss., 723; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, *Strafgesetzbuch*, 26ª. edição, 2001, § 315 c nm. 43 com ulteriores referências.

52. BverfGE 90, pp. 145 e ss.

prática bungee jumping. Com isso, contornou o Tribunal Constitucional o problema de que, num Estado Liberal de Direito, o controle estatal de tóxicos só pode ter lugar para proteger doentes, isto é, viciados, e jovens, isto é, pessoas que não agem de modo responsável. Doutro modo, já se está renunciando à legitimação pelo princípio da proteção de bens jurídicos.[53]

b) A segunda fundamental vantagem da categorização por mim esboçada está no fato de que a tradicional distinção das estruturas do delito em delitos de lesão, de perigo concreto, de perigo abstrato-concreto e de perigo abstrato apenas faz sentido no caso de bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis.[54] No caso de bens jurídicos de confiança, as condições da proteção penal devem ser extraídas da estruturas da ordem institucional concreta.

aa) Uma vez que o modelo clássico da proteção de bens jurídicos por meio da prevenção geral de ameaça não pressupõe nem mais, nem menos do que a existência de uma proibição penalmente sancionada de que se lesionem bens jurídicos, a antecipação das normas penais já no campo dos delitos de perigo necessita de uma especial legitimação. Na maior parte dos casos, e talvez mesmo em todos, a questão, a meu ver, é de um mero cálculo de eficiência político-criminal. No que se refere à descrição da conduta proibida, o delito de lesão é muito mais abstrato que o delito de perigo abstrato, e pode provocar um claro impulso intimidador apenas naquelas pessoas que atuam com dolo de dano. No campo dos delitos culposos, o cidadão se vê obrigado a deduzir ele próprio as normas concretas de comportamento, o que muitos não estão em condições intelectuais de fazer, faltando a outros as condições emocionais, quando e porque apresentem a capacidade e tendência de ignorar alternativas desagradáveis. Além disso, o crime culposo de resultado é claramente inadequado do ponto de vista da teoria da aprendiza-

53. Mais detalhes em Schünemann, *in*: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie...*, pp. 145 e ss.

54. A respeito, com mais detalhes, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, pp. 156 e ss.

gem, porque comportamentos descuidados levam apenas em alguns poucos casos a um acidente, de modo que a própria realidade da vida recompensa, no mais das vezes, o comportamento culposo, com isso reforçando-o. A antecipação da proteção penal já ao âmbito do perigo concreto pode representar, assim, uma considerável melhora prática da proteção de bens jurídicos, quando seja possível definir as ações provocadoras de resultados lesivos, em cuja prática ninguém pode ter um interesse justificado, e quando o perigo concreto seja compreendido como um acontecimento destacado que, portanto, manifeste o desvalor da atividade em questão. Ambos os requisitos se apresentam no tipo alemão da criação de perigo para o trânsito, que designa como ações típicas os pecados mortais do tráfego, como direção alcoolizada ou ultrapassagem inconsiderada em locais de pouca visibilidade, e cujo resultado, o perigo concreto para outros participantes do trânsito, é em regra vivenciado de modo chocante, como um quase-acidente.

bb) O próximo passo, agora no campo dos delitos de perigo abstrato, é também ditado por considerações práticas relativas a uma eficiente proteção de bens jurídicos, mas necessita de uma legitimação bem mais intensa, uma vez que, à medida em que se distancia a matéria de proibição do ato verdadeiramente lesivo, mais grave vai se tornando a limitação à liberdade de ação. Tomemos como exemplo a conduta, proibida na Alemanha, de conduzir um automóvel após consumo excessivo de álcool que prejudique a capacidade de dirigir. Aqui, concorre uma série de fatores que legitimam esta enorme intervenção do direito penal: o motorista alcoolizado não pode mais controlar devidamente o acontecimento, representando, assim, uma espécie de perigo constante, que pode a qualquer momento realizar-se; o comportamento proibido pode ser descrito de modo bem exato, sendo claramente reconhecível também pelo próprio autor; e são impensáveis quaisquer situações em que alguém possa ter um interesse justificado em dirigir um automóvel em estado de alcoolização. É interessante observar que inexiste qualquer tipo paralelo que torne punível dirigir um automóvel em estado de cansaço excessivo, apesar de que hoje se saiba que são provocados muitos

mais acidentes em razão do cansaço do que do álcool.[55] O fundamento desta autocontenção do legislador encontra-se manifestamente no fato de inexistirem procedimento exatos de medição do cansaço, de o cansaço insuportável não ser precisamente reconhecível pelo autor e de que, na sociedade atual, se encontrarem as pessoas cronicamente cansadas em razão da oferta excessiva de diversão, de modo que subsiste uma necessidade em si irracional, mas correspondente ao estado da atual civilização, de dirigir também em estado de cansaço.

cc) É verdade que os crimes de perigo abstrato apresentam o problema de que a ação penalmente proibida, em regra dotada de grande potencial danoso, possa em casos atípicos ser completamente inócua, quando, por ex., o autor tomou medidas específicas para prevenir um perigo concreto para o bem jurídico. Em tais casos, considero indispensável a redução teleológica do tipo, o que ainda não foi definitivamente recusado, mas tampouco positivamente aceito pela jurisprudência alemã.[56] De uma perspectiva garantística, merece portanto a nossa preferência um grupo intermediário entre delitos de perigo abstrato e concreto, que vem sendo utilizado com mais freqüência na recente legislação, e que se denomina delito de perigo abstrato-concreto, delito de potencial lesivo (*Eignungsdelikt*) ou também de delitos de ação perigosa (*Gefährlichkeitsdelikt*).[57] Um exemplo seria o direito de alimentos alemão, que considera punível a posta em circulação de alimentos cujo consumo tenha potencial de lesionar a saúde humana.[58] A exigência

55. Schlanstein VD 2004, pp. 70 e ss.; Born, 42. *Deutscher Verkehrsgerichtstag in Goslar*, 28.1-30.1.2004, NZV 2004, pp. 122 e ss. (p. 123); no que se refere a caminhões, cf. Albrecht NZV 2002, pp. 153 e ss. (p. 154).

56. Cf. Rudolphi em: Schroeder/Zipf (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, p. 59; Sch/Sch-Heine § 306a nm. 2; Roxin, AT I, § 11 nm. 127; deixado em aberto em BGHSt 26, pp. 121 e ss. (124 ss.); BGHSt 34, pp. 115 e ss. (118 ss.); BGHSt 43, pp. 8 e ss. (p. 13).

57. Schröder JZ 1967, p. 522 e ss.; ZStW 81 (1969), p. 18 e ss.; Roxin, AT I, § 11 nm. 135; A. H. Meyer, *Die Gefährlichkeitsdelikte*, 1992, p. 182.

58. Na atual Lei de Alimentos e Produtos de Primeira Necessidade (*Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz*), redação de 08.07.1993, trata-se este tipo básico de um caso único entre um aglomerado de tipos em branco, cf. § 51 Abs. 1 Nr. 1, juntamente ao § 8 Nr. 2 LMBG.

de um potencial impede que o tipo alcance também materiais produzidos em violação a certas regras, mas não perigosos no caso concreto, e a posta em circulação "como alimento" exclui, também, formas não perigosas da entrega do produto, por ex., para um museu ou um depósito de lixo. Ao mesmo tempo, este tipo deixa claro o que a rigor legitima a antecipação da tutela penal: enquanto o cidadão comprava seus alimentos sempre da mesma fazenda, do mesmo açougueiro ou do mesmo padeiro, cujos destinatários, por sua vez, eram constantes e identificáveis, a reação contra produtos alimentícios lesivos à saúde podia ser efetivada sem problemas pelos tipos do homicídio e das lesões corporais culposas, uma vez que autor e vítima estavam vinculados através de relações pessoais e pertenciam a uma círculo de vizinhança constante e identificável. Mas com a comercialização de alimentos de produtores anônimos por meio da distribuição massificada das cadeias de supermercado para consumidores também anônimos, os cursos causais se perdem na anonimidade da sociedade de massas. Se a proteção de bens jurídicos é de ser alcançada sob estas condições, é necessário que o direito penal intervenha já na ação intoleravelmente perigosa enquanto tal, isto é, já na posta em circulação dos alimentos com potencial de lesionar a saúde.[59]

dd) O poder de convencimento desta perspectiva de legitimação pode ser demonstrado também no âmbito dos delitos patrimoniais. Encontramos, aqui, algo análogo à venda massificada e anônima de alimentos, a saber, a distribuição de cotas de capital num mercado de capitais, em que o prospecto já há muito tomou o lugar da confiança pessoal e em que, além do mais, a relação de equivalência entre investimento e participação nos ganhos é determinada sobretudo pela audácia do investidor corretamente informado disposto a assumir riscos, que se vale de formas modernas de investimento como o capital de risco, as sociedades de amortização e o comércio de derivados. Em razão disso, o moderno tipo penal da fraude no investimento de capital, do § 264 a do Código Penal alemão, faz o

59. Neste sentido, já minha argumentação em GA 1995, 212.

direito penal entrar em cena corretamente já no momento da distribuição de prospectos que contenham informações falsas vantajosas dirigidas à coletividade. Assim como a posta em circulação de alimentos, a publicação do prospecto representa o ponto de dispersão coletivo (*kollektive Schaltstation*) em que, na sociedade moderna, uma proteção eficaz de bens jurídicos deve intervir. A expansão dos delitos de perigo abstrato significa, neste âmbito, uma necessária modernização do direito penal, de maneira que a crítica apodítica da Escola de Frankfurt à concepção do crime de perigo abstrato nada mais faz do que levar à insensata exigência de que a necessária proteção de bens jurídicos seja efetivada com institutos jurídicos arcaicos.[60]

ee) De qualquer modo, compreender-se-ia erroneamente a perspectiva aqui esboçada se nela se visse uma liberação total para que se criem delitos de perigo abstrato segundo a conveniência política. Porque o requisito que chamei de "ponto de dispersão coletivo" assegura que a intervenção do direito penal seja realmente necessária e não apenas imposta por grupos de interesses potentes no processo legislativo. É por isso que considero, por exemplo, ilegítimo e portanto inconstitucional que o direito penal alemão considere punível a mera declaração falsa num requerimento de crédito a um banco, sem que o autor tenha de apresentar o dolo de dano.[61] Se este dolo estivesse presente, aí sim estaríamos diante de uma tentativa de estelionato merecedora de pena.[62] A antecipação da proibição penal não pode ser aqui legitimada pela necessidade da proteção individual de bens jurídicos. E tampouco convence a postulação de uma economia de créditos sadia como um suposto bem jurídico coletivo, justificativa propagada sobretudo por Tiedemann,[63]

60. Albrecht KritV 1993, pp. 163 e ss. (p. 169 e ss.); Hassemer NStZ 1989, pp. 553 e ss. (p. 557).

61. A saber, no dispostivo do § 265b do StGB, erradamente denominado "estelionato de crédito" (*Kreditbetrug*).

62. Afinal, aquele que, para obter um crédito, faz, como dolo de dano, por escrito uma declaração falsa sobre suas relações patrimoniais, deu início imediato (no sentido do § 22 StGB, que define a tentativa) à fraude e, com isso, a um estelionato.

63. Tiedemann, em: LK, § 265b, nm. 10, com referências sobre a controvérsia na nota 7.

porque se trata de um mero bem jurídico aparente, vez que a sadia economia de créditos nada mais é do que a soma das relações patrimoniais sadias de cada banco individual, ou seja, a classe dos bens jurídicos individuais do patrimônio.

Além disso, como já mencionei, a restrição da liberdade geral de ação especialmente intensa que decorre de crimes de perigo abstrato deve ser ponderada cuidadosamente em face do respectivo direito fundamental dos cidadãos, o que força, *v.g.*, no campo do direito penal de tóxicos, a severas restrições. O fato de que, como já observei, apenas a saúde de pessoas não-adultas e viciadas seja um bem jurídico merecedor da tutela de um direito penal liberal, faz com que só possam ser punidas aquelas ações das quais decorra tipicamente um perigo para jovens ou viciados, o que seria o caso, por exemplo, na importação de uma grande quantidade de tóxico, mas não na importação para fins de uso pessoal por uma pessoa adulta[64]. Em que medida se podem ultrapassar estas fronteiras num "direito penal social" será examinado em seguida.

VI

1. O fato de que em minha palestra não desenharei um quadro sistematicamente exaustivo, apenas podendo tratar de algumas categorias e grupos de casos especialmente importantes, decorre da finalidade inicialmente descrita de concretizar a cláusula da *ultima ratio* através de uma análise que não ignore, e sim leve em conta, a complexidade da matéria. Por último, gostaria de tratar da importância do papel do vítima, isto é, da contribuição prestada pelo titular do bem jurídico. O nosso ponto de partida já deveria deixar claro que não se pode proteger o bem jurídico contra a vontade de seu titular. As até hoje difundidas tentativas de proteger o bem jurídico também contra o seu titular por meio de construções restritivas do poder de disposição me parecem disfuncionais, sob a perspectiva da

64. Mesmo nos casos de posse de pequenas quantidades de cannabis para consumo próprio, admite o Tribunal Constitucional a punibilidade material, propondo apenas uma descriminalização processual, cf. BVerfGE 90, pp. 145 e ss.

idoneidade ou adequação, e errôneas, por violarem a liberdade de ação do titular do bem jurídico. Um exemplo seria o dispositivo do § 228 do Código Penal alemão, que declara ineficaz o consentimento do ofendido quando o fato, apesar do consentimento, viole os bons costumes. Aqui me parece estarmos diante de uma escandalosa tentativa do legislador de impor determinadas formas de vida no âmbito da integridade física. O fato de que a referência ao parâmetro dos bons costumes, impassível de ser determinado com base no que quer seja, também viole o princípio da determinação da lei penal, torna o dispositivo ainda mais absurdo.[65]

Não tão simples é a questão da punibilidade do auxílio a suicídio (existente em muitos países do mundo, como por exemplo no Brasil) ou, de qualquer forma, do homicídio a pedido da vítima (como na Alemanha). Como não se podem impor concepções morais por meio do direito penal, a fundamentação histórica destes dispositivos com base na moral cristã não fornece legitimação suficiente para a punibilidade do auxílio a sucídio ou do homicídio a pedido da vítima. O único bem jurídico que, a meu ver, aqui se pode vislumbrar é a vida de uma pessoa que não age de modo completamente responsável, porque muitos suicídios não decorrem de uma decisão séria, mas, como meras instâncias do chamado suicídio de apelo, representam na verdade uma espécie de pedido de ajuda para os que estão em volta.[66] A meu ver, uma reduzida punibilidade neste âmbito seria

65. Com esse posicionamento, coloco-me entretanto em oposição à doutrina dominante, cf. com numerosas referências Lackner/Kühl, StGB 25ª edição, 2004, § 228 nm. 10; no sentido do texto, porém, Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, p. 136, 162; Paeffgen, em: *Nomos Kommentar*, § 228 nm. 43, 50; de acordo com as conclusões também Niedermair, *Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten*, 1999, que considera não haver, em si, uma violação da determinação da lei, mas sim que o critério dos bons costumes tenha com o tempo se tornado sem função na fundamentação da pena. Também na mais recente decisão do BGH (JR 2004, pp. 472 e ss., com o comentário em si positivo de Hirsch) sobre a punibilidade de lesões corporais com resultado morte em atividades sadomasoquistas, a fórmula dos "bons costumes" de nada ajudou. Se punibilidade há, deve ela ser deduzida da decisão do legislador, no sentido de que o consentimento na ação de homicídio é ineficaz (argumento com base no § 216 StGB). (N.T.: O § 216 é o dispositivo que pune o homicídio a pedido da vítima).

66. Stengel, *Selbstmord und Selbstmordversuch*, 1969, p. 102, pp. 114 e ss..; Dölling NJW 1986, p. 1011 e ss. (p. 1014).

legitimável, se puníssemos o auxílio a um suicídio não fruto de reflexão madura e o homicídio a pedido de uma vítima ainda apta de agir de mão própria, porque neste caso, a própria incapacidade da vítima de levar a cabo sob si própria a decisão torna duvidosa a seriedade do desejo de morrer.

2. Resta apenas examinar a importância da contribuição da vítima, quando esta, por um lado, não quer a ocorrência da lesão ao bem jurídico, mas por outro, omite-se na autoproteção de seus bens sem qualquer razão palpável, o que lhe seria possível sem maiores dificuldades. Para tratar destes casos, formulei quase trinta anos atrás a chamada máxima vitimodogmática, deduzida diretamente do princípio da *ultima ratio*, segundo a qual, dentro dos limites postos pela interpretação dos tipos, devem ser excluídos do âmbito da punibilidade todos os comportamentos diante dos quais a vítima não merece nem carece de proteção, uma vez que ela mesma seria capaz de se proteger suficientemente, se apenas o quisesse.[67] Apesar de ter eu até agora formulado o princípio vitimodogmático apenas como uma máxima de interpretação, a sua fundamentação na idéia da *ultima ratio* faz com que ele deva ser compreendido também como uma limitação do direito penal capaz de limitar a discricionariedade legislativa. Os críticos, porém, afirmam que a subsidiariedade do direito penal vale apenas em face de outros instrumentos de intervenção estatais, e não das possibilidades de autoproteção dos cidadãos.[68] Mais adequado que esta restrição seria um argumentum a fortiori, pois enquanto o direito civil e seu aparato de coação, como alternativas ao direito penal, são sempre chamados num segundo momento, a rigor chegando bem mais tarde, a autoproteção possível e exigível pelo titular do bem jurídico garante a integridade do bem. Dito de modo extremo: aqui, é a limitação do direito penal que maximiza a proteção de bens jurídicos, pois quando o dano social só pode ser

67. Primeiramente em ZStW 90 (1978), p. 54 e ss.; a idéia tem sido desde então desenvolvida, por último em: Schünemann (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 51 e ss., 61e ss.

68. So Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, S. 177 ff.; zuletzt Günther, *Festschrift für Lenckner*, 1998, pp. 69 e ss. (pp. 78-79).

causado por um comportamento da vítima que renuncie a seus próprios interesses, de certa forma é primariamente a vítima quem tem de ser intimidada da prática deste comportamento, de modo que a negação de seus próprios interesses acarretará a recusa da proteção pelo direito penal. E tampouco de um ponto de vista teórico limita-se a idéia da subsidiariedade ao fato de que o próprio Estado tenha a seu dispor instrumentos mais suaves para a proteção de bens jurídicos. Já segundo a concepção básica do contrato social, para a qual cada cidadão quer renunciar apenas ao quantum de liberdade necessário para possibilitar a proteção recíproca diante dos demais,[69] os cidadãos têm, em princípio, de manter a capacidade de disposição sobre seus próprios bens, precisando do Estado apenas quando não sejam capazes de proteger estes bens com suas próprias forças. O princípio torna-se problemático apenas em situações de típica fraqueza humana, ou seja, naquelas hipóteses em que a idéia do indivíduo maduro é psicologicamente questionável segundo a experiência cotidiana. Enquanto uma tal fraqueza tiver sua raiz numa desvantagem social, cumpre a meu ver que se reconheça, fundado na moderna expansão da teoria liberal clássica do contrato social no sentido do Estado social, não apenas um direito, mas até mesmo um dever do Estado de proibir a exploração de tais desvantagens sociais e de criminalizá-la, na falta de outros meios eficientes. Não é de se ignorar, porém, que com isso o direito penal se torna a *ultima ratio* de uma política social fracassada.[70] Como ficam, porém, as exploração de meras fraquezas humanas individuais, como o jogo, o impulso sexual, ou a capacidade sedutora de tóxicos ou estimulantes, sejam tabaco, álcool ou drogas? Trata-se, aqui, do problema até agora pouquíssimo discutido do direito penal paternalista, problema esse para o qual nesta palestra apenas quero apontar, sem poder discuti-lo em

69. Locke, *Second Treatise on Government*, 1690, § 171; cf. também Kersting, *Die politische Philosophie...*, p. 96 e ss.; Koller, *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, 1987, pp. 12 e ss.

70. Um exemplo seria o tipo da usura (§ 291 StGB).

detalhes.[71] De qualquer maneira, parece-me que as contingências históricas que fazem com que em um círculo cultural se divinize o álcool e se demonize o haxixe, enquanto noutro se faça o contrário, devem ceder lugar a uma estratégia orientada segundo a periculosidade do entorpecente, que pode e deve levar em conta também a capacidade de sedução dos cidadãos médios e a sua possível transformação numa nova e adicional fonte de perigo. No caso das drogas, o Estado tem, portanto, o direito de fundar um monopólio do controle sobre a produção que pode, como bem jurídico coletivo intermediário (*kollektives Zwischenrechtsgut*) ser protegido também por meio do direito penal. Na contágio do vírus da aids, o princípio da não-punição da autocolocação em perigo deve ser limitado pela idéia de que a vítima do contágio se torna ela mesma um autor potencial. Existe, assim, não apenas um direito do Estado de penalizar a difusão do HIV mesmo diante do consentimento do infectado, mas mesmo um dever de fazê-lo, de modo que a introdução de um espaço livre de direito (*rechtsfreier Raum*) pelo legislador alemão nos casos de contágio pelo vírus HIV viola o dever de proteção estatal constitucionalmente fundado.[72]

3. Neste ponto, tenho de interromper meu raciocínio por motivos de tempo. O intrincado nó de problemas que representa o direito penal paternalista certamente só poderá ser desatado numa palestra autônoma, e muitos outros grupos de casos da concretização do princípio da *ultima ratio* sequer podem ser examinados numa única palestra, exigindo, isso sim, uma encorpada monografia. O intenso diálogo jurídico-penal que vem sendo realizado entre a Europa e América Latina por sobre o Oceano Atlântico parece-me especialmente adequado para o futuro estudo da problemática, de um lado porque as diferenças entre as respec-

71. Quanto a isso, de uma perspectiva jusfilosófica americana, Feinberg, *Harm to self*, 1986; Eidenmüller, *Effektivität als Rechtsprinzip*, 1985, pp. 358 e ss.; Gutmann, NJW 1999, pp. 3387 e ss.; U. Schroth, *in*: Schünemann/Müller/Philipps, *Das Menschenbild...*, pp. 35 e ss.

72. Quanto a isso, por último, Schünemann, *Festschrift für Eser*, 2005.

tivas culturais impede um intransigente estreitamente das perspectivas às próprias tradições históricas, e de outro, porque o fundamento comum da civilização e a disposição de ânimo nele ancorada, no sentido de buscar uma solução teórica fundamental para os problemas, isto é, o acordo na atitude espiritual que caracteriza toda a cultura jurídica, é muito mais presente do que, por exemplo, em face da *Common Law* (sem falar das culturas jurídicas do extremo oriente ou do Islã). Espero que com minhas reflexões de hoje tenha dado um pequeno impulso para a ulterior intensificação deste grandioso diálogo científico, e agradeço aos senhores por sua atenção.

Corte Penale Internazionale e Stati Uniti d'America: problemi e prospettive

David Donat-Cattin

Legal Advisor, International Law and Human Rights, Parliamentarians for Global Action (New York). Dottore di ricerca (diritto internazionale), Facoltà di giurisprudenza, Università degli Studi di Teramo.

Sumário: 1. La Corte Penale Internazionale: *status* relativo all'entrata in vigore dello Statuto di Roma e sue caratteristiche essenziali – 2. La Corte Penale Internazionale: legislazione e *politiche* avverse degli Stati Uniti – 3. La Corte Penale Internazionale: un mezzo per combattere il fenomeno dell'impunità per i crimini più gravi del diritto internazionale.

Resumo: Con questo breve articolo cercherò di rispondere a due domande: che cos'è la Corte Penale Internazionale; perché e in quale modo gli Stati Uniti d'America si oppongono ad alcuni aspetti essenziali del regime giuridico dello Statuto di Roma che istituisce la Corte Penale Internazionale. Nel tentativo di condurre un'analisi dei principali aspetti politici e, per quanto possibile, giuridici delle questioni in oggetto, non si ometteranno alcune riflessioni sul ruolo assai importante che la Corte permanente potrebbe svolgere negli sforzi della comunità internazionale di mettere fine all'impunità degli autori dei crimini più gravi che ledono la coscienza dell'umanità, incluse alcune efferate condotte di terrorismo internazionale che potrebbero essere qualificate "crimini contro l'umanità".

1. La Corte Penale Internazionale: *status* relativo all'entrata in vigore dello Statuto di Roma e sue caratteristiche essenziali

La proposta di creare un organismo internazionale di giustizia penale, il primo a carattere permanente nella storia dell'umanità, si è ripetuta in diverse forme e in diversi periodi storici del secolo scorso, ma soltanto il 17 luglio 1998, a conclusione di un processo iniziato alla fine del 1989 in seno alle Nazioni Unite e culminato nella Conferenza Diplomatica di Roma, una larga maggioranza di Stati che formano la comunità internazionale ha deciso l'istituzione della Corte attraverso l'adozione dello *Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale.*[1]

Il concetto di giurisdizione internazionale per alcuni crimini del diritto internazionale venne discusso senza esiti nel primo dopoguerra e si concretizzò finalmente nel secondo dopoguerra con la creazione di due giurisdizioni speciali: il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e il Tribunale Militare per l'Estremo Oriente di Tokio. Sullo slancio della significativa esperienza di Norimberga, l'Assemblea Generale dell'ONU prima dichiarò in diverse risoluzioni la legittimità di quell'esercizio giurisdizionale da parte delle potenze vincitrici della II Guerra Mondiale e la natura di diritto consuetudinario dei principi di diritto applicati dal Tribunale di Norimberga, poi delegò l'appena istituita Commissione del Diritto Internazionale a preparare lo Statuto per una Corte permanente. Le vicende della guerra fredda travolsero e bloccarono quel processo di formazione normativa, che venne riavviato solamente dopo la caduta del muro di Berlino nella sessione dell'Assemblea Generale dell'autunno 1989. I Tribunali *ad hoc* per l'Ex Iugoslavia e per il Ruanda, rispettivamente istituiti dal Consiglio di Sicurezza ONU nel 1993 e 1994, diedero una spinta ulteriore al

1. Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (CPI) è disponibile presso il sito internet della Nazioni Unite alla pagina <*http://www.un.org/law/icc*> (UN Doc. A/CONF.183/9*, 17 July 1998).

movimento verso la Corte[2] che, in maniera del tutto inaspettata per i più 'esperti' diplomatici delle grandi potenze in servizio a metà degli anni novanta, diviene 'realtà' giuridica non in una data imprecisata tra il 2015 e il 2020 (come quei diplomatici incautamente prevedevano), ma nell'estate romana del 1998, dopo un anno di discussioni nel Comitato *Ad Hoc* dell'ONU sulla Corte, due anni e mezzo di negoziati a New York in seno al Comitato Preparatorio per la creazione della Corte e, *dulcis in fundo*, cinque settimane di febbrili negoziati e decisioni nel palazzo romano della FAO, alla Conferenza Diplomatica dei Plenipotenziari, tra il 15 giugno e il 17 luglio 1998.

La Corte permanente è recentemente divenuta una realtà giudiziaria, giacché il 1 luglio 2002 lo Statuto di Roma è entrato in vigore, circa tre mesi dopo il deposito del sessantesimo strumento di ratifica dello Statuto presso il Segretario Generale dell'ONU. Quest'ultimo è solamente il depositario del trattato, poiché la Corte è un'entità completamente indipendente dalla struttura delle Nazioni

2. Per una analisi del rapporto tra Tribunali *ad hoc* e Corte permanente, mi sia concesso riprodurre un brano da D. DONAT-CATTIN, "Dai Tribunali Penali Internazionali *ad hoc* alla Corte Penale Internazionale permanente: alcune riflessioni sul processo decisionale nella Comunità Internazionale" in "Il Tribunale Internazionale Penale dell'Aia per la ex Iugoslavia", a cura di G. Calvetti, Milano (CUEM), 2001:

"[...] Il più importante nesso fra Tribunali *ad hoc* e Corte permanente è, dunque, di duplice natura e, se si vuole, contraddittorio nei suoi termini: da una parte, senza i Tribunali *ad hoc* creati dal Consiglio di Sicurezza in modo rapido e risoluto, anche se non tempestivo, non si sarebbero generate l'aspettativa e la familiarità rispetto all'idea di una giustizia penale internazionale anche a carattere permanente; dall'altra, il fallimento del Consiglio di Sicurezza a rinnovare la sua promessa fatta per il Ruanda [...] e la Iugoslavia [...] di sanzionare i crimini più gravi del diritto internazionale anche al fine di prevenirli e di trattare allo stesso modo tutte le situazioni in cui vi fosse necessità di far affermare il principio della responsabilità penale personale ha causato una vibrante spinta a favore di una Corte Penale Internazionale permanente e indipendente dal sistema ONU e dal Consiglio di Sicurezza. Non è un caso che i paesi *leader* del gruppo dei *Like-Minded States* che hanno maggiormente inciso nel processo decisionale che ha portato allo Statuto di Roma sino all'attuale fase delle ratifiche e dell'adozione di complicate normative di adattamento interno allo Statuto sono stati la Germania, l'Italia, il Canada, il Sud Africa, l'Argentina, la Nuova Zelanda e l'Australia, con il concorso esterno della Francia e l'attivo contributo di tutti gli Stati medio-piccoli dell'Unione Europea e della Comunità per lo Sviluppo dell'Africa Australe (*Southern African Development Community - SADC*), nonché di molti altri paesi africani, dell'America Latina, dei Caraibi, del pacifico e di Stati parti del Consiglio d'Europa.

Unite. Ciò significa che essa inizierà a operare in nome e per conto degli Stati Parti – a tutt'oggi ben 94[3] –, ai quali si potranno aggiungere altri Stati che vorranno ratificare o accedere allo Statuto tra i 191 Stati facenti parte le Nazioni Unite. Il Senegal è divenuto il primo Stato Parte della Corte nel 1999, anno in cui hanno ratificato anche altri 5 Stati: in ordine temporale, Trinidad e Tobago, San Marino, Italia – primo paese dell'Unione Europea ad entrare nel sistema della CPI – Fiji e Ghana. 21 paesi hanno deciso di aderire al regime giuridico dello Statuto di Roma nel 2000,[4] e altri 21 hanno fatto altrettanto nel 2001.[5] Nel 2002, anno dell'entrata in vigore, ben 38 Stati hanno depositato il loro strumento di ratifica.[6] Nel 2003, anche in ragione della campagna anti-CPI dell'amministrazione USA, solamente 5 Stati sono addivenuti alla ratifica dello Statuto di Roma,[7] mentre nella prima metà del 2004 le adesioni di Burkina Faso e Congo Brazzaville hanno fatto raggiungere allo Statuto di Roma quota 94. Quasi tutti i parlamenti nazionali cui è stato trasmesso lo Statuto di Roma dall'Esecutivo hanno votato l' "approvazione" della ratifica con larghissime maggioranze, a testimonianza del fatto di come la Corte sia universalmente considerata tema d'interesse nazionale, tale da giustificare un consenso "bipartisan". Alcuni Stati hanno modificato la costituzione per aderire al regime giuridico dello Statuto (Francia,

3. Il presente articolo è stato aggiornato il 6 aprile 2004. Per un aggiornamento sul numero di Stati Parti dello Statuto di Roma si visiti il sito <*http://www.icc-cpi.int/php/statesparties/allregions.php*>.

4. Austria, Belgio, Belize, Botswana, Canada, Finlandia, Francia, Gabon, Germania, Islanda, Lesotho, Lussemburgo, Mali, Marshall Islands, Norvegia, Nuova Zelanda, Sierra Leone, Spagna, Sud Africa, Tajikistan (unico paese asiatico ad aver ratificato a tutt'oggi) e Venezuela.

5. Andorra, Antigua & Barbuda, Argentina, Costa Rica, Croazia, Danimarca, Dominica, Iugoslavia, Liechtestein, Nauru, Nigeria, Paesi Bassi, Paraguay, Peru, Polonia, Regno Unito, Repubblica Centrafricana, Slovenia, Svezia, Svizzera e Ungheria.

6. Australia, Benin, Bolivia, Bosnia, Brasile, Bulgaria, Cambogia, Cipro, Colombia, Congo (Repubblica Democratica), Corea, Ecuador, Estonia, Gambia, Gibuti, Giordania, Grecia, Honduras, Irlanda, Lettonia, Macedonia, Malawi, Malta, Mauritius, Mongolia, Namibia, Niger, Panama, Portogallo, Romania, Samoa, Slovacchia, St Vincent & the Grenadines, Tanzania, Timor Est, Uganda, Uruguay e Zambia.

7. Afghanistan, Albania, Georgia, Guinea, Lithuania.

Portogallo e Germania). Il parlamento di Berlino ha emendato l'articolo della Costituzione che proibiva l'estradizione di cittadini all'estero, anche se una parte maggioritaria dei giuristi tedeschi aveva correttamente ritenuto necessaria questa misura solo rispetto all'estradizione di tedeschi verso i sistemi giudiziari dei paesi dell'Unione Europea e/o aderenti alla Convenzione europea sull'estradizione, e non rispetto al trasferimento di cittadini verso la Corte Penale Internazionale. Revisioni costituzionali sono in corso in Messico, Angola e Mozambico, e anche in Brasile, ove però i poteri legislativo ed esecutivo hanno concordato sul fatto che il processo di riforma costituzionale non doveva impedire la previa approvazione parlamentare dello Statuto finalizzata alla ratifica, avvenuta – come previsto – entro il giugno 2002.[8]

Alla luce del quadro geostrategico delineato dai "gruppi" di Stati membri della Corte (in ordine di presenze: Europa, America Latina e Caribi, Africa e Asia/Oceania, con l'aggiunta del Canada), risulta evidente l'assenza di grandi paesi asiatici (Cina, India, Indonesia, Pakistan) e dei membri della Lega Araba, fatta eccezione di Giordania e Djibouti, con l'aggiunta non indifferente degli Stati Uniti d'America. In realtà, solamente sette Stati votarono, a scrutinio segreto, contro l'adozione dello Statuto il 17 luglio 1998. Tra essi possiamo menzionarne con certezza sei: Cina, Iraq, Israele, Qatar, Stati Uniti e Yemen. Posteriormente a quella data, solamente la Libia (in Assemblea Generale ONU: 2000 e 2001) e gli Stati Uniti (in molteplici occasioni, da ultima la sessione del 2002 dell'Assemblea Generale ONU, nella Sesta Commissione), hanno espresso in modo formale le proprie obbiezioni allo Statuto. Ciò significa che Stati in passato scettici verso lo

8. Le informazioni contenute in quest'articolo sono frutto del lavoro di ricerca e di sensibilizzazione, ove possibile, svolto dall'autore per i *Parliamentarians for Global Action* (PGA), organizzazione non governativa con *status* consultivo generale presso le Nazioni Unite che conta sull'adesione a titolo individuale di circa 1,350 parlamentari in 110 sistemi democratici nazionali nei cinque continenti. Le informazioni sono, inoltre, corroborate da altre fonti: in particolare, da articoli di mezzi di comunicazione e di agenzie di stampa disseminati dalla *Coalition for an International Criminal Court* (CICC).

Statuto, come il Messico, sono ora impegnati nel processo di ratifica, e Stati che erano contrari o fortemente dubbiosi sull'esito del negoziato di Roma, come la Cina, sono in piena fase di revisione del loro atteggiamento verso la Corte. Infine, a seguito della ratifica del maggiore alleato internazionale degli USA – il Regno Unito – si sono manifestati importanti cambiamenti nell'approccio alla Corte da parte del governo giapponese. Anche la Turchia, nel quadro del processo d'integrazione europea che la vede protagonista, è entrata in una fase di revisione della normativa nazionale al fine di permettere l'adesione al regime giuridico dello Statuto di Roma: nel maggio 2004, l'articolo 38 della Costituzione turca è stato emendato con il sostegno di un'ampia maggioranza parlamentare per permettere la consegna ("surrender") alla Corte di persone da essa richieste una volta che la Turchia sia diventata "Stato Parte". Si noti che sia il Giappone che la Turchia non sono Stati firmatari dello Statuto, pertanto debbono accedere allo stesso. Infine, è importante sottolineare come nella Federazione Russa e in altri paesi della Comunità degli Stati Indipendenti (CSI) vi siano stati dei significativi progressi nel campo delle normative di "adattamento" ("implementation") allo Statuto di Roma. In Russia, nel febbraio 2003 la Presidenza ha istituito una Commissione inter-ministeriale di esperti per redigere un progetto di legge sull'incorporazione dei crimini dello Statuto nel sistema penale e penale militare russo nonché sulla cooperazione con la Corte. I crimini dello Statuto sono stati inseriti nei nuovi codici penali di vari Stati della CPI (ad esempio, l'Armenia e l'Azerbaijan), mentre la Georgia – Stato Parte del settembre 2003 – ha provveduto ad adottare una serie di leggi volte al pieno adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto di Roma.[9]

9. In attesa che il progetto normativo sull'adattamento del Brasile allo Statuto di Roma si trasmesso dall'Esecutivo al Legislativo, l'unica legislazione in lingua portoghese in questa materia è quella del Portogallo: v. Decreto da Assembleia Número 177/IX (27 maggio 2004: publicação), *Título*: Adapta a Legislação Penal Portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do Direito Internacional Humanitário ¿ 17.ª Alteração ao Código Penal [per l'iter legislativo, si veda <*http://www3.parlamento.pt/PLC/Iniciativa.aspx?ID_Ini=19716*>].

Vi è da chiedersi: per quale motivo è così importante che la maggior parte dei paesi del mondo, o quantomeno, in rappresentanza di tutte le regioni del pianeta, siano parti dello Statuto? Innanzitutto, perché come per ogni convenzione internazionale, anche lo Statuto di Roma è vincolante solo per gli Stati che vi aderiscono divenendone Parti, ai sensi del diritto internazionale dei trattati. E poi, perché l'articolo 12 dello Statuto, che regola le condizioni per l'esercizio della giurisdizione della Corte, prevede che il Procuratore della CPI possa esercitare *ex officio* l'azione penale – in maniera discrezionale, ma limitata da stringenti criteri di necessità e opportunità – solo rispetto a fattispecie di crimini contro l'umanità, genocidio o crimini di guerra commessi nel territorio degli Stati Parti o da cittadini di Stati Parti, anche se nei territori di Stati terzi.[10] Ne consegue la grande importanza della ratifica di Stati quali la Repubblica Democratica del Congo, ove è in corso il più sanguinoso "insieme di conflitti" dell'ultimo decennio, l'Uganda, la Repubblica Centrafricana e la Colombia, paesi in cui hanno luogo conflitti armati, nonché la Nigeria e la Sierra Leone. Non è un caso che, infatti, le prime indagini preliminari condotte dall'ufficio del Procuratore della Corte riguardino la Repubblica Democratica del Congo e del nord dell'Uganda, relativamente alle quali entrambi gli Stati hanno operato un rinvio ("referral") delle rispettive situazioni alla Corte ai sensi dell'articolo 13(a) dello Statuto.[11]

10. A meno che uno Stato non Parte accetti *ex post facto* la competenza della Corte relativamente ad una determinata situazione nella quale crimini rientranti nella giurisdizione della Corte appare siano stati commessi (articolo 12, paragrafo 3, Statuto di Roma).

11. Si vedano, a questo proposito, i comunicati stampa del Procuratore della CPI del 29 gennaio 2004 (sul rinvio dell'Uganda della situazione nel nord del paese) e del 19 aprile 2004 (*Prosecutor receives referral of the situation in the Democratic Republic of Congo*) contenuti nel sito della CPI alla pagina http://www.icc-cpi.int/newspoint/pressreleases.html, nonché l'interessante statement a fini preventivi generali del 23 febbraio 2004 intitolato "*Statement by the Prosecutor Related to Crimes Committed in Barlonya Camp in Uganda*", in cui il Procuratore si appella alle forze in capo affinché le atrocità cessino, anche alla luce del rischio per i perpetratori di essere portati di fronte alla giustizia internazionale, disponibile alla pagina <*http://www.icc-cpi.int/otp/otp_events.html*>.

Per comprendere quale regime giuridico vincola gli Stati che hanno sovranamente deciso di essere Parti dello Statuto di Roma, mi sia concesso elencare le seguenti caratteristiche essenziali della Corte:

(1) La finalità della nuova istituzione è espressa nel Preambolo: combattere il fenomeno dell'impunità per le più gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario (i "crimini internazionali").[12]

(2) La giurisdizione della Corte è, dunque, relativa ai crimini del diritto internazionale definiti negli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto: (a) *genocidio*, (b) *crimini contro l'umanità* e (c) *crimini di guerra*. Qualora vi sarà un accordo tra gli Stati Parti circa la definizione e le condizioni per l'esercizio della giurisdizione sul *crimine di aggressione*, quest'ultimo potrà rientrare nell'autorità giurisdizionale della Corte, come previsto dall'articolo 5.

(3) La giurisdizione della Corte è *complementare (sussidiaria)* rispetto a quella degli Stati: solo se i sistemi penali interni non saranno in grado di perseguire e giudicare in maniera efficace e imparziale i "sospetti criminali", la Corte si attiverà per garantire che non vi sia impunità per questi ultimi.[13]

12. Per una trattazione estesa delle finalità della Corte Penale Internazionale si rinvia agli scritti di Otto Triffteter, in particolare il contributo dell'autore austro-tedesco intitolato "*The Preventive and the Repressive Function of the International Criminal Court*" nel volume a cura di G. Nesi e M. Politi "*The Rome International Criminal Court: A Challenge to Impunity*", Aldershot Burlington/ Sidney (Ashgate/Dartmouth), 2001, nonché varie sezioni di O. TRIFFTERER in "*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*", Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft), 1999 [a cura del medesimo autore].

13. È necessario qui menzionare tre scritti essenziali sul significato del principio di complementarietà – che informa l'intero sistema giurisdizionale della Corte Penale Internazionale e delle autorità giudiziarie competenti di ciascun Stato Parte – via via che esso si è venuto delineando: per il primo illuminante commentario alle caratteristiche essenziali del rapporto tra Corte e apparati interni, si veda Flavia LATTANZI, "Riflessioni sulla competenza di una corte penale internazionale", in *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, 1993; per un commento immediatamente anteriore alle negoziazioni dello Statuto di Roma, F. LATTANZI, "*The Complementary Character of the Jurisdiction of the Court with Respect to National Jurisdictions*", in *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, a cura di F. Lattanzi, Napoli (Ed. Scientifica), 1998; infine, per una visione d'insieme del principio di complementarietà nello Statuto, P. BENVENUTI, "Complementarity of the International Criminal Court to National Jurisdictions" in "*Essays*

(4) La Corte può esercitare la propria competenza su crimini commessi a partire dal giorno dell'entrata in vigore dello Statuto (*principio di non retroattività*) nei territori degli Stati Parti o da persone di nazionalità di questi ultimi, fatto salvo il potere del Consiglio di Sicurezza ONU di autorizzare l'esercizio della giurisdizione su situazioni collegate con Stati non parti.

(5) Il procuratore è un organo della Corte, indipendente da ogni interferenza di organi politici nazionali o internazionali. Può esercitare d'ufficio l'azione penale, di cui ha il monopolio, con l'autorizzazione del collegio di tre giudici che siedono nella *Pre-Trial Chamber* e ha il dovere di svolgere attività investigative a seguito di rinvio di situazioni da parte del Consiglio di Sicurezza dell'ONU o degli stati membri. Ai sensi dell'articolo 16 dello Statuto, una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, adottata in base al Capitolo VII della Carta ONU, può sospendere per un anno (rinnovabile) un'indagine preliminare o un processo la cui prosecuzione venga ritenuta una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale.[14]

on the Rome Statute of the International Criminal Court-Vol. 1", a cura di F. Lattanzi e W. Schabas, Ripa di Fagnano Alto (Il Sirente), 1999, <*www.sirente.com*>.

14. A tutt'oggi, due risoluzioni del Consiglio di Sicurezza hanno invocato l'articolo 16: si tratta delle risoluzioni 1422 (2002) e 1487 (2003), il cui testo è pressoché identico. Entrambe le risoluzioni violano il dettato dell'articolo 16, poiché adottate in assenza di un'indagine o un processo concreto di competenza della Corte e senza una determinazione da parte del Consiglio stesso di una minaccia alla pace, violazione della pace o atto di aggressione come previsto dall'articolo 39 della Carta delle Nazioni Unite. *Ergo*, siffatte risoluzioni sono *ultra vires* e non dovrebbero avere carattere vincolante per i giudici della CPI i quali, ai sensi dell'articolo 21 dello Statuto, debbono in primo luogo applicare lo Statuto, non certo risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che violino lo Statuto, e anche la Carta delle Nazioni Unite. Tra gli autori che hanno commentato criticamente l'operato del Consiglio di Sicurezza in tema di CPI, si vedano in particolare Flavia LATTANZI, "*La Corte penale internazionale: una sfida per le giurisdizioni degli Stati*", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2002 – III (pp. 1372-1374), Kai AMBOS, "*International Criminal Law has Lost its Innocence*", in *German Law Journal*, No.10, 1 October 2002 (p. 3) e Claus KRESS, "*The International Criminal Court and the United States: Reflections on Resolution 1422 of the UN Security Council*", in *Art & Thought*, 2003, pp. 56-60 (disponibile sul sito <*http://admin.qantara.de/uploads/496/fwf77_15kress.pdf*>). Il 23 giugno 2004 gli Stati Uniti hanno deciso di ritirare una terza risoluzione che avrebbe prorogato per altri 12 mesi gli effetti delle risoluzioni 1422 (2002) e 1487 (2003): ciò a seguito di una forte resistenza da parte degli Stati membri e del segretario generale dell'ONU, nonché delle organizzazioni non governative.

(6) Sono garantiti i più alti standard internazionali del "giusto processo" a tutela dei diritti di accusati e indagati, nonché la presunzione d'innocenza.

Sono altresì riconosciuti i diritti delle vittime ad accedere alla giustizia, ottenere riparazioni e, se necessario, ricevere protezione.

(7) I giudici della Corte, indipendenti da ogni influenza di parte, inclusa quella dei governi, controllano la legalità delle attività della Procura e decidono su ogni questione attinente alla funzione giudicante, a partire dall'ammissibilità dei casi di fronte alla Corte.

(8) Un'Assemblea degli Stati Parti è istituita come organo politico della Corte.

2. La Corte Penale Internazionale: legislazione e *politiche* avverse degli Stati Uniti

Con il fallimento del disegno di "nuovo ordine mondiale" dell'Amministrazione USA di George Bush, abbandonato dal Presidente Clinton nel 1993 con il ritiro delle truppe americane dalla disastrosa missione ONU in Somalia (denominata dagli Stati Uniti *restore hope*![15]), la cooperazione

Per una interpretazione critica dell'articolo 16 dello Statuto di Roma, si veda Pietro GARGIULO, "*The Controversial Relationship between the International Criminal Court and the Security Council*", in F. Lattanzi e W. Schabas op. cit.

15. Senza menzionare l'incredibile vicenda ruandese del 1994, allorché un genocidio di circa 800.000 tustsi e hutu moderati ampiamente pianificato e prevedibile, nonché previsto da numerose agenzie internazionali – ONU inclusa – sin dal 1993, venne lasciato procedere con il ritiro delle già esigue forze di peace-keepers presenti nel piccolo Stato africano. La scandalosa condotta dell'amministrazione Clinton e degli Stati della comunità internazionale nel suo insieme non riuscì a evitare una carneficina perpetrata con mezzi rudimentali (i machete), che esperti di questioni militari quali il Generale Canadese Romeo Dallaire, comandante della missione ONU in Ruanda nei primi mesi del 1994, stimarono evitabile con il collocamento in zone strategiche del paese di 5,000 soldati ben armati e addestrati, nonché semplici misure di *radio jamming* volte a bloccare le trasmissioni radio di un paio di emittenti ruandesi attraverso le quali venivano impartititi gli ordini e dettati i tempi del genocidio. Si vedano, a questo proposito, gli atti del cosiddetto "Media Trial" (*case no.* ICTR-99-52.T, *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngweze*) del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, la cui sentenza nel merito di primo grado è stata emessa il 3 dicembre 2003, nell'apposito sito internet *www.ictr.org*. Tra i numerosi

internazionale è tornata ad essere solamente una delle 'opzioni' per la politica estera statunitense.

La strategia di marginalizzazione del ruolo delle Nazioni Unite da parte della più grande potenza del mondo è divenuta esplicita nei primi mesi dell'Amministrazione di George W. Bush ed è culminata con l'abbandono da parte della delegazione statunitense della Conferenza mondiale di Durban (Sud Africa) su razzismo, intolleranza e altre forme di discriminazione nei primi giorni del settembre 2001. In generale, l'avversione al "multilateralismo" della destra repubblicana guidata sino al 2002 dal Senatore Jesse Helms ha generato una serie di scelte politiche contrarie a regimi internazionali, quali quelli del Protocollo di Kyoto sul controllo delle emissioni inquinanti, del Trattato contro i Test Nucleari del 1972 denunciato dal Presidente Gorge W. Bush, del Protocollo addizionale volto a creare un meccanismo internazionale indipendente di verifica dell'applicazione della Convenzione contro le armi batteriologiche (biologiche) del 1973.

Gli eventi dell'11 settembre 2001 hanno prodotto una nuova attenzione dell'Amministrazione USA all'esigenza di risolvere problemi globali come il terrorismo internazionale con soluzioni globali e concordate con una maggioranza di attori sul piano internazionale. Di qui, la proposta statunitense di una coalizione mondiale contro il terrorismo che ha prodotto, tra l'altro, due importanti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza.

Purtroppo però, già nel gennaio 2002 il fallimento dei negoziati di Ginevra in seno alla Conferenza di Revisione del trattato contro le armi biologiche del 1972, causato dall'opposizione USA a un regime di verifica operato da un'agenzia internazionale indipendente che avrebbe potuto fare controlli nei siti industriali e di ricerca di ciascuno dei 144 Stati Parti del trattato, inclusi gli USA, ha

commenti della dottrina, mi preme fare riferimento alla meticolosa ricostruzione dei fatti e dei precedenti applicabili di J.F. METZL, "*Rwandan Genocide and the International Law of Radio Jamming*", in *American Journal of International Law*, 1998.

evidenziato come, parallelamente al successo militare in Afghanistan, sia ritornato un atteggiamento "unilateralista" della grande potenza, nonostante la questione della vulnerabilità del suo territorio non nota all'opinione pubblica statunitense sino all'11 settembre. La dottrina della cosiddetta guerra preventiva (*pre-emptive strike*) del settembre 2002[16] e la campagna militare in Iraq del 2003-04 sono divenuti gli aspetti più macroscopici di questo nuovo unilateralismo statunitense, che è stato temperato solamente a seguito della disastrosa gestione dell'invasione e dell'occupazione dell'Iraq da parte della *Coalition of the Willings*, che ha portato ad un nuovo coinvolgimento del Consiglio di Sicurezza dell'ONU sulla situazione irachena, con risultati certamente tutti da verificare sul campo e nel tempo.[17]

L'analisi dell'approccio statunitense alla Corte Penale Internazionale – un organismo considerato da larga parte dei membri della comunità internazionale, inclusi i membri di UE e Consiglio d'Europa, utile alla sicurezza nazionale e internazionale – deve pertanto, ad avviso di chi scrive, essere divisa in due parti: *ante* e *post*-11 settembre 2001. Prima dell'11 settembre 2001 si potevano più facilmente identificare le posizioni dei protagonisti del processo decisionale a Washington e le relative azioni legislative e diplomatiche. Dopo l'attacco a New York e al Pentagono, la Corte avrebbe potuto tornare in discussione nel quadro di un nuovo approccio al tema della sicurezza nazionale/internazionale degli Stati Uniti. Ma ciò non è avvenuto.

L'obbiezione principale degli Stati Uniti allo Statuto di Roma è stata, e continua ad essere, la seguente: la Corte Penale Internazionale potrebbe diventare uno strumento di azione anti-americana in quanto attività investigative indipendenti contro personale americano impegnato in operazioni di peacekeeping o nell'uso

16. *National Security Strategy of the United States of America*, The White House, Washington, September 2002, <*http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html*>. Si noti che il concetto di sicurezza "nazionale" viene generalmente inteso dall'amministrazione USA nel medesimo modo in cui nel resto del mondo si definisce solitamente il concetto di sicurezza "internazionale", laddove il corretto *nomen juris* può aiutare a formulare analisi obbiettive di problemi ed eventuali soluzioni.

17. Si veda, in particolare, la risoluzione 1546 dell'8 giugno 2004 sulla "sovranità" dell'Iraq.

della forza armata potrebbero essere strumentalizzate a fini politici. Nonostante la natura sussidiaria della Corte, infatti, sono i giudici della Corte stessa che determinano se un sistema giudiziario nazionale è "*unable or unwilling*", oggettivamente o soggettivamente incapace, ai sensi dell'articolo 17 dello Statuto, di assicurare alla giustizia gli autori di crimini contro l'umanità, genocidio e crimini di guerra. In altre parole, la Corte ha la competenza sulla competenza, poiché essa è al vertice del sistema di giustizia penale internazionale di cui fanno parte, con giurisdizione primaria, i Tribunali nazionali degli Stati Parti. Quando questi ultimi falliscono nel perseguimento dei reati inclusi nello Statuto di Roma, la Corte ha diritto a intervenire e a ottenere la cooperazione dei sistemi nazionali.[18]

Lo Statuto di Roma contiene i principi generali di diritto di Norimberga, quali quelli sulla responsabilità del superiore militare o civile (*command responsibility*) e sull'irrilevanza dell'immunità per i crimini del diritto internazionale, inclusa l'immunità di capi di Stato o di governo. La perseguibilità di tutti i componenti una "catena di comando" è, pertanto, garantita. Anche per questo motivo, gli USA avrebbero voluto una Corte Penale Internazionale "controllata" dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, in seno al quale essi avrebbero potuto utilizzare l'efficace arma del veto (o della minaccia del veto, assai più utilizzata nella prassi). I maggiori alleati atlantici, con l'eccezione di alcuni membri permanenti del Consiglio di Sicurezza,

18. È pertanto errato affermare, come fa *Il Foglio* in un editoriale del 22 febbraio 2002 dal titolo "Processi show – Gli Stati Uniti guardano Milosevic e si convincono sempre di più che una Corte internazionale non serve", quando riporta una frase del professor Michael Ignatieff dell'Università di Harvard, un convinto sostenitore della Corte Penale Internazionale permanente, sebbene critico dei Tribunali ad hoc, che qui riproduciamo nella traduzione del Foglio (Roma): "la giustizia migliore è nazionale, ha le radici nelle tradizioni nazionali di legittimità, procedura, linguaggio. La giustizia internazionale dovrebbe essere [?] una giurisdizione speciale, la cui legittimità dipenda interamente dall'impossibilità e dall'incapacità di un tribunale nazionale di adempiere ai propri obblighi." Proprio per questo motivo, Ignatieff riconosce la validità del principio di complementarietà e sostiene che sarebbe nell'interesse nazionale USA addivenire alla ratifica dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale: in questo senso, si veda il rapporto della conferenza "*Bringing International Criminals to Justice* – With Justice Richard Goldstone, Michael Ignatieff and Elizabeth Neuffer" organizzata dalla *John F. Kennedy Library and Foundation (Responding to Terrorism Series)* il 12 novembre 2001 (disponibile sul sito <http://www.jfklibrary.org/forum_goldstone.html>).

hanno però rifiutato in varie fasi del negoziato sullo Statuto questo approccio, poiché esso avrebbe reso la Corte inaccettabile per la stragrande maggioranza dei membri della comunità internazionale, nonché per importanti segmenti di opinione pubblica, opportunamente sensibilizzata dalle Organizzazioni Non Governative (le *NGOs*) a sostenere solamente una Corte efficace, imparziale e – soprattutto – indipendente. D'altronde, anche perseguendo una logica di *real politik*, perché creare una nuova istituzione internazionale se essa avesse dovuto riflettere, ancora una volta, una realtà geostrategica vetusta, ereditata dalla seconda guerra mondiale? Come giustificare l'istituzione di un'autorità giudiziaria competente su crimini internazionali commessi da individui e, allo stesso tempo, soggetta alle decisioni di un organo politico composto da rappresentanti di governi? Se le cose debbono essere lasciate come sono, tanto vale mantenere le vecchie istituzioni, magari rinnovandole per nuove esigenze, mentre istituzioni indipendenti nominalmente nuove risulterebbero inefficaci e inutili, perché non credibili né nuove in senso sostanziale. Per comprendere a fondo la posizione USA sulla Corte permanente, bisogna infatti considerare il fatto che l'Amministrazione di Washington è a favore della giustizia penale "internazionale" soltanto se utilizzata in modo selettivo, ossia attraverso l'istituzione di Tribunali speciali delle Nazioni Unite (Iugoslavia, Ruanda) o di Stati che richiedano l'assistenza della comunità internazionale (Sierra Leone, Cambogia).[19]

L'opposizione USA alla Corte Penale Internazionale viene ispirata da tre fronti: la destra conservatrice repubblicana che rifiuta la Corte per motivi "ideologici"; la leadership attuale del Pentagono che rifiuta la Corte per supposti motivi pragmatici; alcuni intellettuali di diverse caratterizzazioni che considerano erroneamente la Corte come una minaccia o addirittura un'erosione della sovranità nazionale USA.

19. Si veda, a questo proposito, l'illuminante intervista di N. Kempster a Pierre Prosper, *Ambassador-at-large on War Crimes Issues* dell'amministrazione Bush, intitolata "*U.S. May Back Creation of Special Atrocity Tribunals; War Crimes: New envoy says administration remains opposed to plan for a worldwide court*" in *Los Angeles Times*, 2 agosto 2001 (Part A; Part 1, p. 4).

Durante l'Amministrazione Clinton, il Pentagono prevale sul Dipartimento di Giustizia e, seppure in maniera meno visibile, sul Dipartimento di Stato. Il Pentagono detta la linea e porta la posizione USA al voto negativo allo Statuto del 17 luglio 1998.[20] Nonostante ciò, gli USA rimangono impegnati nel negoziato posteriore alla Conferenza di Roma e contribuiscono alla redazione delle bozze del Regolamento di Procedura e Prova e degli "Elementi dei Crimini" che vengono approvati dalla Commissione Preparatoria per la CPI il 30 giugno 2000. Il 31 gennaio 2000 il Presidente Clinton rende noto il suo primo (e ultimo) intervento interamente dedicato alla Corte Penale Internazionale in cui annuncia la firma dello Statuto di Roma da parte degli Stati Uniti, pur precisando la non volontà di proporre la ratifica dello Statuto al Senato nei seguenti termini:

"*Court jurisdiction over U.S. personnel should come only with U.S. ratification of the Treaty. The United States should have the chance to observe and assess the functioning of the Court, over time, before choosing to become subject to its jurisdiction. Given these concerns, I will not, and do not recommend that my successor, submit the Treaty to the Senate for advice and consent until our fundamental concerns are satisfied.*"[21]

20. Per una visione diplomatica della posizione assunta dagli USA nel 1998, si veda l'intervento di David Scheffer, ex *Ambassador-at-large on War Crimes Issues* dell'amministrazione Clinton, all'Assemblea Generale ONU (Sesta Commissione) del 21 ottobre 1998, disponibile nella seguente pagina del sito internet del Dipartimento di Stato [<http://www.state.gov/www/policy_remarks/1998/981021_scheffer_icc.html>] (visitato il 24 dicembre 2001). Per una replica puntuale e lucida volta a dimostrare l'infondatezza giuridica e la inopportunità politica delle obbiezioni sollevate dalla diplomazia statunitense allo Statuto, si veda Bartram S. BROWN, "*U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: a Brief Response*", in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999 (4). Un'ampia raccolta di scritti di studiosi statunitensi, in maggioranza a favore dello Statuto di Roma, è contenuta nel volume dell'AMERICAN ACADEMY OF ARTS AND SCIENCES (AAAS) intitolato "*National Security and the International Criminal Court*", a cura di Sarah Sewall e Carl Kaysen, Lenham (Rowman & Littlefield), 2000.

21. L'intervento del Presidente Clinton è disponibile nella seguente pagina del sito del *US Department of State* <http://www.state.gov/www/global/swci/001231_clinton_icc.html> ("*President Clinton: Statement on Signature of the International Criminal Court Treaty, Washington, DC, December 31, 2000*").

La posizione dell'amministrazione Clinton, resa nota qualche ora prima della fine del mandato, è chiara: gli Stati Uniti firmano lo Statuto per osservare il funzionamento della Corte con un minimo di legittimità. Infatti, gli Stati che firmano e non ratificano lo Statuto non ne diventano Parti né sono giuridicamente vincolati da esso, ma possono partecipare in qualità osservatori, ovvero senza diritto di voto, alle riunioni dell'Assemblea degli Stati Parti. Inoltre, lo *Statement* del Presidente evita qualsiasi effetto giuridico dovuto alla firma del trattato, poiché segnala in modo espresso l'opposizione USA alla ratifica così facendo scattare la disposizione dell'articolo 18 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969. Questa disposizione, intitolata "*Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force*", stipula che "*a State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty [...], until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty [...]*". Con l'intervento del 31 dicembre 2001, il Presidente ha pertanto dichiarato la non volontà dell'Esecutivo di promuovere la ratifica di fronte al Senato, l'organo legislativo costituzionalmente preposto ad "autorizzare" la ratifica di un trattato internazionale al quale gli USA si vogliano vincolare. Pertanto, gli Stati Uniti non hanno assunto alcun obbligo internazionale a non prendere iniziative contrarie all'oggetto e alle finalità dello Statuto di Roma.

Una volta insediatasi, la nuova Amministrazione Bush inizia uno studio di fattibilità sulla denuncia della firma dello Statuto. Il 6 maggio 2002, un mese dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, gli USA prendono quest'iniziativa, che non ha alcun precedente nella storia dei trattati internazionali. Sebbene priva di conseguenze giuridiche, in quanto già il Presidente Clinton con il suo *Statement* contemporaneo alla firma aveva escluso gli effetti di quell'atto, la denuncia della firma assume un significato politico, giacché questo è la prima di una serie di iniziative volte a screditare la nuova istituzione giurisdizionale internazionale.

Sul piano interno, dal 2000 si sviluppa il dibatto in Congresso a Washington su un provvedimento legislativo denominato *American Servicemembers Protection*

Act (ASPA). L'*American Servicemembers Protection Act* è un progetto di legge del Senatore repubblicano Jesse Helms, sino all'estate 2001 presidente del *Committee on Foreign Relations* del Senato. L'obbiettivo di questa legislazione è di promuovere una serie di politiche degli Stati Uniti volte a contrastare l'entrata in vigore e alcuni aspetti del funzionamento della Corte Penale Internazionale. Queste politiche comprendono:

(1) il ritiro dell'assistenza militare USA agli Stati Parti dello Statuto, fatta eccezione per i membri della NATO, gli altri principali alleati strategici degli USA (Argentina, Australia, Bahrein, Egitto, Filippine, Giappone, Giordania, Israele, Kuwait, Nuova Zelanda, Repubblica di Corea e Tailandia,[22] nonché Marocco[23] e Pakistan[24]) e Taiwan.

(2) L'autorizzazione per il Presidente a utilizzare "tutti i mezzi necessari e appropriati" (incluso l'uso della forza) per liberare personale statunitense o di potenze alleate dalla detenzione eseguita su ordine della Corte Penale Internazionale: ai sensi di questa disposizione, le forze militari USA potrebbero invadere il territorio dei Paesi Bassi (nella cui capitale, L'Aia, la Corte avrà sede e centro penitenziario per la custodia cautelare) o di qualsiasi altro Stato per attaccare una prigione. Di qui, l'incredibile formula di "*The Hague Invasion Act*" coniata per l'ASPA dagli oppositori, parlamentari e non, del progetto del Sen. Helms.

22. V. Federal Register / Vol. 69, No. 99 / Friday, May 21, 2004 / Rules and Regulations, Part 123—Licenses for the Export of Defense Articles, al paragrafo 123.27: "[...] countries which have been designated in accordance with section 517 of the Foreign Assistance Act of 1961 as a major non-NATO ally (and as defined further in section 644(q) of that Act) for purposes of that Act and the Arms Export Control Act (Argentina, Australia, Bahrain, Egypt, Israel, Japan, Jordan, Kuwait, New Zealand, the Philippines, Thailand, and the Republic of Korea)."

23. V. *White House, Memorandum for the Secretary of State, Presidential Determination No. 2004-35, Subject: Designation of the Kingdom of Morocco as a Major Non-NATO Ally*, Washington, 3 giugno 2003.

24. V. *The Washinton Times, "Bush declares Pakistan major non-NATO ally" by Anwar Iqbal*, Washington, 17 giugno 2004, disponibile su <*http://www.washingtontimes.com/upi-breaking/20040616-014948-5108r.htm*> (visitato il 21 giugno 2004).

(3) La direttiva per l'Esecutivo di dare il proprio consenso a risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU volte ad autorizzare missioni di peacekeeping solamente nel caso in cui esentino i membri delle forze armate USA dalla giurisdizione della Corte. Corollario: il Presidente non potrà inviare truppe USA in siffatte missioni se non avrà comunicato al Congresso che il personale USA è coperto dalla summenzionata esenzione dalla giurisdizione della Corte.

(4) Nessuna informazione relativa alla sicurezza nazionale (segreto di Stato) può essere fornita direttamente o indirettamente alla Corte o a Stati Parti dello Statuto.

(5) Nessuna entità governativa statunitense può collaborare con la Corte.

(6) Nessun "agente" della Corte può condurre attività investigative negli Stati Uniti.

Il 10 maggio 2001 la Camera dei Rappresentanti approva il provvedimento anti-Corte del Sen. Helms con 282 voti favorevoli e 137 contrari. Nell'estate 2001 si avvia un negoziato tra il Sen. Helms e l'Amministrazione Bush per ammorbidire il testo del provvedimento da presentare in Senato per l'approvazione definitiva. Il 10 settembre 2001, il Dipartimento di Stato esprime il proprio assenso ad un testo rivisto dell'ASPA con una lettera di un alto ufficiale indirizzata al Sen. Helms.[25] Le revisioni al testo originale riguardano l'inserzione di una clausola ("*waiver*") che lascia la piena discrezionalità al Presidente di decidere se mettere in atto le politiche ricomprese nell'ASPA. Ciò in risposta all'esigenza, invocata dal Presidente, di garantire il libero esercizio delle attività di relazioni internazionali che sono costituzionalmente attribuite all'Esecutivo, sebbene esso non possa ratificare accordi e convenzioni senza aver ottenuto l'apposito consenso del Senato. In pratica, con il riconoscimento della piena autorità del Presidente di non sentirsi vincolato da nessuna delle disposizioni anti-Corte

25. Copia facsimile della lettera del Dipartimento di Stato al Sen. Helms datata 10 settembre 2001 è disponibile presso l'autore.

Penale Internazionale inserite nella normativa, quest'ultima sembra essere stata ridotta al rango di "raccomandazione", seppure promanante da un segmento maggioritario della classe politica statunitense. Rimane, però, il carattere fortemente negativo della proposta di legge, tesa a impedire ogni possibilità di cooperazione degli Stati Uniti con la Corte. Con l'*11 settembre 2001* però, il calendario legislativo del Senato viene sconvolto dalle attività legislative per fronteggiare l'emergenza terrorismo internazionale e non è più opportuno che l'ASPA venga trattato come misura legislativa autonoma. Il Sen. Helms elabora una strategia alternativa: allegare le disposizioni dell'ASPA così come revisionate dall'Amministrazione ad una delle leggi di spesa (*Appropriation* o *Authorization Bills*) già presenti nell'agenda dei lavori. Nei mesi di ottobre e novembre 2001, l'ASPA si trasforma in *Secondary Amendment (Helms)* alle leggi di spesa del Dipartimento di Stato e del Dipartimento di Giustizia e viene bloccato in entrambe le forme da mozioni procedurali della maggioranza democratica finalizzate a impedirne la discussione ("*cloture motions*"). A questo punto il Senatore repubblicano Larry Craig riesce a presentare un emendamento, assai breve, alla sezione 630 della legge di spesa in materia di giustizia che proibisce, nell'anno fiscale 2002, qualsiasi allocazione di risorse e attività collaborativa delle autorità giudiziarie statunitensi con la Corte Penale Internazionale.[26] Sembrerebbe che il male minore – una normativa valida solamente per un anno – sia stato scelto dal Congresso USA, anche in ragione delle numerose pressioni esercitate dalle Organizzazioni Non Governative e dai Governi dei Paesi dell'Unione Europea, fortemente impegnati, su impulso tedesco, a dare piena attuazione alla Posizione Comune del Consiglio dell'Unione Europea sullo

26. L'emendamento acquisisce forza di legge il 29 novembre allorché il Presidente firma la "*Law H.R. 2500 – the Departments of Commerce, Justice, State, the Judiciary, and Related Agencies Appropriations Act, 2002*". Si veda, in proposito, lo Statement del Presidente Bush a commento della decisione in <*http://www.usnewswire.com/topnews/Current_Releases/1128-148.html*> visitato il 10 dicembre 2001.

Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale dell'11 giugno 2001.[27] Ma il Sen. Helms, affiancato dal congressista repubblicano T. Delay, è pervicace nel suo tentativo di matrice "isolazionista" di statuire con chiarezza il no del potere legislativo alla Corte. Egli presenta il testo dell'ASPA in allegato alla legge di bilancio sulla difesa e ottiene, il 7 dicembre 2001, un pesante voto favorevole, in cui alcuni Senatori democratici si dissociano dal loro *leader* T. Daschle, mentre alcuni repubblicani moderati si uniscono al voto contrario all'ASPA. I commentatori della notizia non mancano di notare come la decisione del Senato sia in aperta contraddizione con la strategia del Presidente Bush di creare una Coalizione mondiale contro il terrorismo, anche perché molti Capi di Stato e organi legislativi di alcuni tra i maggiori alleati degli USA hanno spesso menzionato la Corte Penale Internazionale come possibile rimedio per fatti di terrorismo internazionale che si verifichino in futuro e che si elevino per gravità e magnitudine al rango di crimini contro l'umanità.[28] Il provvedimento assume forza di legge con la firma presidenziale del 2 agosto 2002, a seguito di un compromesso finalmente raggiunto dalle *leaderships* di Camera dei Rappresentanti e Senato.

L'ASPA indica due strategie internazionali volte a limitare la competenza territoriale (*territorial jurisdiction*) della CPI:

(1) l'adozione di misure da parte del Consiglio di Sicurezza ONU che esentino i contingenti militari e civili USA, nonché i superiori gerarchici, dalla giurisdizione della Corte, anche quando essa esista in ragione del fatto che crimini di guerra, crimini contro l'umanità o atti di genocidio siano compiuti nei territori di Stati Parti allo Statuto di Roma;

27. European Union, *Council Common Position of 11 June 2001 on the International Criminal Court* (2001/443/CFSP), Official Journal L 155, 12/06/2001, pp. 19-20.

28. Tra i tanti articoli si citano: FINANCIAL TIMES (London), 14 December 2001, "European Dismayed by US go-it-alone approach to justice", Judy Dempsey, p. 8; ASCRIBE NEWSWIRE, 13 December 2001, "Helms Amendment on International Court Shows 'Utter Contempt' for Safety of U.S. Soldiers".

(2) la creazione di una rete di accordi bilaterali che proibiscano agli Stati contraenti il trasferimento di nazionali statunitensi o di persone vincolate da contratti di lavoro con il governo USA alla Corte Penale Internazionale.

Per quanto riguarda la prima strategia, la comunità degli Stati ha parzialmente capitolato in due situazioni, alla luce del voto unanime con la quale è stata adottata la Risoluzione 1422 del 12 luglio 2002 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, i cui effetti sono stati prorogati per altri 12 mesi con la Risoluzione 1487 del 12 giugno 2003, che è stata adottata con 12 voti a favore e le astensioni di Francia, Germania e Siria. Siffatte risoluzioni contenevano la richiesta alla CPI di sospendere per 12 mesi ogni potenziale indagine contro nazionali di Stati non parti dello Statuto di Roma che avessero commesso crimini rientranti nello Statuto durante un'operazione istituita o "autorizzata" dal Consiglio di Sicurezza stesso per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Le operazioni di *peacekeeping*, e forse anche altre missioni autorizzate dal Consiglio, sarebbero ricadute nell'ambito di applicazione di queste risoluzioni, inopinatamente adottate nel quadro del Capitolo VII della Carta ONU, sebbene in assenza di alcun accertamento di una minaccia alla pace, di una rottura della pace o di un atto di aggressione *ex* articolo 39 della Carta che giustificasse l'operato del Consiglio. Le risoluzioni avrebbero potuto creare due distinte categorie di *peacekeepers*: quella dei soldati e dei civili che hanno la nazionalità di 94 Stati (parti della CPI), che hanno accettato la funzione di controllo che la Corte esercita sull'effettività della giustizia interna in materia di crimini internazionali e a garanzia del diritto alla giustizia delle vittime, e quella degli individui sui quali non opera la garanzia giurisdizionale internazionale alla quale, invece, hanno aderito gli Stati del territorio nel quale i crimini sarebbero stati commessi. Alcuni giuristi, come Flavia Lattanzi (Univ. Roma III e Univ. di Teramo), Kai Ambos (Max Planck Institute, Freiburg) e Claus Kress (Univ. di Colonia),[29] hanno fortemente criticato la

29. Si vedano le opere citate nella nota 14.

risoluzione 1422, che alcuni Stati non presenti nel Consiglio (tra di essi, Canada, Brasile, Nuova Zelanda e Sud Africa[30]) ed Organizzazioni Non Governative impegnate sul tema della Corte hanno valutato *ultra vires*, sia rispetto alla Carta dell'ONU che allo Statuto di Roma (articolo 16).[31] Come sottolineato da Giovanni Conso e da Cherif Bassiouni nei giorni seguenti l'adozione della risoluzione 1422 (2002), sarebbe stato fondamentale che gli Stati affermassero la natura transitoria di questa risoluzione e che essa non venisse prorogata affinché la competenza della Corte non subisca deroghe o esenzioni inaccettabili. Il segretario generale dell'ONU Kofi Annan espresse la medesima tesi nel commentare sia il rinnovo della risoluzione il 12 giugno 2003 sia il rischio di un'ulteriore proroga il 17 giugno 2004.[32] E il 23 giugno 2004, la delegazione degli USA presso il Consiglio di Sicurezza ha annunciato la rinuncia a richiedere un ulteriore proroga della risoluzione, alla luce dell'insufficiente numero di Stati a favore della misura. La pressione congiunta esercitata dal gruppo informale di Stati denominato "Friends of the ICC", delle organizzazioni non governative e del segretario generale dell'ONU hanno portato a questo cambio di maggioranza all'interno del Consiglio. Le vicende relative all'occupazione dell'Iraq da parte della

30. Lettera alla Presidenza del Consiglio di Sicurezza dei Rappresentanti Permanenti presso la Nazioni Unite di Canada, Brasile, Nuova Zelanda e Sud Africa del 12 luglio 2002, disponibile presso il sito < *http://www.iccnow.org/documents/otherissues/1422/Joint_letter_to_SC_July_12.doc*>.

31. Per tutti si veda la presa di posizione di PARLIAMENTARIANS FOR GLOBAL ACTION (PGA) nel documento "*Parliamentarians to Take Action on Security Council resolution 1422: Committed to Preserve the Integrity of the ICC and the U.N. System*", 17 luglio 2002, disponibile presso il sito <http://www.iccnow.org/documents/otherissues/1422/pga20020711.doc>.

32. Per tutti, si veda il *New York Times, "Annan Rebukes U.S. for Move to Give Its Troops Immunity" by Warren Hoge*, 18 giugno 2004, disponibile sul sito <*http://www.nytimes.com/2004/06/18/international/18nati.html*>. Si riporta la prima parte dell'articolo:

United Nations, June 17 - Secretary General Kofi Annan harshly criticized the United States on Thursday for seeking immunity for its peacekeeping troops from the International Criminal Court. He said the Security Council should resist the American move, which he said was "of dubious judicial value" and particularly deplorable this year "given the prisoner abuse in Iraq." "I think in this circumstance it would be unwise to press for an exemption, and it would be even more unwise on the part of the Security Council to grant it," Mr. Annan told reporters. "It would discredit the Council and the United Nations that stands for rule of law and the primacy of the rule of law."

coalizione di Stati guidata dagli USA ha giocato un ruolo essenziale in questa modifica di orientamento da parte dei membri del Consiglio, con la non secondaria importanza della diffusione dell'opinione che le misure delle risoluzioni 1422 e 1487 fossero in violazione della Carta ONU, dello Statuto di Roma ed anche di principi di diritto internazionale.

Circa gli oramai famosi accordi bilaterali di non consegna alla CPI proposti dagli USA a tutti i paesi con i quali mantiene relazioni diplomatiche, la pubblicistica in materia è assai ampia nonché univoca nel definire illegali gli accordi così come proposti dall'Amministrazione Bush, che li presenta come conformi all'articolo 98 dello Statuto di Roma. Anche il Consiglio dell'Unione Europea, all'interno del quale si sono pure espressi forti sentimenti di disponibilità agli accordi bilaterali, è giunto il 30 settembre 2002 a una posizione comune che riconosce l'illegalità del testo di accordo proposto dagli USA a ciascuno Stato dell'Unione.[33] A tutt'oggi, dopo due anni di campagna mondiale del governo USA per negoziare e concludere questi accordi o trattati, sembrerebbe che circa 90 Stati avrebbero firmato l'accordo e che circa 30 di essi avrebbero provveduto al relativo "scambio di note" necessario a renderlo efficace. La maggior parte di questi Stati non sono Parti dello Statuto di Roma, ergo, non sono soggetti ad alcun obbligo di cooperazione con la Corte. Ma, tant'è, il Governo di Washington ha ritenuto di cautelarsi addirittura contro la possibile adesione futura o *ad hoc* di questi Stati al regime giuridico dello Statuto di Roma! Tra gli Stati Parti "vittime" delle pressioni USA vi sono la Romania (il cui Esecutivo è stato il primo al mondo a firmare l'accordo nell'agosto 2002, ma che tuttora necessita l'autorizzazione parlamentare per divenire esecutivo), Timor Est, Isole Marshall, Tajikistan, Honduras, Afghanistan, Gambia, Ghana,

33. Il testo in inglese del documento del Consiglio UE sulla CPI e gli accordi bilaterali proposti dagli USA è riprodotto e ampiamente commentato in AMNESTY INTERNATIONAL, "*International Criminal Court: the need for the EU to take more effective steps to prevent members from signing US impunity agreements*", Ottobre 2002 (AI Index: IOR 40/030/2002). La posizione commune dell'Unione Europea sulla CPI in generale è contenuta in "*Council Common Position amending Common Position 2001/433/CFSP on the International Criminal Court*", 9836/02, 11 giugno 2002.

Burkina Faso e Guinea. Resta da notare come questi paesi, con l'eccezione forse della Romania, non sembrano affatto rappresentativi dei blocchi geografici o geopolitici ai quali appartengono.

3. La Corte Penale Internazionale: un mezzo per combattere il fenomeno dell'impunità per i crimini più gravi del diritto internazionale

In molti hanno speculato sulle ragioni per le quali gli Stati Uniti si oppongono alla Corte Penale Internazionale e varie riflessioni sono state fatte sul rapporto tra la futura attività della Corte e l'iniziativa statunitense di condurre una "guerra al terrorismo" su scala planetaria. Mi sembra, però, che un tentativo di commento oltre un anno dopo l'attacco dell'11 settembre si debba fare avendo ben presenti quali sono i *veri* argomenti sulla base dei quali gli Stati Uniti mantengono il loro approccio negativo verso la Corte permanente. A questo fine, si riporta il testo dell'intervento dell'autorevole Senatore repubblicano Henry Hyde (Ilinois) di fronte alla Commissione Difesa, che Egli presiede, il 28 novembre 2001, in occasione della presentazione del suo emendamento anti-ICC per la legge di bilancio:

"Mr. Chairman, this amendment is intended to protect the men and women of our Armed Forces from the risk of criminal prosecution by the U.N. International Criminal Court. This is a new court. It has not yet come into existence, but it predictably will, because it is getting ratification from the 60 countries that is necessary, so we should face the fact that this is going to be a reality. Now, once this court is operating, it will claim jurisdiction to prosecute the men and women of our Armed Forces, as well as officials of our government, for alleged war crimes, crimes against humanity, et cetera, even though our country has not and will not ratify the treaty establishing the court. The court is a threat to the sovereignty of our Nation. Its claim of criminal jurisdiction over our citizens directly conflicts with the supremacy clause of our Constitution, and any Americans prosecuted by

this court will be without the protections guaranteed them by our Bill of Rights, beginning with the right to trial by jury. For those of us who are committed to protecting our Constitution, and we have heard many such voices during our debate on the terrorism bill just a few weeks ago, the first place to begin is with the International Criminal Court. Terrorists, like the suicide bombers who attacked our Nation on September 11, will not be deterred by the threat that if caught and successfully prosecuted they may be sentenced to life imprisonment, because that is the highest penalty the international court can impose. But U.S. military personnel and their civilian and military commanders will have to worry a great deal about the threat of criminal prosecution by the court. As a result, if the court were in existence today, the U.S. military operations currently underway in Afghanistan would have to be reconfigured in order to avoid the risk of criminal prosecution by the court.[34] *It is imperative that we in Congress do everything within our power to ensure that our Nation's ability to respond to terrorists and others who threaten us is not circumscribed by the U.N. court operating in conflict with the Constitution. The purpose of my amendment prohibits the use of funds appropriated in this act to support or assist any activity of the International Criminal Court. I wish the Rules of the House permitted me to offer a broader amendment, because I think it is important to permanently prohibit any form of U.S. support to or cooperation with the International Criminal Court, not just support or cooperation by the Department of Defense, but any government agency in the United States. [...] Mr. Chairman, the Constitution protects Americans. To put Americans outside the protection of the Constitution in a court that does not permit jury trials is an abandonment of one of the core indicia of citizenship. It is not a good idea, and I hope my amendment is adopted."*

Innanzi tutto, bisogna rilevare con estrema attenzione che il Sen. Hyde percepisce la Corte come una incombente minaccia per le forze armate statunitensi

34. Corsivo aggiunto dall'autore.

perché non comprende il principio di complementarietà (sussidiarietà) che governa il rapporto tra Tribunali nazionali, con giurisdizione primaria, e Corte Penale Internazionale, con giurisdizione residuale nei casi in cui i Tribunali interni non vogliano o non possano intervenire (realtà che non dovrebbe verificarsi rispetto al sofisticato sistema giudiziario USA, qualora questo operi in piena aderenza a *tutti* i principi della Costituzione americana, e non solo a quelli evocati dal senatore). Il Sen. Hyde elenca in maniera assai chiara i motivi principali del no statunitense. La Corte priverebbe i cittadini USA del diritto costituzionale al processo di fronte a una giuria popolare. Ma, non accade già che cittadini statunitensi vengano estradati in paesi dove la procedura penale non prevede giurie, o che siano processati da Corti marziali senza giurie nel sistema penale militare USA? La risposta, al vaglio della prassi e del diritto scritto, è certamente positiva. Inoltre, il Sen. Hyde sostiene che la Corte Penale Internazionale, priva della sanzione della pena di morte, non potrebbe esercitare alcun effetto deterrente rispetto ad attentatori suicidi come quelli dell'11 settembre: ma quanti studi scientifici hanno dimostrato che la pena capitale non ha affatto potere persuasivo maggiore rispetto alle altre pene nella lotta ai crimini più efferati? Sicuramente i più autorevoli studi in ambito criminologico e penalistico sono in questo senso, mentre la questione della prevenzione generale dei reati è un tema aperto che non impedisce la creazione di norme e meccanismi di cooperazione a livello internazionale, poiché la prevenzione del crimine è prodotta dalla certezza dell'applicazione delle norme sin dalla fase della cattura dei responsabili e della raccolta delle prove, non dalla severità delle sanzioni.[35]

Infine – e ci sembra questo il punto vero –, con lucida razionalità il Sen. Hyde vede la Corte penale internazionale come un deterrente, o meglio, una

35. Sul tema della pena di morte è necessario sottolineare come gli USA non si siano affatto opposti alla decisione di non inserire questo tipo di pena nello Statuto di Roma della Corte permanente, così come non si sono opposti – in sede di Consiglio di Sicurezza dell'ONU – alla medesima decisione relativamente a contenuto degli Statuti dei Tribunali Penali Internazionali ad hoc per la ex Iugoslavia e per il Ruanda.

minaccia, alla dottrina militare prevalente del Pentagono, quella basata sull'uso massiccio dei bombardamenti aerei sorretto da tecnologie volte a selezionare gli obbiettivi militari e a distinguerli da quelli civili. Egli afferma che, pur in assenza di una partecipazione statunitense al sistema della Corte, quest'ultima potrebbe conoscere fattispecie di crimini internazionali che si verifichino nel corso di operazioni militari del tipo di quelle svoltesi in Afghanistan.[36] Ne consegue l'obbligo per gli alti comandi militari (a partire dal Segretario della Difesa e dal Presidente) di modulare tattiche e strategie al fine di evitare la potenziale attività investigativa della Corte. In altre parole, siccome l'uso della forza armata secondo certe modalità implicherebbe il rischio di commettere crimini di guerra, vi sarebbe bisogno di un cambiamento nella pianificazione di quelle modalità di esercizio bellico al fine di eliminare questo rischio.[37] Nel dire ciò il Sen. Hyde rende un grande servizio all'idea che ispira la Corte penale internazionale: mettere fine all'impunità dei crimini più gravi del diritto internazionale al fine di prevenirli![38] La differenza con il passato per gli Stati Uniti è che la presenza

36. Ciò è vero soltanto qualora lo Stato in oggetto (ad esempio l'Afghanistan) abbia ratificato lo Statuto di Roma, oppure abbia accettato la giurisdizione della Corte con dichiarazione ad hoc, ai sensi dell'articolo 12 dello Statuto. E il nuovo regime dell'Afghanistan post-talebani ha, infatti, aderito allo Statuto nel febbraio 2003, segnalando implicitamente come il Governo afgano abbia preso questa decisione nonostante il parere negativo del governo USA (si veda la dichiarazione del portavoce afgano citata nel *Press Release* della Colaition for the ICC (CICC) intitolato *Afghanistan Signs Up for the International Criminal Court, War Crimes in Afghanistan May Now Be Tried Before the ICC,* New York, 10 febbraio 2003, disponibile sul sito <*http://www.iccnow.org/pressroom/ciccmediastatements/2003/02.10.2003-Afghanistan.pdf*>, visitato il 21 giugno 2004).

37. Il Sen. Hyde omette di dire che la Procura del Tribunale Penale Internazionale per la ex Iugoslavia ha piena competenza a conoscere i fatti relativi alle guerre di Bosnia e del Kosovo e alle relative azioni armate svolte da forze NATO, ma – a tutt'oggi – non vi è stato alcun procedimento a carico di un militare statunitense o alleato poiché, a quanto è dato sapere dalle fonti ufficiali, la Procura non avrebbe rilevato la commissione di crimini di guerra o contro l'umanità da parte di queste forze. Per un commento, si veda P. BENVENUTI, "*The ICTY's Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*", in *European Journal of International Law*, 2001, p. 503.

38. Il quinto considerando del Preambolo dello Statuto di Roma pone l'enfasi sull'elemento preventivo e non su quello punitivo quando statuisce che gli Stati Parti sono "determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus contribute to the prevention of such crimes".

della Corte non permetterà più l'opzione dell'impunità attraverso amnistie o l'inerzia dei meccanismi giurisdizionali nel contribuire a risolvere (o a non risolvere) certe crisi internazionali.

Il recente caso della Sierra Leone, dove da uno scandaloso accordo di pace del marzo 1998 con amnistia generalizzata sponsorizzato da importanti attori internazionali si è dovuti pervenire, su pressione della medesima Sierra Leone, alla creazione di un Tribunale speciale di fronte al quale portare i sospetti autori di inenarrabili atrocità contro bambini, donne e uomini, così come le note vicende di Milosevic (1991-99), dei leaders del regime estremista Hutu del Ruanda (1994) e del deposto Presidente della Liberia Charles Taylor (in esilio dal 2003 a seguito dell'atto d'accusa per crimini contro l'umanità e di guerra emesso dal Tribunale Speciale per la Sierra Leone) dimostrano l'inestricabilità del nesso tra pace e giustizia, nonché quello tra cooperazione giudiziaria e sviluppo. Se, d'altronde, Norimberga ha avuto luogo in un tempo in cui era forse opportuno che vi fosse solo il Tribunale dei vincitori, lo status delle relazioni internazionali e del diritto internazionale contemporaneo – nonostante pericolosi colpi di coda – richiede che vi sia una Corte permanente, a carattere quanto più possibile universale, e per la quale viga il principio di uguaglianza di "tutti" di fronte alla legge. La fine della guerra fredda e la proliferazione di regimi o di movimenti fondati sull'utilizzazione del crimine sistematico e generalizzato quale strumento per il mantenimento o l'acquisizione del potere rendono necessaria la giustizia penale internazionale, quel mezzo volto a contribuire – insieme ad altre misure politiche, socio-economiche, culturali, nonché giuridiche – alla causa della pace duratura basata sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali della persona.

Nuevas tendencias en las penas alternativas[1]

Elena Larrauri
Profesora titular de derecho penal.
Universidad Autonoma de Barcelona.

Sumário: 1. Introducción – 2. Nuevas tendencias en las penas alternativas: 2.1 Definición y clasificación de las penas alternativas a la prisión; 2.2 Fundamento de las penas alternativas; 2.3 Nuevas penas alternativas; 2.4 La entrada de la víctima o de las preocupaciones de la víctima; 2.5 Énfasis en cambio de valores; 2.6 Uso expansivo de las penas alternativas; 2.7 Mayor diversificación de penas alternativas – 3. Breves reflexiones finales.

Resumen: El articulo trata sobre como afecta el populismo punitivo a las penas alternativas a la prision. El uso electoral del sistema penal para hacer frente a la crisis de legitimidad de los gobiernos nacionales es el responsable fundamental del crecimiento del numero de personas que se envian a la carcel. Este populismo punitivo tambien afecta a las penas no privativas de libertad. Desde la decada de los ochenta los autores especialistas advierten que estas se han vuelto mas punitivas: mas requisitos, mas rogramas, mas exigencias, mas control. Ello quizas se debe al impacto tambien en estas penas de la ideologia incapacitadora. Por ello debe seguirse discutiendo como configurar unas penas no privativas de libertad que no tomen como modelo la pena de prision.

1. Este artículo se inscribe en el proyecto de investigación BJU 2001-2075 (Protección a la víctima y rehabilitación del delincuente en libertad). Agradezco la invitación que me realizó Theodomiro Dias Neto para participar en el 10.º Seminario Internacional do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminâis. Lamento que circunstancias personales imprevistas me hayan impedido participar en el último momento en el Seminario. Es mi deseo que esta pequeña comunicación pueda contribuir a las discusiones.

Palabras claves: Populismo punitivo – Penas alternatiivas a la prision – Incapacitacion.

1. Introducción

El objetivo de este artículo es intentar plasmar los desarrollos sucedidos en los últimos años (1980-2000) en el tema de penas alternativas. Fundamentalmente se trata de reflexionar sobre cómo ha afectado el clima de populismo punitivo, propio en opinión de numerosos autores de la década de los ochenta y noventa, a las penas alternativas.

En opinión de Bottoms (1995:39) artífice de la expresión, *populismo punitivo* se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso. También Roberts-Stalans-Indermaur-Hough (2003:4-5) definen el populismo punitivo como aquella situación en la que consideraciones electorales priman sobre consideraciones de efectividad. Añadiendo como rasgo que las decisiones de política criminal se adoptan con desconocimiento de la evidencia y basándose en asunciones simplistas de una opinión pública no informada.

Los *motivos* por los cuales existe el fenómeno de populismo punitivo tienen que ver sin duda con numerosos cambios sociales. Así por ejemplo, Frase (2001: 269) señala como factores claves la existencia de inseguridades globales (por ejemplo, las inseguridades económicas producidas por la deslocalización de las empresas, la vivienda y en general los cambios sociales globales) que se proyectan en el tema del delito, una menor identificación con los que cometen delitos (los cuales son asociados con 'inmigrantes'), la necesidad de un enemigo común en sociedades fragmentadas, y nuevas ideas filosóficas que enfatizan la responsabilidad individual por encima de la responsabilidad social.[2]

2. Este es un resumen excesivamente esquemático de los cambios sociales producidos en las últimas décadas del siglo XX y como estos han afectado al sistema de penas. El mejor análisis que he leído es Garland (2001a: capítulo 4).

Las *manifestaciones* de este populismo punitivo son diversas. Así en opinión de Garland (2001a:6-20), quizá el autor más conocido por analizar los cambios en la penalidad y destacar el fin de la época penal-asistencial (o resocializadora), enumera como signos de este viraje los siguientes: a)la crisis del ideal resocializador; b)el resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes; c) el aumento de un clima punitivo entre la población; d) el retorno de la víctima; e) la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal; f) la reafirmación de la prisión como medio de conseguir la incapacitación de las personas que delinquen; i) la transformación del pensamiento criminológico; j) la privatización de las tareas del control del delito; k) el énfasis en la prevención del desorden o de las 'incivilidades' trasladándose la responsabilidad de su control a la 'comunidad'; l) el surgimiento de un nuevo estilo de trabajar administrativo ('*managerial*') que atiende a principios de coste-beneficio, tablas de riesgo o indicadores de éxito y riesgo.

El análisis de Garland ha sido criticado por exagerar el fin de la orientación penal asistencialista (Lacey, 2003:82-83) y por presentar como mundial lo que quizás sólo sean fenómenos presentes en Inglaterra y Estados Unidos (Albrecht,2001:294).[3] Como advierte Lacey (2003.86-87; 91-92) no todos los países viven el fenómeno de populismo punitivo con la misma intensidad, pues ello quizá depende de la relación entre la integración social de una sociedad y el uso electoral del derecho penal por gobiernos que sufren en mayor medida crisis de credibilidad o legitimidad.[4]

3. Se queja Albrecht (2001:294) de que numerosos autores toman como punto de referencia en sus análisis exclusivamente Estados Unidos, Inglaterra, Australia y Canadá. Ello sin duda es cierto. Pero es difícil sustraerse a la impresión de que lo que se produce en Estados Unidos produce una ola expansiva que acaba alcanzando a numerosos países. Véase por ejemplo el análisis, coincidente con Garland, que realiza respecto de la evolución española Diez Ripollés (2004:27-36). También Downes (2001:69-70) señala que si bien hay matices en Inglaterra el resultado es el de un incremento punitivo debido a la influencia norteamericana. Por lo que alcanzo a entender la discusión es de matiz. En general los autores europeos aprecian también un mayor punitivismo en las últimas décadas del siglo XX, lo que se discute es que sus consecuencias no son *tan* extremas como en Estados Unidos.

4. Lacey (2003:92) cree que puede ser útil distinguir entre economías liberales de mercado, como pueden ser Inglaterra y Estados Unidos, y economías coordinadas de mercado, como Suecia,

No obstante estos matices creo que es acertado afirmar que todos los autores en general observan que ha existido un cambio desde inicios de la década de los ochenta, y que este viraje, que simplificando podríamos describir como la perdida de favor del modelo rehabilitador y un mayor predominio de un modelo incapacitador, ha producido unas determinadas consecuencias.

La consecuencia más estudiada de esta época de populismo punitivo ha sido el incremento espectacular del *número de personas encarceladas*. Como observan Roberts-Stalans-Indermaur-Hough (2003:5) "La principal herramienta del populismo penal es el encarcelamiento". En efecto es ya habitual destacar el aumento de la población reclusa en Estados Unidos, fenómeno que ha sido descrito como '*mass imprisonment*' (Garland, 2001b).

Así Garland (2001b:5) recoge como la población reclusa norteamericana era durante prácticamente todo el siglo XX de 110/100.000 habitantes, pasando a ser a fines de los años noventa de 450/100.000 o de 680/100.000 si se incluyen las cárceles locales.

En Europa también se asiste a un incremento de la población reclusa aun cuando de nuevo ello no se produce en la misma proporción que en Estados Unidos ni en la misma cantidad en todos los países europeos. Pero si tomamos como ejemplo España también en este caso se observa un crecimiento espectacular desde la década de los ochenta en los que la población reclusa era de 60/100.000 habitantes a la actualidad en que la ratio es de 126,2/100.000.[5]

La manifestación más visible y más estudiada del populismo punitivo ha sido pues el incremento de la población encarcelada, pero esta no es la única. Como he anticipado mi interés estriba en ver como el clima de populismo punitivo ha afectado al desarrollo de las penas alternativas. El libro en el que me baso fun-

Alemania o Japón, en los cuales la necesidad de 'gobernar a través del delito', esto es, de alcanzar una legitimidad gubernamental por este medio, no es tan acentuada.

5. Datos proporcionados por Eulalia Luque que pueden consultarse en *www.coe.int/T/F/Affaires* juridiques

damentalmente[6] recoge las experiencias de Australia, Inglaterra, Alemania, Holanda, Finlandia y Estados Unidos, por lo que si mi resumen es adecuado el lector y lectora de esta exposición deberían obtener una idea mínima del desarrollo de las penas alternativas en estos países. Ya he advertido que la preeminencia de datos ingleses o de países bajo la influencia anglosajona, conlleva inevitablemente que las tendencias que aquí procuro reflejar sean quizás solo visibles en algunos países, pero espero que este resumen pueda servir para detectar similitudes y diferencias respecto del resto de países.

2. Nuevas tendencias en las penas alternativas

2.1 Definición y clasificación de las penas alternativas a la prisión

Una de las cuestiones sorprendente es el desuso precisamente del concepto 'alternativas a la prisión' y su sustitución por otros como 'castigos comunitarios', 'sanciones intermedias', o 'penas no privativas de libertad'. Podría pensarse que este cambio de nomenclatura es casual, esto no obstante los autores que lo han estudiado advierten como este cambio nominal refleja una serie de variaciones.

Como advierten Bottoms-Geltshorpe-Rex (2001:242) en un tiempo de intolerancia hacia el delito es difícil que las políticas que se basan en el objetivo de descarcelar atraigan apoyo. Por ello es más conveniente para los políticos enfatizar su carácter de castigo (comunitario) y añadir a continuación que también estas pueden ser efectivas o más que la pena de prisión.

La segunda novedad estriba en que los nuevos 'castigos comunitarios' no se definen negativamente como aquella pena que no implica privación de libertad. Si uno recuerda las discusiones de la década de los sesenta y setenta se sorprenderá acerca del énfasis que existía en criticar cualquier tipo de encierro (en instituciones

6. Tonry-Frase (eds) (2001).

de tratamiento, en talleres laborales, en arresto domiciliario). La idea es que ello representaba una 'transcarcelación', esto es, que el encierro en otras instituciones no podía ser considerada alternativa a la pena de prisión.[7] Ciertamente los nuevos castigos comunitarios no implican generalmente una privación de libertad, pero no la excluyen. Hoy debido a que este matiz de 'alternativa al encierro' se ha perdido pueden aparecer penas alternativas como arresto domiciliario o incluso arrestos de fin de semana en instituciones penitenciarias.

Un tercer matiz que puede derivarse de esta perdida de énfasis en la 'alternativa a la prisión' es la inclusión en el tema de las penas alternativas de lo que los ingleses han denominado tradicionalmente *programas 'back-end'*, esto es, programas dirigidas a personas que están cumpliendo condenas de prisión destinados a conseguir que acorten su estancia en la cárcel.

Si bien en la década de los sesenta y setenta había un rechazo unánime en considerar este tipo de penas como penas alternativas creo que ello ha cambiado últimamente. Así es frecuente la consideración de instituciones como la libertad condicional, o penas como la de semilibertad, como 'alternativas' a la pena de prisión (Nellis,2001:19; Albrecht,2001:305). Es cierto, como señala Smith (2001:202), que la problemática que plantean, el control en libertad, es similar, pero ello no obstante parece claro que hoy se está dispuesto a admitir como alternativa a la pena de prisión instituciones que no la sustituyen, sino que la atenúan en cuanto al régimen de cumplimiento.

En cualquier caso si mi lectura es acertada hoy es difícil definir de forma común las 'alternativas a la cárcel' y los castigos comunitarios. Quizás por ello Frase (2001:260) y Albrecht (2001:293) sugieren una nueva forma de clasificación que trasciende ambos conceptos distinguiendo entre medidas pre-condena y medidas post-condena, reconociendo que en el primero pueden incluirse medidas procesales como prescindir del proceso o evitar la prisión preventiva que tienen

7. Un reflejo de estas discusiones puede leerse en Cohen (1985:cap.2); un resumen en Larrauri (1987).

un alto impacto en las tasas de descarcelación, y en el segundo grupo post condena se incluyen medidas como la libertad condicional o la suspensión del último tramo de la condena a cambio de que la persona participe en determinadas actividades o se someta a determinadas condiciones.

2.2 Fundamento de las penas alternativas[8]

También en este aspecto se ha producido un cierto viraje. De un consenso prácticamente unánime de que las penas alternativas debían apoyarse porque estas eran más resocializadoras, se ha pasado a una discusión más matizada.

La primera gran novedad si mi análisis es acertado fue la entrada en el debate de las posiciones retribucionistas liberales contemporáneas. En efecto las posiciones de Wasik-von Hirsch (1988) fueron influyentes al destacar que las penas alternativas podían ser también defendidas por motivos de proporcionalidad. A ello contribuyó el establecimiento en Estados Unidos de las denominadas 'sentencing comisions' que debían orientar el tipo de penas adecuadas y en especial la línea 'in/out' que separaba la pena de prisión de una pena no privativa de libertad (Ruth-Reitz, 2003:108). Desde esta perspectiva las penas alternativas pasaron a ser defendidas no necesariamente porque tuvieran un mayor potencial rehabilitador sino porque representaban una respuesta más adecuada, en el sentido de proporcional, a la escasa gravedad del delito eventualmente realizado.

Una segunda novedad ha sido argumentar en defensa de las penas alternativas su capacidad para cumplir con los fines de incapacitación. De nuevo si mi reconstrucción es apropiada creo que la lectura más convincente es Zimring-Hawkins (1995: 156-161) cuando analizan el impacto de la ideología incapacitadora, no sólo respecto de la prisión sino también respecto del tipo de penas alternativas que se sugieren.Indudablemente este cambio en la fundamentación ha

8. Véase de forma más extensa en Cid- Larrauri (2004).

provocado un cierto viraje en el tipo de penas alternativas que se promueven así como en cuales son las funciones predominantes que se espera que estas cumplan. En este sentido la nueva generación de penas alternativas reflejan la perdida de la confianza en la capacidad de alterar las convicciones del infractor y la apuesta pragmática por incidir en su control físico (Zimring-Hawkins,1995:158).

Así, se intenta impedir la comisión de un delito mediante el bloqueo de oportunidades, no se pretende trabajar preferentemente sobre la motivación. Al propio tiempo el reto de estas nuevas penas alternativas está en como conseguir obstaculizar la comisión de un delito sin privar totalmente de libertad.

Las iniciativas han ido generalmente en las siguientes direcciones: un primer grupo pretende restringir los movimientos sin recurrir a la prisión, expresiones de este tipo serían los arrestos domiciliarios, la localización permanente, el toque de queda que impide salir a determinadas horas consideradas conflictivas, la prohibición de acercarse a un lugar o zona, o como en España, la prohibición de residir o comunicación o la aproximación.

En esta amalgama de penas late en primer lugar el interés en evitar la facilitación del delito si bien en algunas también está presente la protección de la víctima. Presupuesto de estas medidas es evidentemente su control y por ello su surgimiento se ha visto facilitado, además de por cambios en la fundamentación de las medidas y en ideas de motivación delictiva, por el desarrollo tecnológico que permite con cierta verosimilitud su control (Nellis, 2001:33).

Un segundo grupo se basa más que en la restricción de movimientos en el establecimiento de una vigilancia intensiva. Esta puede dirigirse de forma general para todos los infractores o ser específica para algún tipo de delitos.

En definitiva, el clima de populismo punitivo ha comportado que hoy las penas alternativas deban aparecer aptas para incapacitar. En su defensa será necesario no sólo mostrar que tienen capacidad para rehabilitar sino también para incapacitar. Para ello como observan Zimring-Hawkins (1995:157-160) las penas alternativas deberán mostrar que son aptas o bien para establecer un control

sobre el comportamiento o bien una vigilancia sobre la persona capaces de impedir o de detectar el riesgo de comisión de futuros comportamientos delictivos.

Finalmente, además de un fundamento retribucionista e incapacitador en defensa de las penas alternativas, debe advertirse también del impacto que han recibido las penas alternativas con la revitalización de la figura de la víctima. En efecto, a mi juicio es actualmente difícil promover una pena alternativa que no considere la satisfacción de los intereses de la víctima. Estos intereses pueden ser de protección de la víctima, lo que condicionará el tipo o intensidad de la pena alternativa, o de reparación o de participación, lo que puede condicionar también el tipo o forma de pena alternativa.

2.3 Nuevas penas alternativas

A la literatura de 'alternativas a la pena de prisión' (1960-1970) que consistía en la suspensión de la condena y multa se le añade una 'nueva ola' de castigos comunitarios. (Bottoms-Geltshorpe-Rex,2001:1;Freiberg,2001:46;Tak,2001:166; Weigend,2001:206-207; Albrecht, 2001:320-321).

En 1980-1990 el arsenal de penas distintas de la prisión recoge, además de las dos penas alternativas mencionadas, la libertad vigilada (con o sin participación en programas), libertad vigilada intensiva (que puede incluir o no la asistencia a centros diurnos), trabajo en beneficio de la comunidad, restitución a la víctima (con programa de mediación o sin), restricción de movimientos: arresto domiciliario, toque de queda, prohibición de frecuentar determinada área, control electrónico, prohibición de residencia, prohibición de aproximarse o comunicarse, obligación de estar localizado. Menos citadas pero también presentes están las diversas inhabilitaciones de derechos (Nellis,2001:32). Y finalmente, como penas o presentes en otros sectores del ordenamiento jurídico, confiscaciones de bienes relacionados con el delito o de toda la propiedad, reclusión indefinida de personas con enfermedades mentales o por delincuencia sexual, y expulsión (de extranjeros) (Frase, 2001:266).

Evidentemente estas penas no son 'nuevas', esto es, su inclusión en los respectivos ordenamientos no se produce en la década de los ochenta y noventa, sino que la mayoría de ellas son conocidas previamente. Pero hay ciertos aspectos que quizá sea relevante enfatizar.

En primer lugar, en el contexto anglosajón se destaca que estas penas han pasado a configurarse como *castigos principales* (Ashworth, 2000:263; Ashworth, 2001:70), esto es, no dependientes de la tradicional libertad vigilada (*probation)* o de la suspensión de la condena, sino castigos a los que el juez puede condenar de forma única.[9]

Las razones de porque sucede este cambio son en opinión de Nellis (2001:18) las siguientes: por un lado, al establecer un catálogo de penas principales se permite graduar su severidad, esto es, el legislador pretende orientar la aplicación judicial de las penas; en segundo lugar, el interés de los gobiernos de estimular su uso y la creencia de que ello es más posible si se configuran como penas principales que si se presentan como penas alternativas, esto es, como 'algo menos' que la prisión, y finalmente porque es una forma de virar la discusión de la capacidad o no de rehabilitar de las penas alternativas a su capacidad de imponer castigo.[10]

Una segunda novedad también detectada en Inglaterra es que el énfasis de las nuevas penas alternativas no está en evitar una privación de libertad en una institución sino en *la intervencion de un agente* y/o que la persona se ve obligada a un quehacer activo. Así lo define el *Criminal Justice Act* de Inglaterra de 1991 y así lo aceptan diversos autores al definir que es una pena alternativa (Bottoms-Gelsthorpe-Rex, 2001:1).

9. Por ejemplo en Alemania este tránsito aún no se ha producido pero en opinión de Weigend (2001:199,214) es sólo cuestión de tiempo que penas como trabajo en beneficio a la comunidad, o la reparación dejen de ser condiciones de la suspensión y pasen a configurarse como penas autónomas.

10. Desde una perspectiva progresista la posible ventaja en defender que este tipo de penas se configuren como castigos principales es fundamentalmente evitar el ingreso en prisión que acostumbra a suceder cuando se configuran como condiciones de la suspensión de la condena.

De esta forma curiosamente las penas definidas como 'castigos comunitarios' no son las penas alternativas a la prisión tradicionales (por ejemplo suspensión de la condena, multa, reparación) sino sólo y exclusivamente la libertad vigilada (probation), el trabajo en beneficio a la comunidad, o la combinación de alguna de estas penas (*combination order* en Inglaterra).

De la misma forma en Estados Unidos el concepto de 'castigos intermedios' tampoco abarca la *probation* tradicional por ser considerada excesivamente benigna. Lo que se consideran sanciones intermedias son penas de gravedad superior a la tradicional libertad vigilada (Morris-Tonry; Reitz,2001; Ruth-Reitz,2003:113).

La tercera novedad implícita en estos nuevos castigos comunitarios es que representan un *mayor grado de exigencia al infractor*. Esto es, si se compara con las penas alternativas clásicas como la suspensión de condena o la multa puede observarse que en efecto estas penas comunitarias son mucho más exigentes para la persona condenada, no limitándose a requerir que la persona no delinca sino estableciendo fundamentalmente una obligación de trabajo y/o participación en un programa.[11]

Las nuevas penas alternativas acostumbran a permitir una cierta acumulación de requisitos, así a la libertad vigilada se le pueden añadir reglas de conducta, además de restricciones de movimiento (con o sin control electrónico) y se le pueden adicionar más requisitos como pagar la multa o restituir a la víctima.

Finalmente una ulterior novedad de estas penas alternativas es la *regulación de su incumplimiento*: para conseguir su credibilidad los políticos que optan por penas alternativas quieren asegurarse de que estas van a ser cumplidas. Ello implica regular de forma expresa en algunos casos que la infracción de una pena no privativa de libertad será castigada con la prisión. Ello sucede en Inglaterra (Bottoms,2001:97), pero es también visible en Estados Unidos donde las infracciones de las reglas de conducta que acompañan a la pena alternativa se castigan con pena de prisión (Ruth-Reitz,2003:25).

11. Como observa Ashworth (2001:72) incluso las penas alternativas tradicionales como la libertad vigilada (probation) se ven afectadas por esta mayor exigencia de requisitos.

Existe, como puede desprenderse, un consenso entre diversos autores (Nellis, 2001:32; Weigend,2001:209) acerca del carácter más punitivo de estas nuevas penas alternativas a la prisión o castigos comunitarios. Hasta que punto ello representa una auténtica novedad será objeto de reflexión en el último apartado.

2.4 La entrada de la víctima o de las preocupaciones de la víctima

Una constante en la década de los ochenta es el movimiento de víctimas que reclama que las víctimas sean más atendidas por el sistema penal, que sus deseos sean más escuchados en el proceso y que sean tenidas más en cuenta en la orientación de la pena. Si bien no todos los autores lo ven con agrado, no hay ninguno que dude del impacto que el movimiento de atención a las víctimas ha producido en el sistema penal y también lógicamente en el tema de las penas alternativas.

A su vez el ímpetu del movimiento de víctimas desde la década de los ochenta refleja numerosos cambios sociales, expuestos por Bottoms (2003:103-105), como son fundamentalmente la crisis de legitimidad del sistema penal, fruto probablemente de su carácter burocrático, no participativo e inefectivo, que conlleva el surgimiento de numerosos intentos de reforma y cambio, y un cambio de percepción del delito, que tiende a dejar de concebirse como una ofensa al Estado y se concentra en el daño realizado a las víctimas individuales (Boutellier, 2000:64).[12]

Otros autores aluden a la necesidad de llenar el vacío dejado por la crisis de la rehabilitación, o bien a la coincidencia de este fenómeno con los intentos del Estado de proceder a una cierta desregulación (Albrecht,2001:315-316) y las ventajas resultantes de un análisis coste-beneficio de evitar procesos penales.

12. En opinión de Boutellier (2000:65) "Mucho del comportamiento violento y deshonesto prohibido por el derecho penal causa formas de sufrimiento con las cuales resulta fácil identificarse. Una cultura moralmente fragmentada necesita víctimas fáciles de reconocer". Por ello en opinión de este autor, la nueva legitimidad del derecho penal estriba en la víctima (Boutellier,2000:68).

Las formas que ha adoptado esta preocupación por las víctimas son numerosas (Albrecht,2001:316). De forma breve podemos indicar que en la justicia de adultos la entrada de la víctima ha implicado: a) una forma de evitar el proceso penal si la persona reparaba o mediaba con la víctima; b) una condición para que la pena se suspendiese; c) una forma de conseguir la atenuación de la pena o incluso la absolución; d) una pena independiente; e) parte de una condición que la persona debe cumplir para gozar de determinados recortes en su pena de prisión.

Esta consideración hacia la víctima se ha plasmado también en el tema de las penas alternativas. En mi opinión ello es cuando menos visible en tres indicadores. El primero es la audiencia a la víctima o la consideración de la víctima antes de conceder una pena alternativa. Ello es también visible en las nuevas 'alternativas penitenciarias' que exigen como condición para acceder al tercer grado (régimen de semilibertad) o la libertad condicional, la reparación de la víctima.[13]

El segundo indicador es la introducción de penas alternativas que consideran como fin primordial la satisfacción de la víctima (como ejemplo pueden verse las novedosas penas de prohibición de aproximación, comunicación o residencia), o la introducción en algún ordenamiento de la pena principal de reparación a la víctima.

El tercer indicador del impacto de la víctima en las penas alternativas es precisamente el desarrollo del denominado movimiento de justicia restauradora, el cual si bien no implica obligatoriamente una pena distinta de la prisión, sí es cierto que en la práctica la mediación con la víctima acostumbra a producir como resultado una pena alternativa a la de prisión.[14]

En cualquier caso es difícil que una época que hemos denominado de 'populismo punitivo' dejase pasar al movimiento de víctimas. Pero sería a mi juicio

13. Es curioso que la tradicional idea de que una persona no puede ir a la cárcel 'por deudas' o permanecer más tiempo en la cárcel por deudas a la victima hoy no aparece tan auto-evidente.

14. Véase más amplio en Larrauri (2004a).

erróneo caracterizar todo el movimiento de víctimas como punitivo.[15] Pues si bien como he señalado la entrada de la víctima puede comportar un mayor punitivismo, ello no es una consecuencia obligada. En efecto, muchas penas novedosas destinadas a satisfacer las necesidades de protección de la víctima no son más punitivas que la prisión. El problema es que el legislador añade estas penas generalmente a la pena de prisión. Las necesidades de protección de la víctima no son el problema, la opción político-criminal del legislador que añade penas alternativas a la pena principal, que sigue siendo la prisión, sí es un problema.

2.5 Énfasis en cambio de valores

Hasta el momento la evolución que he apuntado respecto de las penas alternativas parecen apuntar a un mayor clima punitivo. En efecto, he destacado el cambio en la denominación, la aparición de mayores exigencias, la posibilidad de acumular penas alternativas o la reacción con la pena de prisión frente a su incumplimiento.

He matizado no obstante, precisamente al referirme a la entrada de la víctima en las penas alternativas, que si bien la mayoría de factores conducen a un incremento punitivo, existen algunos indicadores que no parecen responder a la misma lógica.

En efecto, he destacado como el resurgimiento de la ideología incapacitadora respecto de la prisión ha producido, en mi opinión, un impacto en las penas alternativas, favoreciendo la promulgación de un conjunto de penas que renuncian a incidir en la motivación del infractor y se limitan a intentar desplegar sus efectos en la reducción de oportunidades de comisión del delito. Sin embargo, ello no implica que en el tema de las penas alternativas se haya abandonado totalmente los intentos de cambiar la motivación delictiva. Actualmente si mi juicio es acertado se asiste a un renovado énfasis en la necesidad de alterar el mundo valorativo.

15. En este sentido Zimring (2001:163); Diez Ripollés (2004). En contra de equiparar movimiento de víctimas a movimiento punitivo véase Jacobs (2001:184).

Ello se plasma en diversos desarrollos. Por un lado, una cierta recuperación de la literatura que estudia la eficacia de determinados programas de tratamiento debido a la recogida de una serie de metaanálisis realizados en Canadá y difundidos en Inglaterra por McGuire (1995) en los que muestra la existencia de unos programas que funcionan.

Frente al escepticismo agudo que siguió a la crisis del ideal rehabilitador hoy parece existir una cierta esperanza de que algunos programas destinados a cambiar personas que han realizado delitos violentos por ejemplo, funcionan mejor que un castigo sin contenido rehabilitador alguno (McGuire,1995).

Este proceso de recuperación de la idea de efectividad en la reducción de los índices de reincidencia que algunos autores observan (Garland, 2001 a:170) tiene su expresión más clara en el renovado énfasis en los *tratamientos cognitivo-conductuales* (Ashworth, 2000:281; Tak, 2001:169).

Estas ideas se materializan en los intentos de introducir como parte de la libertad vigilada o como pena autónoma la sumisión a tratamiento de los delincuentes condenados por violencia doméstica. En algunos casos este tipo de penas se configuran como pena alternativa a la pena de prisión.

Finalmente además de la discusión teórica respecto de la importancia de los *procesos normativos* en el cumplimiento del derecho,[16] puede observarse cómo en efecto los procesos de *justicia restauradora* sitúan el acento en dos aspectos relacionados: i)la mayor legitimidad de este proceso y la relación entre legitimidad y cumplimiento del derecho; ii)el mayor cambio en la conciencia de la persona que observa el daño producido, se responsabiliza, se disculpa y con ello eventualmente presenta mejores oportunidades de no reincidir.[17]

16. Esta idea central popularizada a raíz del libro de Tyler (1990) pone el énfasis en que la imposición de penas respeten unos principios (justicia procedimental). Véase en especial Bottoms (2001:87-116). Creo que estas discusiones criminológicas tienen también un impacto en las discusiones tradicionales del fin de la pena (el fin de la prevención general positiva, Weigend, 2001:209; Lappi-Seppälä, 2001: 109).

17. He expuesto los resultados de las investigaciones empíricas en Larrauri (2004a).

2.6 Uso expansivo de las penas alternativas

Una de las paradojas más curiosas en tiempos de populismo punitivo es que podría pensarse que debido al gran incremento de la pena de prisión, ha existido un descenso en el uso de las penas alternativas.

Lamentablemente no dispongo de datos comparables para distintos países, sólo puedo en consecuencia recoger la opinión de diversos autores que en Estados Unidos, Holanda e Inglaterra detectan un uso expansivo de las penas alternativas (Reitz, 2001:234; Ashworth, 2001:67-71; Lappi-Seppälä, 2001:99; Tak, 2001:172).

Debe advertirse que la nueva denominación afecta a la forma de contabilizar y por ende a la posibilidad de realizar comparaciones pues mientras por ejemplo en Alemania las penas alternativas siguen basándose fundamentalmente en la suspensión de la condena y en la multa;[18] en Inglaterra cuando Ashworth (2000:264) afirma que los castigos comunitarios se aplican en un 24% de las ocasiones no incluye ni suspensión de la condena ni la multa, si se incluyesen estas dos penas la cifra aumentaría hasta el 73% (en 1998); en Holanda Tak (2001:171) recoge 13.126 condenas a castigos comunitarios en 1995, cifra que podemos comparar con la de penas de prisión ofrecida por el mismo autor para 1995 que es de 20.529 (Tak, 2001:163).

La pregunta decisiva de porqué aumentan las penas alternativas al tiempo que aumentan las condenas a prisión sigue pudiendo contestarse a mi juicio sólo de forma tentativa. La primera respuesta lógica sería pensar en un aumento considerable de todos los delitos, pero ello contradice la opinión de los autores que constatan como la criminalidad sigue una línea descendente desde la década de 1990 (Tonry, 2004:27-34).

Reitz, (2001:243, 249) apunta como explicación para Estados Unidos que existe un uso expansivo de penas alternativas porque se utilizan para delitos de

18. Así Weigend (2001:191) ofrece los siguientes datos: del total de condenas un 5% son de prisión, un 82% de multa y un 12% de suspensión de la condena.

muy poco nivel. Se criminalizan las denominadas 'quality of life offenses'. En Inglaterra Nellis (2001:24) observa que el aumento de los castigos comunitarios no se ha producido respecto de la pena de prisión sino respecto de alternativas tradicionales. Ello puede verse de forma obvia en los datos que presenta Ashworth (2000:10-11; 264) donde constata que el aumento de las penas comunitarias se produce a expensas de la multa y de la suspensión de la condena (que recordemos que en Inglaterra ya no se consideran penas comunitarias).

En cualquier caso si la opinión de los autores citados es acertada se asiste a un continuado proceso de crecimiento del sistema penal también en el ámbito de las penas alternativas. Desde esta perspectiva la masiva utilización de las penas alternativas en un futuro deberá leerse no como signo de benevolencia sino como muestra de la baja tolerancia.

2.7 Mayor diversificación de penas alternativas

Ello es quizás más visible en países donde el transito de penas alternativas a 'castigos comunitarios' no ha sido completado y por este motivo autores como Weigend (206-207) o Albrecht (2001:320-321) apuestan por esta diversificación que llevará a un mayor uso de estas nuevas sanciones como trabajo en beneficio a la comunidad, restitución, diversos grados de restricción de libertad, énfasis en el decomiso y confiscación y finalmente diversas formas que permitan sustituir la última parte de la condena de prisión.

3. Breves reflexiones finales

Una idea que recorre este artículo es que los 'castigos comunitarios', propios de la década de los ochenta y noventa, son más exigentes con el condenado que las penas alternativas tradicionales como la suspensión de la condena o la multa.

Sin embargo, si se tiene presente la literatura, especialmente la literatura con una perspectiva crítica, recordaremos que esta era una observación que ya se

había realizado desde inicios de la década de los ochenta. En efecto, parece que desde su introducción en las legislaciones las penas alternativas eran percibidas como intromisivas o, como se decía entonces, 'disciplinarias'.[19] No obstante, lo que entonces sólo era observado por los sectores más críticos parece hoy aceptado por la criminología y penología más convencional. En efecto, actualmente no sólo los sectores de la criminología crítica sino incluso los autores liberales reconocen que la nueva generación de castigos comunitarios se caracteriza por imponer más exigencias y requisitos a la persona condenada.

¿Hay entonces una acentuación de estos procesos más punitivos en el tema de las penas alternativas? O quizá adicionalmente el cambio estriba en que lo que antes se criticaba hoy se valora de forma positiva,[20] en el sentido de exigir que en efecto las penas alternativas deben aumentar su credibilidad o su capacidad aflictiva si se pretende que puedan disminuir el número de gente condenada a pena de prisión.

Una segunda reflexión que surge es la siguiente. Si se toma como ejemplo las últimas reformas producidas en España,[21] no pareciera existir muchas dudas de que pueden detectarse los signos del populismo punitivo. Mayores exigencias, más requisitos, mas rigidez frente a su incumplimiento, más posibilidad de acumular, e introducción de nuevas penas para proteger a la víctima. Esto no obstante me surge la siguiente duda, indudablemente un sistema de penas alternativas basado en el modelo rehabilitador es económicamente costoso, pero un modelo de penas alternativas pensado en clave incapacitadora también. ¿Será por tanto las reformas que ahora existen en España un nuevo caso de legislación destinada sólo a 'ladrar fuerte' pero ser posteriormente inaplicada?

En cualquier caso creo que hay dos cuestiones que deberíamos reafirmar: las penas alternativas a la prisión deben ser creíbles pero no pueden pretender tener

19. Véase por todos Cohen (1985).

20. Esta explicación alternativa corresponde a René van Swaaningen (comunicación personal).

21. Véase Larrauri (2004b).

la misma carga aflictiva que la prisión porque no se dirigen al mismo tipo de delitos ni al mismo tipo de personas; por ello una primera discusión debiera ser cómo articular un sistema de penas alternativas razonable sin perder de vista en que tipos de destinatarios se está pensando; en segundo lugar y para finalizar entiendo que debemos seguir debatiendo como conseguir que las penas alternativas sean más aplicadas. Razones legislativas, inercia judicial y falta de compromiso político son hoy aun a mi juicio los motivos por los cuales demasiada gente sigue sufriendo la pena de prisión.

Bibliografía

ALBRECHT, H.J. (2001) "Post-Adjudication Dispositions in Comparative Perspective" en TONRY, M.-FRASE,R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, Oxford University Press.

ASHWORTH, A. (2000) *Sentencing and Criminal Justice*. London, Butterworths. 3ª edición.

(2001) "The decline of English sentencing and other stories" en TONRY, M.-FRASE, R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, Oxford University Press.

BOTTOMS, A. (1995) "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing" en Clarkson, C.M.V.-Morgan, R. (eds) *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford, Clarendon Press.

(2001) "Compliance and community penalties" en Bottoms, A.-Gelsthorpe, L.-Rex, S. (eds) *Community Penalties*. Devon, Willan Publishing.

(2003) "Some sociological reflections on Restorative Justice" en von Hirsch, A.-Roberts, J.-Bottoms, A. E.-Roach, K.-Schiff, M. (eds) *Restorative Justice and Criminal Justice*. Oxford, Hart Publishing.

BOTTOMS, A.-GELSTHORPE,L.-REX,S. (2001) "Introduction:the contemporary scene for community penalties" en Bottoms, A.-Gelsthorpe, L.-Rex, S. (eds) *Community Penalties*. Devon, Willan Publishing.

BOUTELLIER, H. (2000) *Crime and Morality.* Kluwer, Dordrecht.

CID, J.-LARRAURI, E. (2004) "Penas alternativas y delincuencia violenta" en Cid,J.-Larrauri,E. (eds) *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Valencia, Tirant lo Blanc, en prensa.

COHEN, S. (1985) *Visions of Social Control.* London, Polity Press.

DIEZ RIPOLLES, J.L. (2004) 'El nuevo modelo de seguridad ciudadana' en *Jueces para la Democracia*, número 49, marzo.

DOWNES, D.(2001) "The macho penal economy: Mass incarceration in the United States – a European perspective", en GARLAND, D. (2001b) (ed) Special Issue on Mass Imprisonment in the USA" en *Punishment and Society.* Volume 3, number 1, London, Sage.

FRASE, R. (2001) "Comparative perspectives on sentencing policy and research" en TONRY, M.-FRASE,R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western* Countries. Oxford, Oxford University Press.

FREIBERG,A. (2001) "Three Strikes and you're out – It's not cricket: Colonization and Resistance in Australian Sentencing" en TONRY, M.-FRASE, R. S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries.* Oxford, Oxford University Press.

GARLAND, D. (2001a) *The Culture of Control.* Oxford, University Press.

(2001b) (ed) Special Issue on Mass Imprisonment in the USA" en *Punishment and Society.* Volume 3, number 1, London, Sage.

JACOBS, J.B. (2001) "Facts, values and prison policies: A commentary on Zimring and Tonry" en GARLAND, D. (2001b) (ed) Special Issue on Mass Imprisonment in the USA" en *Punishment and Society.* Volume 3, number 1, London, Sage.

LACEY, N. (2003) "Principles, Politics and Criminal Justice" en ZEDNER, L.-ASHWORTH, A.(eds) *The criminological Foundations of Penal Policy.* Oxford, University Press.

LARRAURI, E. (1987) 'Las paradojas del movimiento descarcelatorio en Estados Unidos' en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid.

(2004a) "Tendencias actuales de la justicia restauradora". In Memorian Alexandri Baratta. Fernando Perez Alvarez (ed). Ediciones Universidad Salamanca. pp. 439-464.

(2004b) "La reforma del sistema de penas en España", en Libro-Homenaje a Julio Meier, Buenos Aires, en prensa.

LAPPI-SEPPÄLÄ, T. (2001) "Sentencing and Punishment in Finland: The decline of the repressive ideal" en TONRY, M.-FRASE, R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, Oxford University Press.

MCGUIRE, J. (1995) (ed) What Works: Reducing Reoffending. Chichester, Willey.

NELLIS, M. (2001) "Community penalties in historical perspective" en Bottoms, A.-Gelsthorpe, L.-Rex, S. (eds) *Community Penalties*. Devon, Willan Publishing.

REITZ, K.R. (2001) "The disassembly and reassembly of U.S. Sentencing practices" en TONRY, M.-FRASE, R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, Oxford University Press.

ROBERTS, J. V.-STALANS, L. J.-INDERMAUR, D.-HOUGH, M. (2003) *Penal populism and Public Opinion*. Oxford, Oxford University Press.

RUTH, H.-REITZ, K.V. (2003) *The Challenge of Crime*. Cambridge, Harvard University Press.

SMITH, M. (2001) "What future for 'public safety' and 'restorative justice' in a system of community penalties?" en Bottoms, A.-Gelsthorpe, L.-Rex, S. (eds) *Community Penalties*. Devon, Willan Publishing.

TAK, P.J. (2001) "Sentencing and punishment in The Netherlands" en TONRY, M.-FRASE, R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, Oxford University Press.

TONRY, M.-FRASE,R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries.* Oxford, Oxford University Press.

TONRY, M. (2004) *Thinking about Crime.* Oxford, University Press.

TYLER,T.R. (1990) *Why People Obey the Law.* New Haven, Yale University Press.

WASIK, M.-VON HIRSCH, A. (1988) "Non custodial Penalties and the principles of Desert" en *Criminal Law review.*

WEIGEND, T. (2001) "Sentencing and Punishment in Germany" en TONRY, M.-FRASE, R.S. (2001) (eds) *Sentencing and Sanctions in Western Countries.* Oxford, Oxford University Press.

ZIMRING, F.E.-HAWKINS, G. (1995) *Incapacitation.* New York, Oxford University Press.

ZIMRING, F.E. (2001) "Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment" en GARLAND, D. (2001b) (ed) Special Issue on Mass Imprisonment in the USA" en *Punishment and Society.* Volume 3, number 1, London, Sage.

Anistia desvirtuada

Hélio Bicudo

Presidente da Comissão Municipal de Direitos Humanos de São Paulo; Presidente da Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos; Delegado para o Brasil da Organização Mundial Contra a Tortura – OMCT; Vice-presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA; Ex-deputado Federal (1191-2000).

1. A chamada "Lei da Anistia" completou 25 anos. Haveria algo a comemorar?

Essa indagação me vem a propósito da designação de conhecido torturador da ditadura militar para alto cargo da polícia paulista, indaga-se da oportunidade da medida, uma vez que se alega ser ele um beneficiário da Lei da Anistia, outorgada em 28 de agosto, de 1979 (Lei 6.683/79).

2. Vejamos:

A Lei brasileira de Anistia em questão concede seus benefícios "*a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, com fundamento em Atos Institucionais ou Complementares*".

3. A lei considera, ainda, conexos, para os seus efeitos, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (art. 1.º, § 1.º).

Os juristas da ditadura ou aqueles que a ela se acomodaram, encontraram, na interpretação deste último dispositivo, argumento para beneficiar tantos quantos torturaram e mataram em nome do Estado. Falou-se, então numa lei de "duas mãos", a contemplar vítimas e seus algozes.

4. Antes de mais, convém ponderar que é da essência da anistia o perdão a determinados crimes, tendo em vista a pacificação dos espíritos, agitados por acontecimentos que, engendrando paixões coletivas, perturbam a ordem social, incidindo no direito penal.

Vejamos o que diz, a propósito, a doutrina.

Carlos Maximiliano assim define a anistia: "*é um ato do poder soberano que cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em conseqüência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações*" ("*Comentários à Constituição Brasileira*", 1954, I/155). Ela é aplicada, não obstante medida por excelência objetiva, a fatos e não a indivíduos, embora, por via indireta, possa alcançá-los (Frederico Marques, 1956, "*Curso de Direito Penal*", III/433).

A anistia dispensa, em casos concretos a aplicação da lei penal, eximindo das respectivas sanções aquele que a transgrediu (Basileu Gama, 1980, "*Instituições de Direito Penal*", 5.ª ed., II/251).

Como pondera Manzini, "*si tratta, dunque, del potere di sospendere l'applicabilitá di una o piú norme penali rispetto ad un determinato periodo di tempo già trascorso*". E acentua: "*l'amnistia ... toglie ..., ipso jure, ai fatti ch'essa prevede e rispetto al tempo che abraccia il carattere di reati. É una legge transitoria, la qual scrimina, rispeto al passato, alcuni fatti preveduti come reati; e li scrimina senza badare a dir ne sia imputato o imputabile, o a chi ne porti la pena*" ("*Tratato de Diritto Penale*", Torino, 1950, III / 412 e seguintes).

Assinala, ainda, o insigne penalista, "*se l'atto d'amnistia riguarda i reati politice, sono da ritenersi tali quelli che offendono un interesse politico dello Stato, o un diritto politico del cittadino*" (op. cit. p. 419). A conclusão, pois, é de que a anistia resguarda, tão somente, os crimes políticos.

5. Vem, de seguida, a conceituação do que sejam crimes conexos. Crimes conexos contemplam as ações de uma ou mais pessoas objetivando o mesmo resultado. Daí se infere que uma é a finalidade daqueles que praticam crimes políticos ou a eles assemelhados (a lei fala, impropriamente, em crimes conexos aos políticos); bem outra é a meta daqueles que torturam e matam em nome do Estado ou com seu consentimento. Como falar-se em conexidade, se os crimes de uns vão num sentido e o de outros em sentido diverso?

6. Tudo isto quer dizer que a anistia contempla crimes cometidos contra o Estado, que ao Estado convém esquecer para encontrar a pavimentação imprescindível ao desenvolvimento harmônico da sociedade.

Beneficia aqueles sobre os quais o Estado impôs sua vontade, excluindo-os da convivência social ou, extravasando em sua atuação, torturando-os ou matando-os. Assim, a anistia dispensa a aplicação das leis penais a determinadas pessoas, considerando não puníveis os atos que praticaram, tipificados, embora nos códigos penais ou leis extravagantes. Tudo isto tendo em vista a motivação que leva à pratica de delitos, depois considerados inexistentes pelo próprio Estado.

7. Ferri, na sua "*relagione al progetto*" de direito penal italiano, de 1921, falando sobre o delito político, afirmava: "*o elemento decisivo – para sua qualificação – é sempre o psicológico e pessoal dos motivos determinantes do autor do delito, entendendo-se com isso os motivos e os escopos de melhoramento coletivo, ainda quando econômico, ou seja superior e diverso do motivo de vantagem egoística e pessoal*".

Isto quer dizer que crimes conexos, conforme dispõe a lei, são aqueles cometidos pelo próprio autor ou por quem se tenha associado a ele. Se Tício comete um homicídio e ao ser detido pela polícia, é, em seguida, morto por um de seus agentes, trata-se de dois crimes absolutamente independentes um do outro. Não se pode considerar o segundo conexo ao primeiro.

Estudando a problemática dos crimes conexos, Damasio E. de Jesus, fundamentado nas lições de Maggiore, considera que a conexão pode ser: "a) teleológica (ou ideológica) quando um crime é praticado para assegurar a execução de outro. Exemplo, o sujeito mata o marido para estuprar-lhe a esposa. Há dois crimes: homicídio e estupro. O primeiro é denominado crime-meio; o segundo, crime-fim. No caso, o homicídio é qualificado pela conexão teleológica. Os dois delitos permanecem ligados pelo laço de causa e efeito, aplicando-se a eles a regra do concurso material (art. 69, *caput*, CP).

Existe conexão conseqüencial (ou causal) quando o crime é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro. Exemplo, o sujeito incendeia a casa, após furtar, para fazer desaparecer qualquer vestígio.

A conexão pode ainda ser ocasional quando um crime é cometido por ocasião da prática de outro. Exemplo, a subtração de jóias da vítima estuprada (cf. Direito Penal, I / 202 e seguintes)".

Veja-se, no mesmo sentido, a lição de Maggiore (*Diritto Penale*, I/II, p. 626, Bologna, 1951).

Manzini adverte em seu "Tratado de Direito Penal Italiano" já mencionado: "*per quanto possa apparire stretto il vincolo di connessitá tra vari reati, l'amnistia accordata per uno di tali reati non si estende mai agli altri non indicati nell'atto de concessione*" (*op. cit.*, p.421).

Assim, mesmo na hipótese do crime complexo, não há que falar em conexidade, pois "*se soltanto il reato considerato elemento costitutivo o circostanza aggravante dell'altro reato é compreso nell'amnistia, questa non se applica nè a tale reato nè al reato complesso, perchè il primo reato há perduto la sua autonomia ed e entrato a far parte, in un tutto inscindibile, del reato complesso, que non é compreso nell'amnistia*" (*op. loc. cit.*).

8. Por outro lado, se entrarmos no campo da causalidade, iremos concluir ainda pela impossibilidade de considerar-se conexos com os crimes anistiados os

delitos praticados pelos agentes do Estado nas diligências policiais destinadas a coibir os crimes que a anistia considerou impuníveis ou inexistentes.

Ora, o problema "*del rapporto di causalitá nel diritto penale si ricollega alla nozione della imputatio facti che nel tardo medio evo sorse per opera dei pratici, i quali la consideraron come presupposto della imputatio juris, e cioé dell'imputazione a titolo di dolo o colpa.*" (*cf. Antolisei, "Il rapporto di causalitá nel diritto penale"*, Torino, 1960, introduzione).

Assim, é causa a totalidade dos elementos indispensáveis para verificar-se o efeito, mas é preciso distinguir a causa das meras condições.

Destarte, os delitos anistiados constituíram-se não em causas, mas em meras condições para que agentes do Estado, fossem quais fossem, impusessem, aos sujeitos abrangidos pela lei de anistia, os tratamentos cruéis e degradantes a que foram submetidos. Então, não há entre uns e outros a pretendida conexidade, que decorre de um nexo causal entre as ações praticadas por uma ou mais pessoas, objetivando um mesmo fim.

No caso, não se pode falar em identidade de propósitos entre delitos políticos e os crimes comuns cometidos pelos agentes da ditadura militar.

9. Ademais, não se pode pensar em conexidade sem relacioná-la com o princípio do fato típico. O fato típico cometido pelo beneficiário da anistia é o delito político ou eleitoral. Os a eles conexos não podem perder a característica dos delitos chamados principais. Por outro lado, o crime cometido, *in casu*, pelos agentes do Estado, não tem qualificação política e, portanto, entre eles não há conexidade.

10. Conexão é nexo, ligação. Ora, em direito penal só pode haver conexidade se os vários autores buscam a mesma finalidade na prática do ato delituoso.

O festejado Frederico Marques, ao estudar a co-delinqüência mostra que no concurso eventual de crimes, existe uma norma de extensão da parte geral do

Código Penal que possibilita a punição dos que participam, como autor, da prática delituosa (Tratado, II, p. 306).

Mas, como se viu, delitos conexos não implicam, necessariamente, em co-autoria; não podem ser outros senão aqueles que buscam a mesma finalidade. Assim, duas, três ou mais pessoas, tendo em vista apropriarem-se de dinheiro público praticam atos que possibilitam o desenlace. São atos que se constituem em crimes autônomos, mas que levam à consumação do alvo pretendido: são crimes conexos. Agora, pretender-se que intervindo policiais, os atos praticados por estes para deter os culpados ou obter a devolução da coisa apropriada são conexos àqueles primeiros, vai na "contramão" da definição de autoria ínsita no Código Penal: "*o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa (...)*" (artigo 13).

11. O Brasil subscreveu e ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), reconhecendo, pois, a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre questões atinentes à matéria.

Ora, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão principal da Organização dos Estados Americanos, no campo dos direitos humanos, tem afirmado que "*si bien los gobiernos pueden acordar amnistias por razones de paz social, no por ello devan dejar de investigar los delitos de lesa humanidad que pudieron haberse cometido durante los períodos que abarca dicha medida*" (cf. Repertorio de la Comisíon Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, 1971 a 1995).

No seu informe anual de 1985/86, sobre casos de desaparecimentos forçados na Guatemala, assim se expressou a CIDH: "*És condenable y grave la responsabilidad de quienes en el ejercício de sus funciones, durante el período que cubre la presente resolución, bajo las administraciones de los generales Romeu Lucas Garcia, Enfrian Rios Montt y Oscar Humberto Mejía Víctores, ordenaron las capturas, efectuaron las aprehensiones, mantuvieron detenidos y ijecutaron sumariamente y sin juício o hicieron desaparecer a los miles de ciudadanos guatemaltecos que no son habidos em la Republica de Guatemala.*"

Assim, declara à Comissão: "*Los Gobiernos Democráticos de América pueden conceder amnistia por razones de paz social pero no dejar de investigar los hechos atroces que pudieran haber acontecido durante los períodos que los han precedido*" (*apud* Repertório, p. 263)

12. Destarte, ao promulgar a Lei de Anistia de 1979, dever-se-ia sancionar e punir os criminosos do regime.

Se isto não foi feito, desconhecendo, o Estado, suas obrigações internacionais, mediante descabida e esdrúxula interpretação da lei, por motivos claramente oportunistas, não se pode admitir que essa lamentável omissão sirva de pretexto para entregar-se a quem torturou e matou naquele período cargos públicos relevantes ou não. Não se pode argumentar em seu benefício com a ausência de punição, pois esta omissão não encobre as atrocidades que cometeram.

A CIDH, no informe 34/99, caso 11.725, Carmelo Loria Espinoza, apreciou a lei de auto-anistia chilena, considerando-a incompatível com a Convenção Americana.

A Comissão assinalou, nessa oportunidade, que "*da aplicación de leyes de amnistia que impiden el acceso a la justicia en casos de serias violaciones a los derechos humanos hace ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y garantizar su libre y pleno ejercício a toda persona sujeta a sua jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según estabelece el artículo 11 (l) de la Convención. En consecuencia, eliminan la medida mas efectiva para la vigencia de los Derechos Humanos, vale decir, el enjuiciamineto y castigo de los responsables.*"

E a Corte Interamericana já disse que "os Estados não podem, para não dar cumprimento a suas obrigações internacionais, invocar disposições existentes em seu direito interno, como o é no caso de uma Lei de Anistia que obstaculiza a investigação e o acesso à Justiça. O Estado tem o dever de investigar as violações dos direitos humanos, processar os responsáveis e evitar a impunidade. A Corte tem definido a impunidade como "*la falta en su conjunto de investigación, persecución,*

captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" e já assinalou que "*...el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles* ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las vítctimas y sus familiares" (grifo nosso) (*Caso Paniagua Morales y otros*; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo, sentencia de reparaciones*).

O Brasil assinou a Convenção Americana, em 22 de novembro de 1969 e depositou sua ratificação em 25 de setembro, de 1992.

Sendo a Lei de Anistia de 1979, poder-se-ia alegar que, não tendo o Brasil ainda ratificado o tratado em apreço, não estava obrigado a cumprir seus termos, o que somente dar-se-ia a partir de 1992, quando, afinal, o ratificou.

O argumento não procede porque o Tratado de Viena sobre o direito dos tratados esclarece que um país que tenha firmado um tratado, mesmo que não o tenha ratificado, não pode frustrar o seu cumprimento.

Portanto, no caso do Brasil, as violações à Convenção Americana não legitimam a situação daqueles que, na qualidade de agentes do Governo, atentaram contra direitos reconhecidos, da pessoa humana e, destarte, não poderiam ser sujeitos da Lei de Anistia.

13. Acrescente-se que pela simples leitura da Lei brasileira de Anistia, verifica-se que dentre os seus beneficiários não podem ser contados os agentes governamentais.

É o que se depreende das disposições da própria lei, quando fala em retorno ou reversão ao serviço público, dos funcionários afastados por imposição de atos emanados do próprio Governo, entre 1961 e 1979, e estabelece normas para a obtenção do favor legal.

E mais, na interpretação da lei, é sempre relevante ter em conta o que o proponente teve em vista com os dispositivos apresentados à consideração do Legislativo. Muito embora a vontade do legislador seja apenas um dos muitos

elementos na interpretação da lei, convém sempre verificar o que o governo pretendeu ao encaminhar para discussão a votação da Lei da Anistia. E por aí também se verifica qual o seu real destinatário: as vítimas da ditadura militar veja-se, ao excluir de seus benefícios, os autores de atos de terrorismo, esclarece que assim deve ser porque "*sua ação é contra a humanidade e, por isso, repelida pela comunidade universal que sanciona, como indispensáveis, leis repressivas de que se valem países da mais alta formação democrática.*" E acrescenta: "*a anistia tem o sentido de reintegrar o cidadão na militância política e o terrorista não foi e não é um político...*" O terrorismo do Estado é também uma ação contra a humanidade e, assim, como o próprio Estado afirma, repelida pela comunidade universal.

No projeto, que depois se transformou em lei, "*é fácil* – dizia o presidente João Figueiredo – *identificar-se a preocupação de abrir perspectiva a todos os políticos e incluir, sem discriminação, todos os servidores, qualquer que seja sua posição em face do Estado.*"

Como se vê, toda a exposição de motivos ao projeto da Lei de Anistia vai na linha de beneficiar políticos que foram sujeitos da ação repressora do Estado. Os agentes do Estado que violaram os direitos humanos desses políticos não são, em momento algum, mencionados e, muito menos, como beneficiários da lei. Os torturadores da ditadura militar não eram políticos, não cometeram crimes políticos, mas crimes contra a humanidade que não podem encontrar abrigo na lei, como afirma o então General-Presidente da República ao recomendar a aprovação do projeto pelo Congresso Nacional: em outras palavras, as ações contra a humanidade são repelidas pela comunidade internacional. Não poderiam ser reconhecidas pelo Estado nacional.

14. Diante de todo exposto, o nosso parecer é pela rejeição da interpretação que reconhece na Lei 6.683/79 o duplo efeito de beneficiar vítimas e seus algozes. Ela é dirigida, exclusivamente aos crimes políticos e eleitorais cometidos no período que vai de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Em

absoluto, podem ser abrangidos por seus termos os crimes comuns cometidos contra os beneficiários da lei, os agentes do Estado, cujos crimes são, ademais, imprescritíveis nos termos da Convenção internacional sobre crimes contra a humanidade (1968).

É o parecer, sub censura.

Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas

Maíra Rocha Machado

Bacharel e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de análise e Planejamento (CEBRAP) e professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO.GV).

Sumário: 1. A cooperação internacional e as cartas rogatórias no Brasil – 2. Resultados: 2.1 Descrição do procedimento das cartas rogatórias passivas no STF; 2.2 Resultados Gerais; 2.3 Tempo de tramitação das cartas rogatórias.

Resumo: O objetivo deste artigo é descrever o funcionamento da cooperação penal internacional no Brasil, especificamente os pedidos de assistência judiciária recebidos do exterior. O artigo sintetiza os resultados de uma pesquisa empírica que teve como objeto 400 cartas rogatórias julgadas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos 10 anos.

Palavras-chave: Cooperação penal internacional – Cartas rogatórias – Supremo Tribunal Federal – pesquisa empírica.

Desde a época do Império, a carta rogatória é a peça central do modelo brasileiro de cooperação internacional. Ainda que nos últimos dez anos a assinatura de acordos bilaterais e multilaterais comece a modificar este quadro, as cartas rogatórias continuam sendo um importante mecanismo à disposição das

autoridades judiciárias para solicitar a realização de atos processuais fora de suas fronteiras territoriais.

Até a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, em 08 de dezembro de 2004, o Supremo Tribunal Federal protagonizava a tramitação de pedidos de cooperação encaminhados ao Brasil. A partir desta data, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passaram à competência do Superior Tribunal de Justiça.[1] Fora do poder Judiciário, a cooperação internacional depende também da atuação do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores, responsável pelo encaminhamento pela "via diplomática" dos pedidos de cooperação.

Os mecanismos de cooperação não dispõem, ainda, de um regramento unificado sobre conteúdo e procedimento. A tramitação subordina-se, portanto, às regras constantes na Constituição Federal, em tratados internacionais e acordos bi e multilaterais, em normas internas espalhadas por ao menos três Códigos, além de regimentos internos e portarias.

Nesse quadro insere-se o projeto de pesquisa "Cooperação internacional em matéria penal no Brasil". O objetivo geral do projeto é conhecer e descrever dois conjuntos de demanda de cooperação internacional: um que tramitava no STF – especificamente as cartas rogatórias e a homologação de sentença estrangeira – e outro que tramita no Departamento de Recuperação de Ativos Ilícitos e Cooperação Internacional, órgão recém criado no âmbito do Ministério da Justiça.[2] Nos limites deste artigo,

1. Notícia divulgada na página do Superior Tribunal de Justiça em 01 de março de 2005 esclarece que as sentenças estrangeiras e as cartas rogatórias estarão sob a competência do vice-Presidente do STJ, Min. Sálvio Teixeira. E deverão processar-se de acordo com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal até que seja modificado o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Tendo em vista que a reforma constitucional é posterior ao período contemplado na presente pesquisa, o texto fará sempre referência ao processamento no Supremo Tribunal Federal. Para outras informações sobre a tramitação junto ao STJ, ver *www.stj.gov.br* item "Notícias".

2. Referido projeto desenvolve-se no marco de um convênio de cooperação científica firmado entre a DIREITO.GV e Departamento de Recuperação de Ativos Ilícitos e Cooperação Internacional (DRCI-MJ). A pesquisa teve início em julho de 2004 e desde então se desenvolve sob a

buscar-se-á apresentar uma breve introdução ao tema da cooperação internacional no Brasil e uma síntese dos resultados obtidos na primeira parte da pesquisa supramencionada. Como se verá a seguir, os dados apresentados neste relatório baseiam-se nas 400 cartas rogatórias disponibilizadas no site do Supremo Tribunal Federal, referentes aos últimos 10 anos. Esta base de dados foi sistematizada em tabela formato Excell com 28 campos temáticos reunidos em 4 pontos: o procedimento, a interposição de recurso, o tempo de tramitação e a concessão do *exequatur*.[3]

Este levantamento permitiu, em primeiro lugar, conhecer a tramitação das cartas rogatórias passivas no STF para além do que indica seu regimento interno ou a escassa doutrina que se ocupa do tema. Em segundo lugar, ofereceu um primeiro mapa da cooperação internacional via carta rogatória, no que diz respeito, por exemplo, aos países e aos tipos de diligências solicitadas, ao tempo de tramitação em cada uma das etapas do procedimento e às razões de concessão e denegação do *exequatur*.

1. A cooperação internacional e as cartas rogatórias no Brasil

É possível dizer que convivem hoje no Brasil dois sistemas de cooperação internacional em matéria penal. Um tradicional, consolidado e centralizado na carta rogatória, e outro que começa a se formar por intermédio da assinatura de acordos bilaterais e multilaterais de cooperação.

coordenação de Maíra Rocha Machado e Marco Braga. O primeiro relatório bem como o banco de dados e os levantamentos realizados estão disponíveis em *www.edesp.edu.br*. Agradecemos imensamente a contribuição de toda a equipe do DRCI-MJ que nos transmitiu conhecimento fundamental à elaboração e ao desenvolvimento do projeto de pesquisa e, muito especialmente, a Ricardo Wagner de Sousa Alcântara, Maria Zélia Britto, Jaqueline Fasano Leão, Leonardo Ribeiro e Pedro Afonso Guerra Gomes Pereira. Agradeço também os professores e pesquisadores pelas críticas e sugestões apresentadas ao relatório trimestral da pesquisa debatido no Workshop de Pesquisadores da EDESP-FGV em outubro de 2004.

3. A descrição completa da metodologia utilizada na coleta de dados encontra-se no relatório de pesquisa mencionado na nota 4.

Nesse último sistema, a cooperação realiza-se por intermédio de uma "autoridade central".[4] Trata-se de um órgão que concentra a tramitação dos pedidos de assistência e cooperação tanto *ativos* – de órgãos do sistema de justiça brasileiro destinado ao exterior – quanto *passivos* – oriundos de autoridades estrangeiras para cumprimento no Brasil. Sua função é verificar o preenchimento dos requisitos legais, conforme a legislação brasileira e o direito internacional, e encaminhar a solicitação ao destinatário. A utilização deste sistema de cooperação direta, via "autoridades centrais", depende da existência de acordos internacionais ou do oferecimento de garantia de reciprocidade. Atualmente este sistema é utilizado na cooperação penal entre o Brasil e os países do Mercosul, além da Colômbia, Estados Unidos da América, França, Itália, Peru e Portugal.

Para os demais países, ou para pedidos de assistência que escapam aos termos dos acordos bilaterais, a cooperação realiza-se por carta rogatória. Denominam-se "ativas" as cartas rogatórias que o judiciário brasileiro encaminha ao exterior e "passivas" as que recebemos de outros países.

As cartas rogatórias ativas são encaminhadas ao DRCI-MJ pela autoridade judiciária ou pelo interessado (advogado ou parte). O DRCI, após abertura de um processo, verifica se a carta cumpre os requisitos legais. Em caso negativo, o DRCI-MJ devolve ao juízo rogante para os ajustes e correções necessários, um procedimento que pode se repetir até que a carta esteja apta ao cumprimento no país destinatário. Uma vez instruída, a forma de encaminhamento ao país destinatário dependerá da existência de acordo internacional entre os dois países. Se não houver acordo, o DRCI encaminha à Divisão Jurídica do Departamento Consular do Ministério das Relações Exteriores, para que eles transmitam, por via diplomática, ao país destinatário.

4. No Brasil, esta função é exercida pelo Departamento de Recuperação de Ativos Ilícitos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça (DRCI-MJ), criado pelo Dec. 4.991 de 18.02.2004 que aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas do Ministério da Justiça, Anexo 1, art. 13, IV. Com a criação do Departamento, a tramitação de pedidos de cooperação passou a ser catalogada e submetida a acompanhamento. Na página web do Ministério da Justiça é possível consultar, mensalmente, o relatório estatístico contendo dados brutos sobre solicitações de cooperação jurídica internacional, diretas e indiretas, ativas e passivas, e seus resultados. As informações estão divididas por país, região de procedência, destino e assunto (*<www.mj.gov.br/drci>*).

Havendo acordo, o DRCI encaminha a carta rogatória à "autoridade central" do país rogado. Ao retornar, cumprida ou não, a carta rogatória é restituída ao juízo rogante.[5]

Enfim, as cartas rogatórias passivas, objeto deste artigo, são encaminhadas ao Brasil por autoridades estrangeiras, recebidas pela via diplomática no Ministério das Relações Exteriores e de lá remetidas ao Superior Tribunal de Justiça, desde a promulgação da reforma constitucional, para a concessão do *exequatur*. No período em que esteve sob a competência do STF, a concessão podia não ocorrer se a carta rogatória fosse contrária "à ordem pública e aos bons costumes", como determina o Código de Processo Penal (1941, art. 781). Ou ainda, se impugnada pelo interessado, na hipótese de "atentar contra a soberania ou a ordem pública" (Regimento Interno do STF, 1981, art. 226, § 2.º). Uma vez concedido o *exequatur*, isto é, o juízo de exeqüibilidade que autoriza o cumprimento da solicitação estrangeira, o Supremo encaminhava os autos ao Tribunal Regional Federal da região em que as diligências devem ser realizadas e de lá eram remetidos ao juízo federal de primeira instância. Cumpridas as diligências, a carta rogatória retornava ao juízo rogante por este mesmo caminho.[6]

A norma constitucional que estabelecia a competência do Presidente do STF para a concessão do *exequatur* foi instituída na Constituição de 1934 e mantida, com pequenas nuances, nas constituições posteriores.[7] Antes disso, a Lei 221, de 1894 – primeira lei a disciplinar a matéria – estabelecia que o órgão competente para conceder o *exequatur* às cartas rogatórias era o Governo Federal. Uma vez obtido o *exequatur*,

5. Outras informações sobre a tramitação de cartas rogatórias, os documentos essenciais ao seu cumprimento, além de cópia de todos os acordos internacionais relevantes ao tema podem ser encontradas na página do DRCI-MJ: <*www.mj.gov.br/drci*>.

6. É o que se pode extrair das normas que disciplinam estes trâmites, dispersas no Código de Processo Penal (1941) art. 780 a 786; no Código de Processo Civil (1973) art. 211 e 212; na Lei de Introdução ao Código Civil (1942) art. 12 e 17; no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (1981) art. 225 a 229; e na Constituição Federal (1988) art. 102, I, *h* e art. 109, X.

7. "Compete ao Presidente da Corte Suprema conceder *exequatur* às cartas rogatórias das Justiças estrangeiras" (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934, art. 77). "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente (...) concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente" (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 102, I, *h*).

o cumprimento da carta rogatória era competência exclusiva do juiz federal seccional do local de execução. De acordo com Pontes de Miranda e Arthur Briggs, o "governo federal" mencionado na Lei de 1894 era o Ministério da Justiça e Negócios Interiores, a quem cabia receber a carta rogatória do Ministério das Relações Exteriores e encaminhá-la à Justiça Federal para cumprimento.[8] De acordo com esta mesma Lei, ao Supremo Tribunal Federal cabia homologar as "cartas de sentença de tribunais estrangeiros", após manifestação das partes e do Procurador Geral da República.[9]

Antes mesmo da promulgação da Lei 221, de 1894, já se excluía a possibilidade de concessão de *exequatur* quando a carta rogatória tivesse *caráter executório*. Pontes de Miranda reproduz trecho de Aviso do Ministério da Justiça ao dos Estrangeiros, em 8 de julho de 1863, em que se lê: "... Reflectiu-se nas sérias complicações que poderiam resultar, com a quebra da soberania nacional, pela execução dada a cartas não simplesmente citatórias, mas executórias".[10] O livro de Arthur Briggs, em 1913, já falava no "forte entendimento" segundo o qual as cartas rogatórias não podem ter caráter executório. Como origem de tal entendimento indicava, tanto Arthur Briggs como Pontes de Miranda, o Aviso de 01 de outubro de 1847 que definiu o que podia ser matéria de carta rogatória,: "citação ou inquirição de testemunhas, sendo repelidas quaisquer executórias...".[11]

8. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Tomo I. Editora Guanabara, 1936, p. 691. BRIGGS, Arthur. *Cartas Rogatórias Internacionais.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913, p. 104. Arthur Briggs é considerado o primeiro autor a tratar, de modo sistemático, o tema das cartas rogatórias na doutrina brasileira. Nesse sentido, ARAUJO, Nadia. "A Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias e as conseqüências de sua adoção para o Brasil" *in Integração Jurídica Interamericana. As convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro.* (Casella, P e Araújo, N., coord.). São Paulo: LTr, 1998, p. 241.

9. Lei 221 de 10 de novembro de 1894 – *Completa a organização da Justiça Federal.* Art. 12, § 4.º "As rogatorias emanadas de autoridades extrangeiras 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 diligencias deprecadas. As cartas de sentença, porém, de tribunaes extrangeiros, não serão exequiveis sem prévia homologação do Supremo Tribunal Federal com audiencia das partes e do procurador geral da Republica, salvo si outra cousa estiver estipulada em tratado."

10. MIRANDA, Pontes de. *Comentários...*, p. 693.

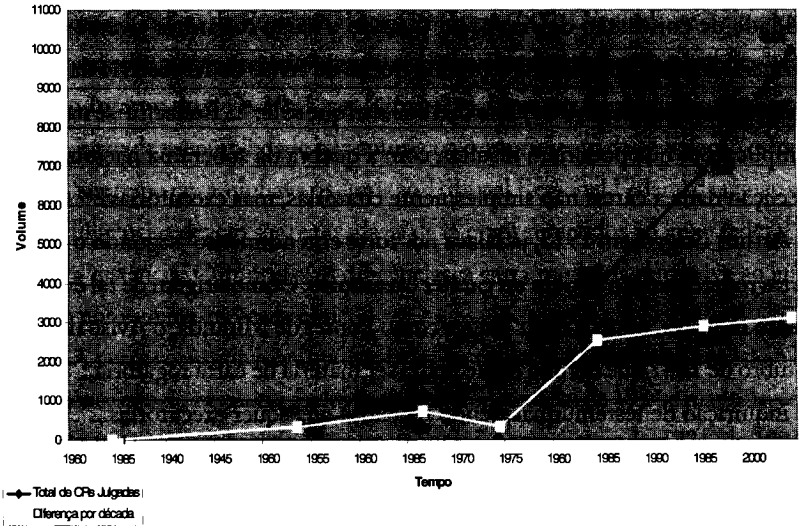
11. O texto original do Aviso estabelece os requisitos que devem conter nas cartas expedidas por autoridades judiciárias estrangeiras nos seguintes termos. "Sua Magestade o Imperador

Portanto, no Brasil, ao lado do "caráter executório", o atentado à soberania nacional e à ordem pública constituem as três possibilidades de não concessão do *exequatur* às cartas rogatórias.

Gráfico 1

Cartas Rogatórias passivas[12]

(1934 a 2004)



Manda declarar a V.S., para sua intelligencia, e para a fazer constar a quem convier, que devem ser cumpridas e satisfeitas as Cartas precatorias, citatorias, ou inquisitorias expedidas pelas Autoridades Judiciarias estrangeiras, que contiverem os seguintes quesitos: 1.°, que sejão simplesmente precatórias ou rogatorias, expedidas pelas Autoridades Judiciarias para simples citação ou inquirição de testemunhas, sendo repellidas quaesquer executorias, tragão ou não insertas as sentenças (...) 2.°, que ditas Cartas precatorias ou rogatorias sejão concebidas em termos civis e deprecativos, sem fórma ou expressão de ordem imperativa, sendo exceptuadas expressamente as citatorias, que versarem sobre objectos criminaes (...)" Aviso do Ministerio dos Negocios da Justiça em 01 de Outubro de 1847.

12. Para a elaboração deste gráfico, utilizamos a numeração dada às cartas rogatórias no distribuidor do STF nos anos indicados na linha horizontal. Esta numeração indica o total de cartas rogatórias distribuídas no STF desde a nº 01, registrada em dezembro de 1934.

No período em que tramitaram no Supremo Tribunal Federal, o número de cartas rogatórias encaminhadas ao Brasil aumentou consideravelmente (gráfico 1). E, sobretudo, a natureza dos pedidos de cooperação internacional sofreu sensível modificação. Apenas para que se tenha uma idéia, as convenções internacionais relacionadas ao tráfico de drogas e ao crime organizado, ambas promulgadas no Brasil, estabelecem entre as hipóteses de assistência jurídica recíproca a busca e apreensão, e a entrega de "originais ou cópias autenticadas de documentos e expedientes relacionadas ao caso, inclusive documentação bancária, financeira, social ou comercial".[13] Como se vê, algumas destas solicitações estão em flagrante desacordo com os Avisos do império.

O impasse entre o "novo cenário da cooperação internacional" e o tratamento dado pela legislação brasileira e pelo Supremo Tribunal Federal às cartas rogatórias evidencia-se de várias formas. Indico, em caráter exemplificativo, três delas. Em primeiro lugar estão as dificuldades que as regras de concessão de *exequatur* impõem às solicitações envolvendo quebra de sigilo bancário, isto é, o arcabouço formado a partir de 1847 permite ao sistema jurídico regular o sistema financeiro, como impõem os denominados "crimes econômicos"? Um outro ponto refere-se à posição que ocupa o direito internacional nas decisões do STF, especificamente, quando e como são utilizados os tratados e acordos internacionais na fundamentação de decisões. E, por fim, um terceiro aspecto diz respeito ao sentido que o STF atribui às expressões "atentado à ordem pública" e "atentado à soberania", justificativas por excelência para a não concessão de *exequatur*. No entanto, nos limites deste artigo, estas

13. *Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas* (art. 7.2.f.), adotada em Viena, em 20.12.1988, em vigor internacional desde 11.11.1990 e promulgada no Brasil pelo Dec. 154 de 26.06.1991. E *Convenção da ONU contra o crime organizado transnacional* (art. 18.3.f), adotada em Nova York em 15.11.2000, em vigor internacional desde 29.09.2003, promulgada no Brasil pelo Dec. 5.015 de 12.03.2004.

questões serão apenas tangenciadas no decorrer da descrição e apresentação dos resultados quantitativos obtidos no decorrer da pesquisa.

2. Resultados

Para o levantamento dos dados sobre as cartas rogatórias, utilizamos a base de dados do site do Supremo Tribunal Federal (*www.stf.gov.br*). A pesquisa foi feita pelo termo ROGATÓRIA dentro do campo 'decisões monocráticas'. Foram encontradas 655 decisões, envolvendo Cartas Rogatórias (CR), Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira (SE) e Pedido de Extradição (EX). Para a pesquisa, foram consideradas apenas as 400 decisões denominadas "CR" pelo distribuidor do STF, totalizando 400. Este conjunto de decisões, referentes ao período compreendido entre 13 de outubro de 1994 a 20 de março de 2004, compõe nosso banco de dados.

Se considerarmos os números de distribuição da primeira e da última carta rogatória do banco de dados, é possível identificar que, no decorrer deste mesmo período, entraram no STF 3.890 cartas rogatórias. Não há, no entanto, como estabelecer qualquer tipo de relação entre as 400 cartas do nosso banco e o total de cartas do período. Isto porque, ao contrário dos acórdãos, que são todos disponibilizados no site a cada sexta-feira, as decisões monocráticas passam por um processo de seleção manual, não baseado em critérios objetivos.[14] Isto significa que os resultados quantitativos apresentados nesse artigo não representam a totalidade de cartas rogatórias do período, mas apenas o total de decisões disponibilizadas ao público na página do STF.

14. De acordo com as informações fornecidas pelo Sr. Alaor Assis Fernandes, chefe da coordenadoria de análise de jurisprudência da Secretaria de documentação do STF desde 1997, tendo em vista o "enorme volume" de decisões monocráticas proferidas semanalmente pelo Supremo, é necessário fazer uma seleção. Responsável por grifar em vermelho em cópia impressa do Diário Oficial da União, as decisões monocráticas que vão para o site, Sr. Alaor explica que os "critérios de seleção são subjetivos" e que procura "eliminar as decisões muito repetitivas, sem muito interesse ao usuário do site". Agradecemos mais uma vez ao Sr. Alaor, que nos recebeu em 22 de julho de 2004 e prestou gentilmente esclarecimentos fundamentais à pesquisa.

2.1 *Descrição do procedimento das cartas rogatórias passivas no STF*

A carta rogatória é registrada e distribuída no STF e encaminhada ao Ministro Presidente. Após leitura do conteúdo e do pedido, o Ministro pode (i) intimar os interessados na carta para dar ciência do processo que tramita na Justiça rogante, (ii) dar vista à Procuradoria Geral da República (PGR) ou ainda (iii) negar prosseguimento ao pedido por uma das três razões apontadas acima (ofensa à soberania nacional ou à ordem pública e caráter executório) e também por falta de documentação.

Tomam-se então dois rumos diferentes: quando há intimação do interessado é possível que ele impugne o pedido num prazo de cinco dias (pelos mesmos motivos descritos acima), quando não há essa necessidade o processo segue para a apreciação da Procuradoria.

A parte pode apresentar impugnação num prazo de cinco dias após a juntada do Aviso de Recebimento. Terminado esse prazo, o processo é levado à Procuradoria para que ela emita parecer sobre o pedido da carta rogatória e, existindo impugnação, sobre sua eventual procedência.

Retornados os autos ao Presidente, o parecer dado pela PGR é apreciado e o pedido rogatório julgado. Havendo contrariedade em relação ao parecer, ele pode dar nova vista à PGR para que ela elucide alguma questão ou atente para determinado aspecto do pedido. Em poucos casos o parecer da Procuradoria é contrariado pelo STF, na maioria das vezes o relator segue o parecer e concede a execução ao pedido apenas seguindo e reproduzindo o parecer fornecido pela PGR.[15]

Negado o *exequatur*, o pedido é devolvido ao rogante. Quando o *exequatur* é concedido, abre-se prazo para Agravo Regimental (cinco dias) e posterior baixa dos autos para realização das diligências. Caso o pedido esteja

15. Localizamos apenas 8 casos em que o voto do Presidente é contrário ao parecer da Procuradoria, como no caso das cartas rogatórias CR 10849, CR 10920 e CR 11268. Vale destacar que a numeração indicada refere-se ao número do protocolo da carta rogatória e não ao número de distribuição.

de alguma forma incompleto, sob a ótica do STF ou da Procuradoria, é convertido em diligências para que o Ministério das Relações Exteriores brasileiro diligencie junto à embaixada do país rogante a fim de que a documentação seja complementada.[16]

Os autos são encaminhados ao Tribunal Regional Federal da região em que as diligências devem ser realizadas e então dirigidos ao órgão federal que deve cumpri-las.

É importante ressaltar que a demora na concessão do *exequatur* à carta rogatória faz com que o cumprimento do pedido se torne ineficaz nos casos em que a diligência requisitada necessita de urgência no cumprimento (quebra de sigilo ou interceptação telefônica) ou mesmo tem data certa para ocorrer (audiências marcadas previamente pelo rogante). Desse modo, a eficácia do pedido fica prejudicada pela exigência de que o trâmite completo do pedido seja executado.[17] Após o retorno dos autos, é feita a conferência pelo STF e, caso exista pendência, há novo encaminhamento para a complementação. Ao retornar cumprida, abre-se prazo para embargos de declaração. Terminada essa fase, o processo é finalizado e a carta rogatória é devolvida ao juízo rogante.

16. Na execução dessas diligências pedidas pelo STF ao Ministério das Relações Exteriores ou ao Ministério da Justiça, observou-se em alguns casos (CR 7957, CR 8591, CR 9191, CR 10.324, CR 10.712, CR 10.865, CR 10.906, CR 11.027) que a demora no cumprimento das diligências ocasionou a devolução da Carta ao rogante não cumprida pela demora no trâmite legal. Conforme texto exemplificativo da CR 8591: "A pretendida concessão de *exequatur*, em tempo hábil, não se revela possível, neste caso, em face da necessidade de observância da disciplina ritual inerente ao processamento das cartas rogatórias. Por tal razão, deixo de conceder o pretendido *exequatur*".

17. A título de exemplo: "Cuida-se de carta rogatória encaminhada pelo Tribunal da Comarca de Pinneberg, com o objetivo de citar, com entrega de documentos, *[a interessada]*, para comparecer à audiência designada para o dia 24 de maio de 2002. A intimação, via postal, para impugnação foi devolvida por não ter sido encontrada a interessada. O Ministério Público Federal opinou pela concessão do pedido. 4. O *exequatur* foi concedido e a rogatória enviada à Justiça Federal no Estado de São Paulo para cumprimento da diligência. Verifica-se, conforme certidões de fls. 94 e 98, que a citação com a respectiva entrega dos documentos se deu em 21 de maio de 2003. Ante essas circunstâncias, determino a devolução desta carta rogatória à origem, por via diplomática, registrando que a citação só ocorreu após a data designada para a audiência." (CR 10.159)

2.2 Resultados gerais

No período analisado, exerceram a Presidência e, logo, decidiram sobre a concessão de cartas rogatórias os Ministros Marco Aurélio, em 201 casos, Maurício Corrêa, em 119, Carlos Veloso em 44, Celso de Melo em 17, Sepúlveda Pertence em 15 e Nelson Jobim em 04.

No tocante aos objetos, especificamente na área penal, foram identificados mais de 20 tipos penais diferentes. Dentre os quais estão: homicídio, roubo, furto, acidente de trânsito, atentado terrorista, atentando violento ao pudor, perturbação da ordem, comércio fraudulento, contrabando, corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, falsificação de moedas, seqüestro de crianças, tráfico de drogas e tráfico de mulheres.

Apresentamos, a seguir, tabelas específicas referentes aos levantamentos realizados. Privilegiamos, nos limites deste artigo, a sistematização das informações referentes ao número de cartas rogatórias de acordo com o país, ao ramo do direito, ao tipo de diligência solicitada, ao resultado da carta (concessão ou denegação), à existência de recurso e à incidência dos argumentos utilizados para denegar o *exequatur*. Algumas tabelas apresentam dados em forma pura e, quando pertinente, realizamos cruzamentos entre diferentes grupos de dados.

Tabela 1

Número de cartas rogatórias por país.

CR – total	Quant.	%	CR - só penal	Quant.	% do total	% por país
Alemanha	31	7,8%	Alemanha	4	3,6%	12,9%
Argentina	133	33,3%	Argentina	28	25,2%	21,1%
Áustria	6	1,5%	Áustria	2	1,8%	33,3%
Bélgica	4	1,0%	Bélgica	3	2,7%	75,0%
Bolívia	2	0,5%	Bolívia	0	0,0%	0,0%

CR – total	Quant.	%	CR - só penal	Quant.	% do total	% por país
Chile	8	2,0%	Chile	4	3,6%	50,0%
China	1	0,3%	China	0	0,0%	0,0%
Colômbia	9	2,3%	Colômbia	6	5,4%	66,7%
Costa Rica	1	0,3%	Costa Rica	1	0,9%	100,0%
Dinamarca	3	0,8%	Dinamarca	2	1,8%	66,7%
El Salvador	1	0,3%	El Salvador	1	0,9%	100,0%
Espanha	14	3,5%	Espanha	2	1,8%	14,3%
EUA	31	7,8%	EUA	1	0,9%	3,2%
França	26	6,5%	França	9	8,1%	34,6%
Grécia	3	0,8%	Grécia	1	0,9%	33,3%
Holanda	2	0,5%	Holanda	1	0,9%	50,0%
Inglaterra / Grã-Bretanha	7	1,8%	Inglaterra / Grã-Bretanha	1	0,9%	14,3%
Itália	14	3,5%	Itália	8	7,2%	57,1%
Japão	21	5,3%	Japão	0	0,0%	0,0%
México	2	0,5%	México	0	0,0%	0,0%
Noruega	1	0,3%	Noruega	0	0,0%	0,0%
Paraguai	3	0,8%	Paraguai	1	0,9%	33,3%
Peru	1	0,3%	Peru	0	0,0%	0,0%
Portugal	39	9,8%	Portugal	16	14,4%	41,0%
Suíça	18	4,5%	Suíça	11	9,9%	61,1%
Turquia	2	0,5%	Turquia	0	0,0%	0,0%
Uruguai	16	4,0%	Uruguai	8	7,2%	50,0%
Venezuela	1	0,3%	Venezuela	1	0,9%	100,0%
TOTAL	400	100,0%	TOTAL	111	100,0%	27,8%

Tabela 2

Número de cartas rogatórias por ramo do direito

Ramo do Direito	Quant.	%
Penal	110	27,5%
Civil	259	64,75%
Administrativo	1	0,25%
Comercial	21	5,25%
Financeiro	4	1%
Trabalhista	4	1%
Não identificado	1	0,25%
TOTAL	400	100,0%

Tabela 3

Número de cartas rogatórias por tipo de diligência

Diligência	Quant.	%
Citação, intimação, inquirição de testemunhas	211	52,75%
Fornecimento de documentos e informações	166	41,5%
Quebra de sigilo bancário	20	5%
Seqüestro de bens	3	0,75%
TOTAL	400	100,0%

As diligências foram catalogadas em 7 tipos: citação, intimação, inquirição de testemunhas, fornecimento de documentos, fornecimento de informações, quebra de sigilo bancário e seqüestro de bens. No entanto, a maior parte das cartas rogatórias envolve mais de uma diligência, o que fez com que fracionássemos estes 7 tipos em 11 entradas, para contemplar todas as combinações possíveis. Tendo em vista os objetivos da pesquisa, reagrupamos estas 11 em 4 grandes categorias: (i) apenas pedidos comuns (citação, intimação, inquirição de testemunhas), (ii) pedidos envolvendo, dentre outros, entrega de documentos e informações, (iii) pedidos envolvendo, entre outros, quebra de sigilo bancário, e (iv) pedidos referentes a seqüestro de bens.

Tabela 4

Tipo de diligência, Ramo do direito, Resultado (concessão ou denegação)

TIPO DE DILIGÊNCIA POR RAMO DO DIREITO								
PENAL	Concedidas	%	Negadas	%	Prejudicada	%	TOTAL	%
Citação, intimação, inquirição de testemunhas*	23	74%	7	23%	1	3%	31	27%
Fornecimento de documentos e Informações*	45	71%	10	16%	8	13%	63	55%
Quebra de Sigilo Bancário	4	20%	16	80%	0	0%	20	18%
TOTAL	72	63%	33	29%	9	8%	114	100%
* 1 Carta não foi julgada								
CÍVEL	Concedidas	%	Negadas	%	Prejudicada	%	TOTAL	%
Citação, intimação, inquirição de testemunhas[1]	139	84%	23	14%	3	2%	165	65%
Fornecimento de documentos e informações	62	73%	19	22%	4	5%	85	34%
Sequestro de Bens	0	0%	2	100%	0	0%	2	1%
TOTAL	201	80%	44	17%	7	3%	252	100%
[1] 2 cartas não julgadas								
OUTRAS ÁREAS	Concedidas	%	Negadas	%	Prejudicada	%	TOTAL	%
Citação, intimação, inquirição de testemunhas	11	92%	1	8%	0	0%	12	41%
Fornecimento de documentos e informações[2]	12	75%	3	19%	1	6%	16	55%
Sequestro de Bens	1	100%	0	0%	0	0%	1	3%
TOTAL	24	83%	4	14%	1	3%	29	100%
[2] 1 carta não julgada								
TODAS AS ÁREAS	Concedidas	%	Negadas	%	Prejudicada	%	TOTAL	%
Citação, intimação, inquirição de testemunhas [3]	173	83%	31	15%	4	2%	208	53%
Fornecimento de documentos e informações [4]	119	73%	32	20%	13	8%	164	42%
Quebra de Sigilo Bancário	4	20%	16	80%	0	0%	20	5%
Sequestro de Bens	1	33%	2	67%	0	0%	3	1%
TOTAL	297	75%	81	21%	17	4%	395	100%
[3] 3 CRs que pediam esse tipo de diligência ainda não foram julgadas								
[4] 2 CRs que pediam esse tipo de diligência ainda não foram julgadas								

A tabela 4 realiza um cruzamento das informações relativas à área do direito, ao tipo de diligência e ao número de concessões e denegações. Dessa forma, pode-se notar que, considerando o conjunto total de cartas rogatórias, o Supremo concede muito mais que denega (75% de concessões contra 21% de denegações). Esta relação modifica-se ao considerarmos separadamente as cartas relativas à matéria penal e à matéria civil. Como se vê, na área penal o resultado da carta corresponde a 63% de concessões contra 29% de denegações, enquanto que na área civil esta relação altera-se para 80% de concessões contra 17% de denegações.

Vale lembrar que a alta taxa de concessões é fortemente influenciada, em todas as áreas, pelas citações, intimações e inquirições de testemunhas que, em todas as áreas, têm as taxas mais elevadas de concessão. O mesmo não ocorre quando se trata de medidas relacionadas à quebra de sigilo bancário. Especificamente relacionadas à área penal, havendo solicitação desta natureza o padrão de resultado das cartas inverte-se: 80% de denegações contra 20% de concessões.

Tabela 5

Resultado, de acordo com o objeto da carta.

Matéria Penal

PENAL				
OBJETO	Concedido	Negado	Parcial	TOTAL
acidente de trânsito	1	0	0	1
Atentado Terrorista	6	2	1	9
atentado violento ao pudor	1	0	0	1
perturbação à ordem pública	1	0	0	1
Comércio fraudulento	1	0	0	1
confirmação sobre existência de Ação Penal contra os interessados	0	1	0	1
Contrabando	1	0	0	1
crimes contra a honra	0	1	0	1
Emissão de Cheque sem Cobertura	2	0	0	2
Extradição	1	0	0	1
falsificação de moeda	0	1	0	1
Furto	1	0	1	2
homicídio	3	1	3	7
infração contra a ANAG (lei sobre estrangeiros - Suíça)	1	0	0	1
não apurado	1	0	1	2
não especificado [1]	37	11	5	53
Operação Condor	1	0	0	1
Prisão decretada no exterior	1	0	0	1
remessas ilegais ao exterior	1	0	0	1
roubo de bens patrimoniais	0	0	1	1
roubo de veículo	1	2	0	3
Seqüestro	1	3	0	4
Tráfico de Drogas	7	1	4	12
Tráfico de Mulheres	0	0	1	1
Lavagem de Dinheiro e outros (corrupção, falência fraudulenta, estelionato)	2	2	2	6
TOTAL	71	25	19	115
[1] 2 ainda não foram julgadas				

Tabela 6

Resultado, de acordo com o objeto da carta: Civil

CIVIL				
OBJETO	**Concedido**	**Negado**	**Parcial**	**TOTAL**
abandono de família	1	1	0	**2**
ação de cobrança	4	0	0	**4**
ação de indenização	12	0	0	**12**
Ação declaratória de nulidade de registro de imóveis	1	0	0	**1**
averiguação adquirida de direitos de imagens	1	0	0	**1**
coleta de sangue	1	0	0	**1**
Comparecimento em audiência	1	0	0	**1**
débito de pensão alimentícia	0	1	0	**1**
declaração testemunhal	0	1	0	**1**
declarações falsas	1	0	0	**1**
Descumprimento de decisão judicial	0	1	0	**1**
Dívida *	0	1	0	**1**
Dívida de Jogo	1	3	0	**4**
dívida em pensão alimentícia	1	0	0	**1**
Dívida no exterior decorrente de sociedade comercial	1	0	0	**1**
divórcio	10	1	0	**11**
embargo de bens	0	1	0	**1**
guarda de menor e direito de visita	5	0	2	**7**
liquidação de sociedade conjugal	1	0	0	**1**
localização de menor	1	0	0	**1**
não especificado *	144	28	4	**176**
nenhum	3	0	0	**3**
Pagamento de Direitos Autorais	1	0	0	**1**
Partilha	0	1	0	**1**
Paternidade	3	1	0	**4**
penhora de imóvel	0	1	0	**1**
pensão alimentícia	0	1	0	**1**
perdas e danos	1	0	0	**1**
prescrição aquisitiva de imóvel	1	0	0	**1**
quebra de uma prótese mamaria implantada	0	1	0	**1**
reavaliação de bens	1	0	0	**1**
regulação de honorários	0	0	1	**1**
reparação de danos	1	0	0	**1**
repatriamento de restos mortais	1	0	0	**1**
resgate de títulos da dívida pública entre 1902 e 1911.	0	1	0	**1**
separação litigiosa	1	0	0	**1**
Transcrição e registro de direito de propriedade.	1	0	0	**1**
violação contratual e descumprimento de obrigações fiduciárias	1	0	0	**1**
TOTAL	**201**	**44**	**7**	**252**
* 1 CR ainda não foi julgada				

Os levantamentos relacionados ao objeto da carta rogatória, isto é, ao tipo penal investigado no país de origem, foram fortemente prejudicados pela falta de informações a este respeito.[18] Como se vê na tabela 5, em 46% dos casos relacionados à área penal, não há indicação do objeto na folha de rosto da decisão (informações detalhadas), ou mesmo no corpo da decisão. Em relação à esfera civil, este número é ainda maior: em 69% dos casos não há especificação do objeto do procedimento que tramita no juízo rogante (tabela 6).

De qualquer forma, entre as cartas que sim indicam o crime relacionado ao pedido de cooperação, é possível notar que "tráfico de drogas" lidera com 12 pedidos, seguido de "atentado terrorista" com 9 solicitações, "homicídio" com 7 e lavagem de dinheiro com 6 pedidos. Na esfera civil, o maior número de pedidos refere-se a "ações de indenização", em 12 casos; seguido de "divórcios", em 11; "guarda de menores" em 7 pedidos e, enfim, "dívida de jogo", "paternidade" e "ação de cobrança" com 4 pedidos cada.

Tabela 7

Interposição de recursos, por tipo de diligência

TODAS AS CARTAS	Sem Recurso	%	Com um Recurso	%	Mais de um Recurso	%	TOTAL
Citação, intimação, inquirição de testemunhas	135	64%	69	33%	7	3%	211
Fornecimento de documentos e informações	147	89%	15	9%	4	2%	166
Quebra de Sigilo Bancário	14	70%	4	20%	2	10%	20
Sequestro de Bens	2	67%	1	33%	0	0%	3
TOTAL	298	75%	89	22%	13	3%	400

PENAL	Sem Recurso	%	Com um Recurso	%	Mais de um Recurso	%	TOTAL
Citação, intimação, inquirição de testemunhas	19	59%	11	34%	2	6%	32
Fornecimento de documentos e informações	58	91%	3	5%	3	5%	64
Quebra de Sigilo Bancário	14	70%	4	20%	2	10%	20
Sequestro de Bens	0	0%	0	0%	0	0%	0
TOTAL	91	78%	18	16%	7	6%	116

CIVIL	Sem Recurso	%	Com um Recurso	%	Mais de um Recurso	%	TOTAL
Citação, intimação, inquirição de testemunhas	110	66%	52	31%	5	3%	167
Fornecimento de documentos e informações	75	88%	9	11%	1	1%	85
Quebra de Sigilo Bancário	0	0%	0	0%	0	0%	0
Sequestro de Bens	1	50%	1	50%	0	0%	2
TOTAL	186	73%	62	24%	6	2%	254

18. Para o levantamento destes dados foram consultados todos os documentos disponíveis na página do STF em relação a cada uma das cartas rogatórias, isto é, a página de rosto e os itens "detalhes" e "andamento".

A interposição de recursos pela parte interessada desempenha papel fundamental no que diz respeito ao tempo de tramitação das cartas rogatórias. Por essa razão, no decorrer da coleta de dados, para carta rogatória pesquisada, indicamos a existência de recurso, e em caso positivo, a quantidade e o tipo, bem como as datas correspondentes à tramitação. A tabela 7 consolida as informações referentes à interposição de recurso, de acordo com a área do direito e o tipo de diligência solicitada. Como se vê, há um padrão regular de interposição de recursos: foram interpostos um ou mais recursos em 22% as cartas penais e em 26% das cartas em matéria civil. A interposição reiterada de recurso em uma mesma carta rogatória é, no entanto, mais freqüente na esfera penal (6% do total de cartas penais) que na civil (2% do total de cartas cíveis).

2.3 Tempo de tramitação das cartas rogatórias

Para preparar a estatística descritiva do tempo de tramitação consideramos, do total de cartas rogatórias, apenas as concluídas, isto é, as 309 cartas que já haviam sido devolvidas ao juízo rogante. Dentro deste grupo, calculamos o tempo de tramitação levando em conta 3 variáveis: o ramo do direito, a eventual existência de recurso e o resultado (concedidas e não concedidas). No tocante ao ramo do direito, distinguimos entre cartas rogatórias "não penais", "penais" e "todas". As duas outras variáveis são binárias: "com recurso" ou "sem recurso" e "concedido" ou "negado".

As estatísticas estão apresentadas, em dias, pelo mínimo e máximo de dias (primeira linha) e pela mediana (segunda linha), ambos contabilizados em cada categoria. Tendo em vista a substancial variação entre o mínimo e o máximo em alguns casos, utilizamos a mediana em detrimento da média, que não é afetada pelos valores extremos, para identificar o tempo de tramitação dos procedimentos.[19]

19. De acordo com Fernão Lima, estatístico responsável pela preparação dos dados.

Tabela 8

Tempo de tramitação consolidado (em dias)

		Da entrada à devolução ao rogante	
	Da entrada à decisão do STF	Sem recurso	Com recurso
matéria penal	10 – 1317	46 – 2345	302 – 1336
	139	**349**	**494,5**
matéria não penal	5 – 1381	35 – 2121	86 – 5005
	164	**361**	**370**
todas as cartas	5 – 1381	35 – 2345	86 – 5005
	156	**357**	**378**

A primeira coluna refere-se ao tempo de tramitação das cartas rogatórias no interior do STF. O objetivo aqui é medir o tempo que o STF leva para decidir pela concessão ou não da carta rogatória. Este marco temporal exclui o período de eventual cumprimento das cartas rogatórias concedidas, bem como o tempo despendido com eventual tramitação de recurso, razão pela qual eliminamos as variáveis referentes à interposição de recurso. A segunda coluna indica o tempo total de tramitação da carta rogatória, da data do primeiro registro no cartório do STF até a data de devolução da carta ao juízo rogante.

Como indicado anteriormente, o objetivo primordial desta pesquisa sobre a tramitação das cartas rogatórias passivas é descrever o funcionamento das instituições e dos procedimentos do sistema de justiça brasileiro com base em fontes de informação diferentes das normas jurídicas ou da doutrina. Espera-se, dessa forma, contribuir à elaboração do desenho institucional da cooperação penal internacional no Brasil. Refletir sobre este desenho institucional exige que nos debrucemos sobre ao menos duas questões. A primeira delas diz

respeito à consolidação e à revisão do quadro normativo brasileiro. Nesse sentido parece indispensável avaliar os efeitos que normas da época do Império geram na cooperação penal internacional em um mundo globalizado.[20] A segunda questão diz respeito à necessidade de participação dos tribunais superiores brasileiros na tramitação dos pedidos de cooperação internacional. Afinal, pensar no desenho institucional para a cooperação penal internacional significa avaliar quais são os órgãos e os procedimentos mais indicados a garantir uma tramitação de pedidos adequada a nossa Constituição Federal e aos compromissos assumidos pelo Brasil em tratados e acordos internacionais.

20. Sobre os obstáculos que as legislações penais nacionais enfrentam para se adequar às transformações da sociedade contemporânea ver Maíra Rocha MACHADO. *Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

Reparação começa com a anistia[1]

Maria Amélia de Almeida Teles

Integrante da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, da União de Mulheres de São Paulo/ Projeto Promotoras Legais Populares e ex-integrante da Comissão Municipal de Direitos Humanos, coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

Sumário: 1. Introdução – 2. Reparação e seus significados – 3. Anistia – 4. Resultados da Anistia – 5. Em relação aos mortos e desaparecidos políticos – 6. Os Desaparecidos Políticos do Araguaia – 7. Conclusões – 8. Bibliografia.

Resumo: A anistia política no Brasil, promulgada em 1979, foi parcial e restrita e, portanto, seus efeitos não deveriam garantir nem justificar a impunidade aos torturadores.Nem todos os presos políticos sequer foram anistiados. Assim foram editadas outras leis para ampliar e obter a reparação econômica e histórica da luta de resistência ao autoritarismo:um processo ainda em construção. A idéia tão difundida da anistia recíproca não resiste a uma análise mais cuidadosa do texto legal. Na realidade, os torturadores não foram anistiados pois sequer foram processados. A anistia é bandeira imperiosa ainda que seja tardia.

Palavras-chave: Anistia – Reparação de danos morais e materiais – Crimes conexos – Impunidade – Mortos e desaparecidos políticos.

1. Texto apresentado no Seminário sobre Violação dos Direitos Humanos e Políticas de Reparação, realizado em La Paz, Bolívia, nos dias 31.07 a 05.08.2003.

1. Introdução

O termo reparação vem sendo usado no Brasil, principalmente a partir da edição da lei 9.140/95, conhecida também como a Lei dos Desaparecidos Políticos e, mais recentemente com a edição da Lei 10.559/2002. Esta lei, inicialmente, uma medida provisória, foi aprovada pelo Congresso Nacional, em novembro de 2002 e recebeu também o nome de Lei da Anistia. Outras leis estaduais foram também editadas a partir de meados dos anos 90. Foram aprovadas nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Goiás, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná. No Rio de Janeiro, a lei foi aprovada e, recentemente implementada, estando em funcionamento a Comissão responsável por analisar os casos, ainda em fase de acolher os requerimentos. Trata-se da Lei 3.744, de 21 de dezembro de 2001. As leis estaduais tiveram o alcance pequeno e os valores das indenizações são muito baixos. Têm apenas um significado simbólico. Serviram, de alguma forma, para pressionar o governo federal a regulamentar e efetivar o dispositivo constitucional. Foram usadas também para contornar a dificuldade de cobrar as atrocidades praticadas pelo Exército e as Forças Armadas.

2. Reparação e seus significados

Reparação, com um sentido político, significa o desejo de resgatar a história, as idéias, a alma dos movimentos sociais e seus ideais até as indenizações e recuperações dos danos morais e materiais. Significa sobretudo o envolvimento do aspecto econômico que tem sido o motivo maior dos debates entre os ex-presos políticos e os governos.

Reparação é um ato de ressarcimento, de indenização, de compensação, como também, de reestabelecimento de um determinado *status*. É a recuperação de um espaço político e social, envolvendo atos para consertar algo que foi tratado de forma errada e desastrosa. É a restauração do que foi danificado, maltratado,

desestruturado, destruído. A reparação permite a compensação por danos morais e materiais daquelas pessoas que sofreram de maneira individual mas também os danos morais e materiais que recaíram sobre toda a sociedade e inclusive sobre o próprio aparelho do Estado, que passou a ser ainda mais desacreditado, na medida que foi responsável pela elaboração e execução de políticas públicas de repressão, de subordinação, de violência, de prisões, assassinatos e desaparecimentos de opositores políticos. A reparação impõe ao Estado o reconhecimento de sua responsabilidade pelos crimes cometidos por agentes que se encontram ou encontravam a seu serviço.

No Brasil, a idéia de reparação vem sendo construída num caminho tortuoso, onde, frequentemente, a verdade e a justiça são e foram, muitas vezes, relegadas a um plano secundário ou mesmo ignoradas.

O processo de reparação teve seu início a partir da luta pela anistia.

Antes mesmo de que ela fosse conquistada, houve tentativas, todas frustradas em associar a idéia de anistia à reparação dos direitos dos funcionários públicos e de estudantes exonerados e expulsos dos serviços públicos e universidades acusados de *subversivos.*

3. Anistia

A anistia, almejada por diversos setores da sociedade, deveria ser um ato do poder público visando extinguir todas as conseqüências de uma punição que atingiu às pessoas acusadas de opositoras de um regime arbitrário, autoritário e ditatorial.

Ao longo da história brasileira, a anistia foi usada tanto nos períodos da Colônia, do Império como da República.

Anistia se resume à idéia de uma borracha que apaga os crimes cometidos, o que leva, então, uma pessoa condenada a não dever mais nada ao Estado, e sim este é que passa a lhe dever pelas perdas e pelos transtornos causados.

A Lei 6.683, sancionada pelo Presidente militar, João Baptista Figueiredo, no dia 28 de agosto de 1979, concedeu anistia aos que *cometeram crimes políticos ou conexos com estes*, excetuando-se dos *benefícios da anistia os que foram condenados por prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.*

De um modo geral, foram excluídos os que participaram da luta armada.

Os crimes políticos foram assim considerados aqueles contrários às disposições da Lei de Segurança Nacional. Os mais comuns seriam os crimes de opinião contrária aos governos militares: a edição de jornais e panfletos que denunciavam as arbitrariedades da ditadura, a participação de reuniões clandestinas ou as ações armadas.

Os crimes conexos, neste caso, significam os crimes praticados para viabilizar a execução dos chamados crimes políticos propriamente ditos. É o caso, por exemplo, do uso de um documento de identidade falso quando se vivia clandestinamente.

A doutrina jurídica apresentada pelo penalista Luiz Regis Prado refere-se à conexão como:

"... a prática de um delito para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 61, II, *b*, Código Penal brasileiro), ainda que este não se realize.

Pressupõe a existência de dois crimes, entre os quais há conexão teleológica (meio/fim) ou conseqüencial (causa/efeito). A prática delitiva para facilitar ou assegurar a execução de outro crime (conexão teleólogica) ou sua ocultação, impunidade ou vantagem (conexão conseqüencial) agrava a pena por ser maior a medida da culpabilidade."[2]

Os crimes conexos são cometidos por aquelas pessoas que, decididas em praticar um crime, utilizam-se da prática de outros crimes para que o mesmo se

2. Prado, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 460, 2. ed., 2001, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

realize. Difere dos crimes praticados pelos agentes do Estado que o fizeram sob os auspícios de políticas públicas à revelia da lei editadas pela Ditadura Militar para impedir a existência de uma oposição organizada e atuante.

A anistia, por sua vez, pressupõe a extinção dos efeitos penais dos delitos cometidos, tornando impunes seus autores. A doutrina estabelece que anistia pode ser geral ou plena, de concessão ampla e indistinta. Admite-se, porém a anistia parcial e restrita *quando sua outorga encontra-se circunscrita a determinados agentes ou limitada a uma categoria de crimes especificados em lei.* No caso brasileiro, a anistia foi parcial e restrita. Por isso foi concedida, individualmente, e apenas para os que cometeram *determinados crimes.* O governo militar divulgou, por meio de apresentação de listas, os nomes das pessoas anistiadas, no Diário Oficial da União e reproduzidas em jornais da grande imprensa. Foi rigoroso o controle sobre os efeitos da anistia de modo a não perder o pleno domínio sobre aqueles que não deveriam ser anistiados. Não havia como se fazer uma auto-declaração de anistia. Era necessário que a Justiça Militar assim o pronunciasse. E o fazia individual e nominalmente.

Assim é que foi concedida anistia àquelas pessoas processadas formalmente pela Justiça Militar, enquadradas na Lei de Segurança Nacional. Todas elas tiveram seus nomes publicados. As pessoas, cuja prisão não chegou a ser oficializada pelos militares, não foram anistiadas, apesar de terem sido seqüestradas, torturadas, perseguidas e intimidadas o tempo todo pelos agentes policiais. Também não foram anistiadas aquelas pessoas que participaram diretamente da luta armada. Estas saíram das prisões por redução de penas mas não pela anistia.

Há, no entanto, uma interpretação da lei que passou a ser quase um dogma de que os torturadores no Brasil teriam sido anistiados. O que não corresponde literalmente ao texto da lei. É verdade sim que os militares que permitiram a aprovação da lei tivessem essa intenção. Mas isso não foi colocado no papel. Não obstante a lei ter sido editada sob a vigência da ditadura militar, pelo governo Figueiredo, o último ditador, os crimes praticados pelos agentes estatais foram

tão bárbaros que não houve condições políticas para anistiá-los. Portanto, é importante frisar que foram anistiadas as pessoas processadas e condenadas formalmente e que não foram condenadas por ações da luta armada.

A interpretação política da lei foi manipulada de modo que ao anistiar aquelas pessoas que cometeram *crimes conexos* estendeu-se de maneira arbitrária a idéia de que a anistia abrangia os crimes dos torturadores. O que não é verdade. Os torturadores não foram processados, tão pouco condenados. Não foram anistiados. Mas passaram a ser considerados pela mídia, por políticos, e, pasmem todos, pelo próprio judiciário, como se tivessem recebido o benefício da anistia.

A leitura distorcida da lei passou a fazer parte do cotidiano político brasileiro tomando conta da opinião pública. Juristas renomados, políticos da oposição, e até mesmo beneficiados pelo instituto da anistia passaram a acreditar no absurdo e difundí-lo. E se deixaram imobilizar diante do medo e da intimidação de que estariam apostando no retrocesso político se denunciassem a presença de torturadores nos postos de mando, se exigissem a punição dos torturadores ou a simples denúncia da existência de torturadores. O que foi mais grave e praticamente imobilizou a grande maioria da sociedade participante. Não podia e ainda hoje não se pode denunciar a presença de torturadores em cargos importantes do governo que logo vozes poderosas vão invocar a anistia para não tratar do assunto. Ou pior, para deixar como está: torturadores ocupando postos importantes. Isto porque qualquer interpretação distinta da *anistia recíproca* provoca, mesmo nos dias de hoje, pânico. São tachadas de revanchistas e consideradas grave ameaça aos avanços democráticos. Plantou-se a idéia de anistia recíproca, que surgiu nos porões da ditadura e repercute até os dias de hoje.

Outro ponto a considerar é que a lei da anistia foi parcial, excluindo do benefício os que foram condenados pela prática dos chamados *crimes de sangue*. A anistia foi parcial para dividir os brasileiros, colocando-os em dois campos: os que mereciam perdão e os que deveriam ser eternamente condenados. Estes problemas foram usados para impedir qualquer avanço na busca da reparação política e econômica.

Mesmo não sendo a anistia ampla, geral e irrestrita, o projeto aprovado trouxe novas perspectivas para a luta democrática. Trouxe exilados, banidos e as demais pessoas perseguidas de volta para o convívio familiar e social e devolveu a liberdade à maioria dos presos políticos. Abriram-se projetos políticos de reorganização partidária, o que possibilitou novos caminhos para a busca da democracia. A sociedade brasileira revigorou-se para conquistar uma constituinte livre e soberana que elaborasse uma Carta Constitucional sob a égide de princípios democráticos.

No entanto, os familiares dos mortos e desaparecidos políticos continuaram a busca dos restos mortais dos seus entes queridos que não foram reconhecidos pela anistia. Os desaparecidos sequer tiveram direito a um atestado de óbito. Se o objetivo do governo era aprovar a anistia para sedimentar o esquecimento, ocorreu justamente o contrário. Para os familiares e amigos dos mortos e desaparecidos políticos o ato de lembrar ficou mais forte. Todos voltaram, os desaparecidos não.

A impunidade fez parte da construção do esquecimento. Impediu de várias formas o reestabelecimento da justiça e da verdade. Mesmo assim, a luta tomou novas formas e vem se mantendo ainda que, muitas vezes, de maneira quase silenciosa, invisível. Ora, enfatiza aspectos emocionais e afetivos, ora políticos, ora se destaca mais na área acadêmica. Não é uma luta intensa mas é sempre capaz de provocar impactos positivos.

4. Resultados da anistia

A primeira pesquisa feita logo após a edição da anistia foi a análise de quase todos os processos judiciais que chegaram ao Supremo Tribunal Militar: Projeto Brasil Nunca Mais. Um dos resultados deste Projeto foi a publicacão de um livro com o nome: *Um relato para a história: Brasil Nunca Mais,* editado pela primeira vez, em 1985, pela Vozes, pertencente à Igreja Católica. Este livro permaneceu

durante 91 semanas como um dos 10 livros mais vendidos. O nome surgiu sob o impacto do livro publicado, na Argentina, pela *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, sob o título *Nunca Más*.

A pesquisa foi financiada pelo Conselho Mundial de Igrejas. Os processos pesquisados são os que chegaram ao STM – Supremo Tribunal Militar, no período de abril de 1964 a março de 1979. Foram reunidos 707 processos completos, que envolvem cerca de 7 mil pessoas atingidas de alguma forma e dezenas de outros processos incompletos que abrangem mais outras tantas pessoas. Nele, há quase duas mil denúncias de casos de tortura relatados pelos próprios presos que o faziam na auditoria militar diante de um juiz militar, sob a ameaça de voltar a ser torturado, o que em algumas vezes chegou a acontecer.

A publicação deste material serviu de estímulo para prosseguir a busca da reparação. Reforçou a luta pela justiça e a verdade.

Este Projeto talvez seja o único, que teve condições de fazer uma abordagem, ainda que parcial, e com os dados oficiais, do perfil dos atingidos: calcula-se que 12% eram mulheres; 38,9% eram jovens com idade inferior ou igual a 25 anos; 91 réus tinham idade igual ou inferior a 18 anos; quanto à procedência, o maior contingente era paulista, seguido do Rio de Janeiro e Minas Gerais. Os setores mais atingidos foram nesta ordem os militares, sindicalistas, estudantes, políticos, jornalistas e religiosos.

Outra conseqüência dessa luta foi a inclusão dos princípios pétreos na atual Carta Magna que consolida o Estado Democrático de Direito, criminaliza e condena a prática de tortura como inafiançável, a promoção e a garantia dos direitos fundamentais, o repúdio à censura, conquistas que vieram no bojo da luta pela Anistia. A inclusão nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias do art. 8.º que garantiu o direito à reparação e foi consolidado pela regulamentação.

Como a anistia foi incompleta e inacabada, no seu rastro, há milhares de pendências: os mortos e desaparecidos políticos, as aposentadorias não obtidas e as indenizações não efetivadas. Houve necessidade de outras legislações que vêm

atendendo, a conta-gotas, as reivindicações. Primeiro foram atendidos os funcionários públicos civis e militares mas deixaram de fora os marinheiros. Depois os dirigentes sindicalistas e trabalhadores de empresa privada, o que só foi possível efetivar em parte, com a edição da Constituição de 1988[3] e as leis complementares. É interessante observar que o texto constitucional considera beneficiárias as pessoas atingidas no período de 18.09.1946 até a data da promulgação da Constituição (05.10.1988).

Outras dificuldades de concessão da anistia para efeitos de reparação foram colocadas. O ônus da prova recai sobre as vítimas. O Estado não move uma palha para apurar as circunstâncias da prisão ou da perseguição, dificultando inclusive o acesso às informações mantidas ainda hoje em sigilo.Tanto é que até 1996 havia apenas um número reduzido de aposentadorias de anistiados. Mas o ex-Presidente da República, Fernando Henrique e o atual, Luis Ignácio Lula da Silva, já foram beneficiados e recebem essa aposentadoria excepcional, hoje denominada pensão permanente.

Em abril de 2000, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, que foi advogado de preso político à época da ditadura, elaborou texto de uma medida provisória que deveria cuidar de diversas ações reparatórias. Devido a essa iniciativa, houve um desentendimento com os militares o que levou o Ministro a ser demitido. Seu sucessor, José Gregori, enxugou o texto e, em 21.05.2001, foi editada a MedProv 2.151 pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Essa medida visava satisfazer o pedido de anistia para apenas 2.500 pessoas e de uma certa forma colocar um ponto final no assunto.[4] Mesmo restritiva, a medida provisória garantiru pelo menos alguns direitos: a declaração da condição de anistiado político mesmo aos ex-guerrilheiros; a reparação econômica em

3. Art. 8.º da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Constituição Federal de 1988 e a *Lei 8.213 de 1991, que garantiu o direito à aposentadoria excepcional.*

4. *Mezarobba, Glenda – Um Acerto de Contas com o Futuro: A Anistia e suas Conseqüências – Um Estudo do Caso Brasileiro – Dissertação de Mestrado/Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2003.*

caráter indenizatório mesmo para aqueles que não têm como comprovar seu trabalho no período da ditadura; a contagem do tempo em que esteve na luta contra a ditadura para fins previdenciários; retorno ao curso interrompido ou reconhecimento de diploma no exterior.

A crítica principal do movimento pela anistia a essa medida se deu em torno da prestação única para efeitos indenizatórios que estabelecia o teto máximo de 100 mil reais e a restrição dos beneficiados. Deveria estender seu alcance a outros perseguidos políticos como parlamentares cassados, marinheiros, etc.

Foi criada, então, uma Comissão no Congresso Nacional para elaborar uma legislação que desse conta de todas as reivindicações, para regulamentar o art. 8.º da ADCT. O projeto foi finalmente aprovado em novembro de 2002, transformando-se na Lei 10.559.

Esta lei busca garantir os seguintes benefícios:

- reparação econômica de caráter indenizatório;

- contagem para todos os efeitos do tempo em que esteve afastado de suas atividades profissionais;

- conclusão do curso ou registro de diploma obtido no exterior;

- inclui todos os perseguidos políticos inclusive os atingidos por atos institucionais ou de exceção;

- garante pensão permanente para os que trabalhavam e foram impedidos de fazê-lo por motivos de perseguição política;

- Suas despesas ocorrerão por conta do Tesouro Nacional, não sobrecarregando as despesas previdenciárias.

A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça reuniu todos os processos de anistia em âmbito federal, sejam aqueles que estavam no Ministério do Trabalho ou em outros ministérios.

Até junho de 2003, foram requeridos por volta de 25 mil pedidos, segundo o atual Presidente da Comissão de Anistia, Marcelo Lavanére. Mas há pedidos que deverão ser indeferidos por não terem consistência ou não terem fundamento, segundo avaliação dos membros da própria Comissão.

Há problemas com a aplicação dessa lei que são os seguintes:

A – A divulgação tem sido pequena não alcançando o contingente da população atingida.

B – O ônus das provas da militância, prisão, perseguição recai sobre as vítimas. As vítimas se organizam a partir de suas condições sociais e econômicas. Há aquelas que têm mais poder de pressão abrindo espaços prioritariamente para os setores de sua categoria profissional. Outras vítimas se encontram mais dispersas e em situações profissionais mais desvantajosas pois suas profissões estão em descenso ou acabaram. Têm, portanto, menos poder de pressão. Há necessidade urgente de que o governo estabeleça critérios de justiça e de equilíbrio, estabelecendo valores uniformes, tetos para os retroativos e que sejam de fato efetivados os pagamentos.

As questões principais colocadas em torno da aplicação dessa lei são garantir a prioridade para os mais idosos e doentes; respeitar a ordem de entrada dos processos, buscando responder com agilidade os pedidos.

Há um ponto importante a ressaltar: como já foi aqui colocado, o período de abrangência da Lei 10.559, de 23.11.2002 é de 18.09.1946 até a data da promulgação da Constituição, 05.10.1988. Não há prazo para entregar o requerimento solicitando a indenização e a pensão permanente. O que está de acordo com os princípios dos direitos humanos. Segundo Dra. Paula Febrot *a qualquer momento pode-se cobrar responsabilidade dos crimes cometidos contra os Direitos Humanos*. Vejamos o exemplo. Passados 55 anos dos fatos, a imprensa noticiou no dia 25 de junho de 2003 que um judeu deu entrada a uma ação judicial, em Nova Iorque, contra uma ferrovia francesa. O autor da ação, que hoje tem 79 anos, viu sua mãe sendo levada para Auschwitz, em um vagão de carga, em 1942, quando morava na França. A partir daquela data, sua mãe nunca mais foi vista. A ação judicial contou com a adesão de cerca de 300 outras pessoas que também vivenciaram histórias semelhantes, nessa mesma situação A ação foi impetrada contra a SNCF (*Societé Nationale des Chemins de Fer*) rede ferro-

viária francesa que à época dos fatos encontrava-se a serviço dos nazistas invasores tendo a frente o marechal colaboracionista Pétain. O judeu e os demais autores da ação deram entrada em Nova Iorque porque a França recusa receber ações como essa.[5]

Quando se trata de violações de direitos humanos, não pode haver existência de prazos e amplia-se a competência jurisdicional para acolher e encaminhar as reparações.

5. Em relação aos mortos e desaparecidos políticos

A ditadura deixou um macabro rastro de 217 mortos e 152 desaparecidos políticos, dados esses computados pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos e demais entidades de direitos humanos constantes no Dossiê de Mortos e Desaparecidos Políticos, publicado em 1984, pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e, em 1996, pelos governos de Pernambuco e São Paulo.

O termo desaparecido é usado para definir a condição daquelas pessoas que apesar de terem sido seqüestradas, torturadas e assassinadas pelos órgãos de repressão, as autoridades governamentais jamais assumiram suas prisões e mortes. Foram consideradas por mais de duas dezenas de anos como foragidas pelos órgãos oficiais.

O terno morto oficial significa que a morte das pessoas presas foi reconhecida publicamente pelos órgãos repressivos. No entanto, muitas vezes, é necessário ainda localizar os restos mortais que foram enterrados com nomes falsos – num flagrante ato de ocultação de cadáveres, já que os agentes policiais sabiam a verdadeira identidade desses mortos. Na grande maioria das vezes, a versão das mortes é totalmente falsa.

5. Notícia publicada na *Folha de São Paulo* de 25.06.2003.

Reparação começa com a anistia

A Lei 6.683/79, que concedeu o benefício da Anistia, definiu que *o cônjuge, qualquer parente, ou afim na linha reta, ou na colateral ou o Ministério Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1(um) ano.*

Desta forma, a ditadura pretendeu dar um aviso de que os desaparecidos estariam mortos e que não havia a menor disposição dos militares em tratar do assunto. Pretendia-se colocar um ponto final. Ao incluir a humilhante proposição de se dar um atestado de paradeiro ignorado ou de morte presumida aos desaparecidos políticos, a ditadura pretendeu eximir-se da responsabilidade do Estado e impedir a elucidação das reais circunstâncias dos crimes cometidos.

Os familiares de mortos e desaparecidos políticos mantiveram-se na busca sob as consígnas da verdade e da justiça.

Muitas vezes, a luta se desenvolvia de maneira solitária, no meio de tantos movimentos que pleiteavam o processo de redemocratização.

No entanto, o sentido da busca dos restos mortais ganhou destaque e adesão, com a abertura da Vala de Perus, em São Paulo, em 1990. Era uma vala clandestina onde a repressão ocultava os cadáveres dos presos políticos mortos sob tortura juntamente com outros mortos, vítimas dos esquadrões da morte, da fome e do abandono. Eram mais de mil ossadas sendo que pelo menos meia dúzia eram de presos políticos. A prefeitura de São Paulo, tendo a frente, a prefeita Luiza Erundina, de imediato, criou uma Comissão Especial de Investigação com a participação direta de familiares o que alavancou um processo pioneiro de resgate histórico.

Abriram-se os arquivos do Instituto Médico Legal para que os próprios familiares fizessem a pesquisa sobre os laudos necroscópicos. Pela primeira vez foi instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar o paradeiro dos desaparecidos políticos. Embora fosse uma iniciativa da Câmara Municipal de São Paulo, a repercussão de suas atividades atingiu todo o território

nacional, reforçando e promovendo novas iniciativas como a criação da Comissão de Direitos Humanos no Congresso Nacional e, que serviu de espelho para que outros estados e municípios criassem também suas comissões de direitos humanos.

Foi conquistada a abertura dos arquivos policiais do antigo DOPS em São Paulo, Pernambuco, Paraná e, mais tarde no Rio de Janeiro. Mesmo que violados, estes arquivos deram informações importantes para a localização dos desaparecidos.

A necessidade de se dar uma resposta aos familiares dos desaparecidos por parte do Estado brasileiro tornou-se cada vez mais premente. Não era mais possível ignorar ou fazer de conta que não existiam desaparecidos políticos no Brasil.

No final do ano de 1995, foi editada a Lei 9.140 que reconheceu pela primeira vez a responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento de militantes políticos. De imediato, reconheceu a responsabilidade pela morte de 136 desaparecidos, cujos nomes foram tirados da lista dos 152 desaparecidos políticos denunciados pelo Dossiê, organizado pelos familiares. Não foram incluídos todos porque alguns foram desaparecidos no exterior: Argentina, Bolívia e Chile.

Os familiares de mortos e desaparecidos políticos e as entidades de direitos humanos envolvidas com essa luta, após tentarem, através de emendas ao texto do projeto de lei enviado pelo Presidente da República ao Congresso e de exaustivas reuniões com o governo, ampliar o projeto e seu alcance, estendendo – o a todos os mortos e desaparecidos de 1964 a 1985, aceitaram participar do processo, indicando sua representação, mas deixando claro que a luta não se encerra com a Lei 9.140.

As principais críticas à essa Lei são:

a – Eximir o Estado da obrigação de identificar e responsabilizar os agentes que estiveram ilegalmente envolvidos com a prática da tortura, morte e desaparecimento de opositores do regime militar ditatorial. A impunidade dos crimes então cometidos em nome do Estado é um passaporte para a impunidade do presente.

b – Não assumir a responsabilidade pela apuração das circunstâncias das mortes e desaparecimentos, cabendo aos familiares o ônus da comprovação das denúncias apresentadas. Isto significa não só que os familiares são os responsáveis pela apresentação de provas dos crimes cometidos pelo Estado, mas também significa que os atestados de óbito dados aos desaparecidos são absurdamente vagos, não contendo data, local ou *causa mortis* mas apenas declarando que o desaparecido morreu no ano referido no Anexo I, conforme os preceitos da Lei 9.140. O período abrangido pela lei é de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

c – Não buscar a localização dos corpos dos desaparecidos, somente agindo frente a indícios apresentados pelos familiares.

Os familiares, durante todos esses anos, têm buscado seus desaparecidos e, sozinhos, obtido algumas vitórias. Se o Estado assume a responsabilidade pela morte dessas pessoas e indeniza os familiares, deveria, evidentemente, localizar, identificar e entregar os corpos para a sepultura, direito e principal reivindicação dos familiares, bastando, para isso, que os principais arquivos da repressão – Exército, Marinha, Aeronáutica, SNI – Serviço Nacional de Informações e Polícia Federal, fossem abertos.

d – Estabelecer a exclusão de muitos brasileiros que morreram na luta pela liberdade. A lei reconheceu como mortos 136 dos 152 desaparecidos políticos e deixou para a deliberação da Comissão Especial a inclusão ou não de outros nomes. Evidentemente, não serão incluídos todos, já que as provas necessárias estão trancafiadas nos arquivos militares.Como dividir os assassinados em categorias? Haveria alguns mais ou menos mortos? E os sumariamente assassinados nas ruas? A reparação moral não pode excluir.

e – A exigência de que o requerimento para a Comissão Especial seja apresentado somente pelos familiares. A lei trata a questão dos mortos e desaparecidos como se fosse, unicamente, um problema com os familiares e essa é uma questão histórica e política.

Para efeitos de reparação econômica deveria ser mantida a exigência mas não para os efeitos de reparação moral ou política.

Ressalte-se que as questões aqui apresentadas ficaram dezenas de anos, submersas, sufocadas sob pena de serem tachadas de revanchistas e mórbidas por estarem sempre lembrando dos desaparecidos políticos. Revela-se este clima para mostrar o quanto foi importante o reconhecimento oficial dos desaparecidos políticos em que pesem todas as críticas.

No entanto, coube *aos familiares a árdua, extenuante e desesperadora tarefa de buscar, nos poucos documentos a que tiveram acesso, as provas para contestar as versões de "suicídios", "atropelamentos" e "tiroteios". Solitariamente, os familiares têm analisado documentos, laudos periciais e necroscópicos, tentando extrair, com lentes e lupas, as marcas de torturas nos rostos crispados pela morte, assumindo, enfim, o estranho e fundamental papel de reescrever a história. As dificuldades advindas desse trabalho são enormes, não só pela sua magnitude e envolvimento emocional, mas porque os principais arquivos da repressão não foram abertos.*[6]

6. Os desaparecidos políticos do Araguaia

Cerca da metade dos desaparecidos políticos foram seqüestrados e mortos na região do Araguaia – onde se desenvolveu um movimento guerrilheiro no período de 1972 a 1974. Essa região compreende uma área de mais ou menos 6.500 km2, entre as cidades de São Domingos e São Geraldo, às margens do Rio Araguaia, no sul do Pará. À época dos fatos, havia uma população rural de mais ou menos 20 mil habitantes e lá atuaram 69 guerrilheiros, militantes do Partido Comunista do Brasil – e cerca de 17 camponeses que se integraram ao movimento.

Para combatê-los, o governo utilizou cerca de 20 mil homens do Exército, Marinha, Aeronáutica, Polícia Federal e Polícias Militares do Pará, Maranhão e

6. *Suzana Lisboa, representante da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos na Comissão Especial da Lei 9.140/95.*

Goiás. A proporção de um militar para cada habitante da região, sendo que cada militar estava fortemente armado e ainda contava com o respaldo de modernos equipamentos bélicos, faz acreditar que houve mais vítimas fatais do que as registradas no Dossiê dos Mortos e Desparecidos Políticos.

A maior parte das informações que se tem a respeito da última fase desse movimento está contida no documento conhecido como *Relatório de Ângelo Arroyo*, dirigente comunista e guerrilheiro que conseguiu fugir do cerco e mais tarde, em 1976, foi assassinado em São Paulo, num *aparelho* do Partido Comunista. Ocasião em que o documento caiu nas mãos da repressão e se tornou público através de advogados.

Desde 1980, os familiares visitam o local da guerrilha colhendo depoimentos de moradores da região, testemunhas das atrocidades cometidas pelos militares contra os guerrilheiros e habitantes. Em outubro daquele ano, foi a primeira caravana de familiares, constataram indícios de corpos enterrados no Cemitério de Xambioá e da existência de uma vala clandestina numa área denominada Vietnã, nome alusivo às atrocidades dos americanos praticadas contra o povo vietnamita. Ali também usaram o "napalm". Na ocasião, os familiares obtiveram informações dos moradores da região sobre a existência de cemitérios clandestinos em Bacaba, São Raimundo, São Geraldo, Santa Isabel, Caçador e Oito Barracas.

Em abril de 1991, os familiares foram à cidade de Xambioá, acompanhados de advogados, legista da UNICAMP e integrantes da Comissão de Justiça e Paz. Realizaram escavações no Cemitério Municipal de Xambioá e encontraram três ossadas: a de uma mulher jovem enrolada num tecido de pára-quedas, a de um homem idoso e uma terceira de um homem com as mãos amarradas que foi abandonada no cemitério pelo legista. As demais ossadas foram encaminhadas para o Departamento de Medicina Legal da UNICAMP.

Em janeiro de 1993, os familiares voltaram à região, na Fazenda Oito Barracas para resgatar os restos mortais da guerrilheira Helenira Rezende, sem contudo obter êxito.

Em abril de 1996, saiu uma série de reportagens sobre a Guerrilha do Araguaia no Jornal *"O Globo"*. Essas reportagens baseavam-se em informações de militares que não se identificaram. Numa dessas reportagens, foi publicada a foto da guerrilheira morta, Maria Lúcia Petit. A foto mostrava seu corpo enrolado por um tecido de pára-quedas. Mostrava também suas vestes que coincidiam com as das ossadas encontradas em Xambioá. Dessa forma, foi possível a identificação da guerrilheira e é, até os dias de hoje, a única guerrilheira que foi identificada e sepultada por seus familiares.

Há fortes indícios de que a outra ossada, pertencente a uma pessoa idosa, é de um guerrilheiro, Francisco Manoel Chaves, que pertenceu à Marinha e dela foi expulso por suas idéias. As ossadas não foram identificadas até hoje porque a Marinha não forneceu os seus dados antropométricos para que sejam concluídas as investigações.

Entre os dias 7 e 11 de março de 1996, a Comissão Especial do Ministério da Justiça realizou a *"Primeira Missão de Busca de Restos Mortais"*, com base nas informações divulgadas pelo jornal citado acima e no *"Relatório sobre cemitérios da Região do Araguaia"* elaborado pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos. Essa missão contou também com a participação de integrantes da Equipe Argentina de Antropologia Forense.

A missão resultou na localização de três áreas com cemitérios clandestinos, a saber:

- Cemitério Municipal de Xambioá;

- a sede do DNER - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, em Marabá;

- Fazenda Fortaleza, próxima à cidade de São Domingos do Araguaia.

À época, a missão solicitou proteção e preservação dessas áreas para futuras escavações.

Entre os dias 29.06 e 24.07.96, foi feita outra incursão na região pela Comissão Especial dos Desaparecidos Políticos do Ministério da Justiça. No

Cemitério de Xambioá, foram encontradas 3 ossadas sendo que uma delas, a que havia sido abandonada anteriormente pelo legista da UNICAMP e com indícios de que poderiam ser de um guerrilheiro se encontra sob a guarda do governo federal, em Brasília.

Na Reserva Indígena Sororó, foram recuperados restos de pelo menos duas ossadas de prováveis guerrilheiros, mas as péssimas condições em que se encontravam e a ausência de crânios não permitiram a realização do exame de DNA e de sua identificação. Havia sinais de que essa cova havia sido violada na tentativa de ocultar os restos mortais dos que lá haviam sido sepultados.

Nos demais locais pesquisados: São Geraldo, Caçador, Oito Barracas, Serra das Andorinhas, sede do DNER e Fazenda Brasil-Espanha não foram localizadas as sepulturas.

Mais tarde, constatou-se que o Exército mantém *"casas"* clandestinas com serviços de inteligência que colhem informações e controlam a população até os dias de hoje. Isto foi descoberto, em 2001, quando o Ministério Público Federal entrou em ação, solicitado que foi pelos familiares. Foi, então, à região, colher informações e buscar esclarecimentos sobre as mortes e locais de sepultamentos de guerrilheiros.

A existência desse controle e pressão sobre a população por parte do Exército brasileiro dificulta a participação dos moradores no processo de busca dos restos mortais dos guerrilheiros.

Alguns familiares individualmente entraram com ação civil pública de responsabilização da União pelo desaparecimento de seus parentes.

No caso do Araguaia, os familiares entraram coletivamente com essa ação civil pública, cujo processo recebeu o número: 82.00.24682-5, em fevereiro de 1982 e a sentença com exame de mérito (sentença 307/2003) foi considerada procedente apenas em junho de 2003.

Essa ação visa obter esclarecimentos sobre o paradeiro de 25 guerrilheiros desaparecidos na região do Araguaia.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA – Organização dos Estados Americanos – o caso tem o número 11.552, deu entrada em 28.07.1995 e já houve oitiva das partes.

No dia 22.07.2003, em sentença proferida pela juíza federal Solange Salgado, titular da 1.ª Vara Federal do Distrito Federal, em resposta à ação de 1982, julgou procedentes todas as solicitações feitas pelos familiares que são:

- a quebra do sigilo das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia; a União fica obrigada a apresentar todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à guerrilha, incluindo entre outras, aquelas relativas aos enfrentamentos armados com os guerrilheiros, à captura e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos.

- a União tem o prazo de 120 dias para responder onde estão sepultados os restos mortais dos guerrilheiros; providenciar o traslado das ossadas, o sepultamento conforme o desejo dos familiares, e atestados de óbito com todos os requisitos preenchidos.

- Para obter todas as informações necessárias, a União está obrigada a investigar, no prazo de 60 dias, todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer dessas operações, independente dos cargos ocupados à época.

- Se não for cumprida integralmente esta decisão no prazo estabelecido, a União deverá pagar uma multa diária de 10.000, 00 (dez mil reais).

Na reportagem da *Folha de São Paulo* de 24.07.2003 sobre a sentença acima, o Exército responde, por meio de correio eletrônico, que não tem informações sobre a guerrilha do Araguaia e não possui em seus arquivos nenhum documento sobre o assunto.

7. Conclusões

a) A atuação permanente dos familiares dos desaparecidos políticos foi fundamental para manter acesa a chama da luta. Manteve presente a rei-

vindicação da sociedade brasileira de exigir a responsabilidade do Estado por ações de reparação.

b) As iniciativas em busca de reparação vêm da época dos primeiros projetos de lei sobre a anistia que parlamentares apresentaram como forma de cobrar do governo o encaminhamento do Projeto de Lei da Anistia.

c) A reparação vem a partir da anistia. Mas inicialmente é reconhecida apenas para grupos de profissionais, funcionários públicos civis e militares entre outros.

d) A interpretação intencional e maldosa de que a Lei da Anistia era de mão dupla, incluindo os torturadores, imobilizou bastante a sociedade particularmente as vítimas, impedindo-as de ir à luta pela reparação. Usou-se a expressão *crimes conexos* para inferir que a Anistia se estendia aos torturadores.

e) A anistia foi restrita e parcial. Portanto, foi aplicada individualmente. Só foram beneficiadas as pessoas processadas e condenadas por crimes políticos conforme a Lei de Segurança Nacional e que não foram condenadas por ações da luta armada.

f) Criou-se o fantasma do revanchismo para impedir um avanço na aplicação da lei o que ainda se mantém nos dias de hoje.

g) A luta pela anistia e pela reparação dos danos materiais e morais nunca deixou de existir mesmo que, muitas vezes, se apresentou fragmentada, invisível e silenciosa. Mesmo frágil, há momentos em que ela rompe as barreiras e traz impactos positivos.

h) A Lei 9.140/95 é um marco histórico na conquista de reparações por ter o Estado brasileiro pela primeira vez reconhecido sua responsabilidade pelo desaparecimento de presos políticos.

i) A criação da Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, que tipificou os crimes de tortura e as punições para aquelas pessoas que os cometem, tornando-se mais um instrumento no combate à prática de tortura.

j) A Lei 10.559/2002 foi extremamente avançada obrigando o Estado a promover a reparação de maneira a abranger o maior contingente possível de pes-

soas, incluindo não apenas os ex-presos políticos, mas também exilados, e perseguidos políticos em geral.

k) As leis estaduais sofrem de um problema estrutural pois elas de alguma forma não revelam o papel do Exército e das Forças Armadas no processo de prisão e tortura. Num primeiro momento buscou-se responsabilizar apenas as polícias dos Estados pois as leis estaduais continham em seu bojo a descaracterização da ação nacional da repressão política exercida pelas Forças Armadas integradas às estratégias políticas do Estado. No entanto, o processo de aprovação e implementação das leis estaduais fortaleceu o debate e posições políticas de combate ao autoritarismo.

l) A repressão foi tão estrategicamente homogênea e tão centralizada, inclusive nos comandos regionais, que as leis estaduais têm sido um palco de denúncias e revelam o grau de crueldade da ditadura militar que se abateu por todo o território nacional.

m) O julgamento favorável da ação dos familiares dos guerrilheiros do Araguaia, após 21 anos de tramitação na justiça, coloca a questão dos desaparecidos políticos, sem nenhuma sombra de dúvida, num novo patamar, obrigando o Estado brasileiro a dar as informações e esclarecimentos necessários e que têm sido negados até os dias de hoje.

8. Bibliografia

Arquidiocese de São Paulo. Brasil: Nunca Mais, Petropólis, Vozes, 20. ed. 1987.

CARTELA, Ludmila da Silva, "Territórios de Memória Política. Los Archivos de la represión en Brasil", *in* "Los Archivos de la Represión: documentos, mémoria y verdad". CARTELA, Ludmila da Silva, Elizabth Jelin (Compiladoras).

CIPRIANO, Perly e VIANA, Gilney. Fome de Liberdade – relato dos presos políticos. Vitória, Fundação Ceciliano Abel de Almeida/UFES, 1992.

Comissão de Cidadania e Direitos Humanos/Assembléia Legislativa/RS – Relatório Azul, 1996.

Comissão de direitos humanos da câmara municipal de são paulo – Anistia/20 anos de luta!, São Paulo, 1999.

Comissão de familiares de mortos e desaparecidos políticos / Instituto de Estudos da Violência do Estado (IEVE) e Grupos Tortura Nunca Mais PE/RJ Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964. Prefácio de D. Paulo Evaristo Arns. Apresentação de Mário Covas.São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 1996.(edição pernambucana/1995 – apresentação Miguel Arraes de Alencar).

MARTINS, Roberto Ribeiro. Liberdade para os Brasileiros: Anistia ontem e hoje. Rio de Janeiro, civilização Brasileira, 1978.

MEZAROBBA, Glenda. Um Acerto de Contas com o Futuro/A Anistia e suas Conseqüências – Um Estudo do Caso Brasileiro. (Dissertação apresentada ao Curso de pós graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, como requisito parcialà obtenção do título de Mestre em Ciênciia Política/Orientador: Prof.Dr. Eduardo Kugelmas, São Paulo, 2003.

MOREIRA ALVES, Maria Elena . Estado e Oposição no Brasil (1964 – 1984), Petropólis, Vozes, 1984.

MITRA ARQUEDIOCESANA DE SÃO PAULO, Perfil dos Atingidos/ ProjetoBrasil Nunca Mais, Vozes, Petropólis, 1988.

PRADO, Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro, V.I. Parte Geral, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001, São Paulo.

TELES, Janaína (org.) Mortos e Desaparecidos Políticos – Reparação ou Impunidade? 2. ed. USP, Humanitas/FFCH/USP, São Paulo, 2001.

Clonagem terapêutica: aspectos jurídico-penais

Paulo Vinicius Sporleder de Souza
Doutor em Direito (Universidade de Coimbra-Portugal). Professor de Direito Penal da PUCRS. Coordenador Estadual do IBCCRIM.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. Clonagem: 2.1 Clonagem por divisão embrionária; 2.2 Clonagem por transferência nuclear – 3. Clonagem terapêutica: 3.1 Clonagem terapêutica e células-tronco – 4. Aspectos jurídico-penais – 5. Clonagem terapêutica e bens jurídicos envolvidos – 6. Princípio da precaução e crimes de perigo – 7. Normativa existente: 7.1 Brasil e a Lei 8.974/95 – 8. Considerações conclusivas.

Resumo: trata-se de uma análise sobre os aspectos jurídico-penais da clonagem terapêutica tendo em vista os bens jurídicos envolvidos, o princípio da precaução e as normas internacionais e nacionais a respeito do tema.

Palavras-chave: clonagem terapêutica; direito penal; princípio da precaução; Lei 8.974/95.

1. Considerações iniciais

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico no campo das ciências biomédicas têm colocado a sociedade diante de situações até há pouco tempo inimagináveis. Se por um lado, todas essas conquistas trazem renovadas esperanças de melhoria da qualidade de vida e de bem-estar, por outro, surge também uma série de controvérsias éticas, sociais e jurídicas sobre os eventuais

abusos das biotecnologias. Neste trabalho, pretende-se analisar as repercussões jurídico-penais da chamada clonagem não reprodutiva ou clonagem "terapêutica". Para uma melhor compreensão e valoração desses aspectos parece conveniente expor, ainda que brevemente, em que consiste tal biotécnica.

2. Clonagem

A tecnologia da clonagem já se encontra disponível desde meados da década de 50 do século XX. Todavia, esta biotécnica ocupa neste momento o centro das atenções devido ao recente anúncio de êxito na realização da clonagem (reprodutiva) da ovelha Dolly.[1]

O termo clonagem humana contudo pode ser referido à clonagem completa de organismos humanos ou à clonagem parcial de suas células, tecidos e órgãos. Na realidade, duas são as técnicas de clonagem conhecidas na literatura biomédica e que poderiam ser aplicadas em seres humanos: a) por divisão embrionária (*embryo splitting*) e b) por transferência de núcleo, que por sua vez têm uma valoração jurídico-penal distinta, sobretudo em relação aos seus fins. Sem querermos adentrar na finalidade reprodutiva de ambas as técnicas, vamos nos centrar sobre os problemas que estão envolvidos especificamente com a utilização não reprodutiva da clonagem humana, seja ela realizada por divisão embrionária ou por transferência nuclear.

2.1 Clonagem por divisão embrionária

Inicialmente, cabe frisar que este fenômeno da clonagem por divisão embrionária pode acontecer na natureza espontaneamente como é o caso dos gêmeos monozigóticos ou univitelíneos. Todavia este resultado também pode hoje ser ob-

1. WILMUT *et.al.*, "Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells", *Nature* 385 (1997), pp. 810-813.

tido artificialmente, de forma induzida em laboratório, mediante a divisão de um embrião nos seus primeiros estágios de desenvolvimento. Portanto, a clonagem por divisão embrionária pode proporcionar a obtenção de indivíduos geneticamente idênticos (embriões clônicos), mas oriundos de diferentes progenitores.

2.2 Clonagem por transferência nuclear

Também a clonagem por transferência nuclear possibilita a obtenção de organismos idênticos geneticamente. Todavia, diferentemente da clonagem por divisão embrionária, a clonagem por transferência nuclear utiliza-se apenas de um gameta para conseguir isso, ou seja, através da transferência do núcleo de uma célula somática (embrionária ou adulta) qualquer (de um indivíduo já nascido ou mesmo morto) a um óvulo previamente desnucleado é possível realizar-se a fecundação mediante impulsos elétricos – mesmo sem a participação do gameta masculino (espermatozóide) –, na qual será obtido então um organismo embrionário clônico.

3. Clonagem terapêutica

O experimento bem-sucedido da ovelha Dolly – além de sugerir teoricamente a possibilidade de reproduzir pessoas geneticamente idênticas, o que atualmente é considerado inadmissível por várias normas jurídicas[2] –, impulsionou o

2. A clonagem reprodutiva em seres humanos está expressamente proibida penalmente – inclusive a tentativa – na Alemanha (EschG, § 6, (1) e (2)), assim como na Espanha (Código penal, art. 161, n. 2) e no Reino Unido (*Human Fertilisation and Embriology Act*, Section 3, n. 3, d). Outrossim, igualmente reprovam expressamente a clonagem humana reprodutiva: o Conselho da Europa, *Recomendação n. 1046* (1986), n. 14, iv; *idem*, *Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina* (1998), art. 1, n. 1; o Parlamento Europeu, *Resolução sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética*, de 16.03.1989, n. 41; a AIDP, *Resoluções do Colóquio Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas* (1988), n. 6.9; a *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia* (2000), art. 3, n. 2; e a UNESCO, *Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos* (1997), art. 11. Por fim, embora a clonagem reprodutiva ainda não esteja prevista como crime no Brasil (não obstante possa ser discutível a *contrario sensu* a sua eventual tipificação no art. 13, I, da Lei 8.974/95),

avanço na pesquisa a respeito da utilização não reprodutiva da clonagem humana, caracterizada como clonagem "terapêutica".

A utilização da terapia celular, baseada no transplante de células ou tecidos a tecidos e órgãos danificados (e talvez, mais adiante, no desenvolvimento de órgãos), é uma das grandes esperanças da medicina no futuro, e a clonagem não reprodutiva (por divisão embrionária ou por transferência nuclear) poderia ser uma técnica eficaz para realizar isso. Assim, a clonagem terapêutica limitar-se-ia a proporcionar novas alternativas terapêuticas para a medicina regenerativa, pois, segundo esta técnica, se produz um embrião *in vitro* para fins denominados "terapêuticos", isto é, de cura ou tratamento de enfermidades que afligem a humanidade não havendo, portanto, o fim de se transferir o embrião produzido ao útero no sentido de procriar um indivíduo clônico.

3.1 Clonagem terapêutica e células-tronco

E por que é necessária a produção de embriões para a realização da clonagem terapêutica? A clonagem terapêutica é uma biotécnica emergente que visa, a partir de certas células denominadas células-tronco – *stem cells* – (células com capacidade de auto-replicação e com potencialidade de se diferenciarem em vários tipos de tecidos), fornecer tecidos e órgãos saudáveis a pessoas que padecem das mais diversas doenças, pois o uso daquelas células pode ser fundamental para o desenvolvimento de novas terapias baseadas no cultivo de tecidos ou ainda no cultivo de órgãos.[3]

o Projeto de lei de Biossegurança recentemente aprovado pelo Congresso Nacional em 02.03.2005, incrimina expressamente a clonagem humana reprodutiva com pena de reclusão de 2 a 5 anos, e multa, cf. SENADO FEDERAL, Redação fina do substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n. 9, de 2004 (2.401, de 2003, na Casa de origem) de 07.10.2004, art. 26.

3. De acordo com a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida (CNRHA) espanhola: "A clonagem não reprodutiva supõe a utilização de clonagem por transferência de núcleos em cultivos celulares ou em embriões pré-implantatórios sem intenção de produzir um indivíduo clônico, senão com objetivo de estabelecer cultivos de tecidos e, se for possível, de

As células-tronco são consideradas células progenitoras, capazes de se dividir ilimitadamente produzindo diferentes tipos de células especializadas. Há duas espécies de células-tronco: as células-tronco adultas e as células-tronco embrionárias. Com efeito, as células-tronco podem ter como fonte uma pessoa adulta (células-tronco adultas – *adult stem cells*) ou mesmo um embrião (células-tronco embrionárias – *embryonic stem cells*). As células-tronco adultas podem ser extraídas da medula óssea, do sangue, do fígado, do cordão umbilical, da placenta, da pele, etc., enquanto as células embrionárias só podem ser encontradas em embriões humanos. Acredita-se, porém, que as células-tronco embrionárias possuem maior capacidade de diferenciação em células especializadas do que as células-tronco adultas, motivo pelo qual aquelas são denominadas "totipotentes".[4] Desta forma, as células-tronco embrionárias seriam teoricamente mais promissoras porquanto teriam maior potencial de desenvolvimento numa ampla variedade de células e porque – além de hipoteticamente poderem desenvolver um indivíduo completo e adulto (clonagem reprodutiva)– poderiam se diferenciar em qualquer tipo de célula especializada.[5] Assim, se se puder futuramente entender e controlar o processo por meio do qual as células se especializam em diferentes

órgãos, a partir de células-tronco (*stem*) do embrião, seja para realizar estudos de investigação básica, seja para serem utilizados na reparação de órgãos danificados. Neste último caso a clonagem reprodutiva seria uma clonagem terapêutica" (CNRHA, Informe Anual, Dezembro de 1998 *apud* LACADENA, "Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexões científicas, éticas y jurídicas", *Revista de derecho y genoma humano* 12 (2000), p. 206).

4. Segundo PIVETTA "as células-tronco são, teoricamente, uma 'fábrica de tecidos humanos'. Isso porque são células primordiais, indiferenciadas, que podem ser cultivadas por longos períodos em laboratório e, por meio de indutores químicos apropriados, se transformar em qualquer tipo de célula especializada do organismo (neurônios, tecido cardíaco, sangue, etc)." Aduz ainda o autor que tal grau de plasticidade parece ser exclusivo das células-tronco retiradas de embriões e ainda não foi plenamente documentado em células-tronco extraídas de adultos ou de outros tipos de tecidos (cordão umbilical). Daí todo interesse da pesquisa médica em encontrar formas de obter células-tronco de embriões" (PIVETTA, "Novidade do Oriente". *In: Pesquisa* 97 (2004), p. 22).

5. Nesse sentido, embora ainda estejam numa fase pouco avançada, há estudos que procuram evidenciar a totipotência ou pluripotência das células-tronco embrionárias, *v.g.*, entre outros, THOMPSON *et. al.*, "Embryonic stem cell derived from human blastocysts", *Science* 282 (1999), pp. 1145-1147.

tipos de células e tecidos, isto é, dirigindo as células-tronco embrionárias para que estas se diferenciem em tecidos específicos e/ou gerando células e tecidos substitutos, será possível curar ou melhor tratar inúmeras doenças como Parkinson, Alzheimer, diabetes, leucemia, etc. Mas, entretanto, há implicações jurídicas (jurídico-penais) discutíveis em relação a tal possibilidade, sobretudo porque quando se extraem estas células do embrião produzido, este acaba por ser destruído. Portanto, o embrião teria sua existência restrita ao âmbito laboratorial e no prazo máximo de 14 dias a partir da fecundação, mediante fertilização *in vitro* ou por transferência nuclear.

Há basicamente três fontes de obtenção de células-tronco embrionárias, que por sua vez poderiam ser utilizadas na terapia celular diretamente ou como produtoras de cultivos de tecidos (ou órgãos) *in vitro* para substituir *in situ* os tecidos e órgãos danificados: 1) de embriões produzidos por fertilização *in vitro* que foram exclusivamente criados para este fim; 2) de embriões produzidos por fertilização *in vitro* que foram descartados em processos de reprodução assistida ou que foram congelados e não mais utilizados para fins reprodutivos (embriões excedentes); 3) de embriões produzidos por clonagem mediante transferência de núcleo ou por divisão embrionária. Este último caso é o da aplicação da técnica de clonagem não reprodutiva com fins terapêuticos (clonagem terapêutica) e em razão disso vamos dele tratar mais detidamente.

4. Aspectos jurídico-penais

Muito se tem discutido acerca dos aspectos jurídico-penais da clonagem humana. No entanto, o debate entre os juristas tem se centrado até agora mais na clonagem humana reprodutiva[6] do que propriamente na clonagem humana terapêutica, tema que nos ocupa.

6. Vide, entre outros, GUTMANN, "Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen", *in*: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Medizinstrafrecht: Im Spannungsfeld von*

Num primeiro momento, parece claro que a clonagem terapêutica não apresentaria maiores problemas éticos e jurídicos por intentar ajudar a biomedicina a combater o sofrimento humano, pois a liberdade de pesquisa e investigação para o avanço da ciência é um direito constitucionalmente consagrado na maioria dos ordenamentos jurídicos.[7] No entanto, apesar das enormes potencialidades terapêuticas desta técnica biomédica, há algumas indagações sobre as suas conseqüências indesejáveis, sobretudo porque a clonagem terapêutica está inserida no tema intricado da experimentação humana (embrionária), pois a intervenção recai sobre embriões que são destruídos em decorrência da extração de suas células-tronco.

Sem querermos entrar aqui na discussão do "estatuto moral e jurídico do embrião humano" (*ex utero*) e se o embrião deve ser considerado uma pessoa, uma pessoa potencial ou um aglomerado de células nos primeiros dias (14 dias) de seu desenvolvimento – e nos quais seria realizada a clonagem terapêutica –, devemos ressaltar que não se pode negar que o *embrião humano* merece um *status* valorativo diferenciado[8] em relação a uma coisa qualquer ou mesmo em relação a outras entidades biológicas humanas (por exemplo células, tecidos, órgãos...), sendo portador portanto de dignidade[9] e de certos direitos (à vida, à integridade física, à saúde, à ser gestado, etc.) que lhe são inerentes por simplesmente pertencer à espécie hu-

Medizin, Ethik und Strafrecht. Stuttgart;München;Hannover;Berlin;Weimar;Dresden: Boorberg, 2001, p.353 e ss.; ESER et.al., "La clonación humana. Fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica", *Revista de derecho y genoma humano* 9 (1998), p.91 e ss.; MERSSON, *Fortpflanzungstechnologien und Strafrecht: Strafrechtliche Überlegungen zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelungen der Vernichtung extracorporal gezeugter Embryonen, des Klonens und der genetischen Manipulation an menschlicher Erbmasse unter besonderer Berücksichtigung des Art.1 GG*. Bochum Studienverlag Brockmeyer, 1984, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada: Ed. Comares, 2004, pp. 289 e ss.

7. Vide, entre outras, a Constituição alemã (art. 5.3), a Constituição portuguesa (art. 42.1), a Constituição espanhola (art.20.1), a Constituição grega (art. 16.1), e a Constituição brasileira (arts. 218 e 219).

8. Nesse sentido, ESER, *Derecho penal, medicina y genética*. Lima: Idemsa, 1998, p. 265.

9. Sobre a dignidade dos embriões, referindo ainda decisões do Tribunal Constitucional alemão sobre isso, STARCK, "El estatuto moral del embrión", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 15 (2001), pp. 146 e ss.

mana. Isso se aplica, fundamentalmente, em relação à clonagem por divisão embrionária, pois o embrião "clônico" a ser produzido por esta técnica deriva de dois progenitores naturalmente conhecidos: um masculino (espermatozóide) e um feminino (óvulo), podendo ser denominado então de embrião "clônico gamético".[10]

Todavia, há maiores indagações quanto a tal assertiva no que se refere à clonagem por transferência de núcleo. Ou seja, é de se questionar se o embrião clônico (somático) produzido mediante clonagem terapêutica teria também esse respaldo jurídico e moral como ocorre com o "embrião clônico gamético", já que aquele teria, em princípio, uma natureza biológica distinta por ser resultado de um processo de criação (reprodução) que não tem a participação masculina, sendo produzido apenas por um gameta feminino (óvulo).[11] Em sendo aceita esta equivalência de que o "embrião clônico somático" também pertence à espécie humana poderia naturalmente ser sustentada a idéia de que o mesmo deve igualmente ser considerado titular de bens jurídicos como a vida e a integridade física, além de ser abrangido pelo manto da própria dignidade humana, noção moral e jurídica indissociável dos seres (embriões) qualificados como humanos. No entanto, ainda assim poderiam se sobrepor alegações favoráveis – tanto em relação à clonagem terapêutica por divisão embrionária como no que se refere à clonagem terapêutica por transferência nuclear – porque se estaria decidindo a favor do "mal menor" de destruir os embriões clônicos (gaméticos ou somáticos) produzido para fins de terapia (tentar salvar outras vidas humanas) ao invés de deixá-los morrer com dignidade. Noutras palavras, devemos

10. Segundo LACADENA ("Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexões científicas, éticas y jurídicas", *Revista de derecho y genoma humano* 12 (2000), p. 202, notas 12 e 13) "embrião somático é o embrião originado *in vitro* pela transferência do núcleo diplóide de uma célula embrionária, fetal ou adulta ao citoplasma de um ovócito desnucleado, e "embrião gamético é o embrião originado pela fecundação *in vivo* ou *in vitro* de dois gametas".

11. Também se questionando sobre este problema, aduz MIETH que "embora os embriões clonados possam ter as mesmas chances de se tornar seres humanos, sua origem é vastamente diferente" (MIETH, "Células tronco: os problemas éticos do uso de embriões para pesquisa". *In*: Garrafa/Pessini (Orgs.), *Bioética: Poder e injustiça*. São Paulo: Ed. Loyola, 2003, p. 178.

possibilitar que os embriões clônicos sejam utilizados para investigação, como alternativa preferível à sua destruição?

Por outro lado, há argumentos plausíveis que contrariaram em princípio a admissibilidade da clonagem terapêutica, devendo-se perquirir, outrossim, quais seriam os óbices político-jurídicos (biopolítica) para a sua proibição, além daqueles mencionados acima. Ademais, esses argumentos – que estão relacionados principalmente com a clonagem terapêutica por transferência nuclear – também servem à clonagem terapêutica por divisão embrionária e aos embriões clônicos gaméticos.

5. Clonagem terapêutica e bens jurídicos envolvidos

O primeiro argumento político-jurídico para o impedimento da clonagem humana terapêutica diz respeito aos bio-riscos envolvidos com a pesquisa realizada com embriões, sejam eles clônicos (somáticos ou gaméticos) ou não, pois a eventual produção em laboratório deste valioso "material biológico" – mesmo que com propósitos alegadamente terapêuticos – coloca problemas jurídicos difíceis de serem resolvidos sem um amplo debate. A experimentação ou pesquisa com embriões é um tema árido e controvertido e no que tange à clonagem humana terapêutica o que se alega a seu favor é que a utilização de células-tronco embrionárias poderá teoricamente ajudar a reduzir o sofrimento da sociedade proporcionando bem-estar para um maior número de pessoas ao possibilitar salvar mais vidas e/ou curar ou tratar certas doenças, muitas, aliás, consideradas hoje incuráveis.

Todavia, a clonagem humana terapêutica traz sérias conseqüências negativas em relação à dignidade humana com a ofensa à *vida humana embrionária*, que seria instrumentalizada tanto pela ciência ao ser sacrificada em prol de salvar outras vidas carentes, como pelo mercado, através da eventual comercialização dos embriões obtidos por aquela técnica. Na realidade, isso ofende mais precisamente

a *dignidade reprodutiva humana*, pois o próprio estatuto da reprodução humana pode vir a ser totalmente degradado pelo desrespeito em relação à destinação do seu produto, representado pelo embrião. Por fim, uma outra preocupação diz respeito ao perigo que indiretamente correm a *dotação genética dupla* ou *diferenciada* e a *identidade genética* da humanidade, pois se a clonagem terapêutica for amplamente permitida estaríamos a um passo de manipulações mais audazes[12] como a clonagem reprodutiva ou mesmo outras manipulações genéticas extremamente reprováveis ligadas à engenharia genética (por exemplo, criação de seres híbridos, selecionados e deformados).[13]

6. Princípio da precaução e crimes de perigo

Diante desses possíveis abusos à *dignidade reprodutiva*, à *dotação genética diferenciada* e à *identidade genética* da humanidade pode-se recorrer ao já consolidado "princípio da precaução" como um dos fundamentos político-jurídicos para a edição de proibições penais em relação à experimentação embrionária (incluída aqui a clonagem humana terapêutica) devido às incertezas científicas e possíveis conseqüências nefastas que podem advir para humanidade, pois ainda não se sabe bem quais são os efeitos negativos que podem ser causados pela terapia celular que utilizará células-tronco embrionárias, sobretudo aquelas extraídas de embriões clônicos somáticos.

Segundo o princípio da precaução, todo comportamento inicialmente potencialmente perigoso deve ser evitado enquanto a sua inofensividade não tiver sido demonstrada cientificamente.[14] De acordo com Romeo Casabona, o

12. Esta argumentação do possível resvalamento para a utilização de biotécnicas mais audazes sobre o ser humano é conhecida como a tática do *slippery slope argument*.

13. Sobre os aspectos jurídico-penais da engenharia genética, confira-se, SPORLEDER DE SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT, 2004.

14. Nesse sentido, KLOEPFER apud ENGELS, "O desafio das biotécnicas para a ética e a antropologia", *Veritas* (Revista de Filosofia da Pucrs), 50 (2004), p. 227.

recurso ao princípio da precaução "pressupõe que tenham sido identificados os efeitos potencialmente perigosos derivados de um fenômeno, produto ou processo, e que a avaliação científica não permita determinar o risco com a certeza suficiente (...) devendo reconhecer-se que, em casos extremos, a única medida razoável pode consistir em paralisar a atividade".[15]

Neste sentido, e especificamente sobre a clonagem humana terapêutica por transferência nuclear, alega o Grupo Europeu de Ética na Ciência e nas Novas Tecnologias que "no momento presente a criação de embriões por meio da transferência de núcleos de células somáticas seria prematura".[16] O Parlamento Europeu, em sua Resolução sobre a clonagem humana (12.03.1997), considerando indistintas a clonagem terapêutica e a clonagem reprodutiva, proíbe as duas. Aliás, este organismo europeu apela para que todo o financiamento destinado à pesquisa no domínio da clonagem seja suspenso propondo a aplicação de sanções penais para punir as violações da proibição. A mencionada resolução estipula que "a clonagem de seres humanos, quer realizada no contexto do tratamento da infertilidade, do diagnóstico de pré-implantação ou da transplantação de tecidos, quer para qualquer outro fim, não pode, em circunstância alguma, ser justificada ou tolerada por qualquer sociedade, uma vez que constitui uma grave violação dos Direitos Humanos".[17] Assim, de acordo com o princípio da precaução seria admissível cogitar a criação de tipos de perigo (concreto e/ou abstrato) tendo em vista a idéia atual de um "direito penal preventivo"[18] no sentido de

15. ROMEO CASABONA, *Genética y derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 40.

16. European Group on Ethics in Science and New Technologies, Informe sobre os Aspectos éticos da pesquisa e do uso de células-tronco humanas, de novembro de 2000 *apud* NERI, "Questões filosóficas na pesquisa e uso de células-tronco: uma perspectiva européia". In: Garrafa/Pessini (Orgs.), *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 167.

17. PARLAMENTO EUROPEU, *As implicações éticas da investigação com embriões* (Estudo Final, 2000), p. 60.

18. Sobre o "direito penal preventivo", WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999; MANTOVANI, in: Romeo Casabona (Ed.), *Biotecnología y derecho. Perspectivas en derecho comparado*. Bilbao-

obstaculizar antecipadamente técnicas que possam vir a atentar contra a dignidade humana, evitando assim eventuais "provas diabólicas".

7. Normativa existente

Ainda nesta linha, mas de forma mais genérica, a importante *Convenção sobre os direitos humanos e da biomedicina* (1996), adotada pelo Conselho da Europa, proíbe "a produção de embriões *humanos* com fins de investigação"(art.18.2) (grifo nosso) e o Protocolo Adicional (1998) desta referida convenção, que trata especificamente da clonagem humana proíbe "qualquer intervenção que tenha por objetivo criar um ser *humano* geneticamente idêntico a outro, seja vivo ou morto"(art.1) (grifo nosso).

Caberia aqui questionar se tal proibição engloba ou não a clonagem humana terapêutica por transferência nuclear, já que os embriões eventualmente produzidos, segundo a nossa ótica, não seriam humanos por não derivarem de uma reprodução humana legítima, ao contrário do que ocorre com a clonagem terapêutica por divisão embrionária, que, a nosso ver, estaria proibida.

De acordo com esta orientação político-jurídica na Europa alguns países já regulamentaram penalmente a pesquisa com embriões. Com efeito, o Código Penal espanhol proíbe "a criação de embriões com fins diversos da procriação" (Art.161.1), prevendo como sanção a pena privativa de liberdade de 1 a 5 anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício de seis a dez anos. Já o Código Penal francês proíbe a "concepção *in vitro* de embriões *humanos* com fins de investigação ou experimentação" (grifo nosso), prevendo como sanção a pena privativa de liberdade de 7 anos. Por outro lado, com pena bem mais branda (multa ou privação da liberdade de até 3 meses), é proibida na Noruega "a investigação com óvulos fecundados" (Lei 56/1994, art.3.1 c/c 8.5). Por fim, na Alemanha, a Lei de proteção

Granada: Fundación BBV/Comares, 1998, p.219; *idem*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1986), p. 655.

aos embriões (*Embryonenschutzgesetz*) proíbe como "utilização abusiva de embriões *humanos*" "quem produzir o desenvolvimento extracorporal de um embrião *humano* para fim distinto da produção da gravidez" (grifo nosso), cominando a pena privativa de liberdade de até 3 anos ou multa como sanção.[19]

Cabe referir ainda que a Assembléia Geral da ONU adotou em 08.03.2005 a Declaração sobre a Clonagem Humana, na qual se recomenda aos Estados-membros a proibição de todo intento de criar vida humana mediante processos de clonagem e toda pesquisa realizada com o fim de lograr este objetivo.

7.1 Brasil e a Lei 8.974/95

No Brasil, a Lei de Biossegurança (Lei 8.974/95), no art. 13, III, proíbe a "produção, armazenamento ou manipulação de embriões destinados a servirem como material biológico disponível", prevendo a severa pena privativa de liberdade de 6 a 20 anos. Entende-se que pelos verbos "produzir" e "manipular"[20] a clonagem humana terapêutica (por divisão embrionária ou por transferência nuclear) pode estar abrangida no tipo em questão se houver destinação dos embriões clônicos (gaméticos ou somáticos) a servirem como "material biológico disponível", ou seja, se estes forem criados exclusivamente para fins comerciais e industriais[21] ou mesmo para fins de

19. Todavia, a recente "Lei de células-tronco" (28.06.2002) sobre a garantia da proteção do embrião em relação com a importação e utilização de células-tronco de certa forma contorna a Lei de proteção dos embriões permitindo a importação e utilização de células-tronco que foram isoladas a partir de embriões excedentes antes da data de 01.01.2002. Sobre os aspectos jurídico-penais desta lei, consulte-se, ESER/KOCH, "La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 20 (2004), pp. 37 e s.

20. A "manipulação" prevista no inciso III do art.13 da Lei 8.974/95 está inserida no marco da manipulação genética imprópria (ou manipulação genética em sentido amplo) – que envolve a manipulação de células e de embriões –, já que a manipulação genética própria (engenharia genética) – que envolve a manipulação de genes – está prevista e é proibida no inciso I da mencionada lei. Sobre a manipulação genética imprópria, vide SPORLEDER DE SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT, 2004, pp. 205 e ss.

pesquisa de qualquer ordem, seja ela considerada terapêutica ou não terapêutica. Visa-se assim evitar uma "coisificação" destas entidades biológicas humanas para não tratá-las como "mercadorias" ou meras "cobaias".[22] Aliás, a Constituição brasileira veda expressamente a comercialização de "substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento" (art. 199, § 4.º),[23] e o art. 15 da Lei 9.434/97 estabelece como crime, com pena de reclusão de 3 a 8 anos, a conduta de "comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano", incorrendo na mesma pena quem "promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação" (par. ún.).

Quanto à sua classificação dogmática, a norma do art. 13, III da Lei 8.974/95 trata-se de um crime próprio, comissivo, material, de perigo (abstrato). O tipo em questão visa proteger a dignidade reprodutiva humana, e o objeto material é o embrião extra-uterino, isto é, aquele que é produzido em laboratório pela técnica de fertilização *in vitro* ou mediante a técnica de clonagem. O sujeito passivo do delito é a humanidade.[24] No que se refere ao tipo subjetivo, é necessário que, além do dolo de "produzir" ou "manipular", ocorra o elemento subjetivo do injusto, representado pelo especial fim de querer destinar os embriões produzidos e/ou manipulados a servirem como material biológico disponível.

Por último, e a título informativo, foi aprovado recentemente pelo Congresso Nacional o projeto legislativo[25] da nova Lei de Biossegurança, que revoga

21. O Código Penal francês pune com pena de 7 anos de prisão "a utilização de embriões humanos com fins industriais ou comerciais" (art. 511.17).

22. Para VARELLA/FONTES/GALVÃO DA ROCHA, "considerar o embrião mero material biológico importa em desrespeito à vida humana que nele existe" (VARELLA/FONTES/GALVÃO DA ROCHA, *Biossegurança e biodiversidade: contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 208).

23. Ademais, o Código Penal francês pune com pena de 5 anos de prisão a obtenção de gametas em troca de pagamento, assim como a intermediação no negócio (art. 511.9).

24. Sobre a compreensão da humanidade como titular de bens jurídicos (ou sujeito passivo do delito), v. SPORLEDER DE SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT, 2004, pp. 319 e ss.

25. SENADO FEDERAL, *Redação final do substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n.9, de 2004* (n. 2.401, de 2003, na Casa de origem) de 07.10.2004.

a atual Lei 8.974/95 e no qual foi discutida a proibição ou não da clonagem terapêutica e sob que condições. Segundo o projeto de lei em tela – que agora depende apenas de sanção presidencial para efetivamente entrar em vigor – a clonagem humana terapêutica está expressamente proibida nos termos do art. 26, mas é permitida, com certas restrições, a pesquisa com células-tronco embrionárias, pois o art. 24, prevê como crime "utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5.º desta lei", com pena de detenção de 1 a 3 anos, e multa, estabelecendo os seguintes requisitos para a sua admissibilidade:

"Art. 5.º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização 'in vitro' e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica no crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997."

Cabe referir que este texto do projeto aprovado pela Câmara de Deputados em 02.03.2005 com 366 votos favoráveis, 59 contrários e 3 abstenções, segue fielmente ao que fora anteriormente proposto e aprovado pelo Senado ainda em outubro de 2004. Embora seja um tema extremamente complexo e que requereria maiores esclarecimentos à sociedade, tal questão não foi alvo de uma discus-

são mais aprofundada e condizente com a sua importância. Todavia, e agora fazendo uma breve análise dos dispositivos mencionados, percebe-se que, além de querer privilegiar o controle das pesquisas com células-tronco embrionárias em nível deontológico através dos Comitês de Ética (art. 15, § 2.º), a opção do legislador é editar uma lei penal em branco (imprópria) – onde o complemento do tipo incriminador (art. 24) acha-se contido no próprio texto legislativo (art. 5.º) – que ainda assim imponha algumas regras mínimas para o avanço técnico-científico numa área essencial como a biotecnologia genética. Com efeito, parece permanecer de certa maneira a sua preocupação como disposto no art. 199, § 4.º, da CF no sentido de procurar evitar um processo de "coisificação" do embrião humano, embora de forma muito mais branda do que prevê a atual Lei 8.974/95 (art. 13, III) como foi visto mais acima.

8. Considerações conclusivas

Nem tudo o que é cientificamente possível deve ser autorizado sem mais nem menos, sobretudo porque o progresso moral da humanidade deve caminhar paralelamente ao seu progresso técnico-científico. A ciência deve servir o homem e não o contrário. Diante disso, talvez seja mais prudente esperar por informações mais seguras a respeito dos reais e incertos riscos da clonagem terapêutica já que os seus benefícios ainda não passam de promessas teóricas e mesmo porque já há algumas pesquisas indicando que as células-tronco adultas também possuem uma certa pluripotência ou totipotência[26] equivalente às células-tronco embrionárias. Se

26. VOGEL, "Harnessing the power of stem cells", *Science* 283 (1999), 1432-1434; JEFESON, "Adult stem cells may be redefinable", *British Medical Journal* 318 (1999), p.282; PAGÁN, S. "Ultimate stem cell discovered", *New Scientist* 23 (2002). Aliás, a Pontifícia Academia para a vida (*Declaração sobre a produção e o uso científico e terapêutico das células-tronco embrionárias humanas*, de 25 de agosto de 2000), prefere explicitamente a pesquisa com células-tronco de adultos: "todos este progressos e os resultados já alcançados no campo das células-tronco adultas

tais descobertas se confirmarem será desnecessário recorrer à clonagem terapêutica que utiliza estas células. Desta forma, antes de serem implantadas técnicas de clonagem terapêutica, a fim de obter células-tronco embrionárias, seria interessante iniciar a experimentação com as células-tronco adultas para verificar se a sua potencialidade terapêutica é efetivamente limitada, e, além disso, esgotar as experimentações com células-tronco de animais[27] para só então, após estas cautelas necessárias, recorrer-se às células-tronco embrionárias humanas. Tal medida de caráter moratório em relação à clonagem terapêutica pode ser uma alternativa mais sensata, responsável e condizente com a dignidade humana até que surjam evidências científicas mais seguras a respeito de suas reais conseqüências no ser humano. Enquanto isso, e com base no princípio da precaução, talvez seja pertinente a intervenção do Direito penal para a tutela de relevantes bens jurídicos supra-individuais, cujo titular é a humanidade (presente e futura), o que, pelo que se vislumbra, infelizmente não vai acontecer no panorama legislativo nacional como deveria.

deixam entrever não só a sua grande plasticidade, mas também uma ampla possibilidade de prestações, presumivelmente não distinta das utilizações das células-tronco embrionárias, visto que a plasticidade depende em grande parte de um informação genética, que pode ser reprogramada".

27. A propósito disso, v. HOLDEN, "Stem cell research: primate parthenotes yield stem cells", *Science* 295 (2002), pp. 779-780.

Clonación terapéutica

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.

Sumário: 1. Introducción: 1.1 Algunas precisiones terminológicas – 2. Procedimientos de generación de clones: 2.1 Partición, fisión gemelar o gemelación; 2.2 Transferencia de núcleo – 3. Clonación reproductiva y clonación terapéutica: 3.1 Separación de Blastómeros o Gemelación; 3.2 Clonación por transferencia del núcleo de una célula somática a un óvulo enucleado – 4. Debates en torno a la legitimidad de la clonación terapéutica: 4.1 Línea argumental deslegitimante; 4.2 Línea argumental legitimante; 4.3 Caracterización de un clon somático; 4.4 Recomendaciones del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO; 4.5 La actuación del derecho – 5. Conclusión.

Abstract: El artículo define acabadamente los distintos procedimientos de clonación, en particular en relación a la especie humana, y puntualiza las diferencias entre unos y otros, tanto en función de las técnicas mismas como en relación a los objetivos que alientan. Distingue entre clonación reproductiva y terapéutica, desarrollando los motivos por los que estima que la primera debe encontrarse penalmente prohibida y abunda en argumentos de legitimación de la segunda, en función de sus fines, altamente valiosos para la humanidad, así como de las peculiaridades de los clones somáticos.

Palabras chave: Clonación reproductiva – clonación terapéutica – embrión – totipotencia – clon somático.

1. Introducción

1.1 Algunas precisiones terminológicas

Clonar es obtener una copia genéticamente idéntica de un ser vivo, de modo tal que el organismo resultante constituya una suerte de fotocopia genética del original.

El primero en utilizar el término fue el biólogo británico J. B. S. Haldane, – en un discurso publicado en 1963[1] –, para referirse al procedimiento a través del cual se obtiene una copia -genéticamente idéntica- de cualquier organismo.

Algunos científicos reservan el nombre para los supuestos de duplicación de células somáticas, excluyendo tal calificativo cuando es necesario el aporte de una célula sexual femenina que facilite el material genético citoplasmático.[2]

El término también se utiliza para definir el proceso de obtención de copias idénticas de un gen, mediante técnicas de ingeniería genética molecular.[3]

"Algunos proyectos legislativos definen la clonación como "la producción de una copia genética precisa de una molécula (incluyendo la de ADN), célula, tejido, planta, animal o ser humano".[4]

Llamaremos *clon*, en consecuencia, al conjunto de células u organismos genéticamente idénticos, originados por reproducción asexual, a partir de una única célula u organismo, o por la división artificial de estados embrionarios iniciales.[5]

1. *"Biological Possibilities for the Human Species in the Next Ten Thousand Years", "Man and his Future, a CIBA Foundation Volume"*, Ed. Gordon Wolstenholme, 1963, citado por KOLATA, Gina, *"Hello Dolly. El nacimiento del primer clon"*, Editorial Planeta, Barcelona, España, 1998, p. 82.

2. Conf. BEIGUELMAN, B., *"Saiba más sobre clones"*, Rev. *"Ciencia hoje"*, abril 1998, p. 39.

3. SUZUKI-KNUDTSON, *"GenÉtica. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos"*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 104.

4. ZAMUDIO, Teodora, *"Clonación en seres humanos. Posibilidades de su regulación legal"*, "Cuadernos de Bioética nº 2-3, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, Pág. 108.

5. *Diccionario de la Real Academia.*

Los procedimientos de generación de clones, ya sean naturales o artificiales, pueden clasificarse en dos grandes grupos: los de *partición* o *gemelación* y los de *transferencia de núcleo*.[6]

2. Procedimientos de generación de clones

2.1 Partición, fisión gemelar o gemelación

Son los que se perfeccionan mediante la división de los embriones en sus primeras etapas de desarrollo, ya sea de forma natural – por bisección –, o por separación de blastómeros; con esta técnica se obtienen individuos genéticamente idénticos entre sí, pero diferentes a sus progenitores.

El proceso de duplicación genética se da de manera espontánea en la naturaleza, incluso en animales superiores, ignorándose – hasta el presente – los motivos de su ocurrencia. En efecto, un óvulo fertilizado por un único espermatozoide puede dividirse – en sus primeros estadios de evolución celular – dando lugar a dos ejemplares genéticamente idénticos, mecanismo que recibe el nombre de fisión gemelar.

Así se originan los gemelos univitelinos, supuesto en el cual un óvulo fecundado en el interior del cuerpo de una mujer, antes de comenzar el proceso de implantación, se fracciona en dos embriones idénticos que, si bien llevarán cursos evolutivos independientes, son sendas copias genéticas el uno del otro. Si ambas gestaciones llegan a término, nacerán mellizos gemelares.

2.1.1 Totipotencia

Resulta oportuno especificar cuál es la circunstancia que permite que un embrión de hasta ocho ó dieciséis células se divida en dos o más fracciones, cada

6. Informe sobre clonación *"En las fronteras de la vida"*, elaborado por el Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación del Instituto de Bioética y de la Fundación de Ciencias de la Salud de Madrid, España, 1999.

una de ellas conformada por la mitad, la cuarta parte o incluso por sólo una de las células del embrión original, y que, a partir de esta formación vital, pueda desarrollarse un individuo completo, sin ninguna característica constitutiva diferencial. La respuesta está dada por la calidad de *totipotentes* que poseen las células embrionarias en este estadio de evolución.

Las células *totipotentes* son uno de los tres tipos de células troncales[7] que reconocen los científicos; reciben ese nombre precisamente porque son aquellas que tienen la capacidad de multiplicarse y diferenciarse hasta desarrollar un individuo completo.[8] Los otros dos tipos están conformados por las células *pluripotente*, que, si bien son capaces de generar todo tipo de células del organismo humano y de auto renovarse, no son aptas para desarrollar un embrión, porque carecen de la capacidad para producir las membranas y tejidos extra-embrionarios necesarios para el proceso de gestación y por las *multipotentes*, con limitada capacidad de reactivar su programa genético, que, debidamente estimuladas, logran evolucionar hasta conformar algunos tipos de células diferenciadas, pero no todos.[9]

"Las células troncales embrionarias, también llamadas células ES (acrónimo del inglés 'embryo stem cell'), son células indiferenciadas que se encuentran en la masa celular interna (MCI) del embrión en el estadio de blastocisto que se desarrolla a partir del 5.º o 6.º día después de la fecundación".[10]

7. Coincido con el genetista Juan Ramón LACADENA CALERO en que resulta preferible la expresión "células troncales" sobre la locución "células madres", mucho más difundida.

8. Estas células fueron aisladas por primera vez en el año 1998, por dos diferentes equipos de investigadores estadounidenses: uno perteneciente a la Universidad de Wisconsin, en Madison, conducido por John THOMSON y el otro a la Universidad "Johns Hopkins", de Baltimore, dirigido por John GEARHART. El interés de la investigación residía en que se especulaba con la posibilidad de que estas células pudiesen formar parte de una reserva o banco de tejidos, que serviría para reemplazar las dañadas durante el transcurso de la vida de cualquier ser humano. (Conf. "Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts", "Science" 1998, 282:1827).

9. LACADENA, Juan Ramón, "Células troncales; manipulación genética y manipulación social", <http://www.pntic.mec.es/tematicas/genetica/>, 01.10.2002.

10. *Ibídem.*

La *totipotencia* de las células embrionarias tempranas permite que el procedimiento de fisión gemelar pueda ser recreado en laboratorio, mediante la técnica denominada *separación de blastómeros*; su utilización, –restringida a aquellos procedimientos de fecundación *"in vitro"* en los que se obtiene un número muy bajo de embriones con vitalidad suficiente como para ser transferidos al útero –, tiene como objetivo optimizar las chances de obtención de un embarazo mediante el incremento del número de embriones cuya implantación se intenta.[11]

Este procedimiento[12] no merece reparo ético ni jurídico alguno, en tanto no hace más que imitar a la naturaleza y, por otra parte, su empleo se limita a un contadísimo número de casos.

2.2 Transferencia de núcleo

El procedimiento, inexistente en la naturaleza, consiste en trasplantar núcleos celulares con su dotación cromosómica completa (diploides) a óvulos u ovocitos, a los que se les ha extraído previamente su núcleo, – que, en razón de tratarse de células sexuales, sólo contenía la mitad de cromosomas (haploide) –, o a un cigoto igualmente enucleado.

Los núcleos que se transfieren pueden proceder de células embrionarias, ya sea diferenciadas o no diferenciadas, tanto de adultos como de fetos o embriones.

11. GANSS GIBSON, K.–MASSEY, J.: *"Ethical Considerations in the Multiplication of Human Embryos"*, en *"Reproduction, Technology and Rights"*, Humber-Almeder, Humana Press, New Jersey, 1996, p. 55.

12. Los pioneros en este tipo de experiencias en laboratorio fueron los Prof. Jerry Hall y Robert Stillman, de la Universidad George Washington, de los Estados Unidos de Norteamérica, quienes anunciaron sus descubrimientos el 13 de octubre de 1993 en la reunión de la Sociedad Americana para la Investigación de la Fertilidad, llevada a cabo en Montreal, Canadá. En esa oportunidad informaron haber utilizado diecisiete embriones, originariamente generados para fertilización "in vitro", los que presentaban graves malformaciones toda vez que se trataba de óvulos polipenetrados. Estos ovocitos fertilizados contaban entre dos y ocho células, y, luego de provocada la división, resultaron cuarenta y ocho nuevos embriones, los que fueron destruidos al finalizar el experimento, habiendo alcanzado un desarrollo máximo de treinta y dos células.

Si los núcleos proceden de células que todavía conservan su *totipotencia* (pertenecientes a un embrión de poca evolución) van a contar con la totalidad de la información genética activa de ese organismo.[13] El clon resultante será similar al que se hubiera obtenido mediante la técnica de gemelación, aún cuando el procedimiento que estamos analizando es muchísimo más complejo.

El resto de los casos mencionados resulta diferente. En efecto, ya sea que se trate de células de adultos, de fetos o de embriones que han superado la etapa de blastocisto, la diferenciación celular ya se ha iniciado y, en el primero de los supuestos, ha concluido largo tiempo antes.

En la especie humana esta técnica consistiría en extraer un óvulo de una mujer, quitarle el núcleo y colocar, en su lugar, otro núcleo obtenido de cualquier célula somática, procedente de esa misma mujer, de otra o de un hombre.

Cabe aclarar que la clonación por transferencia de núcleos de células diferenciadas procedentes de un feto o embrión se conoce con el nombre de *paraclonación*.

3. Clonación reproductiva y clonación terapéutica

El éxito de las primeras clonaciones por transferencia de núcleos de células diferenciadas de mamíferos adultos (luego de largos años de aceptar el dogma que afirmaba que tal posibilidad era imposible en virtud del envejecimiento de la información genética[14]), provocó una verdadera revolución, no sólo en el campo

13. El problema de esta técnica reside en que, al usar células embrionarias, el fenotipo resultante será una verdadera incógnita y toda vez que la gran utilidad de la clonación, sobre todo en el campo de la ganadería y en el de la producción de ejemplares transgénicos, consiste en poder copiar un ejemplar genéticamente valioso, tal circunstancia reduce su trascendencia.

14. La idea de transferir núcleos diploides procedentes de células diferenciadas data de 1938 y se debe al Premio Nóbel Hans SPEMANN, quien la propuso para estudiar el papel relativo del núcleo y del citoplasma en los primeros estadios del desarrollo embrionario. El primer experimento de sustitución nuclear exitoso fue realizado con ranas, en el año 1952, por los biólogos estadounidenses Robert BRIGGS y Thomas KING, quienes, a partir de sus experiencias, afirmaron que el procedimiento era factible cuando se utilizaban núcleos extraídos de blastocistos

de la ciencia y la biotecnología, sino en el de la bioética, en tanto demostró que era teóricamente posible clonar seres humanos.

A partir de esa posibilidad se hizo necesario distinguir, tanto los diferentes métodos de clonación como los objetivos que se persiguen con la técnica, esto es, si se buscan propósitos reproductivos, experimentales o terapéuticos.

3.1 Separación de Blastómeros o Gemelación

3.1.1 Con fines reproductivos o terapéuticos[15]

Como lo señaláramos, esta técnica no debe generar reparo bioético ni jurídico alguno, siempre que su implementación quede circunscripta a aquellos casos en los que se intenta imitar el proceso natural. En efecto, en la medida en que su puesta en práctica se mantenga dentro de los estrechos límites de las

pero su concreción resultaba imposible con núcleos de células diferenciadas, lo que los llevó a sostener que, a medida que un embrión se desarrolla, el potencial de su programa genético disminuye, en otras palabras, que una vez que una célula se especializa, convirtiéndose en cardiaca, hepática, ósea o en cualquier otro tejido del organismo, el cambio es permanente y los genes de la célula no utilizados para tal fin se vuelven definitivamente inactivos. Aún cuando existieron otras experiencias, alguna de las cuales pareció contradecir esta teoría, la hipótesis terminó imponiéndose y, hasta bien avanzada la década del noventa, la comunidad científica aceptó monolíticamente el argumento del envejecimiento de la información genética, lo que la llevaba a afirmar que la clonación por transferencia de núcleos de células diferenciadas era imposible; ello excluía toda posibilidad de clonar un adulto. El primer experimento exitoso tuvo como consecuencia el nacimiento de la famosa oveja *"Dolly"*, en el Instituto Roslin, de Escocia, el 5 de julio de 1996, merced a la actividad científica de Ian Wilmut y Keith Campbell. El nacimiento de *"Dolly"* no fue un ensayo realizado con fines científicos puros; fue creada con dos expectativas concretas, ambas estrechamente ligadas a la actividad comercial: a) perfeccionar un método para lograr animales más sanos y productivos, que permitiera a los granjeros adquirir embriones clonados con la garantía de un genotipo de determinada calidad; b) clonar animales transgénicos, con la seguridad de que los clones resultantes no perderían la mutación incorporada al ejemplar del que habían sido extraídos los núcleos. Estimaban que el procedimiento de clonación, una vez puesto a punto, resultaría mucho más sencillo que la manipulación genética de cada uno de los embriones, para incorporarles genes de otra especie. Luego de este logro, se sucedieron otros con ratones, ovejas, vacas, cabras y monos rhesus, entre otros animales.

15. Toda vez que la esterilidad es considerada una enfermedad de la pareja, las medidas destinadas a paliarla, tales como el incremento de embriones para transferir un mayor número al útero y conseguir un embarazo, deben ser catalogadas como actividades terapéuticas.

técnicas de fecundación asistida, no caben cuestionamientos éticos ni jurídicos. Coincido con quienes afirman que debería ser excluida del concepto de clonación propiamente dicha, reservándosele la denominación gemelación artificial.[16]

Es importante recordar que son maniobras que no alteran el patrimonio genético del embrión, en tanto no importan extracción de núcleos o combinación de estructuras celulares. Tal circunstancia no sólo le garantiza una mayor incolumidad, sino que disminuye sensiblemente el riesgo de mutaciones genéticas espontáneas y mejora las posibilidades de lograr su anidación.

3.1.2 Fines diagnósticos o de investigación

Este es el ámbito más crítico toda vez que el método, puede servir, como de hecho sirve, para determinar la presencia de enfermedades genéticas, esto es, para realizar un diagnóstico pre-implantatorio utilizando una de las células *totipotentes* previamente separada del embrión.

Como la célula escogida es genéticamente idéntica a las restantes permite tal práctica; si la presencia de una enfermedad grave es detectada, el embrión no será transferido al útero. Pero, aún cuando ninguna dolencia se detecte, esa célula sometida a estudio resultará destruida. Tratándose, como se trata, de un ejemplar celular *totipotente*, si se hubiese reconstruido su membrana de protección se hubiera convertido en otro embrión apto para ser transferido, desarrollarse y generar un individuo.

Aún cuando es perfectamente aceptable sostener la coherencia ética y jurídica que dimana de destruir una célula *totipotente* para garantizar la viabilidad del embrión o para evitar un aborto por malformaciones fetales o el nacimiento de un individuo aquejado de una severa dolencia genética, resulta extraño que quienes protestan airadamente contra la utilización con fines experimentales de embriones *criopreservados*, admitan complacidos la concreción de este tipo

16. Informe sobre clonación "En las fronteras...", op. cit., pp. 52/53.

de diagnóstico que es una práctica de rutina en la mayoría de los centros de fecundación *in vitro* del mundo.

La posibilidad de valerse de este método para procurar células *totipotentes* y utilizarlas en investigaciones cuyos resultados no se vinculen directamente al embrión del cual provienen, es otro de los insistentes reclamos de los científicos. Afirman que, contando con este material, podrán estudiar, entre otras cosas, el proceso de maduración celular en laboratorio, con el fin de obtener información acerca de anomalías que impiden que la mayoría de los embriones conseguidos mediante técnicas de *fecundación 'in vitro'* llegue, en caso de implantarse, a término, así como confirmar o desechar el efecto teratogénico de determinadas sustancias.

3.2 Clonación por transferencia del núcleo de una célula somática a un óvulo enucleado

3.2.1 Fines de procreación

Existe consenso bioético a nivel mundial, prácticamente unánime, para rechazar la utilización de las técnicas de clonación por transferencia nuclear con fines reproductivos, así como para destacar la necesidad de sancionar penalmente su puesta en práctica.

3.2.1.1 Paraclonación

Cierto es que, en un primer análisis, la *paraclonación*, podría parecer aceptable en tanto nos limitemos a considerar que los individuos resultantes se asemejarán a quienes se desarrollen a partir del embrión o feto al que se le ha extraído el núcleo de la célula somática utilizado. Operaría como un método de *gemelación* mucho más complejo, con la ventaja de que no existiría reproducción genética de una persona ya nacida.

Sin embargo, una reflexión más profunda revela dos cuestionamientos centrales: por una parte, parece fácil suponer que las células somáticas cuyos núcleos

habrán de utilizarse, sólo pueden haberse obtenido de un embrión o feto abortado; en este caso no se estaría creando un hermano gemelo sino, por el contrario, una copia del protagonista de un embarazo frustrado. Esto nos lleva a afirmar que, si el fin de la creación del clon es la reproducción, el método debe reputarse inadmisible.

Por otra parte, la posibilidad de obtener el núcleo de una célula diferenciada de un embrión *in vitro*, antes de que éste sea transferido al útero, parece completamente innecesaria porque resulta técnicamente mucho más sencillo y menos riesgoso separar, en una etapa previa, los blastómeros.

A lo expuesto se suma que el método merece los cuestionamientos propios de la implementación sobre la especie humana de procedimientos de ingeniería genética,[17] en tanto se perfecciona extrayendo y fusionando núcleos celulares, con los riesgos que ello conlleva.

En resumen, toda vez que los fines científicos puros lucen insuficientes para legitimar el procedimiento, entiendo que debe reputárselo inaceptable.

3.2.1.2 Clonación

Recordemos que el método consiste en tomar un óvulo humano, extraerle el núcleo y colocar en su lugar otro, procedente de cualquier célula somática, el que se fundirá al óvulo enucleado mediante un impulso eléctrico. El nuevo núcleo, necesariamente diploide, puede pertenecer a un individuo ya nacido, – de cualquier sexo y edad –, o, incluso, a la misma mujer de la que se tomó el óvulo.

Concluida la fusión, dicho óvulo se habrá transformado en una formación celular de características similares a un cigoto, genéticamente idéntica al titular

17. "... podemos señalar que la ingeniería genética comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)". MARTÍNEZ, Stella Maris, "Manipulación Genética y Derecho Penal", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 32.

de la célula somática de la que fue extraído el núcleo que ahora posee; como tal comenzará a comportarse, iniciando su proceso de multiplicación celular.

Este procedimiento recibe cuestionamientos masivos en tanto se lo considera una innecesaria manipulación genética sobre la especie humana, que conlleva el riesgo de incorporar mutaciones de consecuencias imprevisibles al genoma humano.

Pero, cierto es que todos estos reparos se conectan, no con la posibilidad de clonar en laboratorio células de adultos, sino con la idea de transferir las formaciones genéticas resultantes a un útero femenino, con el objeto de que se desarrollen y nazcan clones.

Las objeciones centrales que se oponen a su implementación reconocen el siguiente orden:

a) El derecho de todo ser humano a ser concebido conforme a procesos connaturales a su especie, lo que le garantizará que la combinación de genes pertenecientes a dos líneas diferenciadas (materna y paterna) conduzca a la generación de un ser absolutamente único e original.[18]

b) La circunstancia de que la manipulación genética necesaria para crear un embrión clonado podría causar en el individuo resultante importantes alteraciones genéticas, condenándolo a una vida de padecimientos, debido al irracional deseo de sus progenitores de tener un hijo o una hija genéticamente igual a alguno de ellos.

En la experimentación con animales la clonación de embriones ha producido un índice elevado de individuos con deformaciones y diversos tipos de dolencias.[19]

18. Conf. BERGEL, S., "Notas sobre bioética y clonación humana reproductiva", en "Derecho de Familia – Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", nº 21, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 11.

19. Recordemos, por ejemplo, que el primer mamífero clonado si bien resultó un ejemplar aparentemente normal, con el paso del tiempo comenzó a demostrar signos de envejecimiento precoz, a punto tal que a los seis años de edad debió ser sacrificada a causa de la enfermedad pulmonar que padecía.

Si bien son cifras que se modifican constantemente, en el modelo animal el índice de supervivencia embrionaria luego de una transferencia nuclear es de alrededor del 30%; de este porcentaje sólo el 23% concluye en un nacimiento con vida.[20]

c) El riesgo de aumentar la fragilidad inmunológica de la especie humana toda vez que al suprimir la recombinación genética[21] propia de la reproducción natural, el genoma se torna más homogéneo, lo que vuelve a la especie menos resistente al ataque de eventuales predadores. Si bien este argumento es usualmente descalificado por los científicos, en tanto sostienen que el número eventual de clones que podría llegar a nacer no incidiría en la salud de la población global, al enfocar teóricamente el problema el punto no puede ser omitido.[22]

d) El agravio a la dignidad humana que importa la creación de individuos mediante clonación,[23] en tanto se quebranta el principio según el cual una persona debe ser considerada como un fin en sí misma y no como un medio para otro fin (en este caso, ser la copia genética de otro ser humano).

e) El cuestionable contenido ético de la experimentación destinada a crear seres humanos[24] puesto que, en el campo de la ciencia, los experimentos se llevan

20. GIBSON, K. – MASSEY, J.: "Ethical Considerations...", op. cit., p. 59.

21. La recombinación genética es el proceso de intercambio de información hereditaria entre dos organismos independientes, que resulta en la producción de nuevas combinaciones de genes y facilita la aparición de organismos variantes, dentro de una especie determinada. Su importancia es tal, que en las especies más avanzadas se impone obligatoriamente en los ciclos de reproducción sexual, ya que los gametos (células sexuales) contienen sólo un miembro de cada pareja de genes. Conf. MARTÍNEZ, Stella Maris, "Manipulación Genética...", op. cit., p. 33; ROMERO CASABONA, Carlos María, "¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación", Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 6, Enero-Junio 1997, pp. 21 y ss.

22. Por otra parte, es útil resaltar que, si bien se estima que actualmente se necesitarían entre 150 y 250 mujeres donantes de óvulos para emular la experiencia de "Dolly", los científicos ya han logrado cultivar folículos ováricos humanos en ratones con inmunodeficiencia combinada severa e hipogonádicos, por lo que resulta teóricamente posible obtener fragmentos de ovarios femeninos, trasplantarlos a ratones de esta clase y obtener un numero elevado de óvulos. (Conf. "Informe sobre clonación..."; op.cit., pp. 60/61).

23. Conf. BERGEL, S., op. cit.

24. *Ibídem.*

a cabo echando mano de modelos representativos que se pueden modificar o destruir, probar y volver a probar, antes de que el objetivo sea logrado. En este caso, en cambio, no habrá modelo representativo que valga. El experimento sólo será válido si se lleva a cabo en el original, lo que destruye toda distinción entre mero experimento y acción definitiva.

f) Los numerosos problemas que genera en el área de la filiación humana,[25] toda vez que un clon será hijo jurídico de quien lo gestó y genético de los progenitores de la persona de la que se extrajo la célula somática cuyo núcleo se transfundió. En el caso de que la célula somática se haya extraído de la misma mujer que cursó el embarazo la situación se presentará como sigue: la niña será hija de quien la dio a luz para el derecho civil pero, para la genética será su hermana gemela, reconociéndose como progenitores quienes legalmente son sus abuelos.

Como vemos los argumentos son variados e incluyen tanto la descalificación del deseo de tener un hijo *"a medida"* como el enaltecimiento del derecho de todo ser humano a su propia identidad genética, esto es, a ser genéticamente único e irrepetible o, utilizando otros términos a *"heredar material genético intacto"*.[26]

Esta postura es recogida en numerosos documentos internacionales; entre los principales podemos mencionar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto de la

25. Conf. BERGEL, S., op. cit.

26. Coinciden con esta postura, otorgándole calidad de bien jurídico penal, PERIS RIERA, Jaime Miguel – GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, "Comentarios al Código Penal dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL", Tomo V, Artículos 138 a 162, Edersa, 2002, p. 751, quienes citan en su apoyo a APARISI MIRALLES, A., "El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 98; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995", Revista de Derecho y Genoma Humano, 1996 p. 68; MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal. Parte Especial", Tirant lo Blanch, 11° Edición, Valencia, 1996, p. 130; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana", Edersa, Madrid, 1997, p. 477; GRACIA MARTÍN, L., "Delitos relativos a la manipulación genética" en "Comentarios al Código Penal, Parte Especial", pp. 689 y 690 y VALLE MUÑIZ, J. M., "Delitos relativos a la manipulación genética", en Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal", Aranzadi, Navarra, 1996, p. 132 (ver Nota 293).

Aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscripto por veinte países europeos, el 4 de abril de 1997, en Oviedo, España, instrumento que cuenta con un Protocolo Adicional (de fecha 12 de enero de 1998), vinculado específicamente a la clonación de seres humanos, en el que se prohíbe *"cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto"* y se aclara que *"la expresión ser humano "genéticamente idéntico" a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga genética nuclear"*.

La referencia a cadáveres no debe sonar extraña, puesto que con este método resulta perfectamente posible obtener núcleos de células somáticas de personas recién fallecidas, con la repudiable intención de clonarlas. Es más, si se lograra rescatar material genético intacto de partes óseas de un cadáver, la clonación podría intentarse aún cuando la persona hubiera muerto largo tiempo atrás.

También es de particular importancia la "Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos" de la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), aprobada el 11 de noviembre de 1997, que rechaza firmemente la clonación reproductiva de seres humanos y reclama respetar la herencia genética de cada individuo y la de la humanidad en su conjunto.

Cabe resaltar que numerosos países ya cuentan con legislación represiva sobre el punto. El Código Penal Español, en el segundo inciso del art. 161 tipifica como delito *"la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza"*; y, si bien la norma puede dar lugar a conflictos interpretativos, ya que parece incluir como ultraintención la selección de la raza, los autores coinciden en que deben ser entendidas como dos hipótesis diversas.[27]

27. PERIS RIERA, Jaime Miguel – GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, op. cit., p. 755.

3.2.2 Fines experimentales y terapéuticos

Una vez comprobada la posibilidad de producir clones mediante la transferencia del núcleo de células diferenciadas, cualquiera sea la edad del sujeto al que éstas pertenezcan, los científicos pergeñaron la idea de obtener tales núcleos de células somáticas de personas aquejadas de graves enfermedades, incorporarlos a óvulos enucleados y, una vez concretada la fusión, desarrollar en laboratorio la formación celular resultante que se conoce con el nombre de clon somático.

Tal actividad, que carece de toda finalidad reproductiva, reconoce exclusivos fines experimentales (estudiar enfermedades humanas y las consecuencias iatrogénicas de ciertos tratamientos médicos) o terapéuticos (obtener células troncales embrionarias para reparar tejidos dañados y, en el futuro, para desarrollar un órgano de reemplazo completo).

En virtud de la identidad genética existente entre el paciente a quien se le extrajo la célula somática de la que se tomó la información genética y el tejido celular clonado desaparece – casi totalmente – toda posibilidad de rechazo inmunológico. Si la paciente es mujer y el óvulo fue también tomado de su organismo la compatibilidad será absoluta.[28]

Sólo si se toma conciencia de la increíble potencialidad terapéutica de esta técnica y de sus beneficios para la humanidad se podrá efectuar un juicio de valor certero.

Merced a ella, en un tiempo relativamente cercano, se podrá contar con cualquier tejido humano de reemplazo, genéticamente compatible. Su desarrollo permitirá revertir cuadros tan deletéreos como el mal de Alzheimer, el de Parkinson, la esclerosis múltiple, la diabetes, los accidentes cerebro-vasculares, el infarto de miocardio, la osteoartritis, dolencias de la sangre, los huesos y la médula ósea, quemaduras graves y lesiones de la médula espinal y hará factibles

28. Esto obedece a la existencia de ADN mitocondrial; las mitocondrias son formaciones productoras de energía, existentes en el citoplasma de las células, que contienen en su interior moléculas de ADN.

tratamientos para pacientes con cáncer que han perdido células y tejido por radiación o quimioterapia.

Es más, como lo señaláramos, se podrán producir en laboratorio órganos completos, genéticamente idénticos a los del paciente titular del patrimonio hereditario clonado, que serán trasplantados al enfermo, con mínimas posibilidades de rechazo inmunológico.

Y, si bien las células *totipotentes* (aquellas que mediante procesos especiales de cultivo tienen la capacidad de convertirse en cualquier tejido del organismo humano) pueden obtenerse de la masa celular interna de cualquier embrión, sólo las procedentes de embriones somáticos obtenidos mediante técnicas de clonación por transferencia de núcleo, generarán un tejido compatible con el del enfermo, anulando los riesgos propios de todo trasplante.

Resulta oportuno destacar que es imposible afirmar que sucedería si estos embriones clonados fueran transferidos a un útero, es decir, se ignora si podrían implantarse y evolucionar. Va de suyo que la obtención de la células *totipotentes* implica la necesaria destrucción del embrión.

Y si bien existen otras posibilidades teóricas,[29] en estos momentos la línea de investigación más firme y la que promete resultados a más corto plazo, es la basada en la obtención de células troncales embrionarias a partir de clones.

Los científicos responsables de estas investigaciones insisten en la necesidad de generar clones de los pacientes.

En Estados Unidos, donde la posición del gobierno en punto a permitir esta línea de pesquisa es altamente restrictiva, los equipos científicos señalan que, si bien

29. Si bien es posible obtener células troncales en órganos y tejidos de adultos se consiguen en muy pequeña cantidad y las que se obtienen no son totipotentes, como las embrionarias, sino multipotentes, es decir, sólo pueden generar algunos tejidos (por ejemplo, ciertas células troncales de la médula ósea producen glóbulos rojos, glóbulos blancos y plaquetas). Los estudios científicos en curso hacen presumir que con el tiempo se podrá anular la diferenciación de cualquier célula y resultará factible, incluso, estimularla para que se especialice en otro sentido y dé lugar a alguna de las doscientas diez clases de tejido humano. (Conf. BJORNSON, Christopher y otros, "Turning brain into blood: a hematopoietic fate adopted by adult neural stem cells in vivo", Revista "Science", 1999, nº 283, p. 534).

cuentan con cultivos de células *totipotentes* para estudio e investigación, su diversidad está limitada porque proceden de un pequeño número de embriones y no representan con plenitud ni la gama étnica ni la diversidad genética existente en ese país, lo que podría conducir a un falso fracaso de las terapias experimentales.[30]

Por otra parte, aún cuando dichos ejemplares sean de suma utilidad para estudiar los patrones de expresión genética de los estados celulares intermedios entre las células troncales *totipotentes* y las *multipotentes*, y entre estas últimas y las completamente especializadas, no pueden rendir el mismo servicio cuando de estudiar enfermedades en particular se trata. Tal limitación obedece a que la predisposición genética a contraer una dolencia determinada no implica que dicha enfermedad se desarrollará inexorablemente; para ello son precisas mutaciones somáticas imposibles de encontrar en células procedentes de embriones generados en clínicas de fertilidad (por ejemplo, es evidente que estas células no serán de utilidad para estudiar los diferentes tipos de cáncer producto de una sucesión de mutaciones somáticas).

Es por tal motivo que la comunidad científica reclama, –para avanzar tanto en el plano de la investigación como en el de la terapia experimental–, contar con células troncales embrionarias producto de blastocistos clones de los pacientes.[31]

Ahora bien, recordemos una vez más que esta alternativa, perfeccionada a través de la incorporación del núcleo de una célula somática de un enfermo a un óvulo enucleado, implica necesariamente la destrucción de los embriones resultantes, conflicto íntimamente conectado con otro: ¿es correcto experimentar con embriones humanos?

30. Este conflicto se da en el particular contexto de Estados Unidos de Norteamérica, debido al gran debate que se generó en torno a la clonación humana con fines científicos; en una primera etapa pública de esta discusión, llevada a cabo en la Cámara de Representantes, triunfó la postura prohibicionista, por lo que el Poder Ejecutivo limitó la utilización de células ES en investigaciones financiadas con fondos federales a las sesenta líneas ya existentes, obtenidas a partir de embriones de clínicas de fertilidad que habían sido destruidos.

31. Conf. WEISSMAN, Irving, "Stem cells...", op. cit.

4. Debates en torno a la legitimidad de la clonación terapéutica

4.1 Línea argumental deslegitimante

Toda vez que para obtener las células *totipotentes* que se utilizarán terapéuticamente es necesario destruir los clones somáticos, aquellos que afirman que existe un ente jurídico susceptible de protección en tanto persona desde el momento mismo de la fecundación, reputan esta técnica inaceptable, ya que equiparan la reproducción asexuada, destinada únicamente a fines terapéuticos o experimentales, a una fertilización normal, dirigida a crear una nueva vida.

Esta línea de pensamiento privilegia un supuesto derecho de todos los cigotos extrauterinos a ser transferidos a un útero, sobre el derecho a una mejor calidad de vida, o a la vida misma, de los seres humanos enfermos.

Aducen que es inaceptable manipular artificialmente la vida en sus formas básicas, que el embrión no está en condiciones de otorgar su consentimiento informado y que, operar sin tal autorización, vulnera sus derechos y agregan que aún cuando se pudiera obtener algún beneficio hipotético para toda la sociedad, ese beneficio reclamaría el sacrificio de un cierto número de personas (embriones) que dejarían de ser un fin en sí mismos para convertirse en un medio para lograr la salud de otros.

Con igual argumento rechazan la posibilidad de experimentar con células *totipotentes*, extraídas de embriones criopreservados en laboratorios de fecundación *"in vitro"* desde largo tiempo atrás.

4.2 Línea argumental legitimante

Quienes adoptan esta postura sostienen que la experimentación con embriones así como los intentos de generar clones con finalidad terapéutica están justificados. Para arribar a tal afirmación contraponen el daño a infligirse a los

embriones, con el beneficio que obtendrá la sociedad, ponderación que torna carente de justificación la prohibición de estas prácticas.

Bajo este paradigma toda investigación con embriones está, en principio, justificada, siendo responsabilidad de aquellos que intentan prohibirlas acreditar los motivos en los que fundan tal pretensión.

Va de suyo que los seguidores de esta teoría no aceptan que cualquier tipo de manipulación con embriones humanos deba ser autorizada; por el contrario, reclaman que la investigación tenga objetivos éticamente correctos, que sus propósitos sean clínicos o terapéuticos, que haya sido descartada previamente la posibilidad de utilizar el modelo animal, que sólo se lleve a cabo sobre embriones sobrantes, evitando la producción de embriones con el único propósito de utilizarlos en pesquisas y que exista un límite temporal que no pueda ser traspasado: el estadio en que se comienza a desarrollar la línea primitiva o cordón neural.[32]

Cabe agregar que hay expertos que, aún considerando que existe una persona desde el momento de la fecundación, aceptan e incluso impulsan tanto la experimentación terapéutica como la terapia experimental sobre estos embriones. Fieles a una línea ideológica consecuencialista, subordinan los eventuales derechos del embrión a la posibilidad de obtener beneficios para toda la humanidad.

En efecto, dos teólogos han sido quienes han elaborado uno de los análisis más esclarecedores sobre el punto. Dicen: *"Quienes se oponen a la investigación con células estaminales embrionarias han encasillado el debate enmarcando esta investigación como si no fuera otra cosa que el siguiente capítulo en la controversia sobre el aborto. Los temas éticos involucrados, sin embargo, son demasiado complejos como para ser reducidos a tan simple evaluación. Representar el debate acerca de las células estaminales como parte de la controversia acerca del aborto es, en el mejor de los casos, intelectualmente errado, en el peor, éticamente negligente... Es nuestro meditado juicio que no solo esta*

32. GIBSON-MASSEY, op. cit., p. 61.

investigación es moralmente permisible, sino que hay un mandato ético y teológico para apoyarla activamente. Hemos concluido que no apoyar la investigación con células estaminales es contrario a la ética. La principal base de nuestro apoyo es el principio de beneficencia, una variante bioética del amor cristiano... El principio de beneficencia cuestiona: ¿La investigación con células estaminales fomenta o dificulta la mejora y el bienestar de la humanidad? La respuesta es que esta forma de investigación científica promete enormes avances en la calidad del cuidado de la salud. ¿Es éticamente lícito tomar embriones excedentes y derivarlos al servicio de investigaciones médicas destinadas a salvar vidas? Auxiliados por el principio de beneficencia queremos decir que sí. Tan éticamente central es el principio de beneficencia que aquellos que ignoran su invocación en el debate acerca de las células estaminales, están en deuda con el público al justificar, sin tener en cuenta este principio, a los que se oponen al avance de la ciencia. Debemos recordar la parábola de Jesús acerca del buen samaritano... Reduciendo el debate acerca de las células estaminales a una etapa de la controversia contra el aborto, nosotros permitimos que el hombre anónimo que sufre – de una enfermedad cardiaca, mal de Alzheimer o cáncer – muera sin ayuda."[33]

Adviértase que no se están refiriendo a clones somáticos, a cuyo respecto la corriente que alienta la prohibición de la clonación terapéutica exhibe argumentos todavía más endebles, sino a embriones excedentes de procesos de fecundación *"in vitro"*, esto es, a embriones sobre los que nadie duda en punto a su capacidad de implantarse en el útero y evolucionar.

4.3 Caracterización de un clon somático

Desde un punto de vista ontológico no es posible equiparar un embrión humano generado por la unión de un óvulo y un espermatozoide, con la formación celular resultante de un óvulo enucleado al que le ha sido incorporado, mediante

33. PETERS, T. y BENNETT, G., Theological Support of Stem Cell Research, "The Scientist", 15:4, Septiembre 3, 2001.

procedimientos de ingeniería genética, el núcleo de una célula somática, sin ninguna pretensión reproductiva. Por el contrario, el único objetivo de esa creación es, precisamente, obtener células *totipotentes* destinadas a investigación y terapia.

Por otra parte, más allá de las elucubraciones teóricas, si tenemos en cuenta la bajísima tasa de fertilidad de la especie humana así como el relativamente exiguo número de embriones generados *"in vitro"* que logra implantarse y prosperar, las chances de que un clon somático, transferido al útero de una mujer, concluya efectivamente con el nacimiento de un niño son prácticamente inexistentes.[34]

También debemos considerar la disparidad de fines. En efecto, no es neutra a la mensuración del conflicto la circunstancia de que, mientras en el caso de la reproducción, sea natural o artificial, lo que se busca es el nacimiento de un niño, es decir, establecer una relación paterno-materno-filial, en la creación de un clon somático el objetivo es totalmente ajeno a afanes reproductivos. Por el contrario, esta clonación sólo resulta admisible en la medida en que el clon nunca sea transferido a un útero humano.

No resulta correcto, ni ética ni jurídicamente, equiparar una *creación de* laboratorio (que no es lo mismo que una *procreación en* laboratorio) con un cigoto destinado a la reproducción.

La primera no imita a la naturaleza, – en tanto es un óvulo enucleado al que se le ha incorporado el núcleo de una célula somática, anulando, de tal suerte, el valioso proceso de recombinación genética inherente a la reproducción de las especies más evolucionadas –, y ha sido originada con el exclusivo fin de obtener células troncales embrionarias para experimentación o aplicación terapéutica.

El segundo, ya sea que se haya formado en el interior del cuerpo de una mujer o resulte producto de la actividad de una clínica de fecundación asistida,

34. Tanto la secta de los Raelianos, que creen que la vida en la Tierra se generó a partir de la clonación de un extraterrestre, como el ginecólogo italiano Severino Antinori, efectuaron distintos anuncios referidos a que habían logrado clonar humanos. Los raelianos, en particular, afirmaron que habían logrado el nacimiento de una niña. Pero ninguno de ellos presentó prueba alguna que lo acreditara y la mayoría de los grupos científicos reaccionó con marcado escepticismo a tales anuncios.

encarna, especialmente en el último de los casos, la manifestación práctica del deseo de una pareja de ser padres.

Por supuesto que si este es el criterio al analizar el clon somático, en una medida mucho mayor entiendo descalificable la pretensión de otorgarle status de persona por nacer a las células troncales embrionarias *totipotentes* que, no sólo comparten las características señaladas, sino que jamás podrán llegar a comportarse como un cigoto.

4.4 Recomendaciones del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO

El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, luego de arduos debates merced a posiciones inconciliables,[35] logró consenso sobre los siguientes puntos: la investigación con células embrionarias estaminales reclama un debate en el seno de cada país, para determinar la posición a adoptar, incluida la posibilidad de abstenerse de tal tipo de investigación; cualquiera sea la modalidad de investigación con embriones que se permita, deben darse los pasos necesarios para asegurar que sea llevada a cabo dentro de un sistema normativo supervisado por el Estado, que asigne la debida importancia a las consideraciones éticas y establezca directrices apropiadas; enfatiza la atención que debe prestarse a la dignidad y a los derechos de los donantes de embriones; alienta la consideración de nuevas tecnologías alternativas para obtener líneas celulares troncales *totipotentes* adecuadas para trasplantes y puntualiza que la transferencia nuclear sólo debe utilizarse con fines de investigación terapéutica.

4.5 La actuación del derecho

Por la complejidad de las técnicas y los valores altamente sensibles que se encuentran en juego, entiendo que debe existir un marco legal claro y

35. La reunión tuvo lugar en París el 6 de abril de 2001.

detallado, mundialmente consensuado, con particular actuación del Derecho Administrativo.

Coincido con los organismos internacionales que propugnan echar mano del Derecho Penal para proscribir la clonación reproductiva; el valor de los bienes en juego, ampliamente señalado "ut supra", justifican acabadamente su actuación.

Pero ello en modo alguno afecta la posibilidad de que se ponga en práctica la clonación terapéutica; por el contrario, los campos deben quedar perfectamente delimitados.

Resulta claro el ejemplo de Gran Bretaña, donde la clonación reproductiva se encuentra penalmente prohibida, contemplándose penas de prisión de hasta diez años para los casos de infracción, pero se admite, con las respectivas licencias, la clonación terapéutica.[36]

Lamentablemente, este no es el camino escogido por los parlamentos de la mayoría de los países latinoamericanos, cuyos proyectos de ley prohíben, sin efectuar distingo alguno, todo tipo de clonación humana, incluso en términos tan amplios que abarcan la gemelación destinada a optimizar las chances de lograr un embarazo en procedimientos de fecundación *in vitro*.

Estimo que un modelo adecuado de legislación lo constituye el anteproyecto de ley elaborado por el IBCCRIM[37] en el cual, si bien se sanciona la producción de embriones humanos destinados a servir como material biológico disponible, se desincrimina expresamente los supuestos de transferencia nuclear, en tanto se encuentre aprobada por los órganos competentes y tenga como objetivo la investigación o fines terapéuticos.[38]

36. Si bien la técnica estaba aprobada por el Parlamento británico desde enero de 2001, ningún equipo científico había presentado un proyecto para desarrollarla. La autorización fue concedida al Centro Newcastle para la Vida, de la Universidad de Newcastle cuyo proyecto contempla sólo fines de investigación. Se busca crear células productoras de insulina que puedan ser implantadas en pacientes diabéticos.

37. La idea originaria del proyecto pertenece al Dr. Alberto Silva Franco.

38. El artículo respectivo, en su idioma original reza como sigue: "Produzir, tendo as mesmas qualificações profissionais referidas no *caput* do art. 32, embriões humanos destinados a servir como

5. Conclusión

Teniendo en cuenta las afirmaciones dogmáticas cerradas al diálogo que campean en el tema y la fuerte distorsión mediática que ha sufrido la cuestión, resulta complejo arribar a una postura racional que, sin desconocer la totalidad de los valores en juego, refleje fielmente el respeto al bien jurídico vida humana, sobre todo en momentos como el actual, en el que resulta particularmente devaluado.

Ello no obstante, resulta éticamente imperioso reflexionar sobre la existencia de un importantísimo número de enfermos que luchan esperanzados por lograr que se avance por este camino; afirmar que un clon somático es una persona es una falacia; ignorar que su destino más seguro es la destrucción, una hipocresía; privilegiarlo sobre la posibilidad de garantizar a tantos seres humanos su derecho a una mejor calidad de vida, una arbitrariedad.

Aún reclamando una postura crítica frente a la actividad científica, entiendo que las razones que se esgrimen para obtener el apoyo a las investigaciones en este campo, no han logrado ser controvertidas.

Por ello estimo que aún cuando la clonación terapéutica implique crear una entidad viviente genéticamente humana, semejante a un embrión, resulta éticamente aceptable y jurídicamente inobjetable generar clones somáticos con exclusiva finalidad terapéutica.

Es interesante destacar que pocas de las objeciones formuladas a la clonación reproductiva, señaladas en párrafos anteriores, pueden reproducirse cuando de la clonación terapéutica se trata. En efecto, toda vez que los clones somáticos no serán destinados a la procreación, la clonación terapéutica no viola

material biológico disponível. Pena: reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão § 1.º Incorre nas mesmas penas quem criar, com finalidade reprodutiva, seres humanos idênticos mediante clonagem. § 2.º Não constitui crime: I – A utilização, para efeito de obtenção de células-tronco, de embriões excedentes produzidos para a reprodução *in vitro* e que se encontrem crioconservados, desde que se mostrem inviáveis para a implantação ou que não tenham sido reclamados, por mais de cinco anos, pelos doadores dos gametas. II – A produção de embriões, por transferência nuclear, desde que aprovada pelos órgãos competentes com o objetivo de investigação ou para fins terapéuticos."

el derecho de todo ser humano a ser concebido conforme a procesos connaturales a su especie, ni se corre el riesgo de que nazca un individuo portador de importantes alteraciones genéticas que le garanticen una vida de padecimientos, así como tampoco puede predicarse que la técnica aumente la fragilidad de la especie humana frente a los ataques de eventuales predadores ni que pueda provocar problema alguno en el área de la filiación humana.

En relación a las restantes objeciones: el agravio a la dignidad humana que importa la creación de individuos mediante clonación porque los convierte en un medio para otro fin y el cuestionable contenido ético de la experimentación destinada a crear seres humanos, el conflicto está íntimamente vinculado al status jurídico que se reconozca al clon somático. Si, obviando las diferencias ontológicas, se lo equipara sin más con un embrión extrauterino destinado a la reproducción y, a su vez, se afirma que en tal virtud debe considerárselo persona por nacer, resulta evidente que la contradicción se agudiza; pero, si se tiene en cuenta su calidad particular y se le reconoce un status diferencial, en virtud del ejercicio de ponderación de bienes, presente en todo conflicto tanto ético como jurídico, no se encuentran razones que justifiquen privilegiar un supuesto derecho a nacer – altamente hipotético – del clon somático sobre el derecho a una mejor calidad de vida, o, simplemente, a la vida, de un incontable número de sujetos de todas las edades cuya calidad de personas está fuera de toda discusión.

Reconozco que sería preferible que se lograra revertir el proceso de especialización celular, de modo de obviar la creación de clones somáticos, bienes hipotéticamente valiosos, sobre los que resulta adecuado predicar que sólo admiten una lesión de magnitud en la medida en que sea el único medio para arribar a una mejora altamente significativa de la calidad de vida de los seres humanos.

Debe sin embargo resaltarse que, por la magnitud de los intereses en juego, se necesita con urgencia el dictado de normas internacionales que protejan a todos los individuos de un potencial abuso de la técnica, en particular en los países más desfavorecidos. Estas regulaciones, por otra parte, deberán alcanzar

no solamente al campo de las investigaciones financiadas por el estado, sino también a las que se desarrollen en el ámbito de la actividad privada, para que la tutela sea efectiva.[39]

En efecto, una vez más es preciso reclamar que el derecho en general, y el derecho penal en particular, no sean utilizados como armas para combatir a la ciencia sino como instrumentos que garanticen un uso justo y racional de los avances biotecnológicos.

39. EVERS, Kathinka, "European Perspectives on Therapeutic Cloning", "The New England Journal of Medicine", Vol. 346, Mayo 2002, p. 1579.

O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)

Ada Pellegrini Grinover
Professora titular de Processo Penal
da Faculdade de Direito da USP.

Sumário: 1. O interrogatório como meio de defesa – 2. Direito ao silêncio – 3. A indução ao exercício da autodefesa – 4. A presença do defensor – 5. As reperguntas das partes – 6. O interrogatório da pessoa jurídica – 7. A conseqüência da inobservância das normas sobre interrogatório: a nulidade absoluta – 8. Conclusão.

1. O interrogatório como meio de defesa

O primeiro e mais importante aporte da Lei 10.792/2003,[1] no que diz com o interrogatório, é o de conceituá-lo como meio de defesa. É à luz deste enfoque que se explicam todas as inovações trazidas aos arts. 185 a 196 do CPP.

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, que consagrou o direito ao silêncio, tive oportunidade de escrever a respeito do interrogatório, considerando o pleno exercício do direito de calar como decorrência do fato de não

1. Oportuno lembrar que a lei se originou de um dos 8 projetos de reforma parcial do CPP, encaminhados pelo Executivo ao Congresso Nacional e que tomaram os números de 4.203 a 4.210 de 2001. Foram convertidos em lei os projetos sobre prisão especial (Lei 10.258/2001) e interrogatório (Lei 10.792/2003, ora em comento). Os demais projetos continuam em andamento no Parlamento.

existirem ônus para a defesa no processo penal, em que a única presunção é a de inocência, daí decorrendo a impossibilidade de atribuir sanções, mesmo que indiretas, ao silêncio do acusado. Já sustentava, então, a ineficácia dos arts. 186 e 191 do CPP.[2] À época, o Brasil ainda não havia sequer incorporado ao direito interno a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto fora aprovado em São José da Costa Rica em 22.11.1969[3] e cujo art. 8.º, 2, *g*, garante o direito de o acusado não depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

Como é sabido, a Constituição de 1988, no inciso LXIII do art. 5.º, veio consignar expressamente o direito ao silêncio, assegurando "ao preso" o direito de permanecer calado, bem como a assistência da família e do advogado.

Logo se viu que a garantia, estipulada aparentemente apenas em benefício da pessoa privada da liberdade, se estendia a todos os acusados, tendo o legislador constituinte sido motivado a realçar a condição do preso tão só em função de sua maior vulnerabilidade.[4]

Do direito ao silêncio, consagrado em nível constitucional, decorre logicamente a concepção do interrogatório como meio de defesa. Se o acusado pode calar-se, se não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado "meio de prova", não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam.* Serve, sim, como meio de autodefesa.

É certo que do interrogatório, voluntariamente prestado – *rectius*, das informações espontâneas do acusado, assegurada sua liberdade de consciência –, podem surgir elementos que constituam "fonte de prova". Assim, a correta

2. Ada Pellegrini Grinover, Interrogatório do réu e o direito ao silêncio, *in* Ciência Penal, 3(1):15-31, jan.-mar. 1976.

3. A aprovação da Convenção, pelo Brasil, deu-se aos 26.05.1992, pelo Decreto Legislativo 27, levando à ratificação do tratado pela Carta de Adesão de 25.09.1992 e à incorporação ao direito interno pelo Dec. 678, de 06.11.1992, que determinou seu integral cumprimento.

4. V. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, As nulidades no processo penal, RT, São Paulo, 7.ª ed., 2001, p. 82.

conceituação do interrogatório – em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro – é a de que constitui ele *meio de defesa, que – se e conforme o acusado falar – pode eventualmente servir como fonte de prova.*

Sobre essa concepção do interrogatório, antes da promulgação da Lei 10.792/2003, e sobre a ineficácia dos arts. 181 e 196 do CPP, em face da Constituição superveniente, escrevemos detidamente.[5]

Agora, com a redação dada aos arts. 185 a 196 do CPP pela nova lei, a legislação infraconstitucional processual penal adequa-se ao sistema constitucional e passa a configurar o interrogatório como verdadeiro direito de defesa.

Esta é a inovação principal trazida ao Código de Processo Penal pela Lei 10.792/2003. E é à luz desta nova configuração que se justificam e se explicam as mudanças introduzidas nos dispositivos atinentes ao interrogatório.

2. Direito ao silêncio

Como visto, a concepção do interrogatório como meio de defesa está intimamente ligado à plena garantia do direito ao silêncio.

Reporto-me ao que já escrevemos:

"O direito ao silêncio é o selo que garante o interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado".[6]

A matéria vem tratada no novo art. 186 do CPP:

Art. 186: "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas".

5. Op. cit., pp. 79-85.

6. "As nulidades..." cit., p. 81.

Parágrafo único: "*O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*" (grifei).

Esta norma aplica-se também, inquestionavelmente, ao interrogatório prestado durante as investigações, não só em face da própria remissão do art. 6.°, V, do CPP, mas sobretudo porque o direito ao silêncio é garantido amplamente pela Constituição, com particular ênfase ao preso.

Cabe, ainda, esclarecer qual a parte do interrogatório coberto pelo direito ao silêncio. A pergunta tem sentido, na medida em que o novo art. 187 do CPP divide o interrogatório em duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

Pensamos – e já escrevemos neste sentido – que o interrogatório que constitui manifestação de autodefesa, acobertado por isto pelo direito ao silêncio, é em princípio o interrogatório sobre os fatos (§ 2.° do art. 187). Nenhum exercício de defesa parece conter-se na simples qualificação do acusado.[7]

Ocorre, porém, que o interrogatório sobre a pessoa do acusado, previsto no § 1.° do art. 187 do CPP, inclui a solicitação de informações sobre residência, meio de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce atividades, vida pregressa, se foi preso ou processado (com a indicação do juízo do processo, a informação a respeito da condenação, imposição e cumprimento da pena ou suspensão condicional da pena) e outros dados familiares e sociais.

Essas informações podem ser auto-incriminantes ou, ao menos, configurar lesão à dignidade do acusado. Elas também só podem ser prestadas espontaneamente. Se houver recusa a falar, também aqui estará o acusado exercendo seu legítimo direito ao silêncio.

Observe-se que esta não é apenas a interpretação teleológica do dispositivo, mas também a sistemática, uma vez que o direito ao silêncio vem garantido genericamente no art. 186, anterior ao art. 187.

7. Foi o que afirmamos em "As nulidades..." cit., p. 82.

3. A indução ao exercício da autodefesa

Outra regra importante da nova lei, que configura mais uma vez conseqüência da configuração do interrogatório como meio de defesa, é a que vem expressa no inciso VIII do § 2.º do art. 187 do CPP, que determina ao juiz, após formular as perguntas sobre os fatos, perguntar sobre:

"Art. 187 (...)

§ 2.º (...)

VIII – *se tem algo mais a alegar em sua defesa*" (grifei).

O que é importante ressaltar, a respeito deste dispositivo, é que, ainda que o acusado tenha exercido o direito ao silêncio, não respondendo a alguma ou mesmo a todas as perguntas anteriores, esta última deve ser necessariamente formulada pelo juiz, porquanto não é só pelo silêncio, mas também pelas informações defensivas expressas, que o interrogatório se consagra como meio de defesa.

Esta posição é mais importante ainda, tendo em vista o que diz o art. 189 do CPP:

"Art. 189 Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas".

Esta última regra, que é resíduo não muito feliz do antigo art. 188, parágrafo único, está mal posta, devendo ser interpretada, sistematicamente, em conjunto com o dispositivo acima transcrito. Mesmo que o acusado não negar expressamente a acusação, em todo ou em parte – por ter exercido o direito ao silêncio – poderá ele aduzir elementos defensivos (art. 187, § 2.º, VII) e terá o direito de, prestados os esclarecimentos, indicar as provas.

Vale, ainda, lembrar, para a perfeita configuração do pleno exercício de autodefesa do acusado, que o novo art. 196 do CPP prevê que "a todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes".

4. A presença do defensor

Como visto, a Constituição já assegurava, ao preso (*rectius*, ao acusado), juntamente com o direito ao silêncio, a assistência da família e do *advogado* (art. 5.º, LVIII).

Estava prevista, assim, a possibilidade de assistência de advogado, seja no momento da prisão, seja – pela extensão já examinada – no do interrogatório.[8]

Mas a lei vai além, *exigindo* a presença do defensor no interrogatório. Com efeito, estabelece o novo art. 185 do CPP:

"Art. 185 O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será *qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado*" (grifei).

Mas é evidente que não basta a presença do defensor ao longo do interrogatório. Há que se assegurar, antes de sua realização, o prévio contato do defensor com o acusado.

Na verdade, uma interpretação errônea do § 2.º do art. 185 poderia levar a pensar que a entrevista prévia fosse reservada apenas aos casos em que o interrogatório for realizado no estabelecimento prisional. Mas não é isto que decorre da interpretação sistemática do dispositivo.

Lembre-se, antes de tudo, o disposto nos parágrafos do art. 185:

§ 1.º O interrogatório do acusado preso será feito *no estabelecimento prisional* em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam *garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato*. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal".

Observo de passagem, a respeito deste dispositivo, que a lei *não consagra o interrogatório a distância*, por meios eletrônicos ou equivalentes. São o juiz e seus auxiliares que terão que se deslocar para o estabelecimento prisional, evitando, assim, os riscos e os custos do transporte do preso.

8. Cf. "As nulidades ...." cit., p. 82.

Por sua vez, o § 2.º do art. 185 determina:

"§ 2.º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o *direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor*" (grifei).

Esta regra deve ser entendida como aplicável a todo e qualquer interrogatório, por ser parágrafo do art. 185, que trata do interrogatório em geral. Não se prende, sistematicamente, ao disposto no § 1.º, que trata do interrogatório do preso no estabelecimento prisional.

E se assim já se deve concluir em face da sistematização do art. 185 e de seus parágrafos, vale lembrar também que o contato prévio do defensor com o acusado vem expressamente assegurado pelo art. 8, 2, *d*, do Pacto de São José da Costa Rica – cujas regras, como visto, integram o ordenamento brasileiro – que dispõe:

"2 – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes *garantias mínimas*:

(...)

d) direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de *comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*" (grifei).

Aliás, se o interrogatório é, como é, meio de defesa; e se a assistência do defensor é, como é, obrigatória no interrogatório, é evidente que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que *autodefesa e defesa técnica* se integrem, por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa, em sua dúplice configuração.

Cumpre, agora, examinar a questão de saber se a presença do defensor no interrogatório, com a entrevista prévia e reservada com o acusado, também se aplica ao interrogatório policial.

A resposta só pode ser positiva, pois a lei ampliou a garantia constitucional do inciso LXIII do art. 5.º da Constituição, em que a presença do defensor era tratada como mera faculdade. Militam a favor desse entendimento não só o art. 6.º, V,

do CPP, como também o enfoque do processo administrativo do inquérito policial à luz do disposto no art. 5.º, LV da Constituição. Já escrevi, em diversas oportunidades, que a norma constitucional, garantindo o contraditório e a ampla defesa não só aos acusados em geral, mas *também no processo administrativo em que haja litigantes (entendidos como titulares de conflitos de interesses), se aplica ao inquérito policial*, após o indiciamento do acusado.[9]

Todavia, existe o risco de que a presença do defensor, no interrogatório policial, se transforme em mera formalidade, constante do termo, sim, mas sem ser efetiva e concreta. E não se trata de mera hipótese, pois foi o que ocorreu quando da presença obrigatória do curador, em relação aos menores, a qual havia se tornado mera consignação no termo, sem o efetivo exercício do ofício.

A autoridade policial deverá, por isso mesmo, zelar pela presença efetiva do defensor, público ou dativo, antes do interrogatório e durante seu desenvolvimento. Até porque outra norma de garantia está inserida na nova lei, com o parágrafo único do art. 261 do CPP ("*a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida por manifestação fundamentada*"), exigindo a efetividade da defesa pelo defensor. E o juiz, antes de tomar as informações do indiciado como fonte de prova, para a determinação de medidas cautelares, como a prisão, deverá averiguar por todos os meios possíveis se efetivamente o defensor público ou dativo teve contato com ele antes do interrogatório e esteve presente durante seu desenvolvimento.

5. As reperguntas das partes

Mais uma inovação da Lei 10.792/2003: o novo art. 188 do CPP prescreve:

"Art. 188 Após proceder ao interrogatório, o juiz *indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante*" (grifei).

9. Ver, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, Do direito de defesa em inquérito administrativo, *in* O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2a ed., 1998, pp. 81-85.

Correta a disposição: sobretudo em relação à defesa, é indispensável que sobre todos os fatos o acusado possa desenvolver plenamente sua autodefesa. E, em face do princípio da igualdade processual, era necessário garantir a mesma faculdade à acusação. Mas tudo será filtrado pelo juiz. Diversamente do que se preconiza para as testemunhas, em que o projeto de lei sobre a instrução prevê a *cross examination*, com perguntas diretas das partes – sob o controle do juiz –, para o interrogatório quis-se evitar qualquer possibilidade de pressão, devendo as perguntas suplementares ser formuladas exclusivamente pelo juiz, a quem se atribui a aferição da pertinência e relevância das questões levantadas.

6. O interrogatório da pessoa jurídica

Tudo que acima se disse, aplica-se ao interrogatório da pessoa jurídica acusada de crime ambiental.

Como já tive oportunidade de escrever,[10]

"A Lei Ambiental 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que prevê no art. 3.º a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não contém qualquer norma processual ou procedimental sobre a matéria. Mas a falta de tratamento específico não acarreta prejuízos à aplicação do dispositivo, que será *integrado*, simplesmente, pelas regras existentes no ordenamento sobre temas como a representação em juízo, a competência, o processo e o procedimento, os atos de comunicação processual, o interrogatório, etc. Sem falar nas garantias processuais.

Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no sistema, ainda que latente e inexpressa, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito.

À atividade através da qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, através da pesquisa e formulação da regra jurídica pertinente à situação concreta não

10. Ada Pellegrini Grinover, Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica, in A Marcha do Processo, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, pp. 124-127.

prevista pelo legislador, dá-se o nome de *integração*. E o preenchimento das lacunas faz-se através da analogia e dos princípios gerais de direito.

A analogia consiste em resolver casos não previstos em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa a hipótese semelhante. O método analógico fundamenta-se da idéia de que, num ordenamento jurídico, a coerência leva à formulação de regras idênticas onde se identifica a identidade da razão jurídica: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio.*

Quando a analogia não permite a solução do problema, deve-se recorrer aos princípios gerais do direito, que compreendem não apenas os princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, como ainda aqueles que o informam e lhe são anteriores e transcendentes. Na utilização dos princípios gerais do direito é de ser percorrido o caminho de crescente grau para a abstração, partindo dos princípios gerais atinentes ao ramo do direito em foco.

No desempenho de sua função interpretativa, o intérpete freqüentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da integração. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins da revelação do direito".

Assim, acrescentava que é da operação da integração que o intérprete deve se servir para buscar no ordenamento as regras jurídicas aplicáveis aos processo e procedimento atinentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ora, observado esse enfoque, é evidente que, antes de tudo, as garantias constitucionais do processo se aplicam inquestionavelmente ao intentado em face da pessoa jurídica, como normas supra-legais de incidência geral.

Embora historicamente relacionadas à proteção do indivíduo submetido à persecução penal, seu valor não pode ser menosprezado quando se admite hoje a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois se a simples instauração do processo penal sempre representou um dos maiores dramas para a pessoa humana, não são menores as repercussões que uma acusação criminal

dirigida a uma empresa pode acarretar ao normal desenvolvimento de suas atividades e, sobretudo, ao seu conceito e de seus dirigentes e funcionários no seio da comunidade.

Ademais, é preciso salientar que tais garantias não representam apenas direitos públicos subjetivos das partes, numa ótica individualista, mas constituem, antes disso, garantias de um *justo processo*, segundo uma visão publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça da decisão.[11]

Daí não ser possível distinguir, nesse importante terreno, o processo penal que chamaríamos *tradicional*, voltado à imposição de sanções punitivas ao indivíduo, de um novo tipo de processo, que objetiva agora a responsabilização das pessoas jurídicas. Assim, presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito ao recurso, direito ao silêncio etc. são garantias que se aplicam a qualquer situação em que se apure a ocorrência de um fato que possa resultar na aplicação de uma pena de natureza criminal.

E tal conclusão impõe-se não só de uma perspectiva histórica e sistemática, mas decorre, antes, da própria literalidade do texto fundamental, pois ao assegurar a ampla defesa, *aos litigantes*, no processo jurisdicional, e aos *acusados em geral* (art. 5.º, LV, CF), o legislador constituinte propositadamente estendeu as garantias a todos os processos em que haja uma *acusação*, cujo eventual acolhimento seja capaz de levar à aplicação de uma punição.

Diante dessas considerações, é evidente que todas as normas introduzidas pela Lei 10.792/2003 em relação ao interrogatório devem ser aplicadas em relação à pessoa jurídica acusada, não só em face do método integrativo de interpretação, mas também e sobretudo porque são regras de garantia.

11. Ada Pellegrini Grinover, Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória, *in Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 1-2.

É à luz dessas considerações que deve surgir a resposta à inquietante indagação – talvez a que mais dúvidas suscite no exame dos aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica: *quem será interrogado no processo penal contra pessoa jurídica?*

Inicialmente, cheguei a sustentar que se aplicaria ao interrogatório penal, analogicamente, o disposto no art. 843 da CLT.[12]

"Art. 843 Na audiência de julgamento, deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes (...).

§ 1.º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente".

Mas, posteriormente – e antes mesmo da promulgação da Lei 10.792/2003 –, melhor refletindo, havia chegado à conclusão de que a resposta poderia variar, conforme se visse o interrogatório penal, prevalentemente, como fonte de prova ou meio de defesa. Escrevi, então, o seguinte:[13]

"De um lado, considerado o interrogatório como fonte de prova, poderia se afirmar que só pode ser interrogado sobre os fatos aquele que os conhece. Embora o juiz penal não deva buscar a chamada "verdade material" a qualquer custo, é dever do magistrado formar seu convencimento na base de fatos dos quais possa decorrer, senão a certeza, pelo menos algo que tenha um grau de probabilidade que fique o mais próximo possível dela. A função jurisdicional, que tem como finalidade social a de pacificar com justiça, só pode ser corretamente exercida quando o juiz aplicar a norma a fatos que se situem próximos da verdade processual. Aliás, tudo isso se aplica tanto à justiça penal como à civil".[14]

12. Aspectos processuais cit., pp. 126-127.

13. Texto no prelo, a ser publicado nas atas do seminário sobre "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica", realizado em 2003 pela Associação por um Planeta Verde.

14. Ver, de minha autoria, "A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório", in Rev. de Ciências Criminais, n. 27, julho-setembro de 1999, pp. 71/79.

"Nesse enfoque, é certo que em muitos casos não teria sentido interrogar sobre fatos o representante judicial da pessoa jurídica, freqüentemente distante de seu domínio. Sob o ângulo dos esclarecimentos que o réu pode oferecer ao juiz, o sujeito do interrogatório teria que ser quem possa estar tão próximo dos fatos quanto convém.

Por essas razões, segundo uma linha de pensamento, aplicar-se-iam ao interrogatório da pessoa jurídica, analogicamente, as regras da CLT sobre a figura do preposto".

No entanto, havia acrescentado:

"Mas não se pode olvidar que o interrogatório é, essencial e prioritariamente, meio de defesa. A pergunta correta, para o deslinde da questão, deve ser a seguinte: quem é o titular do direito de defesa? Ou, de outra forma, quem tem interesse em se defender?

A resposta não é difícil: certamente não será o preposto, que não é o titular do direito de defesa e, por isto mesmo, não tem qualquer interesse em se defender. Aliás, nem precisa se defender. Titular do direito de defesa, portador do interesse em defender a pessoa jurídica, é o gestor. E, quanto aos fatos sobre os quais eventualmente ele não tenha domínio, é suficiente observar que à pessoa jurídica acusada fica aberta a possibilidade de contradizer provando, pela via da prova testemunhal.

À vista dessas considerações (e revendo posição anterior), estou hoje convencida de que não se pode aplicar à espécie o art. 83 e par. ún. da CLT. A *ratio* do depoimento pessoal do reclamado é inteiramente diversa da *ratio* do interrogatório penal. E são diversas não só pela essência, como até pela letra da lei. É evidente que não se pode transportar ao campo penal a previsão do parágrafo único do art. 83 da CLT, no sentido de que a declaração do preposto obriga o preponente. Ninguém, no processo penal, pode confessar pelo imputado".

Realcei, ainda:

"Cumpre notar, finalmente, que a primeira jurisprudência sobre o assunto se manifestou – embora com um voto divergente - pela inaplicabilidade do mencionado dispositivo da CLT ao interrogatório da pessoa jurídica".[15]

Agora, com o advento da Lei 10.792/2003, que claramente configura o interrogatório como meio de defesa, reafirmo minha posição no sentido de que é o gestor da pessoa jurídica quem deve ser submetido a interrogatório, com todas as garantias previstas nos novos artigos do Código de Processo Penal.

7. A conseqüência da inobservância das normas sobre interrogatório: a nulidade absoluta

Já vimos que a nova disciplina do interrogatório se prende diretamente à Constituição e ao direito de defesa nela delineado, junto com o direito ao silêncio. Trata-se, portanto, de normas de garantia, estabelecidas em nome do interesse público e não exclusivamente em benefício das partes. Sua vulneração dá margem à nulidade absoluta.[16] O prejuízo não precisa ser comprovado, pois é evidente.[17]

Vícios como a ausência de informação sobre o direito de o acusado permanecer calado, qualquer pressão exercida para que fale, a ausência do contato prévio e da efetiva presença do defensor no desenvolvimento do interrogatório invalidam-no totalmente.

Resulta daí que os vícios do interrogatório implicam sua nulidade absoluta, a qual, no entanto, pode assumir duas dimensões: a) a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo se, no caso, o ato viciado redundou em sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo; b) excepcio-

15. TRF da 4.ª Região, MS 2002.04.013843-0-PR, Rel. José Luiz Germano da Silva, Relator para o Acórdão Fábio Bittencourt da Rosa, dezembro de 2002.

16. Ver Grinover, Scarance e Magalhães, As nulidades cit., pp. 24-25.

17. As nulidades cit., pp. 29-30.

nalmente, na dimensão mais moderada, com a invalidade do interrogatório e sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, quando se verificar que o conteúdo das eventuais declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos.

Mesmo neste último caso, porém, o vício transmite-se às *provas derivadas* (ou seja, às provas desfavoráveis ao acusado, indicadas por este no interrogatório irregular), também invalidando-as: exatamente como ocorre com o interrogatório prestado sob coação ou sevícias.[18]

Antes mesmo da promulgação da nova lei, o STJ manifestara-se exatamente no mesmo sentido.[19]

Finalmente, cabe realçar que se o interrogatório é essencial para a validade do ato processual – como ocorre, por exemplo, com a prisão em flagrante: art. 304 do CPP –, não há dúvidas de que a nulidade se comunica em qualquer caso ao ato processual embasado no interrogatório viciado.[20] Caberá à autoridade policial zelar para que todas as garantias sejam asseguradas ao preso no interrogatório, e ao juiz aferir se realmente se deu seu efetivo cumprimento.

8. Conclusão

Finalizando, pode-se afirmar, sem temor de erro, que o a nova disciplina do interrogatório vem corrigir o engano clamoroso do Código de Processo Penal de 1940, que o configurava como meio de prova e previa sanções indiretas para o exercício do direito ao silêncio no Código de Processo Penal de 1940. Com isto, o direito positivo brasileiro começa a se alinhar entre os mais avançados do mundo, em termos de garantias. Outros passos deverão ser

18. Mais uma vez, remeto o leitor às Nulidades cit., pp. 83-84.

19. RTJ 168-977.

20. Espera-se que o STF reveja a posição contrária, manifestada no julgamento do HC 1.452-1-GO, *DJU* 21.09.1992, p. 15.699.

dados e a aprovação dos demais projetos de lei que se encontram no Congresso Nacional pode configurar a trajetória rumo a um processo penal que, sem descurar a efetividade e sem dar margem à impunidade, venha representar um instrumento que, antes de tudo, há de ser moldado sobre a dignidade da pessoa humana.

Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero[1]

Wânia Pasinato

Socióloga e pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

Sumário: 1. Apresentação – 2. Lei 9.099/95: a experiência brasileira de informalização da justiça – 3. Juizados Especiais Criminais numa perspectiva sociojurídica – 4. Juizados Especiais Criminais e a Violência de Gênero – 5. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: espaços de empoderamento das mulheres em situação da violência – 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: A aplicação da Lei 9.099 vem sendo diagnosticada como fator de descriminalização e re-privatização da violência contra a mulher. Aparentemente contrariando estas conclusões, o período de implantação dos Juizados coincide com o crescimento no número de registros policiais registrados nas DDMs, sugerindo que delegacias e juizados se constituíram em importantes espaços de "fortalecimento" (*empowerment*) das mulheres em situação de violência. Analisando as idas e vindas das mulheres que registram mais de uma ocorrência nas DDMs, argumenta-se que a decisão de recorrer à polícia e a capacidade legal de manifestação no decorrer do processo revelam um modo de exercício do poder pelas mulheres. Pretende-se demonstrar que o novo

1. Preparado para apresentação no 10.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo, 28 de setembro a 01 de outubro.

modelo alternativo à justiça tradicional e convencional responde às expectativas de mulheres vítimas de violência e revela um outro tipo de vínculo entre gênero, conflitos e Justiça.

Palavras-chave: Delegacias de Defesa da Mulher – Juizados Especiais Criminais – Relações de Gênero – Violência contra a Mulher – São Paulo, capital.

1. Apresentação

O objetivo deste artigo é examinar a aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência contra a mulher. Os dados e análises apresentados integram o trabalho que desenvolvi no programa de pós-graduação, em nível de doutorado, no Departamento de Sociologia da FFLCH/USP, estudo que resultou na tese "Justiça para todos: Juizados Especiais Criminais e violência de gênero" (2003b).

Embora não se trate de legislação específica sobre a violência contra a mulher, por força de sua competência legal – processa e julga crimes e contravenções com penas de até 1 ano de detenção – desde sua promulgação, a nova legislação tem sido aplicada na apreciação judicial da maior parte das ocorrências policiais que são registradas nas Delegacias de Defesa da Mulher (DDMs). As mudanças introduzidas pela Lei 9.099/95 não foram recepcionadas positivamente por alguns segmentos do movimento de mulheres, especialmente entre aquelas que atuam no interior do Sistema de Justiça ou prestam atendimento a mulheres em situação de violência. Os diagnósticos já realizados descrevem a legislação como fator de *descriminalização* e *reprivatização* da violência contra a mulher. Além disso, é apontada como responsável pela discriminação das mulheres no acesso à Justiça, representando um retrocesso na luta pela conquista e reconhecimento dos direitos das mulheres na sociedade brasileira. O debate gerado a partir destas posições, tem suscitado interessantes questões a respeito do funcionamento do sistema de justiça criminal, da democratização da justiça e dos sentidos atribuídos a direito e cidadania.

Aparentemente contrariando os diagnósticos apresentados, a pesquisa realizada nas DDMs entre 1996 e 1999, revelou um aumento expressivo no número de registros policiais correspondentes a lesões corporais e ameaças. Com base nestes números, utilizando os conceitos de gênero (Scott, 1988); poder (Foucault, 1985) e pluralismo jurídico (Santos, 1996) desenvolvi três hipóteses: (a) Delegacias e Juizados representam importantes espaços de referência para as mulheres em situação de violência e o desempenho das duas instâncias não pode ser avaliado separadamente; (b) a decisão de recorrer à polícia e a capacidade legal de intervenção no processo judicial, conquistada pelas vítimas sob a nova legislação, revelam um modo de exercício de poder pelas mulheres; (c) Delegacias e Juizados se apresentam como importantes espaços de fortalecimento (*empowerment)* das mulheres e explicitam outro tipo de vínculo entre gênero, conflito e justiça.

2. Lei 9.099/95: a experiência brasileira de informalização da justiça

Segundo disposição da Constituição Federal (1988), a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM). No tocante à esfera da justiça criminal, o objetivo principal da nova legislação consiste em promover o "desafogamento" do sistema e ampliar o acesso da população à justiça, mediante a aplicação dos princípios da oralidade, da celeridade, da economia processual, da informalidade e simplificação do processo. Também visando oferecer uma resposta frente à falência do sistema prisional, a nova legislação prevê a aplicação de penas alternativas às penas de restrição de liberdade, privilegiando as penas de prestação de serviço ou aquelas de cunho pecuniário. Estes objetivos aplicam-se a todos os crimes e contravenções penais aos quais o Código Penal e a Lei de Contravenções Penais prevêem a pena máxima de 1 ano de detenção, delitos denominados como de "menor potencial ofensivo".

Segundo a cronologia proposta por Cappelletti e Garth (1988) em seu famoso estudo sobre o acesso à justiça, com a nova legislação o Brasil estaria na terceira fase de soluções práticas para democratizar a justiça. Contudo, Viana (1999) chama a atenção para dois aspectos que deram singularidade a este processo no Brasil. Em primeiro lugar o autor observa que o país chega a este ponto sem ter passado pelas duas fases anteriores, uma vez que, no Brasil, o Estado nunca teve como política assegurar a eficácia da assistência judiciária. Em segundo lugar, para o autor, o processo de informalização da justiça não contou com a mobilização da sociedade, mesmo entre aqueles setores que, nas décadas anteriores, mantiveram-se organizados na luta pela democratização da sociedade.

Assim, a Lei 9.099/95 vem sendo descrita como resultado de um movimento de auto-reforma do Judiciário (Viana, 1999 e Azevedo, 2000) e se apóia no Direito Penal Mínimo cujo princípio é assegurar a "mínima intervenção estatal com máximas garantias".(Hermann, 2000).

Um breve repasse pelo debate no meio jurídico a respeito da implantação dos JECRIM permitiu verificar que este se cercou de muita polêmica e esteve articulado em pelo menos dois eixos. Um mais restrito à literatura especializada se prende a detalhes técnicos a respeito do texto da lei, sobre quem está apto a exercer a função de juiz leigo; a definição adotada para crimes de "menor potencial ofensivo" e a inconstitucionalidade da supressão do inquérito policial. O debate mais aceso, no entanto, tem ocorrido em torno das medidas despenalizadoras previstas pela legislação, visando reparação dos danos à vítima e aplicação de penas não privativas de liberdade.

O outro eixo deste debate percorreu os meios de comunicação, principalmente a imprensa escrita, e foi bastante rico em destacar os elementos positivos e negativos da nova legislação para a prática jurídica. Este debate centrou-se principalmente em 3 aspectos: a redução da morosidade judicial; as medidas despenalizadoras e a redução da impunidade.

Os princípios centrais que norteiam os Juizados Especiais Cíveis e Criminais podem ser resumidos numa justiça mais célere, menos burocrática, mais acessível à população e baseada no consenso. Desta forma, seu objetivo tem sido descrito como fazer com que ocorra uma democratização da justiça, levando os cidadãos a buscarem mais por seus direitos. Entre aqueles que defendem a criação dos Juizados Especiais, a principal contribuição destes juizados seria a redução da morosidade na prestação da justiça e, conseqüentemente, um aumento da eficiência do Judiciário. Por extensão, também aumentaria a crença da população na eficácia desta instituição.

Neste debate as discussões a respeito da morosidade e da impunidade andam juntas e ao combater uma, imediatamente se estaria contribuindo para a redução da outra. É neste sentido que Gomes e Grinover, argumentam que a nova política criminal, nos delitos de pequena gravidade, privilegia a conciliação, mas garante a certeza de uma punição que é também rápida, ainda que seja mais branda que a pena de prisão. Ao agilizar a resolução de pequenos conflitos e garantir a certeza da punição, acaba a impunidade para os crimes que antes nem mesmo chegavam a ser denunciado à justiça (*Folha de S. Paulo*, 11.11.1995).

Neste sentindo, outro reflexo dos Juizados Especiais, estaria manifesto no aumento no número de denúncias de crimes mais graves e na melhora da qualidade das provas produzidas durante o inquérito policial. Isto contribui para que a justiça possa ser mais célere também com relação à criminalidade mais grave diminuindo a impunidade. (*Folha de S. Paulo*, 15.06.1996).

Dentre as mudanças adotadas pela nova legislação, o emprego de medidas despenalizadoras é a mais importante. Novamente é Gomes que afirma "as punições aumentaram sobre uma população de infratores menores que antes não recebiam nenhuma punição efetiva. Na verdade diminuiu a impunidade". (*Folha de S. Paulo*, 24.07.1997).

Por medidas despenalizadoras a nova lei propõe a composição civil (extingue a punibilidade); transação penal (aplicação de penas alternativas ou de

multas); e a suspensão condicional do processo (no lugar do *sursis* após a condenação). Entre as condições para que estas medidas sejam adotadas está a reparação imediata dos danos à vítima.

Para os defensores destas medidas, os benefícios imediatos seriam uma resposta estatal rápida ao delito com imediata reparação dos danos à vítima; o fim das prescrições em crimes menos graves e a ressocialização do autor que recebe uma pena pelo crime que cometeu, mas não é encarcerado, diminuindo a probabilidade de sua reincidência. Um outro benefício seria uma diminuição dos custos para a Justiça.

Mas há também neste debate aqueles que se posicionam contra a nova legislação afirmando que a distribuição da justiça continuaria sendo desigual, pois apenas os 'pequenos delitos' continuariam sendo punidos. "Ela vem para deixar mais claras as injustiças. Aquele que vier a cometer um pequeno delito será julgado celeremente e assim punido. Já quem cometer um grande delito continuará sujeito aos ritos comuns, com direito de dilargar sua defesa, estender-se em provas e recursos, ficando, ao longo do processo, solto e sem reparar a lesão que causou, podendo até, diante da demora do processo, deixar de ser punido". (Fornaciari Jr., *Folha de S. Paulo*, 1995).

Apesar de recente vários problemas já puderam ser identificados na experiência do Juizado, comprometendo a perspectiva de que possam vir a colaborar com a efetividade do acesso à Justiça. Em artigo sobre as condições de funcionamento dos Juizados Especiais Criminais, Luís Flávio Gomes, um dos maiores entusiastas da nova legislação, aponta alguns avanços na distribuição da Justiça "Muitas vítimas, que jamais conseguiram qualquer reparação no processo de conhecimento clássico, saem agora dos juizados criminais com indenização. Permitiu-se a aproximação entre o infrator e a vítima. O sistema de administração da justiça está gastando menos para a resolução desses conflitos menores. E atua com certa rapidez. Reduziu-se a freqüente prescrição nas infrações menores. As primeiras vantagens do novo sistema são facilmente constatáveis". (Gomes, 2002: 83). Mas

o mesmo autor alerta para a existência de "anomalias e imperfeições" que, caso não sejam prontamente enfrentadas e solucionadas poderão colocar em risco o funcionamento do Sistema. "Preocupa na atualidade a precária qualidade que se nota em muitos processos consensuais, em termos de respeito às garantias mínimas penais e processuais (...) Se em teoria a Lei dos Juizados foi concebida para restringir os efeitos maléficos da intervenção penal, na *praxis*, muitas vezes, o que está ocorrendo é uma indevida aplicação de sanções alternativas porque as garantias mínimas penais e processuais não estão sendo observadas".(Gomes, 2002: 86).

O juiz chama a atenção para dois problemas em especial. Aqueles relacionados com a "operacionalização" da transação penal. Por exemplo, a inexistência de avaliações a respeito do seu impacto na ressocialização do réu, além disso, não há regulamentação sobre as medidas cabíveis caso o autor não cumpra a pena determinada na transação penal. Existem também problemas derivados da precariedade com que os Juizados mantiveram-se instalados em alguns Estados, entre eles, São Paulo. Gomes alerta que este é o único estado brasileiro que não conta com Juizados autônomos, e isto reflete a tendência "anti-garantista e burocratizante, especialmente em razão do menosprezo com que muitos tribunais o estão considerando".(Gomes, 2002: 87).[2]

O cenário descrito por Gomes foi muito bem apreendido pelos trabalhos desenvolvidos por cientistas sociais que se dedicaram a analisar o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais em diferentes Estados brasileiros e conhecer seu funcionamento e a forma como esta nova instância de pacificação de conflitos pode contribuir para a democratização da sociedade. Nestes estudos, a nova legislação surge num contexto político caracterizado pela crise de legiti-

2. Embora a Lei 9.099/95 seja federal, a instalação dos Juizados depende de regulamentação estadual, o que resultou nas diferenças observadas por Gomes sobre o funcionamento dos Juizados em todo o país. Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, por exemplo, foram beneficiados pela malha de Juizados de Pequenas Causas que estavam em funcionamento desde os anos 80. (Azevedo, 2000; Viana, 1999; Kant de Lima, 2002)

midade das instituições de segurança e Justiça, levando ao desdobramento de políticas criminais contraditórias e a um Sistema de Justiça que atua de forma cada vez mais seletiva, atingindo preferivelmente aqueles crimes em que há maior pressão da opinião pública ou aqueles que expõem sua fragilidade diante do crime organizado (Adorno, 1994, 1999 e 2002; Viana, 1999; Azevedo, 2000; Andrade, 1999).

Viana resume a situação verificada nas seguintes questões "Os Juizados foram criados para desafogar a Justiça Comum ou, alternativamente, para garantir o acesso das grandes massas ao mundo dos direitos? Trata-se de uma iniciativa que pretende apenas tornar mais célere o processo ou, mais do que isso, educar a sociedade para a obediência espontânea às normas e para a conquista de seus direitos?" (1999: 186). Para se acompanhar o debate em torno dos Juizados Especiais Criminais e transpor as questões colocadas para uma reflexão a respeito do tratamento que a justiça dá aos crimes de gênero, a discussão não pode ficar restrita aos aspectos técnicos da legislação. Antes de tudo parece importante questionar qual tipo de punição se espera para estes crimes, levando-se em consideração a falência do sistema punitivo brasileiro que não ressocializa o réu e não repara os danos à sociedade (e à vítima) e quais são as expectativas das mulheres ao acionarem esta instituição para a resolução dos conflitos.

3. Juizados Especiais Criminais numa perspectiva sociojurídica

Os estudos a respeito dos Juizados Especiais têm compartilhado uma agenda comum de temas entre os quais destacam-se: a acentuada demanda de processos encaminhados aos JECRIM; a natureza das decisões obtidas; a morosidade judicial e o cotidiano da prática da aplicação da lei, enfatizando especialmente o papel dos juízes e seu engajamento com as propostas da legislação em exame. Além dos temas, estes estudos compartilham também os procedimentos metodológicos, combinando análises quantitativas e qualitativas, beneficiados pela dinâmica de funcionamento dos juizados através da observação de audiências.

Apresento, a seguir, um balanço dos trabalhos que já foram produzidos sobre o tema. Parto de uma leitura dos estudos que tiveram como objeto os Juizados Especiais enquanto instância de democratização da justiça para, a seguir, introduzir uma análise sobre aqueles trabalhos que compartilham interesse pelo recorte específico da aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência de gênero.

Os estudos tomados como referência para este debate são as pesquisas realizadas por Azevedo (2000) nos Juizados Especiais Criminais de Porto Alegre; por Viana e colaboradores (1999) e Kant de Lima e colaboradores (2002), ambos sobre a situação do Rio de Janeiro e Faisting (2003 e 2004) sobre os Juizados Especiais Criminais de São Carlos, cidade do interior de São Paulo.

Analisando os dados do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, Cunha (2001), verificou que naquele ano estavam em funcionamento 1.702 Juizados Cíveis e Criminais em todo o país. O estado com maior número de Juizados em funcionamento era Rio Grande do Sul, com 220. Este estado foi pioneiro na implementação de iniciativas voltadas à ampliação do acesso à justiça (Viana, 1999; Azevedo, 2000 e Cunha, 2001) o que ajudou a sedimentar o terreno onde foram implantados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no formato previsto pela lei 9099/95. Beneficiada por este contexto, Porto Alegre foi uma das primeiras cidades a instalar os Juizados Especiais, regulamentados por lei estadual menos de 6 meses após a promulgação da lei federal.

No Rio de Janeiro os Juizados Especiais foram regulamentados em maio de 1996. Nos dois anos seguintes houve rápida expansão em todo o estado e em 2001 haviam 170 Juizados Cíveis e Criminais em funcionamento. Para os autores que analisaram a situação neste estado, esta rápida expansão deu-se em razão de um contexto favorável em que as iniciativas pública e privada estavam unidas em busca de alternativas para pacificar a sociedade e fazer frente a um quadro de crise urbana presente no Rio de Janeiro.

São Paulo incorporou a legislação mais lentamente e de modo mais precário. Assim como ocorreu no Rio Grande do Sul, os Juizados Especiais Cíveis

foram implantados a partir da rede de Tribunais de Pequenas Causas que funcionavam desde a década de 80. Apenas em 1998 os Juizados foram regulamentados por legislação estadual (Decreto 851 de 09 de dezembro de 1998). Em 2001 haviam 15 Juizados Especiais Cíveis funcionando na capital, além de 261 Juizados Cíveis e Criminais localizados em municípios do interior. (Cunha, 2001). Os Juizados Criminais em São Paulo caracterizam-se pela ausência de uma estrutura autônoma (juízes e cartórios próprios). Existem apenas dois Juizados Especiais Criminais autônomos: um localizado na Zona Leste da capital – recebe demanda de 19 distritos policiais. O outro, originalmente criado como Juizado Especial Criminal da Família (JECRIMFAM) foi instalado em outubro de 2003 no Fórum Central da Barra Funda. Em dezembro do mesmo ano, este Juizado teve sua competência alterada e passou a receber todos os processos enquadrados nos trâmites da Lei 9.099/95 e que são encaminhados àquele Fórum. Nos outros Fóruns Regionais as varas criminais permanecem acumulando a função de Juizados Especiais Criminais.

Uma das expectativas em relação aos JECRIM era de que sua criação promoveria uma redução no movimento processual encaminhado às Varas Criminais permitindo que os juízes pudessem concentrar maior atenção nos chamados "delitos mais graves". Utilizando as estatísticas produzidas pela Corregedoria Geral de Justiça e os Tribunais de Justiça nos estados, as pesquisas demonstraram que o efeito obtido acabou sendo de outra natureza. Em Porto Alegre, Azevedo observou que embora os JECRIM tenham absorvido grande parte do movimento processual (80% dos processos no ano de 1996 e 90% em 1997), não se verificou uma redução do volume de processos encaminhados às Varas Criminais. Para o autor "ao invés de assumir uma parcela dos processos criminais das Varas Comuns, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais, sendo resolvidos através de processos informais de 'mediação'(ou "intimidação") nas Delegacias de Polícia" (p. 136).

O mesmo ocorreu no Rio de Janeiro. Viana *et all* (1999) observaram que a despeito do crescente movimento de processos encaminhados aos JECRIM, o movimento nas Varas Criminais não foi reduzido. Para os autores, estes números se referem a um aumento efetivo da capacidade da polícia em dar conta dos crimes de menor e de maior potencial ofensivo (p. 201).

Outro tema caro ao debate acerca das vantagens e desvantagens da informalização da justiça é aquele que se refere ao tempo da justiça, ou à morosidade observada até que se atinja uma decisão. Olhando isoladamente os resultados parecem positivos, uma vez que os ritos processuais do JECRIM reduziram o tempo médio de julgamento para 130 dias (Azevedo, 2000) e 3,6 meses (Viana, 1999). No caso de Porto Alegre, este número representa ¼ do tempo necessário para o julgamento nas Varas Criminais comuns. Contudo, a observação quanto ao *tempo da justiça* deve ser feita para além do cálculo de dias ou meses que são gastos, concentrando-se na natureza das decisões obtidas e a adequação das respostas oferecidas pela Justiça.

Com relação aos desfechos os estudos chamam a atenção para o elevado número de processos que são encerrados em decorrência de arquivamentos, situação em que o processo não chega a passar por qualquer tipo de intervenção judicial. Em São Carlos, por exemplo, Faisting (2004) apurou que 78% dos processos de um JECRIM apresentaram este desfecho. Para o autor, este resultado é decorrência do entendimento que as partes desenvolveram a respeito da nova legislação e do uso que passaram a fazer dela. Exemplificando, nos casos envolvendo casais, afirma que as mulheres arquivam os procedimentos porque buscam apenas o constrangimento de seus agressores e não esperam que haja uma maior intervenção da Justiça nestes casos. Entrevistando funcionários e juízes que atuam nos JECRIM de Porto Alegre, Azevedo apurou que este desfecho é atribuído a duas causas: por um lado estaria um descuido da polícia que deixaria de informar as vítimas sobre a existência de prazo de 6 (seis) meses para a representação criminal. Assim, em muitos casos o arquivamento teria ocorrido simples-

mente porque houve prescrição de prazo. A segunda causa também é atribuída à polícia, e estaria relacionada a ausência de encaminhamento de laudos de exames de corpo de delito, necessários para a comprovação da materialidade do fato e determinar a correção do enquadramento penal segundo os trâmites da Lei 9.099/95.

Em todas as pesquisas, os autores observaram que as decisões não se distribuíram de forma equilibrada entre os Juizados, fator que foi atribuído ao modo como os operadores do direito envolvidos – promotores públicos e juízes, em especial – entendem a nova legislação e se sentem motivados a promover sua aplicação.

Entre os juízes há aqueles que se identificam com o espírito da lei e se empenham em dar respostas mais adequadas aos anseios dos reclamantes, estimulando-os a seguir em busca da justiça. Estes juízes são titulares em Juizados nos quais se observa o esforço em ampliar os espaços e torná-los de fato espaços para ressocialização do autor (Kant de Lima, 2002). Para Viana os casos apresentados nos Juizados se definem como pequenos problemas, porém de grande relevância social que não demandam dos juízes grandes reflexões, nem amplo conhecimento técnico-jurídico, mas requerem grande sensibilidade "... uma forma dos juízes encontrarem motivação profissional nas lides dos Juizados tem sido a de emprestar ao seu trabalho uma significação social, conferindo-lhe uma dimensão simbólica que certamente participa da sua nova automodelagem".(p. 243). Ainda segundo estes autores, a própria lei prevê um espaço de criatividade e informalidade ao juiz que estimula seu envolvimento e sua participação mais ativa nas audiências e nas decisões. Segundo a pesquisa, esse perfil de juízes é mais presente nos Juizados Cíveis.

O outro tipo de juiz é aquele que, embora "imbuído do espírito da lei", adota postura mais tradicional e tem mais dificuldades para lidar com os espaços que lhe são dados para a criatividade. Nesses casos, apresentam maior dificuldade para lidar com o público, especialmente no que se refere à atividade pedagógica como

explicar a lei e seus procedimentos para pessoas que desconhecem o jargão jurídico. Suas decisões tendem a ser mais burocráticas, revelando uma instância incapaz de lidar com a nova conflituosidade que lhe é apresentada. (Kant de Lima, 2002). "A autopercepção de alguns juízes, extraídas de suas respostas aos questionários, é bastante explícita quanto a esse posicionamento frente às novidades do micro-sistema. Com isso ficam inibidas algumas potencialidades dos Juizados, que passam a se organizar em moldes assemelhados aos das Varas Comuns".(Viana, 1999: 244).

Este duplo posicionamento diante da nova legislação foi denominado por Faisting (2003) de "dilema da dupla institucionalização do Judiciário", segundo o qual os operadores do Direito precisam escolher entre a decisão ou a mediação, muitas vezes substituindo os argumentos jurídicos e normativos por argumentos sustentados em valores sócio-culturais externos ao Judiciário. Propõe que os Juizados se caracterizam como "comunidades de interesse" (Sapori, 1995), compostas pelos operadores do Direito – que abreviam suas intervenções com o objetivo de reduzir o fluxo temporal do processo penal – mas também pelas partes litigantes – pessoas comuns que com suas práticas e representações sobre a justiça, também influenciam os desfechos processuais.

Os trabalhos analisados revelam de forma consensual que a Lei 9.099/95 trouxe para as arenas da justiça uma demanda que antes estava contida. Embora a Lei se refira a mais de sessenta artigos do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, a maior parte das ocorrências encaminhadas ao JECRIM referem-se às lesões corporais e ameaças, decorrentes de acidentes de trânsito e conflitos nas relações familiares.

Analisando as estatísticas dos JECRIM de Porto Alegre, Azevedo (2000) verificou que 76% das ocorrências correspondem a lesões corporais dolosas. Viana (1999) e Kant de Lima (2002) em seus estudos a respeito dos Juizados no Rio de Janeiro, confirmaram o predomínio de lesões e ameaças entre os feitos levados a esta instância judicial e constataram que a maior parte das ocorrências se

referiam a crimes praticados contra a mulher. Segundo Viana apurou, 62,9% das queixas de lesões corporais e 63,5% das ameaças foram praticadas contra mulheres. Kant de Lima apurou que 51,5% das ocorrências que observou em dois Juizados correspondiam a conflitos nas relações conjugais. Em São Paulo, Cunha (2001) mencionando as estatísticas do primeiro Juizado Especial Criminal autônomo em funcionamento no estado destaca que em seu primeiro ano de funcionamento, cerca de 46% das queixas encaminhadas foram de lesões corporais e 31% de crimes de ameaça. Em São Carlos, as lesões corporais aparecem em 29,7% das ocorrências e as ameaças em 21,7%. Cerca de 30% das ocorrências envolveram casais. (Faisting, 2004).

Em relação aos casos que observou nas audiências, Azevedo chama a atenção para o fato de que embora a maior parte das ocorrências encaminhadas ao JECRIM tenham origem em conflitos nas relações conjugais, estas corresponderam a apenas 17% dos casos que chegaram a uma audiência preliminar, enquanto houve 41% das ocorrências envolvendo conflitos de vizinhança. Para o autor, esta diferença pode ser explicada pela disposição das pessoas em levarem os casos até uma audiência, quando haverá uma possibilidade de conciliação ou reparação dos danos.

Os aspectos abordados por estes estudos também têm sido objeto de debates entre feministas que atuam no interior do sistema de justiça e estudiosas do tema da violência de gênero. É interessante observar que, embora os estudos apresentados não tenham partido de uma abordagem de gênero em suas análises, a maciça presença de ocorrências derivadas de conflitos nas relações conjugais é inegável, confirmando a relevância do tema e a complexidade do problema a ser enfrentado. Desde já é possível afirmar que qualquer discussão que tenha como objetivo promover alterações na forma como a Lei 9.099/95 vem sendo aplicada aos casos de violência contra a mulher, ou que pretenda alcançar uma legislação específica para a violência de gênero, deve levar em conta a dinâmica das relações que estão sendo estabelecidas nos Juizados, tanto entre juízes e vítimas, quanto na relação entre mulheres e Sistema de Justiça.

4. Juizados Especiais Criminais e a Violência de Gênero

Embora a Lei 9.099/95 não seja uma legislação específica para a violência contra a mulher, a definição legal de sua competência acabou por abranger a quase totalidade das ocorrências que são registradas nas Delegacias de Defesa da Mulher. Como resultado, a nova legislação trouxe novos ares aos estudos e debates a respeito do tratamento judicial aplicado aos casos de violência de gênero, provocando o movimento de mulheres a refletir a respeito da violência denunciada, sobre os anseios das mulheres diante da queixa e das respostas judiciais que vem sendo oferecidas. Num debate alimentado por setores do movimento de mulheres que atuam no Sistema de Justiça e/ou no atendimento de mulheres em situação de violência, algumas mudanças introduzidas pela nova legislação foram problematizadas no âmbito das discussões a respeito da resolução dos conflitos de gênero pela Justiça Criminal e do reconhecimento dos direitos das mulheres por uma vida sem violência.

O debate que vem se desenvolvendo retoma alguns dos aspectos que já foram abordados e lhes confere uma perspectiva de gênero, enfatizando as especificidades inerentes ao papel da mulher na sociedade e na relação conjugal. Destacam-se neste debate a trivialização da violência contra a mulher e sua categorização como crimes de menor potencial ofensivo; as penas aplicadas e o papel das vítimas na condução das queixas e do processo.

É fala corrente no movimento de mulheres que "se antes da Lei 9.099/95 o tratamento judicial dos casos de violência contra a mulher era ruim, depois da lei ficou pior". Segundo esta visão, além de não contribuir para a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher a legislação tem contribuído para exacerbar o sentimento de impunidade e alimentar o preconceito e a discriminação contra as mulheres na sociedade brasileira.

Um dos aspectos abordados neste debate trata do processo de trivialização da violência contra a mulher, resultado de seu enquadramento nos trâmites da

Lei 9.099/95. Este processo teria um duplo sentido. De um lado, refere-se à identificação dos crimes como de "menor potencial ofensivo", definição que se baseia no critério técnico do quantum da pena. Neste sentido, o que se procura enfatizar é que a denominação de "menor potencial ofensivo" reforça a discriminação e os estereótipos que ainda hoje permeiam o reconhecimento da violência contra a mulher na sociedade brasileira. Argumentam que, especialmente nas relações conjugais, a presença de vínculos afetivos entre a vítima e o autor das agressões potencializa sua gravidade no plano dos afetos e das emoções, de modo que o grau de ofensa não é passível de mensuração por nenhuma medida técnica.(Hermann, 2000; Massula, s/d).

De outro lado, a trivialização também seria decorrente do tipo de pena que vem sendo aplicada. Conforme os estudos tem demonstrado, as penas mais comuns são os pagamentos de multa ou de cestas de alimentos que são encaminhadas a instituições de caridade. Além de não se reverter em benefícios para a vítima – seja em termos materiais ou assegurando seu direito de viver sem violência – este tipo de penalização reforça o sentimento de não-gravidade da violência cometida e resulta num processo de sobrevitimização da mulher uma vez que ela tem suas expectativas ignoradas e é excluída da decisão judicial (Campos, 2001).

Como bem enfatiza Hermann (2000), não se trata de propor que a violência contra a mulher seja punida com o encarceramento do agressor, medida que sabidamente não colabora para a ressocialização do condenado. A autora sugere que as alternativas de despenalização e informalidade, previstas na legislação, sejam estimuladas pela proposição de respostas para o enfrentamento do conflito que ocorram fora do sistema penal clássico ou formal, mas que estejam comprometidas com a eficácia da solução em termos da pacificação social. Neste sentido, as medidas despenalizadoras propostas pela Lei 9.099/95 podem se constituir num bom caminho, uma vez que contemplam possibilidades como a resolução através da conciliação, assim como o encaminhamento de decisões com caráter social (como o tratamento do autor em caso de alcoolismo, drogadição ou problemas

psicológicos), mas devem contemplar também a imposição de medidas sócio-educativas que tenham como finalidade última a conscientização a respeito dos direitos das mulheres e a construção de uma cidadania de gênero que se baseie na equidade (Izumino, 2003a).

O tipo de penalização que vem sendo aplicada revela também as dificuldades de diálogo entre o movimento de mulheres e o Judiciário. A relação entre o movimento de mulheres e os poderes de Estado não é simples na medida em que mesmo os setores mais abertos ao diálogo, no Executivo e no Legislativo, tendem a se apropriar das idéias e projetos feministas para transformá-los em leis e políticas que traduzem muito mais a visão do Estado (que consegue tratar o problema da violência de uma perspectiva de segurança pública, mas não de direitos humanos) do que a visão feminista (de defesa dos direitos das mulheres). Foi o que ocorreu, por exemplo, com o projeto das Delegacias de Defesa da Mulher. Com relação ao Judiciário as tentativas de diálogo propostas pelo movimento de mulheres encontra ressonância muito menor. Além de ser o menos transparente dos três poderes, é também o mais conservador e o mais refratário a mudanças e interferências externas.

Outro aspecto que tem sido denunciado pelo movimento de mulheres refere-se à posição da vítima na condução do processo. A Lei 9.099/95 determina que em casos de lesões corporais, por exemplo, a vítima manifeste seu desejo de representar criminalmente contra o autor, conduzindo o caso a um desfecho judicial ou seu arquivamento. Antes da Lei, desprovidas desta capacidade legal, as mulheres desenvolviam diferentes estratégias para evitar que os maridos agressores fossem responsabilizados pelas agressões. Modificar depoimentos, assumir a responsabilidade pelas discussões, minimizar a gravidade das lesões ou afirmar que os ferimentos resultaram de quedas e acidentes eram algumas das estratégias que adotavam para obter a absolvição (Izumino, 1998).

Não parece haver um consenso para o movimento de mulheres quanto ao papel que este direito desempenha para as mulheres e para a proteção de seus

direitos. Para alguns segmentos o poder de representação que foi dado à vítima transformou-se numa armadilha. Primeiro, porque as mulheres estão mal informadas sobre os procedimentos da lei e não conhecem os desdobramentos possíveis, por exemplo, que o marido não será condenado e preso. Segundo, porque uma vez que possuem o poder de encerrar o processo antes de qualquer desdobramento, estas mulheres teriam se transformado em vítimas potenciais para novas agressões, ameaças e pressões exercidas pelo agressor para que retirem a queixa. Mal orientadas e desprotegidas acabam sendo novamente classificadas como vítimas e seu comportamento se transforma num poderoso instrumento no processo de descriminalização da violência. Para outros segmentos desse movimento, o direito de representação pela vítima constitui importante fator para a efetivação do direito de autodeterminação presente na pauta feminista. Deste ângulo, o problema não está no poder da vítima em se manifestar, mas na ausência de mecanismos que permitam que elas estejam informadas a respeito de seus direitos e sobre os desdobramentos do registro policial.

Campos (2001) argumenta que a decisão da mulher nesta fase é determinante para seu prosseguimento, contudo, seja qual for a decisão, sua participação na condução do processo está encerrada. Nos casos em que a mulher renuncia ao direito de representação criminal ou aceita a composição civil o processo é encerrado, ocorrendo o arquivamento. Nos casos em que ela manifesta seu desejo de representar criminalmente, automaticamente o prosseguimento do processo passará para as mãos do Ministério Público e do juiz, encerrando suas possibilidades de participação nas decisões que serão adotadas.

Ocorrendo essa hipótese, Campos afirma que a partir desse momento, o grande beneficiado será o autor uma vez que o promotor público passará a lhe apresentar as possibilidades de desfecho (transação penal ou denúncia com suspensão condicional do processo) "(...) evitando-lhe todos os males de um processo penal (...). Por isso, entendo que a conciliação induzida pelos magistrados reprivatiza o conflito, devolvendo-o para a vítima e redistribui o poder da relação em favor do réu." (2003: 316).

Especialmente nos casos que envolvem conflitos nas relações conjugais, tem se observado que o desfecho mais freqüente é a transação penal que se resume ao pagamento de multas ou cestas básicas. Por não se reverter em benefício material ou que assegure o direito da vítima a viver sem violência, outro efeito da Lei 9.099 seria, na visão de Campos, a sobrevitimização da mulher que, da forma como vem sendo aplicada, acaba por duplicar a vitimização feminina. "O sistema penal inverte o ônus da prova, não escuta a vítima, recria estereótipos, não previne novas violências e não contribui para a transformação das relações hierárquicas de gênero nem para uma nova compreensão da própria lei penal". (2003: p. 319).

As expectativas das vítimas têm se constituído cada vez mais em objeto de atenção entre os estudos a respeito da violência contra a mulher denunciada à polícia. Substituindo o discurso predominante nos anos 80, segundo o qual a violência contra a mulher precisava ser tratada como crime – processado, julgado e condenado pela Justiça Criminal – nos anos 90, diante do reiterado comportamento das mulheres que procuravam as delegacias para registrar a queixa e posteriormente pleiteavam por seu arquivamento e diante do elevado número de absolvições que continuavam a ser obtidas nas decisões judiciais, colocou-se em destaque o fato de que muitas dessas mulheres não desejavam mais do que a pacificação dos conflitos, ou na apropriada expressão de Soares (1996) o restabelecimento dos "pactos conjugais" (Soares *et all* 1996; Soares, 1996; Muniz, 1996; Brandão, 1998; Izumino, 1998).

Com este reconhecimento o discurso sobre a criminalização foi substituído por outro que enfatiza a necessidade de buscar alternativas que atendam a essas expectativas, colaborando com essas mulheres para que elas tenham o pacto refeito ou possam viver sozinhas e em paz (como desejam nos casos em que já houve a separação conjugal).

Essas preocupações também estão presentes na fala dos operadores do Direito. Embora ali, muitas vezes, acabem sendo distorcidas por uma visão que, segundo Campos, está impregnada pelo "senso comum teórico". Nas audiências e

nas entrevistas que realizou com juízes e promotores públicos, Campos pode verificar que, quando em ação, esse senso comum teórico se apropria de idéias tais como "a mulher que gosta de apanhar" ou a relação entre violência, alcoolismo e pobreza e reverte a decisão da justiça numa busca de preservação da instituição familiar. "(...) Os juízes conhecem a realidade prática com que trabalham, mas demonstram pouca sensibilidade para o problema e, por outro lado, em virtude desse entendimento, buscam preservar a família" (2001: p. 315).

Em trabalho posterior, Campos (2003) retomou estas questões para defender que a inadequação das respostas oferecidas pela Lei 9.099/95 aos casos de violência contra a mulher deve-se a um *déficit* teórico decorrente da não aceitação da criminologia feminista. "Esse *déficit* pode ser comprovado quando se analisa a atual operacionalidade da Lei: ocorre o arquivamento massivo dos processos, a reprivatização do conflito doméstico e a redistribuição do poder ao homem, mantendo-se a hierarquia e a assimetria de gênero" (Campos, 2003:1).

Sob competência dos Juizados Especiais foram designados os casos classificados como de menor gravidade (nos casos de violência contra a mulher são especialmente as lesões corporais leves, ameaças e vias de fato). Nestes casos, as pesquisas também demonstraram de forma consistente que, na maior parte das vezes as mulheres esperam que a polícia e a Justiça apenas atuem no sentido de apaziguar os ânimos. Mas existem também aquelas que, vítimas de lesões leves e ameaças, esperam que estas agências cumpram seus papéis de contenção e erradicação da violência, como constatou Campos (2001) em sua pesquisa. É inegável que as mulheres que se enquadram no primeiro grupo são as que mais comparecem às delegacias de polícia e aos Juizados. São elas também as que mais tem ocupado a atenção do movimento de mulheres e dos profissionais que atuam nos serviços "de ponta" nas áreas da saúde, segurança e assistência social, assim como dos estudos que se esforçam em apresentar alternativas para dar conta dessa demanda. Mas e o outro grupo, aquele formado por mulheres que esperam poder exercer seu direito de uma vida sem violência e também não desejam restabelecer os laços do casamento, optando pela separação e, em alguns casos, por novos relacionamentos?

Parece que nestes casos é preciso tratar da violência contra a mulher nas relações conjugais sob um duplo enfoque que implica em refletir sobre qual tipo de instância se deseja para o atendimento destes casos. Em suma, as DDMs e os Juizados – as duas instâncias existentes e, se entende aqui precisam ser fortalecidas – devem estar preparadas para acolher os dois tipos de demanda e encaminhá-las da forma mais adequada segundo as respostas que as mulheres esperam obter.

5. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: espaços de *empoderamento* das mulheres em situação da violência

A pesquisa "Justiça para todos: Os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero" teve como objetivo avaliar a aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência contra a mulher, especialmente aquela que ocorre nas relações conjugais, atuais ou passadas.

A pesquisa de campo foi realizada em 3 etapas. A primeira concentrou a coleta de dados em 3 DDMS situadas no Município de São Paulo.[3] Nesta oportunidade foram coletadas informações a respeito de todos os registros policiais realizados entre 1996 e 1999 – 11.699 termos circunstanciados - distinguindo-se aqueles que envolveram conflitos nas relações conjugais, atuais ou passadas – 9.274 termos circunstanciados. A partir da seleção de amostra estatisticamente representativa, estratificada por tipo de relacionamento e delegacia, procedeu-se à descrição do perfil das ocorrências e do perfil socioeconômico de homens e mulheres que figuram como autores e vítimas nos registros policiais. Por fim, o universo de ocorrências selecionadas permitiu identificar

3. A pesquisa foi realizada na 3.ª DDM (Zona Oeste), 5ª DDM (Zona Leste) e 6.ª DDM (Zona Sul). A escolha destas unidades foi norteada por estudo sobre a composição da população residente em cada região, segundo variáveis socioeconomicas tais como: distribuição por faixa etária, escolaridade e renda do chefe de família. A descrição destes dados foi apresentada na parte três da tese. Após o exame dos dados, as três delegacias foram selecionadas a partir das características que as distinguiam, de modo que, procurou-se "cobrir" três realidades diferentes.

aquelas mulheres que registraram mais de uma ocorrência policial contra o mesmo autor. Para estes casos procurou-se identificar e conhecer se havia um padrão para a queixa, com análise baseada na recorrência da queixa como recurso de instrumentalização do sistema judicial.

Na segunda etapa, já nos Juizados, a pesquisa concentrou-se em conhecer alguns dos desfechos judiciais obtidos. Finalmente, numa terceira etapa foi realizado o acompanhamento de audiências, observando a postura das mulheres e dos operadores do Direito, diante da queixa processada.

No decorrer da pesquisa bibliográfica foi possível perceber que o encaminhamento das ocorrências policiais ao JECRIM estava sendo descrito como mais uma forma de discriminação contra a mulher, uma vez que as decisões obtidas nos Juizados apontavam para a re-privatização do conflito, a ausência de respostas judiciais e o reforço da concepção de que "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher".

Contrariando essas conclusões, a observação dos dados empíricos indicava que o período de implementação dos JECRIM havia sido acompanhado pelo crescimento do número de queixas registradas nas Delegacias de Defesa da Mulher, sugerindo que, apesar de todos os questionamentos relativos à sua eficácia, as DDMS e os Juizados se constituíram num importante espaço de referência para as mulheres em situação de violência. Desta forma, o foco de atenção da pesquisa passou da Lei 9.099/95, para as Delegacias e Juizados enquanto espaço de exercício de poder pelas mulheres.

A postura das mulheres diante da violência e da queixa policial tem sido objeto de caloroso debate que trata dos motivos que as levam a permanecer no casamento e nas relações violentas. De modo geral, ainda que admitam a presença de condicionantes econômicos ou afetivos, a maior parte dos trabalhos adota como explicação para essa postura o modelo patriarcal de relação entre homens e mulheres que ainda impera nas sociedades ocidentais modernas. Embora alguns autores defendam que não se pode falar em relações patriarcais na atualidade

tomando como pressuposto o conceito formulado no início do século passado (Delphy, 1999, Pateman, 1993) a concepção de uma relação de dominação e submissão entre homens e mulheres continua sendo matriz de muitas análises a respeito da persistência da violência contra a mulher e a resistência das mulheres em lutarem pela condenação de práticas das quais são vítimas diretas.

Para desenvolver esta pesquisa parti de uma hipótese geral que considera que as medidas despenalizadoras propostas pela Lei 9.099/95 vão ao encontro dos anseios das mulheres que sofreram violência nas relações conjugais e que denunciaram seus companheiros agressores à polícia em busca de uma intervenção que coíba a violência, sem, contudo, desejar que eles sejam presos ou condenados. Em outras palavras, para estas mulheres o recurso à polícia não implicaria no reconhecimento da violência como um crime a ser punido, ou a busca de reparação a um direito violado, mas exprimiria suas expectativas no sentido de que as instâncias policial e judicial atuem para mediar os conflitos, harmonizando os relacionamentos ou, pelo menos, fazendo a violência cessar.

No decorrer da pesquisa empírica, desde as delegacias até as decisões judiciais, foi possível verificar que muitas vezes as respostas esperadas pelas mulheres, embora sejam possíveis, não estão sendo obtidas em função, de uma postura dos operadores do Direito que deixam de considerar em suas decisões, esse interesse das mulheres. Desta forma, o que se deve questionar não é a adequação da lei ao enfrentamento da violência contra a mulher, mas sim, a adequação da forma como a lei vem sendo aplicada.

Reconhecendo a possibilidade de manifestação pelas mulheres como momento em que podem expressar o que esperam que a Justiça faça por elas, foram formuladas outras duas hipóteses. A primeira foi formulada a partir da observação do movimento de idas e vindas das mulheres às delegacias, especialmente naqueles casos em que registraram mais de uma queixa contra os mesmos agressores. Este movimento, denominado "recorrência da queixa", sugere que há um outro vínculo entre gênero, conflito e justiça que se expressa na forma como as mulheres se apro-

priam dos discursos sobre direitos e violência – discursos que são próprios das esferas policial e judicial – para conferir legitimidade às decisões que procuram obter.

Conforme D'Oliveira (2000) observou entre as mulheres que procuram os serviços de saúde, para serem ouvidas elas desenvolvem estratégias que permitem "falar a linguagem das instituições" e desta forma serem ouvidas. O mesmo se observa nas delegacias. Se nos serviços de saúde falam sobre sintomas e doenças, nas delegacias de polícia falam sobre crimes. Entretanto, nem sempre elas se vêem como vítimas de crimes e apenas esperam que alguém possa fazer algo para ajudá-las. Dito de outra forma, admitir que elas falam o "discurso da instituição" não significa reconhecer que elas de fato tenham incorporado esse discurso, no caso das delegacias, aquele que trata de crime, violência, ou o discurso militante sobre direitos humanos e cidadania.

Observando as mulheres nas delegacias e nas audiências não é possível afirmar que a busca por ajuda policial seja realizada a partir deste auto-reconhecimento como sujeito de direitos. Por outro lado, deve-se considerar também que as Delegacias não se constituem em espaço privilegiado para obtenção desse discurso, uma vez que as próprias policiais não articulam discursos sobre direitos, mas enfatizam o problema social que está na raiz da violência, buscando alternativas de resolução que enveredam mais para uma abordagem assistencialista do que para a garantia do exercício da cidadania.

Assim, pode-se dizer que o acesso à Justiça para essas mulheres não representou garantia de direitos da cidadania, mas uma ampliação de seu espaço de negociação. Não é mais na esfera privada (na família ou no casamento) que os problemas do casal são solucionados. A mulher que busca a delegacia expressa vários dos anseios do movimento feminista: busca a liberdade de ir e vir, a autodeterminação, o desejo de uma vida sem violência e o domínio sobre o próprio corpo. Todos estes aspectos, contudo, passam por uma leitura muito particular e individual.

Utilizando o banco de dados que reúne as informações a respeito de todos os termos circunstanciados envolvendo relacionamento conjugal, atual ou passa-

do, registrados entre 1996-1999 nas três delegacias pesquisadas, procurei identificar a recorrência da queixa a partir do seguinte conjunto de pressupostos: (1) seriam considerados apenas os registros feitos em termos circunstanciados, limitando a observação àqueles crimes que são processados pela Lei 9.099/95, (2) seriam considerados apenas os registros feitos em cada delegacia observada, no período compreendido pela pesquisa; (3) a pesquisa seria realizada a partir do nome dos envolvidos (vítima e autor). Desta forma, limitou-se o conjunto de casos em que há mais de um registro de ocorrência àqueles em que, independente do tipo de relacionamento ter sofrido alguma modificação, as mulheres registraram queixa contra os mesmos agressores. Foram obtidos os seguintes resultados.

Totais de vítimas que realizaram mais de um registro policial; total de registros gerados e total de registros por delegacias.

Município de São Paulo – 3.ª DDM (Oeste), 5.ª DDM (Leste) e 6.ª DDM (Sul) 1996 a 1999

N.º da delegacia	N.º de vítimas	N.º de registros	Total por delegacia	%
3.ª DDM	138	291	1809	16,1
5.ª DDM	200	438	2409	18,2
6.ª DDM	366	783	5056	15,5
Total	704	1512	9274	16,3

Fonte: Termos circunstanciados – 3.ª, 5.ª e 6.ª DDM. Secretaria de Segurança Pública _ SSP/SP. Pesquisa: Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero (1999-2003)

Os casos identificados foram analisados segundo sua distribuição por tipo de relacionamento, número de queixas registradas e intervalo entre os registros. Após a análise dos casos concluiu-se que:

- 51,3% dos casos envolveram casais que permaneceram juntos apesar das agressões. Em 29,7% dos casos os casais se separaram no intervalo entre as agressões. A seguir estão aqueles em que os casais já se encontravam separados quando as agressões ocorreram e os casos envolvendo namorados e ex-namorados.

- em 87,9% dos casos as mulheres registraram duas ocorrências no intervalo de 4 anos observado pela pesquisa; entre estes casos também predominam aqueles que envolvem maridos/companheiros (53,5%). Há também 12 casos em que foram registradas de 4 e 6 ocorrências. Metade desses registros foi localizado na 5.ª DDM, zona Leste, delegacia que também apresentou o maior percentual de recorrência nas queixas (18,2% do total de registrados). Das três delegacias visitadas, esta é a que está localizada na região mais carente de serviços de apoio e orientação a mulheres vítima de violência. Embora sejam necessárias análises mais detalhadas a respeito dessa relação, ela pode indicar que uma das motivações entre as mulheres para procurarem a polícia seria a ausência de alternativas para resolver seus conflitos familiares.

Considerando os casos em que houve o registro de duas ocorrências, 45,07% estão concentrados no intervalo de 1 a 6 meses entre a primeira e a segunda ocorrência registrada.

A análise da natureza das agressões não revelou nenhum padrão que permita explicar a opção pelo registro policial. Não há o que se pode chamar de "escalada da violência", passando de ameaças para agressões, ou desta para agressões mais graves e ameaças de morte.

As duas situações que demonstraram ser de maior interesse para a pesquisa qualitativa foram: (1) aquelas em que os casais que não se separaram a despeito da repetição do comportamento violento do autor. A estes casos aplica-se a hipótese de que as mulheres recorrem à polícia e à Justiça como um espaço para a negociação do pacto conjugal. (2) aquelas em que os casais se separaram entre as ocorrências. A estes, coloca-se a hipótese oposta. Outros estudos (O'Toole e Schiffman, 1997; Krug, 2002) já constataram que a separação conjugal aumenta a probabilidade de uma mulher ser agredida ou ameaçada, especialmente se a separação representa uma tentativa de colocar fim às agressões. A não aceitação da separação por parte dos autores é um dos motivos que as mulheres apontam para terem sido agredidas. Se essas mulhe-

res não querem mais manter o casamento, pode-se esperar que não desejem retirar a queixa, deixando para a Justiça a aplicação de sanções cabíveis. Para essas situações cabe a discussão a respeito da adequação das respostas judiciais e a banalização da violência.

Ao todo foram selecionados 135 termos circunstanciados encaminhados para quinze Varas criminais localizadas em sete Fóruns Regionais da Capital: Santo Amaro, Parelheiros (Zona Sul), Pinheiros e Lapa (Zona Oeste), Tatuapé, Penha e Vila Prudente (Zona Leste).

A análise dos dados foi, em certa medida, dificultada pela forma como os registros são efetuados. Como verificado em outros trabalhos, (Azevedo, 2000; Faisting, 2003), na prática das atividades cartorárias, a informalidade prevista em lei foi traduzida, em alguns casos, em falta de informações. As decisões observadas tiveram a seguinte distribuição:

- 31,1% dos casos resultaram em arquivamento. Pelo que pode ser apurado a partir dos esclarecimentos fornecidos pelos funcionários dos cartórios, estas ocorrências não chegaram a uma audiência preliminar e foram arquivadas pelo juiz ou a pedido do Ministério Público motivados pela falta de provas sobre os eventos noticiados. Diante da mesma situação Azevedo (2000) apurou que as causas para esse arquivamento eram tributadas à polícia que deixava de encaminhar os resultados dos exames de corpo de delito ou deixavam de notificar as vítimas a respeito dos prazos para a representação.

Outras possíveis causas para estas decisões puderam ser apuradas durante a pesquisa nas Delegacias. Na leitura dos termos circunstanciados, verificou-se que no momento de registro do termo circunstanciado, as policiais perguntavam para a mulher se ela tinha ou não interesse em representar criminalmente contra o autor do fato. Sua decisão encontra-se registrada no final do documento da seguinte forma "Neste momento a vítima informa que deseja representar criminalmente contra o autor dos fatos" ou "a vítima não deseja representar criminalmente

contra o autor dos fatos". Nestes casos, segundo foi possível apurar os termos eram arquivados sem que houvesse a audiência preliminar.

Como forma de "controlar" esse comportamento das mulheres, as policiais passaram a orientá-las de que a "retirada da queixa" deveria ser feita em juízo, desviando para os Juizados o movimento de desistência. Nas Varas Criminais os funcionários confirmam a existência dessa procura pelas mulheres que desejam arquivar os processos e ali também os procedimentos variam. Em alguns cartórios a mulher é sempre orientada a aguardar a audiência para "falar com o juiz". Em outros, recebem o termo de renúncia que é assinado e encaminhado ao juiz que, sem ouvir a vítima, apenas despacha e determina o arquivamento. Em nenhuma das duas situações a mulher é obrigada a justificar sua decisão, nem o funcionário pergunta se elas conhecem os procedimentos da lei e quais são as possibilidades de encaminhamento para os casos.

- em 44,4% os casos foram encerrados porque houve extinção da punibilidade. A falta de informações impediu conhecer o fundamento da decisão. Quando havia informações, a maior parte referia-se à decisão da vítima de não representar criminalmente – art. 88 da Lei 9.099/95. Não se constitui em novidade o fato da maior parte das ocorrências terem sido encerradas dessa maneira, sendo este o desfecho mais comum encontrado por todas as pesquisas mencionadas anteriormente. Novamente, algumas informações coletadas durante a pesquisa nas delegacias podem ajudar a esclarecer esses números. Na leitura dos termos circunstanciados, 31,7% das mulheres (2.888) declararam que haviam sofrido agressões e ameaças anteriormente, sendo que destas 21,9% disseram ter registrado ocorrência na polícia. Quando perguntadas sobre o desfecho, 13,4% (85 mulheres) disseram que não haviam dado prosseguimento ao processo com justificativas variadas: foram instruídas por funcionários; foram coagidas pelos agressores ou, desistiram porque o agressor havia parado de provocar tumultos em casa, o que justificaria a decisão de lhes dar nova chance. É neste tipo de situação que o movimento de mulheres tem se apoiado para justifi-

car a necessidade de retirar a obrigatoriedade de manifestação do desejo da vítima para a continuidade do processo.

- A transação penal ocorreu em 11,85% dos casos e a composição civil de danos foi proposta em 3.0% dos casos. O tipo de transação variou entre as Varas Criminais, e não foi identificada qualquer dependência entre as variáveis da pesquisa – tipo de relacionamento, natureza das agressões – com o tipo de penalização aplicada. Em geral foram propostas de pagamento de cestas básicas de alimentos e produtos de limpeza, multas em valores que variaram de R$ 28,00 a R$ 67,00. Houve também dois casos em que os autores foram encaminhados para tratamento aos Alcoólicos Anônimos e um para os Narcóticos Anônimos. Estes três tiveram a punibilidade extinta após comprovarem o acompanhamento das sessões estipuladas. O mesmo ocorreu com os acusados que pagaram a cesta básica. Entre aqueles que foram penalizados com multas, um deles deixou de pagar a multa e não havia informações sobre o desdobramento deste caso.

Um pequeno número de casos – nove ao todo – recebeu denúncia ou foram encaminhados para as Varas Criminais (implica que os casos foram remetidos ao Distribuidor e redistribuídos nas Varas Criminais), os autores foram denunciados e processados. Em 2 casos o Ministério Público propôs a suspensão do processo, em 2 foram condenados e tiveram as penas convertidas em multa. Em três casos, após a denúncia foram absolvidos. A falta de informações nas fichas impediu conhecer a razão dessas medidas.

Além da extinção de punibilidade por desejo da vítima, a aplicação da transação penal tem se constituído num dos pontos polêmicos da legislação e ganha novos contornos quando aplicada aos casos de violência contra a mulher.

Azevedo (2000) explica que a doação de cestas básicas para instituições de caridade resulta de uma criação jurisprudencial, uma vez que a legislação prevê que a pena alternativa deve corresponder à prestação de serviços à comunidade. A justificativa dos juízes, segundo Azevedo, estaria na dificuldade em encontrar

instituições que possam se beneficiar com os serviços prestados voluntariamente pelo autor do delito. Neste espaço de "criação jurisprudencial", alternativas estão sendo encontradas por juízes e promotores. Nos casos de violência contra a mulher, uma delas é o encaminhamento do autor para tratamento junto a entidades como Alcoólicos Anônimos ou Narcóticos Anônimos. Há também decisões que poderiam ser classificadas apenas como bizarras se não estivessem expressando a visão discriminatória com que juízes e promotores enxergam a violência contra a mulher, entre as quais estão os pagamentos de buquês de flores e de cartuchos de tinta para as impressoras do cartório da Vara Criminal.[4]

Ao perguntar se os Juizados Especiais Criminais têm futuro, Gomes (2002) expressa sua preocupação com a falta de mecanismos de avaliação a respeito da forma como a lei vem sendo aplicada, ressaltando que não se conhece os efeitos da aplicação de penas alternativas para a ressocialização do infrator.

De fato não há como afirmar que pagamento de cestas básicas e multas de valores irrisórios podem significar uma resposta adequada, menos ainda que sejam as respostas esperadas pelas mulheres.

A distribuição das decisões obtidas nestes casos parece sustentar esta hipótese. Nos casos em que, apesar da repetição das agressões, os casais permaneceram juntos, a maior parte das decisões consistem em arquivamentos ou encerramento do processo em decorrência da decisão da vítima em não prosseguir com a ação judicial. Nos casos em que, entre as duas ocorrências policiais registradas, houve a separação conjugal, foi possível observar que na primeira ocorrência houve um maior número de renúncias por parte das vítimas que na segunda quando, com o casal já separado, a mulher parece ter transferido ao Judiciário a capacidade para coibir o comportamento violento do autor.

4. A proposta de pagamento de um cartucho de tinta para a impressora do cartório partiu de uma promotora de justiça. A pena foi aplicada para um caso de violência contra a mulher.

Aqui retornam os problemas relacionados com a aplicação da legislação, pois quando a mulher transferiu para a Justiça a capacidade de punir esse autor, a resposta dada apresentou a mesma forma inadequada que tem sido observada em outros casos: arquivou as ocorrências por falta de provas ou aplicou penas como cestas de alimentos e multas.

A segunda hipótese elaborada decorre da primeira. Para entender esse posicionamento das mulheres diante das instituições, e o uso que fazem dos recursos judiciais, foi preciso considerar que as mulheres deixaram de ser vítimas passivas da violência para atuarem de forma ativa, reagindo à situação que estavam enfrentando. A decisão de registrar queixa policial e exercer a capacidade legal de intervir no "trâmite" desta queixa, dando ou não continuidade à ação penal, revelam formas pelas quais as mulheres podem exercer poder na relação com seus companheiros. Delegacias e Juizados se apresentam assim como espaços privilegiados para o empoderamento das mulheres.

Para a elaboração dessas hipóteses foi necessário refutar as categorias de análise que definem relações de gênero como aquelas que expressam uma relação de *dominação-submissão*, num modelo patriarcal de relação entre os sexos. Neste trabalho, para fins de análise e demonstração das hipóteses apresentadas, relações de gênero foram definidas como relações de poder (Scott, 1988). Na primeira parte de sua definição, Scott reforça o papel de gênero como elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre diferenças percebidas entre os sexos e enfatiza a idéia de processo de construção das relações de gênero. Dessa forma, colocou a necessidade de refletir sobre as diferentes experiências de ser mulher, refutando a existência de categorias fixas e universais.

Ao definir gênero como campo primário de articulação de poder, Scott acrescenta que as relações de gênero não representam o único campo em que o poder se articula, mas tem se apresentado como um campo permanente e recorrente no qual se estabelece a significação de poder no Ocidente, no mundo judaico-cristão e na tradição islâmica. Para entender sua proposta, a definição de poder

mais adequada parece ser aquela desenvolvida por Michel Foucault. Sua formulação parte de uma crítica à teoria clássica do poder, segundo a qual o poder é considerado um bem do qual se é possuidor e que pode ser transferido ou trocado, no todo ou em parte (Foucault, 1999). Essa seria a representação jurídica do poder que tem seus limites estabelecidos pelo direito, a lei e o castigo. No lugar de um bem a ser apropriado, Foucault define o poder como algo que se exerce, que só existe como ação, numa situação estratégica (Foucault, 2001).

Assumindo essa definição, pensar as relações de gênero como uma das formas de circulação de poder na sociedade significa alterar os termos em que se baseiam as relações entre homens e mulheres; implica em considerar essas relações como dinâmicas de poder e não mais como resultado da dominação de homens sobre mulheres, estática, polarizada. Implica sobretudo, em recusar qualquer resquício de determinação biológica ou natural desta dominação, reconhecendo a configuração histórica e cultural, e, portanto, política, das relações entre os sexos. Desta forma, torna-se possível analisar a permanência das práticas de violência contra a mulher na sociedade e perceber qual a importância do papel feminino nas relações violentas, seja em sua reprodução ou seu enfrentamento.

Contudo, é importante enfatizar que a rejeição de uma determinação biológica para entender as relações entre homens e mulheres e, especialmente as relações violentas, não implica numa rejeição do *corpo*, sobretudo se considerado que para Foucault, na sociedade disciplinar é através do corpo que o poder se propaga.

Pensando nas mulheres em relações violentas, ao realizar uma queixa, denunciar a violência de que estão sendo vítimas, pode-se argumentar que estas mulheres, além de exercerem o poder, procuram definir os limites do próprio corpo. Desta forma, ao reivindicarem uma vida sem violência, reivindicam também a liberdade de ir e vir e o domínio sobre a própria sexualidade.

Na base do argumento que está sendo aqui elaborado está uma rejeição explícita à abordagem vitimizante aplicada às mulheres que vivem em situação de violência. Não se trata, contudo, de afirmar que a violência denunciada seja

falsa, ou histórias inventadas pelas mulheres que querem apenas chamar a atenção sobre seus problemas. Não há como duvidar da violência, histórica e culturalmente justificada contra as mulheres. Seus efeitos são reais e podem ser verificados no movimento diário nas Delegacias de Polícia. Também não é possível ignorar que cada mulher vive essa história de um jeito particular. Limitadas por condições socioeconômicas, ou culturais podem se mostrar mais vulneráveis e sem alternativas para enfrentar a violência, mas ainda assim possuem suas estratégias de sobrevivência.

Violência de gênero, neste trabalho, não focaliza apenas a diferença entre os sexos dos envolvidos, mas debruça especial atenção ao modo como as relações entre homens e mulheres, especialmente aqueles que vivem em situação conjugal ou de namoro, emergem no espaço público aqui representado nas instituições policiais e judiciais. A decisão por denunciar a violência e levar o caso a justiça representam, nesta abordagem, uma das formas das mulheres exercerem o poder, colocando-o em movimento. São momentos em que as mulheres falam de suas necessidades e de suas expectativas, apontando para as soluções que esperam obter.

Na observação do modo como se dá a interação entre mulheres e operadores do Direito é possível afirmar que as mulheres, de modo geral, chegam para as audiências muito mal informadas sobre o que irá acontecer, embora procurem espaços para falar sobre o que aconteceu e o que esperam que a Justiça faça em seu favor. Este espaço nem sempre é criado pelo juiz, dependendo muito de sua postura em relação ao modo como as audiências devem ser conduzidas. O importante é observar que mesmo desprovidas de informações sobre os procedimentos legais, as mulheres perguntam e dizem o que desejam. Nem sempre a resposta é satisfatória, mas na maior parte das vezes elas saem com algum acordo assinado. Nos outros casos, mesmo com uma solução que formalizou a guarda dos filhos ou a separação, elas aparentemente se satisfizeram porque esperavam que o juiz desse "uma bronca" no marido, o que foi feito sempre.

Os trabalhos que analisam a aplicação da Lei 9.099/95 sob a ótica dos conflitos de gênero, vêem este tipo de decisão e todas aquelas que deixam de penalizar o autor, como uma forma de reprivatizar o conflito (Campos, 2001; Hermann, 2000; Massula, s/d), desclassificando a violência contra a mulher.

Contudo, a partir da observação das audiências acredito que seja possível afirmar que o comportamento das mulheres em suas interações com juízes e advogados e a forma como expressaram suas vontades, fazem com que estas decisões, mesmo quando reconduzidas para a esfera privada, retornem para lá de modo alterado. O que se propõe é que neste caso as decisões obtidas possuem legitimidade, no sentido atribuído por Weber: legitimidade baseada nas leis. Nestes casos, mais do que a lei é a figura do Juiz e o espaço dos Fóruns que confere legitimidade a cada decisão. Se antes as mulheres se satisfaziam apenas com o marido "ser chamado na delegacia", agora, sabendo que eles não serão necessariamente condenados, elas esperam que eles sejam "chamados perante o juiz".

Este comportamento remete à pirâmide de litigiosidade descrita por Santos (1996). Antes de chegar à base da pirâmide (a porta da delegacia) as pessoas precisam superar um conjunto de obstáculos: reconhecer que foram vítimas de um litígio, reconhecer que ele foi a causa de um dano reparável, fazer avaliações de relação custo-benefício (afetivo, econômico), conhecer os percursos institucionais até obter uma decisão. Só depois de superar esses obstáculos, elas decidem entrar com uma queixa na justiça. Nessa busca, a Justiça, ou o recurso aos tribunais acaba se constituindo numa das alternativas possíveis, inserida num contexto que Santos define como de "pluralismo jurídico", no qual convivem diferentes direitos, em exercício na família, na igreja, nas comunidades de trabalho.

Assim, a hipótese aqui adotada de que o recurso à Justiça se constitui numa forma das mulheres exercerem o poder na relação parece se confirmar nos casos em que obtiveram acordo e o autor foi repreendido. Para elas, o autor foi punido pelo que fez, não no sentido legal (da imposição de penas), mas no sentido social (de ser repreendido por um comportamento errado).

Ficam as outras mulheres, aquelas que esperavam mais do que um acordo, ou mais do que ver mantida sua capacidade de manifestação. Para estas, fica claro que é preciso rever o modo como a legislação vem sendo aplicada. Não se trata de negar a importância das mudanças introduzidas pela nova legislação, mas rever, da ótica de gênero as alternativas possíveis e aplicá-las. Neste sentido, este trabalho faz eco a todos os outros que afirmam que é preciso garantir o exercício dos direitos pelas mulheres, seja ele qual for, preservando acima de tudo sua liberdade e autodeterminação. Esta deve ser condição para a criação de uma cidadania de gênero, assim como é condição para a democratização das relações na sociedade e do acesso à Justiça.

Este posicionamento das mulheres não se aplica apenas àquelas que registram mais de uma ocorrência policial. Os números ascendentes de queixas registradas nas DDMS nos últimos anos são indicadores de que estas mulheres reconhecem nas Delegacias e nos Juizados um espaço de exercício desse poder. A queixa policial marca a passagem do problema do espaço privado para o público. Ir à Delegacia, contar os problemas e as agressões, contudo, não é tarefa fácil para essas mulheres.

A inadequação das respostas da Justiça deve-se assim ao fato de que ali não é o espaço para a conquista desses direitos. Para reconhecer esse percurso percorrido pelas mulheres como positivo é preciso reconhecer que muitas vezes a delegacia e o Juizado são as "portas" que permitem tornar esse problema público e possibilitam uma forma de enunciar o problema de modo que possa ser compreendido por outros atores – inclusive na família e na comunidade. Desta perspectiva, ao deixar de punir a Justiça não está absolvendo o autor, mas está admitindo que outras sanções foram aplicadas. Neste sentido, a reprivatização do problema que tem sido denunciada, não pode ser traduzida simplesmente como transferência para o "espaço do lar, família ou casamento". O espaço privado aqui é a sociedade e suas esferas de direitos plurais (Santos, 1995 e 1996).

Os debates a respeito da nova legislação, sua aplicabilidade aos casos de violência de gênero e seu impacto no cotidiano das práticas policiais estão em curso. O objetivo deste trabalho foi contribuir com esse debate iluminando alguns pontos que podem contribuir para a construção de uma cidadania de gênero e o fortalecimento das instituições de Justiça na defesa e proteção dos direitos das mulheres.

6. Referências Bibliográficas

ADORNO, Sérgio. O monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea (mimeo, 32 p.). Publicado em *O que ler na Ciência Social brasileira, 1970-2002*. São Paulo: Editora SUMARÉ/ANPOCS, 2002, vol. 4.

_____ Justiça Formal: estrutura e funcionamento do sistema de Justiça Penal in PINHEIRO, Paulo Sérgio; ADORNO, Sérgio; CARDIA, Nancy. *Continuidade Autoritária e Construção da Democracia*. Relatório de pesquisa, São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência_ FORD/FAPESP/CNPq. 1999. (4), Mimeo.

_____ Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri. *Revista da USP*. São Paulo: EDUSP, março/94, (21), pp. 133-51.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Criminologia e feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de reconstrução da cidadania. In CAMPOS, Carmem Hein de. (org.) *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editorial Sulina, 1999, pp. 105-117.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e Controle Social. Estudo sociológico da Implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BRANDÃO, Elaine Reis Violência conjugal e o recurso feminino à polícia in Bruschini, Cristina; Hollanda, Heloisa B. (org) *Horizontes Plurais. Novos*

estudos de gênero no Brasil. São Paulo: Fundação Carlos Chagas/Ed. 34, 1998, pp. 53-84.

CAMPOS, Carmem Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. In *Revista de Estudos Feministas.* Vol. 11, nº 1, Florianópolis, jan/jun 2003. pp. 155-170

CAMPOS, Carmem Hein de Violência doméstica no espaço da lei. In *Tempos e Lugares de Gênero.* BRUSCHINI, Cristina; PINTO, Célia Regina (org). São Paulo: FCC/Editora 34, 2001. pp. 303–322.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Safe, 1988.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça? In SADEK, Maria Tereza (org). *Acesso à Justiça.* São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, pp. 42-54.

D´OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. *Violência de gênero, necessidades de saúde e uso de serviços em atenção primária.* Tese de Doutorado. Departamento de Medicina Preventiva. Faculdade de Medicina/USP, 2000.

DELPHY, Christine. Patriarcat (théories du) in HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Daniéle. *Dictionaire Critique du Féminisme.* Paris: Presses Universitaire de France, 2000, pp. 141-146.

FAISTING, André L. *Representações da Violência e da Punição na Justiça Informal Criminal: estudo de caso sobre o ritual nas audiências preliminares de conciliação.* Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais na UFSCar. 2004, p. 234.

FAISTING, André L.. *O dilema da dupla institucionalização do Judiciário: Representações da violência e da punição na Justiça informal criminal.* Paper preparado para apresentação na 'XXIV International Congress of the Latin American Studies Association – LASA'. Dallas, Texas, 2003, March 27-29.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade – a vontade de saber*. São Paulo: Ed. Graal, 2001, Vol 1, 14ª edição.

GOMES, Luís Flávio *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos*. Série as Ciências Criminais no Século XXI, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, vol. 8.

HERMANN, Leda *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu. Considerações sobre a Lei 9.099/95*. Campinas: Cel-Lex Editora, 2000.

IZUMINO, Wânia Pasinato *Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero*. Tese de Doutorado. Departamento de Sociologia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. 2003b. p. 389.

IZUMINO, Wânia Pasinato Delegacias de Defesa da Mulher: violência, gênero e acesso à Justiça em São Paulo, Brasil Prepared for delivery at the 2003 meeting of the Latin American Studies Association, Dallas, Texas, March 27-29, 2003a.

IZUMINO, Wânia Pasinato *Justiça e Violência Contra a Mulher. O papel do Sistema Judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: FAPESP/ Annablume, 1998.

KANT de Lima, Roberto; AMORIM, Maria Stella de BURGOS, Marcelo. "Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções". In *Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCRIM* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out.-dez/2002, ano 10, (40), pp. 255-281.

MASSULA, Letícia. *Os Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. (mimeo), S/d., p. 9.

MUNIZ, Jacqueline. Os direitos dos outros e os outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAMs/RJ IN SOARES, L.E. et al. *Violên-*

cia e Política no Rio de Janeiro. Rio de janeiro: Iser/Relume Dumará, 1996, pp. 125-164.

O'TOOLE, Laura L.; SCHIFFMAN, Jessica R. (ed.). Preface: Conceptualizing Gender Violence; Roots of Male Violence and Victimization of Women.in *Gender Violence. Interdisciplinary Perspective*. New York: New York University Press. 1997.

PATEMAN, Carol *O contrato sexual*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1993.

SANTOS, Boaventura de S.; *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, Ed.Cortez. 1995. 3ª edição.

SANTOS, Boaventura de S.; MARQUES, Maria. M.L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro L. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. Porto, Edições Afrontamento. 1996.

SCOTT, Joan *Gender and the politics of history*. New York:Columbia University Press, 1988.

SOARES, Bárbara Musumeci Delegacias de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau. In Soares, L.E. et al. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará, 1996, pp. 107-124.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis. Violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SOARES, Luís Eduardo; SOARES, Bárbara Musumeci; CARNEIRO, Leandro Piquet. Violência Contra a Mulher: um estudo comparativo In Soares, L.E. et al. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará, 1996, pp. 65-105.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P.C.; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed.Revan, 1999.

3. Crime e Sociedade

Repensando a metodologia da produção de dados criminais[1]

Alessandra Teixeira
Advogada, mestranda em Sociologia/USP
e coordenadora do Núcleo de Pesquisas
do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Eneida G. de Macedo Haddad
Mestre em Antropologia Social e doutora em Sociologia pela USP,
professora universitária e coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas
do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Jacqueline Sinhoretto
Socióloga, mestre e doutoranda pela USP, professora universitária,
ex-gerente de projetos do núcleo de pesquisas do Instituto
Brasileiro de Ciências Criminais.

Sumário: 1. Introdução – 2. Justificativa – 3. As estatísticas oficiais: 3.1 Breves considerações críticas; 3.2 Os dados criminais em São Paulo – 4. A sondagem de opinião – 5. Principais resultados da sondagem de opinião: 5.1 Perfil dos entrevistados; 5.2 O relato dos conflitos – 6. Considerações finais – Fontes e bibliografia.

1. Este artigo é resultado de uma consultoria prestada à Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, do Ministério da Justiça, de maio a novembro de 2003, no sub-projeto *Base Nacional de Estatísticas Criminais. A funcionalidade dos dados para a compreensão dos conflitos violentos*, no âmbito do Projeto *Sistema Integrado Nacional de Informações de Justiça e Segurança Pública/ INFOSEG* – UNDCP/AD/BRA/98/D34. Consultora técnica: Eneida Gonçalves de Macedo Haddad. Pesquisadoras: Alessandra Teixeira e Jacqueline Sinhoretto.

Resumo: O artigo refere-se aos resultados de uma pesquisa realizada no sentido de propor uma nova metodologia na produção das estatísticas criminais, visando instrumentalizar políticas públicas voltadas à prevenção da violência. As conclusões apontam para a necessidade de se priorizar o conhecimento da realidade dos conflitos com potencial de solução violenta vividos pelas populações sobre as quais se pretenda intervir, superando-se o tratamento puramente repressivo pós-ocorrência delitiva.

Palavras-chaves: Estatísticas criminais – Prevenção da violência – Segurança pública – Conflitos – Políticas públicas.

1. Introdução

Este artigo retrata as conclusões de uma pesquisa quantitativa conduzida no âmbito de uma consultoria prestada ao Ministério da Justiça/Secretaria Nacional de Segurança Pública, tendo como objetivo propor uma nova metodologia de produção de dados que possa subsidiar a formulação e o gerenciamento de políticas de prevenção da violência.

Realizou-se uma sondagem de opinião a fim de obter um levantamento da ocorrência de conflitos com potencial de solução violenta, que seriam os alvos dessas políticas públicas. A sondagem foi efetuada em dois distritos administrativos do município de São Paulo nos quais foram implantados Centros de Integração da Cidadania/CIC, tendo em vista que um segundo objetivo do projeto – que não será por ora tratado – consistia na avaliação dos resultados da implantação desses equipamentos, que integram as políticas de prevenção da violência apoiadas pelo Ministério da Justiça.

Por ocasião da elaboração do primeiro Plano Nacional de Segurança Pública políticas de prevenção da violência foram desenhadas e subsidiadas, em âmbito nacional, de forma sistemática e integrada com as demais políticas de segurança. A partir de então, ganhou maior visibilidade a crítica da ausência de

dados que pudessem orientar seja a proposição, seja o acompanhamento da execução dessas políticas. Isto é, foi se tornando evidente a necessidade de ruptura com a tradição de produção fragmentada de informações. A ausência de produção sistemática de informações – sobretudo no âmbito das instituições responsáveis por implementar, acompanhar e fiscalizar essas políticas – impede ou, ao menos dificulta o diagnóstico de prioridades, a avaliação de resultados, restringindo a tomada de decisões sobre a condução das políticas em função de interesses, acontecimentos e pressões de grupos organizados.

Essa nova perspectiva tem levado, nos últimos anos, os gestores de políticas de segurança a reconhecer a importância de investimentos em metodologias de produção de dados eficazes a intervenções qualificadas e programas inovadores. O presente artigo é fruto deste movimento.

2. Justificativa

O enfrentamento à violência e a redução da criminalidade violenta têm sido tematizados em associação a uma presença requalificada dos órgãos públicos e das ações de Estado, sobretudo nos espaços urbanos periféricos. Para esta leitura convergem tanto os mais conservadores como os defensores de ideais emancipatórios.

Na esteira dessa convergência, uma série de propostas de intervenção pública não-penal emergiu nos últimos anos na qualidade de políticas de prevenção da violência. Exemplos disso são os programas de valorização da cidadania, atividades de lazer e cultura em bairros periféricos ou aqueles direcionados a populações tomadas como vulneráveis.[2] Assiste-se a subordinação das políticas sociais e dos direitos econômicos e culturais à lógica da prevenção do crime, o que

2. Este termo não corresponde a uma categoria sociologicamente construída, mas a uma categoria ideologicamente apropriada pelo discurso do Estado neoliberal, a justificar intervenções pontuais que não transformam a dinâmica produtora de violência.

tem levado a uma exacerbação dos efeitos preventivos da violência em todos os programas e atividades direcionadas à população jovem *da periferia*, à população negra *da periferia*, às mulheres chefes de família *da periferia*.[3]

Já em outros casos, tem sido defendido que o acesso aos direitos de cidadania deve se dar através de políticas públicas não fragmentadas, de sorte a assegurar a melhoria das condições de vida, contemplados inclusive os direitos de segurança e acesso à justiça.

A idealização dos Centros de Integração da Cidadania em São Paulo, anteriormente a 1996, fundamentou-se na idéia de que o acesso à justiça é condição *sine qua non* do exercício de todos os demais direitos. Nessa proposta de exercício ampliado da prática da justiça aparece a defesa de uma política de prevenção à violência fundada na metodologia da mediação de conflitos subjacente ao projeto dos Centros de Integração da Cidadania – CIC.

Como é comum na elaboração de políticas no Brasil, embora as propostas possam ser bastante focadas na resolução de problemas contemporâneos, dificilmente sua elaboração nasce amparada em diagnósticos precisos sobre a realidade social. Em outras palavras, só muito recentemente tem-se tomado consciência da necessidade de embasar as ações de intervenção em levantamentos sobre a demanda e o perfil da população a ser atendida. Talvez por esse motivo, o controle social sobre a produção de dados estatísticos ainda seja restrito, diminuindo o grau de confiabilidade das informações produzidas, alimentando, por conseguinte, um processo de desvalorização da informação.

Na tentativa de contribuir com um novo ciclo de informação-diagnóstico-proposta de solução, este estudo encontrou sua razão de ser perseguindo o argumento de que uma proposta inovadora de intervenção nas questões de

3. R. Castel define tais políticas como de *inserção*, com caráter pontual e pautadas pela "lógica da discriminação positiva: definem com precisão a clientela e as zonas singulares do espaço social" (1999:538). Em oposição, as políticas de *integração*, de caráter universalista e que teriam sido predominantes na consolidação do Estado de bem-estar social na França.

segurança e garantia de direitos necessita de um outro modelo de gestão do conhecimento.

Nesse sentido, foram analisados os dados tradicionais à disposição dos formuladores e gestores das políticas de segurança, indagando a respeito de sua funcionalidade na elaboração de intervenções preventivas. Buscou-se vislumbrar a procedência e urgência de uma nova política de coleta, organização e interpretação de informações, tendo em vista o aperfeiçoamento de políticas públicas de prevenção da violência, em especial os CIC, através do levantamento de um conjunto de dados sobre a realidade em que intervêm.

3. As estatísticas oficiais

3.1 Breves considerações críticas

A produção estatística oficial voltada para o registro de crimes tem sido alvo de críticas, desde há muitos anos na história das ciências sociais e jurídicas.

Na sociologia criminal norte-americana, um dos primeiros pesquisadores a lançar luz sobre essa questão foi Edwin Sutherland (1940; 1945), com a introdução do conceito de cifra negra.[4] Esse autor interessou-se por investigar os mecanismos de seleção da população criminosa, apontando para processos de imunização da criminalidade econômica ou do *colarinho branco*, associando este fenômeno à organização social capitalista.

Inaugurava-se, assim, um campo de investigação voltado para o estudo da complementaridade desses dois fenômenos: a cifra negra e a criminalidade do colarinho branco.

Logo, desde a década de 1940, consolidava-se o entendimento de que as estatísticas oficiais de criminalidade davam conta de registrar apenas uma parcela

4. Entende-se por cifra negra a diferença entre as notificações criminais e os delitos que efetivamente ocorrem.

dos crimes cometidos, e que, portanto, o sistema oficial de justiça (incluindo a polícia, o ministério público, a magistratura e o sistema prisional) atuava sobre uma fração de todas as ocorrências ilegais e desvios de conduta. Os dados oficiais – muito mais do que pouco representativos do conjunto dos crimes – possuíam um viés decorrente dos processos de filtragem de perfis de crimes e criminosos, sendo produzido, assim, de forma contínua, "clientes" habituais do sistema de controle social e, logo, das estatísticas criminais.

O acúmulo de pesquisas criminológicas permitiu evidenciar o fato de que os dados oficiais, além de fornecerem um retrato distorcido da realidade dos conflitos, consistiam em mais um mecanismo ideológico de hierarquização.

Voltadas para o estudo de grupos sociais desviantes, as correntes do interacionismo simbólico e da etnometodologia também investigaram os processos sociais de estigmatização e de criação social do desvio. Situado nesse horizonte de pesquisa, a corrente criminológica do *labeling approach* (ou teoria da reação social) ocupou-se principalmente de compreender as reações das instâncias oficiais de controle no seu efeito constitutivo da criminalidade (Baratta, 1999).

O estudo das cifras negras fornecia a base empírica para duas ordens de questionamentos inseparáveis. Em primeiro lugar, sobre a razão pela qual o sistema penal não opera de modo a apreender e atuar frente à maioria dos fatos e das condutas desconformes com a norma. Em segundo lugar, sobre como entender que, sendo assim, o sistema penal prossiga operando e selecionando uma parcela ínfima de indivíduos e fatos como alvo de seu funcionamento.

A contribuição sociológica tomou as estatísticas oficiais como objeto de análise crítica do funcionamento das instâncias oficiais, motivando ao mesmo tempo a busca de novos paradigmas de conhecimento e interpretação daquilo que é tipificado e reconhecido como crime, incluindo, por conseqüência, sua produção social. De retrato fidedigno da realidade de ocorrência de fatos delitivos, as estatísticas passaram a ser vistas como instrumento de observação da atuação das

instâncias oficiais, funcionando como medida do controle social e, ao mesmo tempo, denunciando as estratégias do Estado penal.[5]

O Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra/ CES realizou importante pesquisa nos Tribunais de Justiça de Portugal[6] sobre o desempenho dos tribunais de primeira instância como instituições de resolução de litígios e controle social. Essa pesquisa contempla, ainda, as experiências litigiosas dos cidadãos e as representações da população sobre o funcionamento dos tribunais, o direito e a justiça.

O banco de dados de registros oficiais, integrado por diversos agentes do sistema de justiça – polícia, ministério público, magistratura, ministério da justiça –, foi a fonte utilizada na referida pesquisa. O trabalho com dados oficiais configurou-se como o melhor instrumento de conhecimento da forma como o sistema se representa, se descreve e se percebe em sua prática rotineira.

A execução do projeto do CES levou à proposição de alterações na notação dos dados, contribuindo para uma política de valorização dos registros estatísticos oficiais em Portugal.

No Brasil, algumas pesquisas sobre o funcionamento dos aparelhos de justiça vêm incorporando contribuições às análises integradas de dados e à análise dos fluxos dos procedimentos policiais, judiciais e penitenciários.

Pesquisas iniciadas com a abertura política, nos anos 80, objetivavam monitorar a democratização das instituições, acabando por revalorizar o uso dos dados na análise dos processos internos das instituições e dos micro-poderes envolvidos nas atividades das polícias, da justiça e das penitenciárias.

Vale lembrar que, nesse campo, o estudo de Paixão (1987) a respeito dos indicadores de criminalidade, desenvolvido como reflexão do trabalho na Fundação João Pinheiro, em Minas Gerais, constituiu-se num marco. A partir do

5. Sobre Estado Penal, consultar Wacquant (2000) e Christie (1998).

6. Santos, 1996.

acompanhamento de índices e taxas, o autor estabeleceu a crítica sobre a forma de gerenciamento das instituições estatais e do controle do poder por elas exercido. Dialogando com Alba Zaluar (1985) e Edmundo Campos Coelho (1986), Paixão suscita o debate sobre a relação entre a política de informação e a política de controle da criminalidade, explicando a ausência da primeira como fruto da ausência da segunda. Acrescente-se que a ausência de política de informação denota a falta de transparência das ações do Estado.

A década de 90 assistiu a debates de algumas propostas de reformulação do sistema de justiça, incluindo a importância da política de informação. Uma série de iniciativas no campo das informações que subsidiam o planejamento público e análises foram experimentadas, como as primeiras pesquisas de vitimização, os primeiros estudos com a perspectiva de fluxo e outras sortes de levantamentos, contribuindo para apontar as ausências e limites no sistema de informações criminais, bem como tendências na sua reformulação.

Foi sobretudo após a instituição de inovações na administração da justiça e da segurança que se tornou ainda mais evidente a necessidade de produzir informações visando à pluralidade de demandas, seja a redução da criminalidade econômica, dos crimes violentos, dos crimes de menor potencial ofensivo, seja a prevenção.

Veja-se, a título de exemplo, o fato de que a implantação dos Centros Integrados de Cidadania, no final dos anos 90, ocorreu sem que se dispusesse de dados sobre o perfil sócio-econômico, as demandas, os conflitos mais freqüentes nos distritos contemplados com os equipamentos.

Na atualidade, o investimento na construção de uma política pública de levantamento, compartilhamento, transparência e análise de informações ganha novo significado no momento em que o tema da democratização do sistema de justiça ocupa lugar privilegiado na esfera nacional.

É nesse contexto que se evidencia a inadequação das estatísticas oficiais para se pensar a intervenção pública no sentido de prevenir ocorrências violentas.

3.2 Os dados criminais em São Paulo

As observações a seguir decorrem da análise dos dados de ocorrências policiais gerados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo para o ano de 2002, relativos aos três distritos policiais onde se localizam as unidades dos CIC Leste e Sul, onde se realizou a sondagem de opinião. São eles: 50.º DP relativo ao distrito administrativo de Itaim Paulista e 92.º e 100.º DP, correspondentes ao de Jardim São Luís.

Esses dados são os que alimentam a Base Nacional de Estatísticas Criminais, da SENASP/MJ, o que permite tomá-los como exemplo da metodologia de coleta e notação das ocorrências policiais, adotada em todos os estados da federação.

Tabela 1– Ocorrências policiais segundo a natureza do crime

50.º DP, 92.º DP e 100.º DP ano 200

Natureza do Crime	50.º DP	92.º DP	100.º DP
TOTAL GERAL	9.106	10.437	6.138
Crimes Contra a Pessoa	**1.102**	**1.105**	**693**
Homicídio Doloso	105	208	173
Tentativa de Homicídio	83	70	74
Homicídio Culposo – Acidentes de Trânsito	7	17	8
Homicídio Culposo – Outros	4	0	0
Indução/Auxílio ao Suicídio	0	0	0
Infanticídio	0	0	0
Aborto	1	4	1
Lesões Corporais Dolosas	343	293	150
Lesões Corporais Culposas –Acidentes de Trânsito	202	174	126
Lesões Corporais Culposas – Outros	22	16	5
Perigo de Vida ou Saúde	2	1	2

Maus Tratos	14	9	5
Omissão de Socorro	1	1	0
Rixa	1	0	0
Calúnia, Difamação, Injúria	49	34	11
Constrangimento Ilegal	8	2	2
Ameaça	242	273	135
Violação de Domicílio	10	1	1
Outros Crimes Contra a Pessoa	8	2	0
Crimes Contra o Patrimônio	**4.507**	**5.070**	**2.849**
Roubo Consumado	2.009	2.167	1.516
Roubo Tentado	37	48	12
Roubo de Veículo Consumado	479	769	517
Roubo de Veículo Tentado	13	8	2
Roubo seguido de Morte (Latrocínio)	5	4	6
Extorsão Mediante Seqüestro	0	5	7
Extorsão Outras	4	2	2
Furto Consumado	986	924	368
Furto Tentado	30	30	4
Furto de Veículo Consumado	420	611	169
Furto de Veículo Tentado	2	3	3
Furto Qualificado Consumado	171	203	88
Furto Qualificado Tentado	12	0	0
Receptação Dolosa	76	54	45
Receptação Culposa	5	0	6
Apropriação Indébita	19	9	6
Usurpação	0	0	1
Dano	58	97	52
Estelionato	161	129	29
Fraude no Pagamento por Meio de Cheque	0	0	0

Fraudes Diversas	1	2	2
Outros Crimes Contra o Patrimônio	19	5	14
Crimes Contra os Costumes	**57**	**26**	**24**
Estupro Consumado	32	12	14
Estupro Tentado	3	1	0
Atentado Violento ao Pudor	18	7	8
Sedução	0	0	1
Corrupção de Menores	0	0	1
Rapto	0	4	0
Favorecimento a Prostituição	0	0	0
Casa de Prostituição	0	0	0
Rufianismo	0	0	0
Ato Obsceno	4	2	0
Outros Crimes Contra os Costumes	0	0	0
Crimes Contra a Família	**10**	**0**	**1**
Abandono Material	4	0	1
Outros Crimes Contra a Família	6	0	0
Crimes Contra a Fé Pública	**33**	**5**	**25**
Moeda Falsa	2	0	2
Falsidade de Título e Documento Público	4	0	0
Falsidade de Título e Documento Particular	0	2	1
Outras Falsidades	14	1	19
Uso de Documento Falso	9	2	3
Falsa Identidade	3	0	0
Outros Crimes Contra a Fé Pública	1	0	0
Crimes Contra a Administração Pública	**61**	**19**	**23**
Peculato Doloso	1	0	0
Peculato Culposo	0	0	0
Concussão	1	0	0

Excesso de Exação	0	0	0
Corrupção Ativa	0	0	2
Corrupção Passiva	0	0	0
Facilitação de Contrabando ou Descaminho	0	0	0
Prevaricação	0	0	0
Violência Arbitrária	0	0	0
Resistência	5	5	1
Desacato	18	7	12
Contrabando ou Descaminho	0	0	0
Denunciação Caluniosa	0	0	0
Comunicação Falsa de Crime	0	1	1
Falso Testemunho	0	0	0
Exercício Arbitário das Próprias Razões	7	3	2
Fuga de Presos	2	1	0
Desobediência	5	0	1
Outros Crimes Contra a Administração Pública	22	2	4
Crimes Diversos	**3**	**0**	**0**
Crimes C/ Propriedade Imaterial	0	0	0
Crimes C/ Paz Pública	0	0	0
Crimes C/ Sent. Relig. e C/ Resp. aos Mortos	0	0	0
Crimes C/ Organização do Trabalho	3	0	0
Crimes Contra a Incolumidade Pública	**51**	**57**	**38**
Incêndio	14	10	6
Tráfico Entorpecente – Maconha	10	10	9
Tráfico Entorpecente – Cocaina, Opiaceos e Derivados	10	15	5
Tráfico Entorpecente – Psicotrópicos	0	4	1
Uso de Entorpecente – Maconha	15	9	9

Uso de Entorpecente – Cocaina, Opiaceos e Derivados	2	7	5
Uso de Entorpecente – Psicotrópicos	0	1	2
Exercício Ilegal da Medicina	0	0	0
Charlatanismo	0	0	0
Curandeirismo	0	0	0
Outros Crimes Contra a Incolumidade Pública	0	1	1
Leis Especiais	**175**	**163**	**168**
Crimes Eleitorais – Lei 4.737/65	0	0	0
C/ de Sonegação Fiscal – Leis 4.729/65 e 5.569/69	2	0	1
C/ de Responsabilidade – Leis 10.079/50 Dec. 201/67	0	0	0
Lei de Imprensa – Lei 5.250/67	0	0	0
Lei C/ Mat. de Propriedade Industrial – Lei 7.903/45	0	0	0
Corrupção de Menores – Lei 2.252/54	1	0	0
Abuso de Poder – Lei 4.898/65	3	0	0
Código Florestal – Lei 4.771/65	0	0	1
Código de Caça – Dec. Lei 5.197/67	0	0	0
Código de Pesca – Dec. Lei 221/67	0	0	0
C/ Economia Popular – Lei 1.521/51	1	4	0
Preconceito de Raça – Lei 1.390/51	0	0	0
Porte de Armas	118	111	105
Disparo de Arma de Fogo	12	6	5
Falta de Habilitação	29	8	31
Direção Perigosa	0	6	4
Outros Crimes	9	28	21
Contravenções Penais	**34**	**18**	**18**

Vias de Fato	8	8	12
Exploração da Credulidade Pública	0	0	0
Perturbação de Trabalho e Sossego	6	1	2
Exercício Ilegal da Profissão	0	0	0
Jogo de Azar	1	1	0
Loteria Não Autorizada	0	0	0
Jogo do Bicho	0	1	1
Vadiagem	0	0	0
Mendicância	0	0	0
Embriaguez	11	3	0
Outras Contravenções Penais	8	4	3
Não Criminais	**3.073**	**3.974**	**2.299**
Suicídio Consumado	5	9	2
Suicídio Tentado	7	0	0
Desinteligência	26	13	5
Queda Acidental	5	0	0
Mordedura de Cão	2	0	0
Perda/Extravio Documento	1.453	1.395	834
Desaparecimento de Pessoa	189	118	94
Morte Suspeita	114	104	25
Veículo Localizado	481	799	578
Acidente de Trabalho	1	1	0
Outros Não Criminais	790	1.535	761

Fonte: Secretaria da Segurança Pública – SSP/Delegacia Geral de Polícia – DGP/Departamento de Administração e Planejamento – DAP/ Núcleo de Análise de Dados Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE

Na representação da realidade dos conflitos criminais oferecida pelas estatísticas policiais, os conflitos patrimoniais apresentam maior significância entre todos os delitos. É possível observar, por exemplo, que se destinam classificações específicas para os delitos de roubo e furto *de veículos*, embora o Código Penal não os

tipifique como delitos autônomos. Ainda que nos arts. 155 e 157 haja previsão expressa da qualificadora referente à subtração dos veículos automotores[7] – e mesmo assim, apenas quando se trata de veículo transportado para outro Estado ou país –, aquilo que denota o caráter mitificador da estatística é o fato de outras qualificadoras desses e de todos os demais artigos serem omitidas na apresentação dos dados.

A maior incidência dos crimes contra o patrimônio na notação oficial pode ser explicada pelo fato do aparato jurídico-penal ou mesmo de todo o sistema de justiça criminal priorizar nas suas ações a identificação, persecução e punição dos delitos de roubo, furto e outras violações à propriedade. Observe-se que pesquisas realizadas recentemente não constatam, em seus resultados, a alardeada morosidade no processamento desta espécie de crimes,[8] ainda que não comparem com outros tipos de delito.

No que toca ao fluxo da justiça para os mencionados crimes, nota-se, desde a fase inquisitorial, a priorização das técnicas investigativas e da mobilização dos agentes policiais para a apuração desses delitos. Quando se compara com os crimes contra a vida ou os econômicos, o despreparo do aparelho policial evidencia-se na dificuldade para realização de perícias, no descumprimento dos prazos legais na duração dos inquéritos, ou na sua inconclusão.[9] Na fase processual, não se constata realidade diversa: os procedimentos instrutórios operam com uma racionalidade específica para a persecução dos crimes patrimoniais, desde a identificação de seus autores e vítimas, a hierarquização do conjunto probatório até a decretação da sentença. Nessa racionalidade estão envolvidos todos aqueles que operam o sistema – juízes, promotores, advogados e os funcionários da justiça –

7. Art. 155 do Código Penal: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel... § 5.º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior." Em sentido análogo, Art. 157, § 2.º, IV.

8. A esse respeito, consultar CEBEPEJ, 2001.

9. Sobre a dificuldade em concluir investigações que apurem graves violações de direitos humanos, ver ADORNO e col., 1999. No mesmo sentido, referindo-se à criminalidade econômica, CASTILHO, 1999.

denotando uma eficiência peculiar no processamento desses crimes, que se traduz não apenas pela exigüidade dos prazos, mas também pela predominância de desfechos condenatórios. Veja-se que no caso do Estado de São Paulo, entre os anos de 1991-1998, das 69.645 decisões relativas ao crime de roubo, nada menos do que 62.836 (90,2%) correspondiam a condenações (FSeade, 2003).

A análise dos dados oficiais aponta também a incompletude da informação referente à classificação dos fatos não criminais, o que reforça a idéia de que esta forma de levantamento de dados cumpre uma função restrita, não atendendo aos objetivos de uma política de prevenção. Veja-se na tabela acima, que, dentre as sub-categorias arroladas nas ocorrências não criminais, encontra-se, com notável expressividade, especialmente junto ao 92º DP, *outros feitos não criminais.* O critério utilizado – agrupar nesta sub-categoria os acontecimentos que, hipoteticamente, não potencializam um conflito criminal – impossibilita o conhecimento da realidade dos conflitos. Isto resulta numa omissão grave, uma vez que essas ocorrências representaram para aqueles envolvidos uma lesividade significativa, de tal modo que os motivou a procurar uma delegacia policial e, portanto, uma intervenção qualificada.

Note-se ainda que as tabelas oficiais restringem-se a quantificar ocorrências, sem nada apresentar a respeito dos envolvidos, sejam vítimas, autores ou testemunhas. Ora, como se pode imaginar, planejar e implementar ações de segurança e justiça desconhecendo a quem elas se destinam?

O boletim de ocorrência não apresenta, em sua gênese, a característica de norteador de políticas públicas. Foi concebido, em verdade, para cumprir uma funcionalidade determinada, operando como notificador de delitos e peça inaugural do procedimento administrativo inquisitorial. Sua utilização para outras finalidades, como fonte principal da base nacional de estatísticas criminais, afigura-se, assim, como uma adaptação em face de ausência de outros instrumentos.

Como as estatísticas policiais refletem apenas os conflitos em que as partes buscam a delegacia como mecanismo de resolução, elas deixam de captar os

conflitos com potencial de solução violenta canalizados para outros mecanismos. Sabe-se que, na sociedade brasileira, boa parte dos mecanismos alternativos de solução passam pelo recurso à violência, sendo necessário, portanto, para o planejamento de uma política de prevenção, conhecer em profundidade essas soluções não-oficiais.

A presente proposta apresenta um mapeamento dos conflitos para além da classificação criminal e para além da busca da solução através da delegacia policial, utilizando a metodologia da coleta de dados a partir de uma sondagem de opinião junto à população.

Ainda quando se propõe modernizar e aperfeiçoar o sistema de informações criminais, não raro se pensa em sofisticar a utilização dos dados oriundos dos boletins de ocorrência, como no caso das análises referenciadas, por exemplo o INFOCRIM de São Paulo. Com este tipo de metodologia, embora útil para outros fins, não se amplia o conhecimento dos fatos e dos sujeitos ignorados pelo sistema oficial, apenas mergulha-se mais fundo no que já se conhece.

4. A sondagem de opinião

A instalação de unidades do CIC foi o critério de escolha dos distritos administrativos em que se realizou a sondagem de opinião.[10] Até o início da investigação (maio de 2003), apenas quatro CIC estavam em funcionamento, todos no município de São Paulo. Optou-se por eleger dois distritos administrativos: Itaim Paulista, onde se localiza a mais antiga unidade do CIC, e Jardim São Luís, onde se verificava maior institucionalização dos serviços de justiça.

Dos 96 distritos administrativos de São Paulo, o Itaim Paulista é o 12.º mais populoso e o 4.º com maior número de chefes de família com rendimento que não ultrapassa 1,5 salários mínimos. A renda da maior parte das famílias do

10. A sondagem foi conduzida pela empresa Criterium, sob a Coordenação geral de Marisol Recamán e Gustavo Venturi.

Itaim Paulista é de até três salários mínimos. O tempo médio gasto com viagem e transporte coletivo corresponde ao terceiro pior de toda a cidade. É o distrito com o quarto pior índice de desenvolvimento humano – IDH. Dos chefes de família, 36,24% têm, no máximo, três anos de escolaridade, incluindo analfabetos.[11] O Itaim Paulista pertence à circunscrição do 50.º Distrito Policial da capital.

O Jardim São Luís é abrangido pelos distritos policiais 92 e 100. Toda a região da Seccional Sul de Polícia (que inclui este distrito) conheceu, no início dos anos 90, as taxas mais altas de homicídio de toda a cidade, sendo que entre vítimas e agressores predominavam jovens, do sexo masculino, com menos de 24 anos. Esta região atraiu a atenção da opinião pública em razão do drama da violência fatal. Assim, diversas ONG e programas governamentais concentraram esforços em projetos preventivos das mais diversas naturezas. O resultado é que, de acordo com os dados mais recentes,[12] a região do Jardim São Luís continua com altíssimas taxas de homicídio (108/100 mil habitantes), apresentando um sutil, porém contínuo, decréscimo.

Estando entre um dos distritos mais populosos da cidade, o Jardim São Luís ocupa o sexto lugar em população infanto-juvenil (0-14 anos), com altíssima deficiência de vagas em escolas públicas de Educação Infantil e 1º Grau.[13] Em relação aos demais indicadores sociais, econômicos e demográficos, para todas as faixas etárias, este distrito apresenta alarmantes índices de precariedade e exclusão.[14]

A perversa topografia social expressa no Mapa da Exclusão de 2002 aponta para o fato de que, nos últimos dez anos, a cidade de São Paulo ganhou 1 milhão de excluídos. Observe-se que os distritos de Itaim Paulista e do Jardim São Luís, objeto deste estudo, ocupam, respectivamente, o 4.º e 19.º lugar no

11. Estes dados são do Censo de 1991, analisados no Mapa da Exclusão/Inclusão Social da cidade de São Paulo.

12. FSEADE/FAPESP, 2002.

13. SPOSATI e KOGA, 1996.

14. SPOSATI, 1996.

ranking da exclusão, considerando-se que, dos 96 distritos da capital, 76 são considerados excluídos.[15]

O principal objetivo da sondagem realizada foi obter um retrato dos *conflitos com potencial de solução violenta* que ocorrem nas regiões estudadas.

Estudos e pesquisas já realizados, visando o conhecimento da realidade dos conflitos violentos na sociedade brasileira, vêm contribuindo na construção de uma perspectiva de análise que associa formas de sociabilidade presentes nesta sociedade a um padrão violento de ajustamento de conflitos. Diversos trabalhos de pesquisadores apontam a relação existente entre o aumento das situações resolvidas através da violência (aumento da ocorrência de crimes violentos) e a exclusão social, entendida como inserção precária de indivíduos e grupos no processo de tomada de decisões e na distribuição da riqueza.[16]

Qualquer estudo que pretenda investigar a ocorrência de conflitos deve levar em conta a produção e a reprodução das relações sociais próprias da organização social capitalista brasileira. Disso decorre um alto contingente de pessoas destituídas do acesso a bens e serviços, mecanismos formais e informais de defesa de direitos, num cenário marcado pela crise da contratualização moderna. Segundo Boaventura de Sousa Santos, este contexto faz emergir o que ele denomina de *formas de sociabilidade fascista,* das quais o *apartheid social*[17] é uma das expressões.

15. ISIQUE, 2003.

16. Franco, 1983; Adorno, 1995; Zaluar, 1997; Lima, 1997; Santos, 1999; Caldeira, 2000; Sinhoretto, 2002.

17. Segundo o autor: "Trata-se da segregação social dos excluídos, por meio de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e civilizadas. As selvagens são as zonas do Estado de natureza hobbesiano. As civilizadas são as zonas do contrato social; vivem sob a constante ameaça das selvagens. Para se defender, tornam-se castelos neofeudais, encraves fortificados que caracterizam as novas formas de segregação urbana. Nas zonas civilizadas, o Estado age democraticamente, como protetor, ainda que muitas vezes ineficaz ou não confiável. Nas selvagens, age fascistamente, como Estado predador, sem nenhuma veleidade de observância, mesmo aparente, do Direito" (Santos, 1998).

A periferia dos grandes centros urbanos, expressão acabada da desigualdade social, é marcada ainda pela desigualdade no acesso aos direitos de segurança e justiça. Acrescente-se ainda que, ao longo da história brasileira, a ação do Estado nas periferias tem se manifestado pela contínua violação dos direitos individuais dessas populações. Por vezes amparada pelo sistema de justiça criminal, a violência policial – revelada através de execuções, prisões ilegais e do uso recorrente da tortura como técnica investigativa – denota uma política de violação continuada de direitos humanos para um segmento da sociedade entendido como *perigoso*.[18]

A ideologia que a fundamenta é expressão da ideologia repressiva dominante que tem aparecido travestida num discurso de "prevenção de conflitos", tomando a conseqüência – o conflito – como causa. Ora, se é que se pode prevenir a ocorrência de conflitos, isso seria possível apenas através da garantia de acesso igualitário aos bens materiais e simbólicos, da regulamentação de situações irregulares – juridificação das situações –, de forma a diminuir a desigualdade que alimenta o conflito social.

Produzidos num cenário histórico de desigualdade e exclusão, muitos dos conflitos interpessoais podem culminar em ocorrências violentas. São conflitos de gênero, domésticos, entre vizinhos, envolvendo disputas sobre pequenos negócios. São comuns, também, os conflitos ocasionados por abuso de álcool e drogas. Daí ter-se demonstrado que muitos homicídios originam-se em conflitos interpessoais cotidianos.[19]

O presente trabalho amparou-se na hipótese de que o mapeamento da ocorrência desses conflitos, estudando modos de realizar uma intervenção qualificada, poderá se constituir num caminho a ser utilizado na prevenção da violência.

Assim, a sondagem realizada nos distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís (ambos no município de São Paulo) privilegiou o conhecimento dos

18. Caldeira, 2000; Christie, 1998; Wacquant, 2000.

19. Lima, 2003.

conflitos com potencial de solução violenta, o conhecimento das demandas por justiça e segurança e o universo de representações associado à solução desses conflitos.

Não foi tarefa fácil a construção de um instrumento de coleta de dados para atender a esse objetivo. Em sondagens de opinião usuais no mapeamento das demandas por segurança geralmente trabalha-se com o conceito de *vitimização*, investigando-se tanto aqueles que se declaram vítimas de um crime, quanto aqueles que se declaram autores de violações. Essa leitura da realidade apresenta ao menos dois inconvenientes que se pretende superar:

• a focalização do conhecimento e, portanto, da intervenção a ser proposta, em apenas um dos componentes da relação conflitiva: ou a vítima ou o autor;

• a restrição do mapeamento dos conflitos às condutas tipificadas como crimes pela legislação penal, excluindo a possibilidade de apreensão da dialética presente nas relações cujo processo pode culminar numa ocorrência violenta.

Observe-se que o segundo inconveniente reproduz o que se pretende superar com as mencionadas políticas, ou seja, o tratamento exclusivamente penal das situações violentas.

Ao se orientar o conhecimento da realidade para a compreensão do processo e não apenas da conseqüência, cria-se a possibilidade de vislumbrar, a partir das informações obtidas, o desenho de uma política voltada para a redução da violência.

Por isso, as 400 entrevistas domiciliares estratificadas em cotas de sexo, idade e distribuição geográfica segundo dados populacionais do IBGE 2000, realizadas com moradores, de 16 anos ou mais, dos distritos mencionados – 202 em Itaim Paulista e 198 no Jardim São Luís – concentraram-se sobremaneira na identificação da ocorrência de situações conflituosas, das soluções buscadas e das resoluções encontradas. Estas informações, cruzadas com outras variáveis sócio-econômicas (procedência, cor, grau de instrução, faixa de renda, ocupação).

A partir desses dados, foi possível proceder à análise comparativa com as estatísticas oficiais criminais, do que resultou o questionamento da lógica de produção do sistema de informações criminais vigente.

5. Principais resultados da sondagem de opinião

Embora os dados demográficos e sócio-econômicos da população dos distritos possam ser extraídos de levantamentos já consolidados, inclusive com séries históricas razoavelmente longas (como é o caso do Censo Demográfico – IBGE, da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio – IBGE, da Pesquisa de Emprego e Desemprego – DIEESE/FSeade, da Pesquisa de Condições de Vida – FSeade), o interesse nessa sondagem foi a obtenção de dados primários que pudessem ser cruzados com o resultado do levantamento da ocorrência de conflitos, e da busca pela sua solução. Assim, ao proceder o levantamento dos conflitos pode-se conhecer os extratos da população que são diretamente afetados pela ocorrência de situações conflitivas, identificando suas particularidades, sejam elas de gênero, cor da pele, faixa etária, naturalidade, escolaridade, ou renda familiar.

Inicialmente, foi possível conhecer o conjunto da população dos distritos, para em seguida concentrar a análise apenas sobre aqueles que relatam envolvimento em *conflitos com potencial de solução violenta*, permitindo identificar singularidades neste extrato.

5.1 Perfil dos entrevistados

Os dados apresentados neste item correspondem à média obtida nos dois distritos pesquisados. No que concerne à análise da *renda mensal familiar*, a sondagem permitiu verificar que 90% da população investigada concentra-se nas faixas de renda inferiores a dez salários mínimos. A maior concentração (41%) encontra-se na faixa entre 2 e 5 salários mínimos.

A distribuição da *renda familiar* segundo a *escolaridade* do respondente permite observar uma forte correspondência entre baixa escolaridade e baixa renda, caracterizando o perfil da população. Dos entrevistados, 59% cursaram até a 8ª série do ensino fundamental, 19% completaram o ensino médio e apenas 2% o ciclo universitário. Esse último percentual corresponde às categorias de renda mais

elevada, ao passo que aqueles que têm poucos anos de escolarização concentram-se principalmente nas faixas de renda familiar até três salários mínimos.

A soma do número de pessoas no mercado informal de trabalho e desempregadas é superior ao de pessoas inseridas no mercado formal. Essas últimas pertencem a famílias com as maiores rendas mensais.

Em relação à *cor da pele*, sempre é bom frisar que, de um modo geral, as pesquisas apontam a impossibilidade de garantia de objetividade na coleta de dados, em razão do caráter ideológico que envolve esta classificação. Optou-se, assim, por adotar o mesmo critério do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – para o Censo Demográfico, o que corresponde a um levantamento a partir da auto-atribuição. Embora o sistema oficial de estatísticas criminais também utilize esta variável, a coleta dos dados se dá mediante classificação feita pela documentação civil ou, na falta dela, pela atribuição do agente policial.

A distribuição aponta para uma equivalência entre "brancos" e "pardos" no total da amostra (ambos com 44%), sendo os de cor "preta" (10%) e "amarela" (1%) os menos representados.

Os de cor "branca" têm maior oportunidade de acesso às faixas de renda familiar mais altas, sendo gradativamente mais representados a partir do montante superior a 4 salários mínimos. Em contrapartida, os de cor "parda" são menos representados nas mesmas faixas de renda, tendo sua participação aumentada de forma gradativa nas faixas menores (até dois salários mínimos). Na mais alta faixa de rendimento (mais de 10 salários mínimos) a diferença no percentual entre essas duas categorias de cor é muito acentuada: 63% e 28%, respectivamente, para os de cor "branca" e "parda".

Há um equilíbrio entre "paulistas" e "migrantes de outros estados" (48% e 52%, respectivamente) quando se toma o total de moradores dos distritos onde estão instalados os CIC. Entretanto, esse equilíbrio desaparece quando se observa a distribuição entre as faixas de renda familiar mensal. A exemplo do verificado com a categoria *cor da pele*, ocorre um aumento gradativo de representação dos

"paulistas" nas faixas a partir de 3 salários mínimos (55%, 61% e 82%, respectivamente, "mais de 4 a 5", "mais de 5 a 10" e "mais de 10 salários mínimos"), observando-se o oposto com os "migrantes de outros estados" (45%, 37% e 17%, respectivamente, para as mesmas faixas).

Os dados apontam uma situação de maior acesso à renda para os "brancos", "paulistas" e com maior escolaridade. A coincidência entre as diversas características na construção de um perfil reforça a hipótese de que os "migrantes de outros estados", "pardos" e pouco escolarizados têm menores oportunidades de inclusão social.

Essa hipótese adquire maior complexidade ao analisar-se o *local de criação* quando cruzada por *renda familiar mensal*. A participação dos que foram "criados na cidade" cresce gradativamente nas maiores faixas de renda, a partir de 2 salários mínimos. Em comparação, aqueles que foram "criados no campo" têm maior participação nas menores faixas de renda e, também de forma gradativa, têm sua participação diminuída à medida em que as faixas de renda aumentam. Supõe-se que o elemento explicativo seja a associação entre residência na cidade e escolarização.

Outra possibilidade de análise no que se refere ao perfil sócio-econômico da população privilegia a escolaridade. Executores e formuladores de políticas públicas poderão se orientar, diante de levantamentos como o aqui apresentado, por diversos recortes mais adequados ao tipo de intervenção a ser proposta. O impacto da escolarização sobre o perfil da população permite avaliar a importância do investimento em educação, quando se trata de políticas de acesso à justiça e, como será possível observar mais adiante, também em relação a políticas de prevenção à violência.

No caso dos distritos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, algumas particularidades referentes ao perfil sócio-econômico de seus moradores – apreendido através dos macro-dados, como renda, escolaridade, ocupação – se comparadas às daqueles residentes em outros espaços da cidade, denunciam a lógica da exclusão. Não obstante, ao mesmo tempo em que esta desigualdade é revelada,

constatam-se também, diferenças entre os moradores desses distritos, constituindo particularidades importantes a serem consideradas na execução de políticas públicas. Ou seja, entre a população espacialmente segregada, encontram-se situações desiguais entre brancos e negros, entre mulheres e homens, entre migrantes e não-migrantes, criados na cidade e no campo, entre analfabetos e os de escolaridade mais alta, entre trabalhadores informais e inseridos no mercado formal.

Observe-se que o acesso aos maiores graus de escolaridade é concentrado entre homens, brancos, paulistas, criados na cidade, o que repercute na obtenção de maior renda e acesso ao mercado formal de trabalho. Ao passo que, entre os que têm menos anos de escolarização – ou mesmo analfabetos – concentram-se as mulheres, os pardos, migrantes de outros estados, criados no campo, repercutindo nos níveis de renda e no predomínio de trabalhos informais.

5.2 O relato dos conflitos

A construção do instrumento utilizado nas entrevistas para o mapeamento dos *conflitos com potencial de solução violenta* apoiou-se num estudo anterior realizado no âmbito dos Centros de Integração da Cidadania, em que se obteve um conhecimento qualitativo das demandas que ali ingressavam.[20] Assim, as demandas identificadas, as quais orientaram a definição das categorias utilizadas na sondagem, são as que seguem:

Demandas não-criminais

- guarda dos filhos, pensão alimentícia, separação ou divórcio;
- briga com vizinhos sobre convivência ou problemas de condomínio;
- briga com vizinhos por causa de problemas relacionados à moradia, divisão de terreno, quintal ou construção;
- direitos trabalhistas; ou seja ameaça ou perda dos direitos enquanto trabalhador/a;

20. Conforme Haddad, Sinhoretto e Pietrocolla, 2003.

– direitos de consumidor; compra/venda de coisa ou pagamento/não recebimento por algum serviço;

– pagamento ou cobrança de aluguel;

– pagamento ou cobrança de dívidas;

– preconceito em relação à cor, aparência, idade, sexo ou condição econômica.

Demandas criminais

– roubo – com ameaça;

– furto – sem ameaça;

– uso de drogas ou álcool;

– ameaças por parte de traficantes ou pessoas envolvidas com drogas;

– estupro ou crime sexual;

– violência fora de casa, ocorrida no bairro, do tipo ameaça, chantagem ou xingamento;

– violência fora de casa, ocorrida no bairro, do tipo tapa, surra ou espancamento;

– violência dentro de casa do tipo ameaça, chantagem ou xingamento;

– violência dentro de casa do tipo tapa, surra ou espancamento;

– tentativa de assassinato, ou homicídio;

Utilizou-se a tipificação jurídico-penal para agrupar as demandas acima relacionadas em duas categorias: *conflitos criminais* e *conflitos não-criminais.*

A metodologia ora proposta constitui uma alternativa ao modelo oficial de coleta de dados que vem se perpetuando e se sofisticando em nome do controle do crime e da violência. Em função disso, mais importante do que sustentar as demandas indicadas, é defender a necessidade de se mapear as demandas específicas dos locais onde se pretende uma intervenção qualificada.

O referido agrupamento – *crimes e não crimes* – resultou da necessidade de mapear os conflitos declarados pela população residente a partir do critério jurídico-penal, tendo em vista o objetivo de sua comparação com os dados oficiais produzidos a partir das informações policiais.

Ressalte-se que o modo como a pergunta foi formulada – "você esteve envolvido ... ?" – não objetivava privilegiar os papéis de vítima e autor, típicos do sistema penal, e sim, aumentar as chances de apreensão, ao enfocar a dinâmica do conflito.

As tabelas 2 a 9 retratam tipos de conflitos *por distrito administrativo, cor, sexo, idade, escolaridade, lugar onde foi criado, ocupação* e *renda familiar mensal.*

Tabela 2 – Relato de envolvimento em conflito por distrito administrativo
Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003
Em porcentagem

CONFLITOS	DISTRITO		
	TOTAL	Itaim Paulista	Jardim São Luís
Esteve envolvido em algum tipo de conflito	44	42	45
Envolvimento em conflito do tipo CRIME	29	26	32
Envolvimento em conflito do tipo NÃO CRIME	25	28	24
Nunca esteve envolvido em conflito	56	58	55

Tabela 3 – Relato de envolvimento em conflito por cor
Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003
Em porcentagem

CONFLITOS	COR				
	TOTAL	branca	Preta/ Parda	Preta	Parda
Esteve envolvido em algum tipo de conflito	44	40	47	49	46
Envolvimento em conflito do tipo Crime	29	22	35	32	36

Continuação da Tabela 3

Envolvimento em conflito do tipo não crime	25	27	25	29	23
Nunca esteve envolvido em conflito	56	60	53	51	54

Tabela 4 – Relato de envolvimento em conflito por sexo

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003

Em porcentagem

CONFLITOS	SEXO		
	TOTAL	Masculino	Feminino
Esteve envolvido em algum tipo de conflito	44	49	39
Envolvimento em conflito do tipo crime	29	30	29
Envolvimento em conflito do tipo não crime	25	33	19
Nunca esteve envolvido em conflito	56	51	61

Pela *tabela 2*, é possível verificar que a representação dos conflitos é diferente nos distritos pesquisados. Em Itaim Paulista, segundo declaração dos entrevistados, há menor envolvimento em conflitos em comparação com o distrito de São Luís. Neste último, nota-se que não apenas há maior incidência de conflitos, como dentre esses os criminais são mais expressivos, chegando a atingir 32% da população investigada, para o período de cinco anos.

A *tabela 3* deixa perceber a diferença de envolvimento em conflitos da população branca em relação à negra (pardos e pretos). Essa observação demonstra logicamente que as políticas públicas devem considerar a necessidade de atendimento diferenciado às demandas conforme a diversidade da população. Da mesma forma, em relação à participação das mulheres (*tabela 4*), embora em menor quantidade no conjunto dos conflitos, é proporcionalmente maior quando se olha apenas os conflitos criminais. As populações negra e feminina são mais vulneráveis aos riscos de violência.

Tabela 5 – Relato de envolvimento em conflito por idade

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003

Em porcentagem

Envolvimento em conflitos	IDADE						
	TOTAL	16 a 24 anos	25 a 34 anos	35 a 44 anos	45 anos ou mais	45 a 59 anos	60 anos ou mais
Esteve envolvido em algumtipo de conflito	44	40	48	47	40	47	23
Envolvimento em conflito do tipo crime	29	26	39	30	22	26	14
Envolvimento em conflito do tipo não crime	25	25	28	25	23	28	13
Nunca esteve envolvido em conflito	56	60	52	53	60	53	77

Com relação à distribuição etária, constata-se que o menor envolvimento em conflitos corresponde à população mais idosa (*60 anos ou mais*) e mais jovem (*16 a 24 anos*). Os que mais declaram envolvimento em conflitos são os de *25 a 34 anos*, sendo entre eles também que se verifica o maior relato de envolvimento em conflitos criminais (*tabela 5*).

Tabela 6 – Relato de envolvimento em conflito por escolaridade

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003

Em porcentagem

Envolvimento em conflito	ESCOLARIDADE				
	TOTAL	Analfabeto	Fundamental	Médio	Superior
Esteve envolvido em algum tipo de conflito	44	29	43	41	74
Envolvimento em conflito do tipo CRIME	29	15	28	31	44

Continuação da **Tabela 6**

Envolvimento em conflito do tipo NÃO CRIME	25	14	27	21	48
Nunca esteve envolvido em conflito	56	71	57	59	26

A tabela acima (*6*) apresenta a distribuição do relato de envolvimento em conflito segundo a *escolaridade*. 74% dos entrevistados com curso superior declararam ter vivido, nos últimos cinco anos, alguma situação conflituosa, entre as quais observa-se uma discreta predominância de conflitos do tipo *não crime*. Inversamente, apenas 29% dos analfabetos confirmaram o envolvimento em conflitos, distribuídos quase que eqüitativamente entre crimes e não crimes. Levantou-se a hipótese de que os mais escolarizados sejam portadores de maior percepção dos direitos, portanto, de sua violação.

Tabela 7 – Relato de envolvimento em conflito por lugar onde foi criado
Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003
Em porcentagem

Envolvimento em conflitos	LUGAR ONDE FOI CRIADO			
	TOTAL	Na cidade	No campo	Parte campo/ parte cidade
Esteve envolvido em algum tipo de conflito	44	47	36	37
Envolvimento em conflito do tipo crime	29	31	27	21
Envolvimento em conflito do tipo não crime	25	29	16	23
Nunca esteve envolvido em conflito	56	53	64	63

O registro acima poderia contribuir para o conhecimento das relações entre migração e o acesso à justiça e à segurança.

Observe-se que quanto mais particularidades se puder apreender sobre a população a ser atendida, mais precisa pode ser a atuação estatal no sentido de reduzir as distâncias simbólicas entre as autoridades e os cidadãos, como também no sentido de corresponder às expectativas sobre os serviços públicos.

Tabela 8 – Relato de envolvimento em conflito por ocupação
Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003
Em porcentagem

Envolvimento em confli	OCUPAÇÃO								
	TOTAL	PEA	Mercado formal	Mercado informal	Desempregado	NÃO PEA	Dona de casa	Aposentado	Estudante
Esteve envolvido em algum tipo de conflito	44	50	48	58	45	31	35	21	24
Envolvimento em conflito do tipo crime	29	32	31	37	30	23	29	18	11
Envolvimento em conflito do tipo não crime	25	32	30	38	29	12	10	7	17
Nunca esteve envolvido em conflito	56	50	52	42	55	69	65	79	76

Tabela 9 – Relato de envolvimento em conflito por renda familiar mensal
Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003
Em porcentagem

Tipos de conflitos	RENDA FAMILIAR MENSAL Em salários mínimos							
	TOTAL	Até 1	+ de 1 a 2	+ de 2 a 3	+ de 3 a 4	+ de 4 a 5	+ de 5 a 10	+ de 10
Esteve envolvido em algum tipo de conflito	44	29	41	42	49	50	44	67
Envolvimento em conflito do tipo crime	29	26	27	30	32	41	23	36
Envolvimento em conflito do tipo não crime	25	15	25	21	28	28	34	48
Nunca esteve envolvido em conflito	56	71	59	58	51	50	56	33

A distribuição da *tabela 9* registra um maior envolvimento em conflitos – 67% – do segmento da população com maior renda familiar (mais de 10 salários mínimos), com predominância em conflitos do tipo *não crime*. Pode-se verificar também que, conquanto o segmento que conte apenas com um salário tenha declarado menor envolvimento em conflitos – 29%, é significativo o relato sobre crimes. Assim, ocorre uma semelhança com o que foi observado em relação à escolaridade: se o maior acesso à renda familiar pode estar associado com a maior consciência dos direitos.

6. Considerações finais

A leitura dos dados registrados pela estatística oficial de crimes reporta à antiga discussão oitocentista da separação entre sujeito e objeto. É como se o mito

da neutralidade científica, reproduzido ao longo do século XX pelo pensamento conservador, estivesse sendo reatualizado nos organismos de um sistema de justiça que se coloca a tarefa de diminuir a conflituosidade e restaurar a paz.

A representação da realidade dos conflitos que se obtém quando se toma as estatísticas oficiais nada revela sobre a realidade social produtora do conflito e do delito. Centrada na realidade criminal, reduzida à tipificação das condutas, informa tão somente os crimes relatados, reproduzindo o limitado modelo do Direito Penal, fundado nos princípios da seletividade e da fragmentação.

O levantamento empírico a partir dos boletins de ocorrência policial subsidia o aparato penal onde o crime é tomado tão-somente como um ato culpável, passível de pena. Se é verdade que a intervenção penal significa a interrupção das causas de justificação, ela nunca poderia ser a fonte privilegiada da política pública, cujo objetivo é justamente intervir sobre as causas da violência.

Daí a base nacional de estatísticas criminais refletir a a-historicidade do modelo que a gerou. Não pode, nunca poderá, orientar uma política social voltada para a prevenção da violência e, por conseqüência, comprometida com mudanças substanciais na sociedade.

Quais estratégias devem ser adotadas se a base nacional de estatísticas criminais carece de dados decorrentes de investigações empíricas cujas informações não sejam mediadas por papéis oficiais, mas fornecidas por seres vivos – homens e mulheres de diferentes faixas etárias; mais ou menos escolarizados; migrantes e não-migrantes; empregados, desempregados; aposentados etc. conforme foi apresentado – que vivem um cotidiano marcado pelo não acesso à justiça e à segurança?

Fontes e bibliografia

Fontes

Sposati, Aldaíza (coord.) *Mapa da exclusão/inclusão social na cidade de São Paulo.* São Paulo: Educ, 1996.

Sposati, Aldaíza; Koga, Dirce (coords.) *Cartografia exclusão/inclusão social das crianças e adolescentes na cidade de São Paulo.* São Paulo: Puc, 1996.

Secretaria da Segurança Pública – SSP/Delegacia Geral de Polícia – DGP/Departamento de Administração e Planejamento – DAP/ Núcleo de Análise de Dados

Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE

FSEADE/FAPESP *Sistema de Informações Criminais para o Estado de São Paulo.* 2002. Resultados preliminares. Mimeo.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada. *Sociedade e Estado*, vol. 10, nº 22, p. 299-342, 1995.

ADORNO, Sérgio e col. *Continuidade autoritária e construção da democracia.* Relatório Final. Volume 5. São Paulo, USP/NEV, fev 1999.

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

BECKER, Howard. *Outsiders: études de sociologie de la deviance.* Paris: AM. Metailie, 1985.

CASTILHO, Ela Wiecko V. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional.* Lei nº 7.492 de 16/6/86. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

CALDEIRA, Teresa P. R. *Cidade de muros.* Crime, segregação e violência em São Paulo. São Paulo: Edusp, 2000.

CEBEPEJ. *O perfil dos réus nos delitos contra o patrimônio.* São Paulo: Malheiros, 2001.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental.* Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia.* O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata.* 3.ed. São Paulo: Kairós, 1983.

GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*: a Study in Social Theory. Oxford: Clarendon, 1995.

GOFFMAN, Erwin. *Estigma.* Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____, Erwin. *Manicômios, prisões e conventos.* 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo, PIETROCOLLA, Luci Gati e SINHORETTO, Jacqueline. *Justiça e segurança na periferia de São Paulo:* os Centros de Integração da Cidadania. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM, 2003.

ISIQUE, Cláudia. O mapa da exclusão. In: *Pesquisa FAPESP.* (83): 14-20. São Paulo: FAPESP, jan. 2003.

LIMA, Renato Sérgio. Acesso à Justiça e reinvenção do espaço público: saídas possíveis de pacificação social. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, 11(3): jul-set, 86-91, 1997.

SANTOS, et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas.* O caso português. Porto: Centro de Estudos Sociais/Centro de Estudos Jurídicos/Ed. Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice.* O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

_____, Os fascismos sociais. In: *Folha de S. Paulo.* (Tendências e Debates). 06 de set.1998, p. 3.

SANTOS, José Vicente T. dos. (org.) *Violência em tempo de globalização.* São Paulo: Hucitec, 1999.

SINHORETTO, Jacqueline. *Os justiçadores e sua justiça*. Linchamentos, costume e conflito. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

SUTHERLAND, Edwin. *Is "white-collar crime" crime?. American Sociological Review*, New York, v. 10, p. 132-139, 1945.

_____, Edwin. *White-collar criminality. American Sociological Review*, New York, v. 5, p. 1-12, 1940.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000

ZALUAR, Alba. Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 12 (35): 29-47, out. 1997.

A atuação da sociedade civil no apoio a egressos do sistema penitenciário

Ligia Mori Madeira

Bacharel em Direito/PUCRS; Bacharel em Ciências Sociais/UFRGS. Mestre e Doutoranda em Sociologia/ UFRGS. Professora da Faculdade de Direito da PUCRS. Professora da Faculdade de Direito da UNISINOS.

Sumário: 1. Introdução: 1.1 O problema do egresso do sistema penitenciário, frente à Lei de Execuções Penais no Brasil – 2. Socialização e ressocialização: contributos teóricos sociológicos para pensar o problema dos egressos do sistema penitenciário – 3. A fundação de apoio ao egresso do sistema penitenciário – FAESP – 4. Egressos do sistema penitenciário apoiados pela fundação: um perfil – 5. Egressos em entrevista: trajetórias de vida pré e pós-prisionais: 5.1 Trajetória familiar; 5.2 Trajetória educacional; 5.3 Trajetória profissional; 5.4 Trajetória criminal; 5.5 Lazer; 5.6 Religião – 6. A FAESP na visão dos egressos do sistema penitenciário apoiados: 6.1 A ressocialização e a reinserção social da perspectiva dos egressos – 7. Conclusões – 8. Referências.

Resumo: O tema desse artigo é o apoio a ex-presidiários, a partir da atuação da Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário – FAESP, criada em 1997, em Porto Alegre-RS. Considerando-se a falência do sistema prisional e o não cumprimento da Lei de Execuções Penais – LEP, buscamos investigar o papel da FAESP como instituição encarregada da ressocialização e reintegração social de egressos, analisando quais as características da Instituição, concepções e resultados; qual o perfil e a trajetória dos egressos apoiados; e se houve, e de que tipo, um processo de ressocialização e reintegração social desses egressos.

Palavras-chave: Egressos do sistema penitenciário – Reinserção social – Ressocialização – Sociedade civil – Trabalho.

1. Introdução

Nesse artigo buscamos discutir a ressocialização de egressos do sistema penitenciário a partir da atuação da sociedade civil, inserida em um contexto de estudos sobre criminalidade e violência que tem tido cada vez maior abrangência na Sociologia e em suas áreas afins.

Nossa pesquisa teve como objeto de estudo a experiência de uma Fundação voltada especificamente à ressocialização e reintegração social de ex-presidiários à sociedade: a Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário – FAESP, criada em 1997, em Porto Alegre. Para tanto, investigamos os egressos do sistema carcerário, considerando sua trajetória e suas condições de ressocialização e reintegração, tomando como objeto de análise pessoas que já estavam fora da prisão, em liberdade total ou em livramento condicional.

1.1 O problema do egresso do sistema penitenciário, frente à Lei de Execuções Penais no Brasil

Desde 1984, com a reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, promulgou-se a Lei de Execuções Penais – LEP, Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, que normatiza a execução de penas instituídas via decisão judicial. Nesta lei está positivado que o apenado terá direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Explicita o art. 10 desta lei que "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade".

A lei, garantindo uma série de assistências aos presos, amplia o rol dos beneficiados, incluindo nele os egressos do sistema penitenciário, ou seja, aquelas

pessoas que já cumpriram sua pena, saíram das prisões, mas que estão sob a tutela do Estado. Tal extensão dos benefícios é assegurada pelo art. 10, par. ún. da LEP (BRASIL. Lei 7.210, art. 10), no qual está expresso que "a assistência estende-se ao egresso".

"Art. 25. A assistência ao preso consiste:

I – na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II – na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção do emprego.

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I – o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II – o liberado *condicional, durante o período de prova*".

Quanto ao trabalho, a LEP caracteriza-o como "dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva". No que se refere à assistência educacional, de acordo com o Art. 17 da LEP, esta "compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado", estatuindo a obrigatoriedade do ensino fundamental no sistema penitenciário.

Contudo, verifica-se na realidade a ineficácia social da LEP, no que diz respeito ao trabalho prisional, como vêm demonstrando os indicadores oficiais no estado do Rio Grande do Sul, que estimam ser de 45% o índice de trabalho prisional (Assembléia Legislativa, 2002, p. 523). Além disso, os dados acerca da escolarização nos presídios não são consagrados em informações oficiais da Susepe,[1] nem constam nos processos de execução criminal, do que se depreende serem menos abrangentes que os índices de trabalho prisional.

1. Superintendência dos Serviços Penitenciários, RS.

Há um grande número de estudos que vêm se dedicando em demonstrar as mazelas do sistema carcerário brasileiro (Adorno, 1991c, 1991d, 1994, 2002a, 2002b; Lemgruber, 1996; Karam, 1995; Zaluar, 1994; Pinheiro, 2000; Rodley, 2000, Bolívar O., 2000).

Esses estudos explicitam como se constroem as carreiras criminais, a partir da entrada em estabelecimentos penais. Nessa gama de pesquisas, os autores demonstram ser a prisão um duplo erro econômico, na medida em que não reprime a criminalidade e tem um alto custo econômico para o país. Quanto às conseqüências individuais da prisão, quando da saída dos criminosos, verifica-se haver um círculo vicioso, pois além de não conter a criminalidade, o sistema carcerário ainda pode ser considerado uma "pós-graduação" para o crime.

Fruto da falência da pena de prisão como instrumento de ressocialização e reintegração social e do descumprimento da Lei de Execuções Penais, verifica-se, também, o problema da reincidência criminal – objeto de pesquisa realizada por Adorno no estado de São Paulo (Adorno, 1989, 1991a) –, cujo impacto negativo no tocante ao aumento dos índices de criminalidade é aterrorizante, se constatarmos que de um total de 19.801 presos no Rio Grande do Sul, tem-se, atualmente, um índice estimado de reincidência de cerca de 70% (Assembléia Legislativa, 2002, p. 523).[2] Tal dado demonstra que, ao contrário do que defende a legislação, as penas só têm caráter retributivo ao crime cometido, ou seja, o sistema judiciário-criminal encarrega-se de tirar o criminoso do convívio social por determinado período de tempo, fazendo com que pague com a reclusão o fato que cometeu; mas, ao sair, o sistema não lhe dá condições de retornar à sociedade como cidadão apto a reintegrar-se, e isto acaba transparecendo nestes índices alarmantes de reincidência.

2. Índice também revelado pelo Superintendente da Susepe em reportagem veiculada na Zero Hora do dia 31.02.2004; bem como em palestra realizada por ele no 2.º Congresso Interdisciplinar de Ciência Penitenciária na UCPEL, Pelotas, em 2003.

Tendo em vista os problemas advindos da não ressocialização dentro do sistema carcerário, foi criada, no contexto da Campanha da Fraternidade de 1997, uma fundação voltada à ressocialização e reintegração social de egressos do sistema penitenciário, a partir de um processo pós-prisional. A FAESP surgiu, pois, como forma de diminuir os custos sociais advindos da falência da pena de prisão no estado do Rio Grande do Sul.

Considerando-se a falência do sistema prisional e o não cumprimento da Lei de Execuções Penais, buscou-se verificar o papel da FAESP como instituição encarregada da ressocialização e reintegração social de ex-presidiários, investigando as características da Instituição; o perfil e as trajetórias de vida pré e pós-prisionais dos egressos apoiados; e a efetividade de seus processos de ressocialização e reintegração social.

2. Socialização e ressocialização: contributos teóricos sociológicos para pensar o problema dos egressos do sistema penitenciário

Para possibilitar uma análise teórica da temática em questão, adotamos como referencial as conceituações sociológicas de socialização e ressocialização.

A discussão sobre socialização, nessa pesquisa, justifica-se, na medida em que, apesar das diferentes abordagens teóricas, os pesquisadores, de uma maneira geral, concordam com o fato de que há, hoje, uma crise nas instituições de controle social, como a escola e a família, instituições que tinham como função básica a socialização dos indivíduos (Santos, 2001, 2002a, 2002b). Com a falência nessas instituições, acaba por ser obtida uma cultura da violência, como forma de sociabilidade, sendo necessário, então, todo um processo de ressocialização que os retire a possibilidade de resolução de conflitos, de aquisição de bens materiais e de obtenção de prestígio social, via violência.

Outra concepção fundamental para a pesquisa foi a de ressocialização, especialmente, daqueles egressos do sistema penitenciário que precisavam superar essa cultura da violência para reinserirem-se socialmente.

Na reflexão teórica exploramos três aspectos que caracterizam a questão da sociabilidade: a socialização nos clássicos, trabalhando com as teorias de Durkheim (2003), Piaget (1968, 1977) e Simmel (Berger, 1973); os conceitos de socialização e ressocialização nos autores contemporâneos, utilizando as teorias de Berger e Luckmann (2002), Giddens (1989, 2001, 1998, 1994) e Bourdieu (1990, 1997, 1991, 1980); bem como, a crítica à noção de ressocialização no sistema penitenciário, utilizando da teoria foucaultiana sobre prisões (Foucault, 1999, 1996, 2003), pela ótica das ciências sociais; e a contribuição de alguns teóricos da criminologia que trataram do tema, como Baratta (1999) e Young (2002).

3. A fundação de apoio ao egresso do sistema penitenciário – FAESP

A preocupação com o egresso do sistema carcerário no Rio Grande do Sul surge, em 1997, inserida na Campanha da Fraternidade, que naquele ano teve como tema *A Fraternidade e os Encarcerados,* e como lema "Cristo liberta de todas as prisões", levantando a questão do abandono do preso e o estigma do ex-presidiário e de sua família. Nesse contexto foi criada a Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário – FAESP, sendo a única Instituição do terceiro setor voltada a essa temática no estado do Rio Grande do Sul.

Assim, a partir de esforços de onze[3] entidades, dez delas católicas, através de uma série de reuniões na sede do Tribunal de Justiça do RS, visando a

3. Serviço Interconfessional do Aconselhamento/ SICA, Conselho Municipal de Entorpecente/ COMEN, Renovação Cristã do Brasil/ RCB, Comissão de Justiça e Paz – Regional Sul 03/ CSP – CNBB, Sociedade Beneficente Bom Pastor/ SBBP, Movimento Familiar Cristão/ MFC, Associação Fraternal de Recuperação/ AFRUCTO, Universal "Comunidade Terapêutica Oásis", Legião de Maria/ LM, Pastoral Carcerária/ PCA e Secretariado de Ação Social da Arquidiocese de Porto Alegre.

abranger o problema do apenado, culminou-se com a criação da FAESP, em 23 de junho de 1997.

Quanto ao desenvolvimento das atividades da Fundação, a Casa do Egresso é um de seus maiores pilares, uma vez que é onde o egresso é recebido, entrevistado e encaminhado para as possíveis vagas de trabalho.

Quanto à estrutura da Fundação, ela é composta por cerca de 60 pessoas que congregam a diretoria e o exercício das atividades de atendimento aos egressos, como o plantão de atendimento, os encaminhamentos, e os acompanhamentos aos grupos.

Entre os objetivos da Fundação estão o apoio ao egresso com relação ao trabalho, educação, saúde e ajuda material. Quanto ao trabalho, há um encaminhamento do egresso para vagas pelo Projeto Vida Nova, através do convênio firmado entre FAESP e Detran, e na Cooperativa Laborsul, criada com a meta de reunir egressos do sistema penitenciário em liberdade condicional e total e servir de ambiente para a intermediação do trabalho.

No que se refere à educação, a Fundação oferece cursos profissionalizantes, seja de reciclagem ou de iniciação, assim como cursos de educação formal, como alfabetização ou ensino básico.

Já no que se refere ao apoio à saúde, a FAESP encaminha o egresso à rede pública de saúde.

No tocante à operacionalização das atividades desenvolvidas pela Fundação, esta se mantém a partir de doações e do trabalho voluntário.

O egresso toma conhecimento da Fundação a partir da indicação da Vara de Execuções Criminais, da Pastoral Carcerária ou através dos meios de comunicação. A Fundação, até o término da pesquisa de campo, havia atendido 302 egressos novos, sendo que, incluindo-se os retornos, a população de egressos atendida subia para cerca de 500 pessoas.

Quanto ao funcionamento da Entidade, há um plantão de atendimento, responsável pela acolhida do egresso, pela realização de entrevistas e

cadastramento. Posteriormente, há o encaminhamento do egresso aos setores e locais de confecção de documentos, consultas médicas, ou vagas de trabalho; e por fim, há o apoio material, que ajuda no custeio de documentos, distribuição de cestas básicas, fornecimento de vales-transporte, roupas e calçados.

Como um dos principais objetivos da Fundação no apoio aos egressos é a inserção social através do trabalho, criaram-se projetos com o intuito de fazer com que esse egresso tenha uma experiência profissional.

Assim, há duas possibilidades de inserção profissional de egressos através da FAESP: o Projeto Vida Nova, criado através de um convênio com o Detran; e a Cooperativa Laborsul, criada e instaurada na sede da FAESP, com o objetivo de também proporcionar trabalho aos egressos.

O convênio FAESP-DETRAN, intitulado Projeto Vida Nova, visa a dar emprego temporário a egressos. Ele foi firmado em 2002, com a abertura de cerca de 20 vagas para ex-presidiários em livramento condicional, sendo que até o momento já passaram por ele cerca de 50 egressos, contabilizando um índice de aproximadamente 17% do total de egressos que procurou a Fundação. A idéia da abrangência em prover trabalho a egressos em livramento condicional veio da expansão de um PAC (Programa de Acompanhamento Carcerário, Susepe-RS) já firmado entre a Susepe e o DETRAN, para presos dos regimes semi-aberto e aberto.

O convênio FAESP-DETRAN – Projeto Vida nova – permite que egressos trabalhem no departamento por seis meses, em diversos setores da Entidade, podendo, dependendo de avaliação, ser expandido por mais seis meses. O Projeto abrange, no máximo, um ano de trabalho e, após esse período, o egresso é totalmente desligado.

Quanto à Laborsul, sua criação deveu-se, segundo seu diretor, à necessidade de a FAESP criar vagas de trabalho a egressos, pela dificuldade destes angariarem-nas fora da Instituição.

A Laborsul surgiu amparada pela Lei das Cooperativas Sociais (Brasil, Lei 9.867, de 10 de novembro de 1999), que visa à reinserção social de cidadãos

em desvantagem no mercado de trabalho, inserindo nesta categoria os ex-presidiários.

Atualmente, ela trabalha em convênio com uma metalúrgica, que faz as contratações de egressos a partir da exigência da demanda. Quando o convênio foi firmado, trabalhavam na Laborsul cerca de oito egressos, contudo, com a emergência de algumas crises econômicas, o número de egressos diminuiu para cerca de três.

Diante da demonstração da estrutura e do funcionamento da Entidade, verificamos que, apesar de seus amplos objetivos, na prática, a Fundação atua com base em três eixos fundamentais: o plantão de atendimento, com o cadastro dos egressos que a buscam; o fornecimento de cestas básicas e distribuição de vales-transporte; e, por fim, encaminhamentos. Esses, à rede pública de saúde; a cursos profissionalizantes – fornecidos em pequena escala; e à vagas de emprego – que abrangem ainda pequeno percentual (cerca de 20%) dos egressos que buscam a Fundação, via Laborsul e Projeto Vida Nova.

Como forma de avaliação da atuação da FAESP, buscamos saber quais as visões de sua diretoria, de seus voluntários, funcionários e parceiros, quanto à atuação da Entidade. Além disso, buscamos identificar qual a concepção de ressocialização da FAESP, a fim de atingir o seu público-alvo: os ex-presidiários. Tendo em vista a investigação acerca da atuação da FAESP, com vista ao apoio dos ex-presidiários, realizamos uma série de entrevistas com informantes-chave da Fundação e de seus parceiros.

A partir da demonstração das impressões das pessoas atreladas à FAESP, podemos constatar as seguintes conclusões: todos vêem no trabalho a principal expectativa dos egressos, quando procuram a Fundação; todavia, este é, justamente o maior problema salientado por essas pessoas, além da falta de recursos financeiros, e da necessidade de profissionalização de setores-chave da Entidade.

Quanto às avaliações positivas, o grupo da FAESP crê nos propósitos da Fundação; acredita na necessidade de atuação via formação de redes;

mas julga ser necessário maiores resultados e maior acompanhamento de seus egressos.

No que se refere à concepção de ressocialização da Entidade, podemos interpretá-la à luz da teoria giddensiana, uma vez que os egressos devem, na visão da FAESP, "querer", antes de mais nada, reintegrar-se socialmente, para só depois a FAESP começar a atuar. Partindo dessa mesma discussão teórica, tendo em conta as agências socializadoras de Giddens, responsáveis pela socialização dos indivíduos, podemos considerar a FAESP como uma agência ressocializadora, encarregada da responsabilização dos egressos de sua necessidade ressocializadora.

Além disso, constatamos que a Fundação busca oferecer elementos para esse processo ressocializador, contudo, como veremos, as expectativas dos egressos passam muito mais por obter trabalho e renda, do que por estar dispendendo tempo em terapias e reuniões de grupo, voltadas à "conscientizações".

4. Egressos do sistema penitenciário apoiados pela fundação: um perfil

A fim de descobrirmos que tipo de egresso do sistema penitenciário procura a FAESP, optamos por fazer uma pesquisa quantitativa com amostragem de cerca de 50% do universo de egressos nela cadastrados. Para tanto, coletamos dados nos prontuários de atendimento desses egressos, nos quais constavam informações sobre a constituição familiar, dados sócio-profissionais e de cidadania. A segunda fase, foi realizada a partir da coleta de dados nos processos de execução criminal de cerca de 35% dos egressos da Fundação – o índice percentual de processos de execução analisados do universo amostral foi de 72% –, a fim de obtermos dados sobre crimes cometidos, *quantum* das penas, regimes, presídios freqüentados, se foram trabalhadores prisionais, e quais as atividades desenvolvidas, bem como informações extras, contidas nessa rica fonte de pesquisa, que são os processos judiciais.

Como até o momento de término da pesquisa empírica a FAESP contava com o atendimento de mais de 300 egressos, a pesquisa baseou-se num universo de 146 casos,[4] com o objetivo de, através de uma série de indicadores, investigar o perfil do egresso apoiado pela Fundação.

Com base nesse levantamento realizado, podemos tecer alguns comentários: os egressos que procuram a FAESP são, em sua maioria, da Região Metropolitana de Porto Alegre; de idades médias; com supremacia de brancos; e religião católica.

Quanto à trajetória profissional, revelaram-se trabalhadores antes da condenação, mas de profissões desqualificadas. Por outro lado, não eram estudantes quando foram presos – o que, provavelmente, explica-se pela necessidade de entrada cedo no mercado de trabalho -, apesar de terem escolaridades médias.

No que tange à trajetória criminal, são egressos que cometeram crimes contra o patrimônio; com penas médias, em regimes fechado e semi-aberto.

Como fator determinante para a comprovação da hipótese inicial dessa pesquisa, de que o perfil dos egressos que procuram a FAESP difere da massa carcerária no RS, está o índice de presos-trabalhadores obtidos nessa pesquisa, de 58,3%, índice significativamente maior do que o verificado em todo o estado, que é de 45%.

Quanto a sua situação, esses egressos chegaram à FAESP através do Poder Judiciário; moram em casa própria, com suas famílias; e estão, no momento, desempregados, ou fazendo biscates, apesar de quase metade deles ainda estar em livramento condicional, e necessitar comprovar trabalho à VEPMA (Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre – RS). Além disso, são egressos não reincidentes.

4. Cerceamos a amostra nesse número de casos, pois este era o universo de egressos apoiados pela Fundação no início da coleta de dados.

5. Egressos em entrevista: trajetórias de vida pré e pós-prisionais

Partindo das trajetórias de vida pré e pós-prisionais dos egressos da pesquisa, investigamos acerca de um possível processo de ressocialização. A fim de elucidarmos melhor a trajetória dos egressos apoiados pela FAESP, realizamos uma série de entrevistas com egressos do sistema penitenciário que receberam algum tipo de apoio da FAESP. Ao todo, fizemos quatorze entrevistas semi-estruturadas, trabalhando com a técnica da história de vida e da análise de trajetória, não cerceando o discurso dos atores. Dentre as categorias de análise, trajetórias familiar, educacional, profissional e criminal, bem como religião e lazer, foram as contempladas. A escolha dos entrevistados foi realizada a partir de uma distribuição quantitativa de categorias como sexo, religião e tipo de crime que motivou a condenação, a qual resultou na tabela abaixo. Contudo, devido à dificuldade de localização dos egressos, tal amostragem não foi fielmente mantida, selecionando-se os casos, diante de tal distribuição, de forma aleatória.

Tabela 1
Distribuição do universo de egressos quanto aos crimes cometidos, sexo, cor e religião

	Homem	Mulher	Branco	Negro	Sem cor definida	Católica	Evangélica	Espírita	Umbanda	Sem religião definida	TOTAL
TOTAL	97	8	65	34	7	75	8	6	5	10	105
Liberdade sexual	9	0	4	5	0	7	1	0	0	1	9
Patrimônio	57	4	37	22	3	44	6	4	3	3	61
Homicídio	7	2	6	3	0	4	1	1	1	2	9
Tóxico	12	2	10	2	4	13	0	0	0	3	16
Lesões corporais	3	0	2	1	0	2	0	0	0	1	3

Continuação da **Tabela 8**

Falsidade ideológica	1	0	1	0	0	0	0	1	0	0	1
Mais de um crime cometido	6	0	5	1	0	5	0	0	1	0	6

Partindo desses quatorze egressos entrevistados, podemos descrevê-los, segundo suas características básicas. Assim, foram entrevistados doze homens e duas mulheres, o que, de certa forma, condiz com a representatividade real de homens e mulheres egressos apoiados pela Instituição (dado trazido anteriormente, quando da descrição geral do perfil dos ex-presidiários atendidos pela Fundação). Destes doze egressos, sete eram brancos, sendo três deles condenados por crimes contra o patrimônio; dois condenados por crimes contra a pessoa – particularmente homicídio –; um deles condenado por tráfico de entorpecentes; e o outro por crimes contra a pessoa e contra o patrimônio. Quanto aos negros, que totalizaram cinco egressos entrevistados, três foram condenados por crime contra o patrimônio; um pelo crime de homicídio; e o outro por crimes contra o patrimônio e contra a vida. No que se refere às mulheres, uma delas, de cor branca, foi condenada pelo crime de homicídio e a outra, de cor negra, por crime contra o patrimônio.

Tabela 2

Espécies de crimes cometidos, motivadores de condenação, dos egressos entrevistados pela pesquisa, distribuídos por sexo e cor

	HOMENS		MULHERES		
	brancos	negros	brancas	negras	TOTAL
TOTAL	7	5	1	1	14
Crime contra o patrimônio	3	3	1	1	8
Crime contra a vida	2	1	-	-	3
Tráfico de entorpecentes	1	-	-	-	1
Crimes contra a vida e contra o patrimônio	1	1	-	-	2

5.1 Trajetória familiar

Embora haja toda uma teorização da criminologia atual voltada a desconstruir a importância da família na caracterização do fenômeno da criminalidade, optamos por incluir a categoria trajetória familiar na análise, pois, só assim, seria possível trabalhar com a técnica de análise de trajetória. Assim, não se almejou buscar explicações para a entrada no mundo do crime a partir da constituição familiar, mas sim, tentar verificar, numa concepção bourdiana, qual os níveis de capital social e cultural constituintes do *habitus* desses egressos, que serão importantes para a construção de suas trajetórias. Apesar desse cuidado, veremos, mais tarde, que os egressos consideram sua trajetória familiar, muitas vezes, explicativa de sua relação com o crime.

Da análise geral sobre a trajetória familiar podemos concluir que os egressos tiveram trajetórias familiares constituídas por núcleos incompletos, ou completos por curtos períodos de tempo; não há regularidade no número de irmãos; os pais caracterizam-se por trajetórias de trabalho semi ou desqualificadas.

Fazendo uma análise linear da trajetória familiar desses egressos e de seu capital econômico, através das ocupações de suas mães, e posteriormente de suas esposas e companheiras, percebemos a reprodução de seu *habitus*, a partir da transmissão de um capital econômico baixo.

Utilizando-se da conceituação de capital social de Bourdieu (1999), trabalhado por Barbosa (2001), para quem ele expressa o tempo e a atenção que os pais têm ou usam na interação com os filhos, monitorando suas atividades, promovendo seu bem-estar e o seu desempenho escolar, verificamos que tais egressos tiveram níveis variados de capital social, uma vez que não houve regularidade no tempo dispendido com os egressos, por suas famílias.

Na pesquisa de Barbosa (2001, p. 4), ela utiliza-se de indicadores para a verificação do capital social das famílias: processo de formação e dissolução das famílias (relativo à estabilidade da relação dos pais e à presença de adultos no

lar); e o comportamento reprodutivo (medido pelo tamanho da família ou pelo número de irmãos), os quais se consubstanciariam nas quantidades de tempo dos adultos com disponibilidade para dar atenção aos membros mais jovens da casa, todos esses caracterizando-se como recursos de que dispõem os pais no processo de socialização dos filhos.

Utilizando esses mesmos indicadores, podemos obter o capital social de ressocialização dos egressos, a partir do tempo disponibilizado por suas famílias a eles na infância, bem como pensar em um nível de capital social dos egressos, a partir da disponibilidade de tempo dispendida enquanto presos.

Não obstante a transmissão de um baixo nível de capital social na infância, as famílias demonstram ter disponibilizado um certo período de tempo em visitas aos egressos, quando esses estiveram presos, o que pode indicar, utilizando-se do referencial teórico de capital social de Bourdieu, como níveis médios, em oposição ao capital social baixo, transmitido aos egressos, na socialização infantil.

5.2 Trajetória educacional

Nesse subcapítulo analisamos a constituição da trajetória educacional dos egressos apoiados pela FAESP, a fim de demonstrarmos as escolaridades antes de presos, as atividades de ensino nos presídios, as escolaridades obtidas após a saída das prisões, e as atividades de ensino desenvolvidas atualmente.

Tendo em conta as trajetórias educacionais dos egressos apoiados pela FAESP, constatamos um ganho de capital cultural, desde a sua infância, até após a saída da prisão, se comparados os níveis de escolaridade e os anos de estudo desenvolvidos por esses egressos.

Assim, da maioria dos egressos que entraram nos presídios com escolaridades de 5.ª e 6.ª séries, mais da metade deles têm, hoje, escolaridades de 8.ª série ou mais.

Quanto à sua trajetória escolar na infância e adolescência, percebemos aquilo que Adorno (1991b) caracteriza de socialização incompleta, a partir da chamada expulsão da escola dos jovens das classes populares, com vista à sua entrada no mercado de trabalho, seja lícito ou ilícito.

Quanto ao estudo nos presídios, encontramos um alto percentual de estudantes, o que, não pôde ser contraposto ao índice geral de presos no RS, dada a inexistência de tal percentual; nem ao índice geral de egressos apoiados pela FAESP que estudaram, pois tal informação não constava em seus processos de execução.

Diante do exposto, percebemos que, não obstante o baixo nível de capital social transmitido aos egressos na infância, o que se revelou em níveis também baixos de capital cultural; na prisão, esses egressos conseguiram elevar seus níveis de capital cultural, haja vista as elevações nas escolaridades que obtiveram.

Nesse caso, uma categoria utilizada para a verificação do nível de capital cultural atual dos egressos foi o domínio menor ou maior da língua culta, verificado a partir das citações das entrevistas (Nogueira; Nogueira, 2002, p. 21).

5.3 Trajetória profissional

O subcapítulo a seguir tratou da trajetória profissional, englobando a análise de suas experiências laborativas quando jovens; anteriores à prisão; enquanto presos; depois de obter a liberdade; e atualmente, dos 14 egressos apoiados pela FAESP entrevistados.

O que verificamos, pois, como conclusão acerca da trajetória profissional dos egressos é um percurso constituído pelo trabalho, apesar desse, na maioria das vezes, ser caracterizado pela informalidade e por atividades precárias.

Tal trajetória de trabalhador, perpetua-se dentro do sistema prisional, com um alto índice de egressos realizando trabalhos, esses típicos de presos. Apesar do tipo de atividade, os egressos consideram-na de suma importância para o seu posterior retorno e reintegração ao convívio social.

Percorrendo sua trajetória, os egressos caracterizam-se pela inserção profissional posterior ao cumprimento da pena, muito devido à atuação da FAESP, que foi responsável por conseguir experiências de trabalho para mais de 70% dos egressos entrevistados.

O trabalho aparece, pois, na visão desses egressos, como a categoria-chave de ressocialização, como veremos mais adiante, no capítulo referente a sua análise, apesar de saberem da dificuldade em obtê-lo, pelo problema da estigmatização.

A partir da demonstração da trajetória profissional desses egressos, caracterizada por uma socialização no mundo do trabalho, mas utilizando-se do conceito de socialização secundária de Berger e Luckman, constatamos uma socialização num mundo do trabalho de ocupações desqualificadas, fruto de uma socialização primária baseada em um referencial de classe baixo.

Tendo em vista uma explicação baseada em Bourdieu, verificamos um *habitus* tendente a reproduzir a trajetória de trabalho de seus pais, a partir da categoria de subproletários (Bourdieu, 2001).

Além disso, tendo em conta a construção teórica de Zigmunt Bauman (1998), acerca das dicotomias existentes entre o mundo moderno, cuja premência pela segurança era a tônica; e o mundo pós-moderno, ávido por liberdade, mas em que esta se consubstancia, basicamente, pela possibilidade de consumo, constatamos, nesses egressos, a sua constituição enquanto "estranhos" nessa nova ordem.

Assim, verificando nesses egressos a dificuldade de colocação no mercado de trabalho e a sua conseqüente impossibilidade de consumir, não vimos participação deles na liberdade característica do mundo pós-moderno.

Aqui, então, adiantando as análises sobre a atuação da FAESP, esta é percebida como a porta de entrada no mercado de trabalho, e, conseqüentemente, na sociedade; contudo, notamos uma nítida contradição entre os objetivos da

Fundação – a responsabilização dos egressos como atores sociais que devem buscar sua reinserção através de esforço pessoal, tornando-se autônomos – e as expectativas dos egressos: conseguir, através da FAESP, um emprego formal, por tempo indeterminado, que lhes permita gozar dos plenos direitos de cidadania, incluindo aí o direito ao consumo, tão almejado por eles, e tão bem demonstrado por Bauman em suas análises sobre a sociedade pós-moderna.

5.4 Trajetória criminal

O capítulo sobre a trajetória criminal compreende o momento de realização das condutas delinqüenciais; o período de julgamento; e o período passado dentro do sistema carcerário. Tal capítulo parece ser o mais instigante de toda a análise, pois aqui, os ex-presidiários fazem toda uma reflexão acerca dos motivos que os levaram a praticar os crimes, bem como contam, às vezes, detalhes sobre os atos que originaram suas condenações; além de contarem as peripécias vividas dentro das prisões.

A análise de trajetória dos egressos entrevistados demonstra uma certa supremacia no cometimento de crimes contra o patrimônio (50%). Os crimes contra a vida somaram 28,5% e os demais foram crimes de tráfico (7,1%); e crimes em que os tipos penais violados foram a vida e o patrimônio (14,3%), tratando-se de egressos que praticaram roubos e homicídios na mesma investida criminal.[5]

Embora já tenhamos explicitado acerca dos tipos de crimes motivadores da condenação dos egressos, optamos por abrir a análise, demonstrando o tipo penal praticado por cada um deles. A tabela abaixo traz a representatividade geral dos egressos. Vemos que seis foram condenados por homicídio, quatro por roubo, um por furto, dois por latrocínio e um por tráfico de drogas. Utilizando-se a conceituação da sociologia da violência, percebemos que todos fo-

5. Aqui não estão inseridos os latrocínios, que figuram nos crimes unicamente contra o patrimônio.

ram condenados pela prática de crimes violentos.[6] Há que se ter presente que os casos somam mais de 100%, pois há egressos que foram condenados pela prática de mais de um crime.

Tabela 3

Tipos penais cometidos pelos egressos da FAESP entrevistados

	TIPO PENAL	Freqüência	%	% acumulado
TOTAL	TOTAL	15	128.55	128.55
Crimes contra a vida	Homicídio	5	35.71	35.71
Crimes contra o patrimônio	Roubo	6	42.85	64.27
	Furto	2	14.28	
	Latrocínio	1	7.14	
Entorpecentes	Tráfico de drogas	4	28.57	28.57

Quanto ao local de cometimento desses crimes, com exceção de um, cometido no interior do estado, todos os demais foram cometidos em Porto Alegre ou Região Metropolitana, grande parte deles nas vilas onde os egressos moravam na época.

Quanto às idades dos egressos quando cometeram tais delitos, mais da metade (57,1%) o fizeram por volta dos 20 e poucos anos; 35,7% até os 20 anos; e um egresso (7,1%) com mais de 40 anos.

As motivações para esses crimes, segundo 42,8% dos egressos, foram no intuito de obtenção de dinheiro fácil. Relacionando-se as motivações aos tipos de crimes cometidos, percebemos que, só um daqueles que cometeram crime exclusivamente contra o patrimônio, não o fez em vista de obter dinheiro fácil. Trata-se de uma egressa, que afirma ter cometido o crime pela necessidade de

6. Crimes violentos compreendem tentativas e atos consumados de homicídio doloso, roubo, latrocínio, tráfico de drogas, estupro e seqüestro (Adorno, 1991c, p. 9).

conseguir dinheiro para se drogar. Outras justificativas situam-se na (por eles chamada) "trajetória solta", quando apontam como causa para a entrada no mundo do crime a morte ou o abandono dos pais; a imaturidade; a vontade de poder obter objetos de consumo, como roupas e tênis de marcas caras; o desemprego (apenas para um dos egressos); as más companhias; a fome; e, no caso de egressos que cometeram homicídios, a legítima defesa e, principalmente, a fatalidade.

Quanto à explicação para a entrada no mundo do crime, os egressos sempre fazer certa reflexividade de suas ações (Giddens,1998). Assim, todos eles montam em seu imaginário algum tipo de explicação que considerem plausível à entrada na vida da criminalidade.

Da análise de trajetória criminal dos egressos apoiados, constatamos ter sido egressos que cometeram crimes contra o patrimônio (50%) e contra a vida (cerca de 30%). Tais egressos pensavam poder ficar impunes; todavia, foram, muitos deles, condenados a penas de reclusão maiores de 10 anos, em regime fechado. Tendo uma trajetória prisional desenvolvida nas principais penitenciárias do Rio Grande do Sul, não tiveram grandes problemas disciplinares ou fugas, tendo altos índices de trabalho e estudo nesses estabelecimentos.

Quanto às representações simbólicas da passagem pelo sistema prisional, verificamos ter havido, em nível teórico, para os egressos da pesquisa, a inculcação de um *habitus* de trabalho, visto a partir de uma lógica bourdiana, ou do disciplinamento dos corpos na lógica de trabalhador, numa perspectiva foucaultiana.

5.5 Lazer

Nesse subcapítulo, fizemos uma breve análise acerca de como os egressos percebem a categoria lazer e como esta constitui-se, para eles, como algo estranho a sua vida atual, ou como algo visto por eles como de não pertencimento, por indicar, muitas vezes, relação com a criminalidade.

A discussão acerca da categoria lazer é importante de ser incorporada, pois constitui-se como parte do capital cultural, utilizando-se da teoria bourdiana.

Assim, percebemos, a partir de uma interpretação com base na teoria do capital cultural de Bourdieu, que os egressos só percebem o lazer como tempo morto, como tempo para nada, esvaziado de qualquer sentido.

Apesar de os egressos não virem o lazer, senão como "tempo morto", a teoria sociológica e criminológica aponta o inverso, desde a Escola de Chicago (Freitas, 2002; Madeira, 2003), para a qual os playgrounds eram formas de inibição da criminalidade, como forma de "diversão" das classes populares.

Outro meio de interpretar a categoria lazer, a partir da teoria de Bourdieu, é verificar nesses egressos déficits de capital cultural, a partir de seu *habitus* e de suas aspirações, pois apenas vêem no futebol uma forma de divertimento, não havendo mais nenhum gosto que indique um maior nível de capital cultural.

5.6 Religião

A questão da religião, quando se trabalha com o universo prisional, sempre é algo a ser analisado. Isso se deve a vários fatores: em primeiro lugar, porque o fenômeno da conversão religiosa em classes populares é cada vez mais amplo; e, em segundo, porque o universo prisional é sempre um *locus* propício a tais mudanças.

As razões para a conversão religiosa foram explicitadas no texto de Rodrigues (2002, p. 22), para quem tal fenômeno deve ser inserido "dentro de um contexto de modernidade, de diversificação religiosa, no qual emerge uma nova concepção de sujeito, consubstanciada na noção de indivíduo, e que indica uma possibilidade de escolhas mais individualizadas em substituição a uma religião herdada".

Analisadas num contexto carcerário, de acordo com Segato (2001, p. 140), as chamadas religiões de "superioridade moral" monopolizam os discursos que permitem a redenção. Tais religiões são, segundo a autora, os cristianismos, principalmente os pentecostalismos, e a missão carismática.

Portanto, dentro das prisões, apesar do espaço de intenso controle social sobre a vida e o comportamento dos indivíduos, a compreensão dos processos pelos quais os sujeitos aderem a uma religião dá-se no sentido da percepção dessa como uma prática relevante, que pode estar indicando transformações significativas na vida dos presos (Rodrigues, 2002).

Apesar de toda essa discussão sobre o fenômeno religioso nas cadeias, nosso universo de pesquisa não tinha, *a priori*, suscitado uma reflexão maior acerca do fenômeno, pois os dados quantitativos gerais sobre todos os egressos analisados traziam uma representatividade muito alta de católicos e pouquíssimos casos de evangélicos, espíritas, umbandistas. Como a resposta para tal dado era apenas dada pela auto-declaração, sem maiores questionamentos, o prontuário de atendimento da Fundação não revelava nada que pudesse indicar algum tipo de fenômeno de conversão religiosa na cadeia, ou fora dela. Também as informações iniciais do processo de execução criminal, ou seja, as informações obtidas no inquérito policial, não revelavam nada diferente. Informações diferenciadas passaram a aparecer na parte dos pareceres sociais realizados com o objetivo de sugestionar ou não uma possível troca de regime. Eis que apareceram alguns evangélicos, mas ainda não havia uma amostra significativa. Só quando fomos realizar as entrevistas é que pudemos constatar qualitativamente o fenômeno da evangelização.

Da análise sobre a religião, percebemos ser esta bastante significativa para uma possível ressocialização, uma vez que, mesmo quantitativamente não tenhamos encontrado um alto número de evangélicos e, em sendo a maioria dos católicos, não praticantes, encontramos nessa pesquisa aquilo que Carvalho[7] (*apud* Rodrigues, 2002, p. 72) chama de distinção entre espiritualidade e religiosidade.

Assim, se poucos egressos são religiosos, considerando-os como praticantes de alguma religião; a maioria deles remete-se a Deus, ao sentimento de redenção,

7. CARVALHO, José Jorge. Características do fenômeno religioso na sociedade contemporânea. *Série Antropologia*, n. 114. Brasília: UNB, 1991. p. 1 – 49. *Apud* RODRIGUES, 2002, p. 72.

ao arrependimento; todos esses parâmetros bastante significativos para explicar um rompimento com o mundo do crime, relacionado também com a teoria do estigma de Goffman (1988).

Outra questão fundamental é o papel desempenhado pelas igrejas evangélicas, frente ao problema do preso e do ex-presidiário. Nesse aspecto, percebe-se que o controle social durkheiminiano, preconizado como resultado da socialização dos indivíduos, volta à tona, pois as igrejas evangélicas desempenham a função primordial de "acalmar" as classes populares, que não conseguem incluir-se socialmente na lógica de liberdade da sociedade pós-moderna, que, segundo Bauman, sustenta-se pelo consumo e a possibilidade de consumir.

6. A FAESP na visão dos egressos do sistema penitenciário apoiados

Desempenhando uma função que legalmente é estatal, a FAESP situa-se na interface entre a incipiente atuação do poder público e a organização da sociedade civil, para buscar cobrir esta lacuna. Assim, como nem mesmo o poder público consegue, através de seu sistema penitenciário, ressocializar ou, ao menos, recuperar e diminuir os índices de reincidência – que, conforme já mencionado, estima-se que esteja, hoje, em torno de 70% (Assembléia Legislativa, 2002, p. 523)[8] –, essa tarefa, realizada por uma Instituição cujas verbas não são estatais – além de bastante escassas -, torna-se bastante árdua.

Esse capítulo traz um relato da visão que os egressos têm da FAESP, enfocando, especialmente, a sua atuação. Tal capítulo é imprescindível, uma vez que objetiva a contrapor a visão da FAESP, às percepções de seu público-alvo: os egressos.

Iniciando a análise, constatamos, em primeiro lugar que 28,5% dos egressos entrevistados continuam atrelados à Fundação, direcionados através dos programas de trabalho.

8. Vide nota 1.

Quanto à forma de chegada até a FAESP, 64,3% deles foram encaminhados pelo Serviço Social da VEPMA, o Programa de Acompanhamento Social/ PAS, o que demonstra a efetividade da rede formada entre o Poder Judiciário, via Vara de Execuções, e a Instituição. Os demais, chegaram até a Entidade, de formas variadas: através da Susepe (14,3%), através da descoberta da FAESP com outros presos, pela mídia, ou por indicação de agentes penitenciários.

Quanto às expectativas desses egressos com relação à FAESP, 78,6% deles pretendiam buscar, na Fundação, a obtenção de trabalho. Os demais, almejavam conseguir cursos profissionalizantes e outros recursos.

Relacionando-se as expectativas quanto à atuação da Entidade com os ganhos obtidos dela, verificamos que igual percentual recebeu oportunidades de trabalho vinculado à Fundação – três deles na Laborsul, e os outros oito egressos no Projeto Vida Nova. Todavia, na época da entrevista, destes onze egressos, apenas duas egressas permaneciam na Laborsul; do mesmo modo, remanesciam no Projeto Vida nova apenas três egressos, como já foi relatado no capítulo referente à trajetória profissional.

Aqui, com o intuito de aprofundar a análise, é mister que se divida o universo de entrevistados em três grupos distintos: o primeiro, dos egressos que estiveram no Projeto Vida Nova e foram desligados; o segundo, dos egressos que continuavam atrelados a ele ou à Laborsul na época de suas entrevistas; e o terceiro, daqueles egressos que não haviam sido incorporados aos programas de emprego da Fundação.

Dos oito egressos que estiveram trabalhando no DETRAN, seis deles formam o primeiro grupo. Nos seus relatos, não poupam críticas à Instituição, uma vez que esperavam que o projeto fosse ampliado, residindo aí a maior fonte de decepção.

Contrariando o que foi dito pelo voluntariado da Entidade, os egressos afirmam que a curta experiência de trabalho no Detran, certificada por um docu-

mento emitido pela FAESP, acaba por minar qualquer possibilidade de obtenção de emprego, em razão da estigmatização que confere ao ex-preso.

Outra crítica feita pelos egressos é quanto ao não acompanhamento daqueles que foram desligados do Projeto Vida Nova.

Há, nesse caso, que se deixar claro que, como o trabalho da FAESP funciona em rede com o grupo do PAS, com muitos egressos participando duplamente, e como aquele grupo foi articulado anteriormente à implantação do Projeto Vida Nova na FAESP (e justamente daquele grupo foram enviados egressos), há certas divergências, certas mágoas, de egressos que se desvincularam da FAESP, mas que continuaram atrelados ao PAS. Coincidentemente, quatro egressos bastante atuantes do grupo do PAS, e os primeiros egressos a trabalhar no Projeto Vida Nova (todos eles já desligados hoje), prontificaram-se em dar entrevistas e, suas opiniões, coincidentemente críticas com relação à Instituição, vieram à tona já no início das conversas.

Os demais egressos, divididos entre o grupo dos que estão no DETRAN ou na Laborsul, fazem uma avaliação positiva da Instituição, principalmente por acreditar que ela irá continuar-lhes ajudando.

Já os egressos que não obtiveram da FAESP a possibilidade de emprego, também avaliam positivamente a Fundação.

Portanto, perguntados sobre o grau de satisfação com relação à FAESP, 28,5% dos egressos afirmaram ser muito baixo; 7,1% afirmaram ser baixo; 7,1%, médio; 28,5%, alto; e 21,4% afirmaram ser muito alto.

Assim, relacionando-se os objetivos da Fundação, explicitados em seu lema: "Apoiar o egresso como autor de sua reintegração produtiva, com a participação da sociedade", com as expectativas da maioria dos egressos que procuram a Fundação – que é obter trabalho, de preferência, formalizado e por tempo indeterminado -, percebemos um paradoxo: as expectativas dos egressos com relação à atuação da FAESP são muito maiores do que o que ela se propõe a fazer por eles.

Além disso, quando verificamos as justificativas para o trabalho da FAESP, a inibição da reincidência aparece como questão-chave; e tendo em vista o índice de 23%, indagamos: esse índice representa algum tipo de acerto na atividade desenvolvida pela FAESP, ou é o público diferenciado que a procura que tem esse índice de reincidência, independente de sua boa ou má atuação?

Aqui, relevante é trazer a motivação de muitos egressos para a procura da Fundação, enaltecendo a escolha prévia de mudança em suas condutas. A idéia de abandono do "mundo do crime" é anterior à chegada na FAESP.

Depois da passagem pela Instituição, avaliando a trajetória e a situação atual dos egressos, verificamos que eles estão divididos, proporcionalmente, em quatro grupos distintos, tendo em vista a situação sócio-profissional atual.[9]

Tabela 4

Situação profissional atual dos egressos da FAESP entrevistados

Situação atual dos egressos	Freqüência	%
TOTAL	14	100
Empregados formalmente	3	21,4
Empregados via FAESP	3	21,4
Fazendo biscates	5	35,7
Desempregados	3	21,4

A tabela acima demonstra que três egressos conseguiram empregos fixos e formais, dois deles após a passagem pela FAESP; além disso, três egressos ainda continuam atrelados aos programas de emprego da Fundação, dois deles, com a perspectiva de permanecer por tempo indeterminado; todavia os demais, divididos entre os que fazem biscates e os que estão desempregados somam mais

9. A situação atual refere-se ao momento de término da dissertação, e não ao momento de realização das entrevistas.

da metade do universo de egressos entrevistados, o que demonstra as condições precárias de pessoas que, depois da passagem pela prisão deveriam estar reinseridas socialmente.

6.1 *A ressocialização e a reinserção social da perspectiva dos egressos*

Nesse subcapítulo, buscamos discutir a ressocialização e a reinserção social da perspectiva dos egressos e a percepção acerca de suas expectativas.

Utilizando-se do conceito de ressocialização em Giddens (1994), que trata da ruptura com valores previamente aceitos e com a conseqüente aquisição de outros, podemos analisar o período pós-prisional como a fase da trajetória desses egressos imprescindível para determinar sua ressocialização ou não.

Para trabalhar com esse conceito, e verificarmos uma possível ressocialização, resolvemos retomar as conclusões obtidas a partir de suas análises de trajetória, por sustentarmos que um processo de ressocialização está diretamente relacionado à trajetória dos atores ou agentes. Para isso, retomaremos os principais conceitos utilizados como elementos teóricos para a elaboração da análise.

Iniciando esse retrospecto, tendo em vista a trajetória familiar, percebemos, no capítulo *retro*, que os egressos tiveram, na infância, baixos níveis de capital social, mas que sempre mantiveram um certo nível, ao longo de suas vidas, eis que, durante o cumprimento de suas penas e após a saída das prisões, todos constituíram ou permaneceram atrelados a laços de sociabilidade, em que há dispêndio de tempo e atenção para com eles.

Quanto à trajetória educacional, constatamos um aumento de capital cultural, desde a infância dos egressos, até os dias atuais, decorrente, em muito, do processo de escolarização sofrido *intra-muros*, que os fez crer na importância da educação para a sua ressocialização.

No que se refere à trajetória profissional, verificamos algo um pouco distinto: parece-nos, a partir de uma teorização berger-luckmaniana, que a sociali-

zação primária desses egressos, sendo a base de sua socialização secundária, resultou numa trajetória em que o trabalho esteve presente em todos os momentos de suas vidas, seja na adolescência, quando tiveram de abandonar os estudos para trabalhar; seja quando foram presos – quando metade deles exerciam atividades profissionais; seja no presídio; ou após a saída da prisão.

Assim, como reflexo das trajetórias familiar e educacional, a trajetória profissional revela um grande envolvimento com o mundo do trabalho, claro que desqualificado, informal, precário, mas que, em seu imaginário, aparece como única forma de reintegração social.

Quanto ao envolvimento criminal, esse percebido muitas vezes como a forma de "dar-se bem na vida, sem grandes esforços", aparece, para esses egressos, após a saída das prisões, como um erro, resultando em arrependimento; já a prisão, considerada como a pior fase da vida, para muitos deles, acabou sendo vista como responsável por uma espécie de reflexão, voltada ao abandono do crime, pelo ambiente degradante no qual tiveram de permanecer determinado período de tempo; apesar de acreditarem que a prisão não recupera ninguém.

Todavia, é dentro dos presídios que parece ter ocorrido um dos principais fatores de ressocialização, com a sua constituição como presos trabalhadores, e não como "bandidos".

Assim, já fora da prisão, apareceu, para os egressos, a questão da religião, em que a conversão, para uns; e a espiritualidade, para outros, mostraram-se imprescindíveis para o abandono do crime, a partir de sua percepção como "abençoados" ou "escolhidos por Deus".

Além disso, como trajetória pós-prisional, a constituição das redes de egressos (Barnes, 1987; Goffman, 1988) representa um papel importante para suas relações de pertencimento, verificando-se a constituição de atores que, apesar de estigmatizados, vêem-se com certa voz e força política.

Diante dessa retrospectiva sobre suas trajetórias, retomando o conceito de ressocialização giddensiano, podemos perceber que, a maioria dos egressos con-

sidera-se ressocializada, por crer que suas regras-valores-normas acabaram adequando-se aos padrões vigentes.

A partir da perspectiva goffmaniana (Goffman, 1988, p. 41 – 42) de construção de carreiras morais, na qual o autor considera que as pessoas estigmatizadas, via aprendizagem, socializam-se e incorporam o ponto de vista dos "normais", podemos, partindo dos relatos dos egressos entrevistados, percebê-los como sujeitos que acreditam ter-se ressocializado, ou estar socializados na cultura "normal", tendo adquirido as crenças da sociedade mais ampla.

Essa é, segundo percebemos, a constatação realizada por eles quanto à ressocialização. Contudo, diferentemente de sentirem-se ressocializados, os egressos não se percebem como cidadãos reintegrados, pois permanecem no mercado informal, dos biscates, não obtendo as condições plenas de cidadania, não dispondo de capital econômico suficiente para prover suas famílias, permanecendo na categoria chamada por Bourdieu (2001) de subproletariado. E, nesse sentido, seu sentimento de não integração, ou de exclusão, acaba transparecendo em seu grau de satisfação com a vida.

Retomamos agora a discussão central, presente em nosso problema de pesquisa, referente à existência ou não de um processo de ressocialização e de reintegração dos egressos da pesquisa, bem como a verificação quanto ao tipo de processo sofrido.

Assim, consideramos que os egressos passaram por um processo de ressocialização, via reestruturação da personalidade e absorção de normas e valores sociais voltados ao mundo do trabalho. Tal ressocialização, como veremos adiante, deveu-se, em muito à sua percepção como "trabalhadores", dentro da prisão.

Contudo, quanto a um processo de reintegração, acreditamos não ter havido, pois esse deveria significar ganhos em termos de cidadania, a possibilidade de provimento da família, e a percepção dos egressos como pessoas incluídas. Dado o índice de egressos insatisfeitos com suas vidas, atualmente, cremos que a sua

reintegração ainda está longe de ocorrer. Assim, se formos verificar que tipo de reintegração lhes foi destinada, veremos a mera possibilidade de ingresso no mercado informal, precário, sem garantias ou formalidades legais, que, para eles, não é vista como trabalho, apenas como "bicos", que ajudam a "não passar fome".

Partindo de Bourdieu, podemos constatar como a FAESP atua no sentido de desencorajar as aspirações orientadas a objetivos inacessíveis, norteando as ações dos egressos para objetivos mais realistas, tendo em vista a sua concepção ressocializadora, baseada em experiências de trabalho de curta duração, mais compatíveis com aquilo que ela pode oferecer como instituição, e com o que eles podem conseguir, como ex-presidiários.

Além disso, sob esse mesmo ponto de vista teórico, percebemos que as expectativas e as oportunidades objetivas dos egressos reproduzem seus *habitus*, que refletem a aquisição de capitais sociais e culturais. Assim, aqueles egressos, cujos níveis de capitais eram mais baixos, continuam, após o cumprimento da pena, a reproduzir esse *habitus* de classe baixa. Já aqueles cujos níveis de capital social e cultural eram elevados, já desde a infância, são hoje os que possuem as maiores expectativas e, também, as melhores oportunidades.

Numa visão giddensiana, podemos encarar a FAESP como agência socializadora, desempenhando toda essa função de orientação dos egressos. Já quanto à análise de suas expectativas, podemos sustentar que tais egressos tiveram problemas relacionados a suas agências socializadoras, que acabaram por fazer-lhes sujeitos cujo monitoramento reflexivo não conseguiu deixá-los fugir das conseqüências não intencionais de suas ações criminosas, mas que, hoje, parece ser responsável pelo seu abandono do mundo do crime.

A fim de tentarmos compreender o porquê da FAESP ter uma certa efetividade, enquanto que nas prisões ela é nula, sustentamos que o egresso que procura a Fundação difere do chamado "preso típico" (com baixa escolaridade, sem experiência de trabalho prisional, etc.), o que se confirma com a análise dos dados quantitativos, bem como pelos depoimentos dos egressos e das pessoas

vinculadas à FAESP. Para tanto, acreditamos haver dois tipos de explicação teórica para essa problemática, (a) uma de inspiração giddensiana, para o fato de o egresso que procura a Fundação querer, reflexivamente, voltar a reinserir-se socialmente; tendo, como agente consciente que é, abandonado o mundo do crime, estando, contudo, cerceado por uma série de condicionantes que poderão fazer com que voltem à criminalidade; ou (b), pelo contrário, tendo em conta uma explicação foucaultiana ou bourdiana, na qual os egressos, através da experiência prisional, assimilaram o discurso da ressocialização, via inculcação de um *habitus* de trabalho, que os faz, agora, depois de soltos, voltar-se à procura dele, e, nesse sentido, poderíamos dizer que eles fazem parte do grupo ínfimo de pessoas a quem a pena de prisão garante o controle social.

Além disso, percebe-se que a dicotomia existente dentro dos presídios, constatada na pesquisa de Ramalho (2002), acerca da distinção entre criminosos natos, irrecuperáveis, e presos trabalhadores, mantém-se fora do sistema prisional, e, no nosso caso em especial, apenas procura a FAESP aquele preso não bandido, o típico preso-trabalhador, que tivera experiências de trabalho anteriores à pena, durante o seu cumprimento, e hoje tenta recolocar-se no mercado de mão de obra barata e desqualificada. É patente, através das falas dos egressos entrevistados, a distinção entre eles, os criminosos por "percalços da vida" e os outros, os bandidos, os maus, aqueles que gostam do que fazem, não querem sair dessa vida e não tem nada a perder com suas ações. Tudo isso fica bastante claro quando se verifica a importância do trabalho prisional para essas pessoas, o que vai totalmente contra o constatado por Hassen em sua pesquisa acerca de presos trabalhadores no PCPA, na qual ela verificou que o trabalho prisional só teria influências interprisionais, não servindo a qualquer aproveitamento fora disso. Há que se deixar claro que a importância defendida aqui se subsume a uma contribuição simbólica, percebida pelo egresso, e não a advinda de qualquer tipo de qualificação profissional que possa fornecer algum tipo de facilidade prática na obtenção de trabalho fora da cadeia.

Além disso, através da análise de trajetória, percebemos que tais egressos constituíram seus "eus", numa linguagem goffmaniana, a partir de suas trajetórias como trabalhadores, que, por circunstâncias adversas, acabaram caindo na criminalidade, mas que, dentro dos presídios, sempre se viram como "não bandidos". Então, foi a falta de oportunidades que os fez "cair", havendo distinção, nesse caso entre os que percebem que talvez a sobrevivência os faça voltar ao crime; e os demais, para quem, voltar ao crime, nunca mais.

Analisado teoricamente essa última idéia, podemos nos valer da concepção de conseqüências não intencionais da ação, em Giddens, para explicar como, em caso de necessidade, os egressos poderão vir a praticar, novamente, ações criminosas.

Qual é, pois o seu projeto de liberdade? É, segundo eles, conseguir um trabalho, por entender que, só através dele, eles conseguirão se constituir como cidadãos, inserindo-se na sociedade.

Todavia, aí verifica-se a maior contradição entre suas expectativas com relação à atuação da FAESP, e o real apoio dado por ela, a cerca de apenas 20% do universo dos que a procuram.

O que é, então, na visão desses egressos, uma pessoa ressocializada? É ter trabalho para poder consumir e prover a família – de preferência um emprego formal, que lhes garanta a possibilidade de obter aposentadoria –; ter a possibilidade de voltar a estudar; não ser identificado como "criminoso", isto é, livrar-se do estigma; ou seja, a idéia da "estabilidade na vida", que era buscada por muitos deles como a chance de, através do crime, alcançarem a segurança (Bauman, 1998), já que, como sujeitos pobres e desqualificados, viam-se não poder.

Com a passagem pela prisão, e a sensação de que "o crime não compensa", só o trabalho assalariado aparece, no imaginário dessas pessoas, como a saída para poderem "tocar" suas vidas como "cidadãos de bem".

As conclusões a que se chega são as seguintes: o trabalho prisional desempenhou um papel fundamental na ressocialização dos egressos dessa pesquisa.

Tal papel deveu-se, principalmente, não no sentido de garantir experiência profissional ou de dar-lhes uma profissão (apesar de haver egressos que sustentam tal questão); mas, sim, no sentido de perpetuar as dicotomias trazidas das classes populares entre "trabalhadores" e "bandidos", "trabalhadores" e "vagabundos" (Zaluar, 1994, Hassen, 1999), mantendo simbolicamente a distinção desses egressos; enquanto dentro do presídio, como presos trabalhadores. Assim, a lógica do disciplinamento para o trabalho, preconizada por Foucault, consolidou-se para este universo, que saíra da prisão em busca de colocação profissional.

O que, então, liga essa idéia ao conceito de socialização desde os clássicos?

O conceito de socialização sempre esteve atrelado a uma idéia de normalização e inclusão dos indivíduos na sociedade capitalista; sendo assim, todo e qualquer comportamento tido como patológico ou anômico, deveria ser tratado, para que a sociedade mantivesse seu equilíbrio. A idéia da socialização nos clássicos, principalmente em Durkheim, perpassa uma ideologia conservadora, eis que, para serem vistos como cidadãos normais, os indivíduos deveriam respeitar o pacto social.

Sendo assim, podemos sustentar que houve um processo de ressocialização dos egressos que procuram a FAESP. Contudo, tal processo, mantido pela atuação da Entidade, mas não garantido por ela, deve ser entendido como uma tentativa, que deu certo, tendo por conta os baixos índices de reincidência dos egressos que procuram a Fundação, de controle social desses indivíduos.

Assim, sendo o controle social a tônica da sociedade atual, tanto a prisão, quanto a FAESP, e as igrejas evangélicas – as quais alguns egressos estão vinculados –, foram responsáveis por inclui-los e apaziguá-los, fazendo com que seus sonhos hoje resumam-se a obter um trabalho lícito, formal, que os possibilite viver humildemente com suas famílias, na periferia das grandes cidades.

Embasando-se na teoria da criminologia crítica de Alessandro Baratta, podemos sustentar que a atuação do Estado, através de políticas voltadas ao "apoio" a ex-presidiários, bem como o apoio feito por instituições do terceiro setor, visam

a perpetuar o controle social sobre as classes subalternizadas, uma vez que o controle exercido pelo sistema penitenciário, através da pena privativa de liberdade, não tem alcançado a efetividade que deveria.

Apesar de ser uma ONG, não tendo surgido a partir de um movimento social, não há legitimidade para com aqueles que deveriam ser ou que são alvo de sua política. Todo o sistema decisório é feito verticalmente, indiretamente por integrantes do próprio poder judiciário, e os egressos não se enxergam nele.

A questão sustentada como hipótese inicial de trabalho, de que os egressos apoiados pela ONG diferiam da massa carcerária, vem ao encontro da teoria de Baratta, para quem há, no sistema penitenciário, a distinção entre a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso. Isso fica evidente no sentido de que os egressos apoiados pela fundação foram educados na segunda categoria e, por isso, devido às redes de ligação entre o poder judiciário, sistema penitenciário e a ONG, foram apoiados por esta.

Parece-nos, a partir de toda a análise de trajetória dos egressos e da análise da Instituição, que o fato de os egressos que a procuraram terem baixos índices de reincidência não se deve a sua atuação, eis que, ainda são muito incipientes os projetos voltados à garantia de emprego. Cremos, ainda, que a mera distribuição de cestas básicas e vales-transporte não é suficiente para resgatar e manter indivíduos longe da criminalidade.

Sendo assim, e os dados dessa maneira o demonstram, só podemos crer que alguma causa anterior à chegada desses egressos à Instituição é que garante o abandono das práticas criminosas.

Relacionando-se a atuação da FAESP com as discussões trazidas por Jock Young (2002), acerca das diferenças encontradas quanto ao tratamento do crime e do criminoso nas sociedades moderna, e da modernidade tardia, a qual caracteriza-se pela exclusão e por altos índices de encarceramento, percebe-se, no tocante à política da Fundação, uma contextualização na era moderna, com suas metas inclusivas, reintegradoras e ressocializadoras.

Apesar de, na prática, verificar-se que a lógica da exclusão é a tônica da sociedade atual, na visão da Entidade, há o discurso de "trazer de volta esse irmão que estava perdido". Verificamos aí, explicitamente, a problemática trazida por Young quanto à percepção do criminoso: se visto "como um de nós", ou como outro, como "monstro" a ser banido de nossa sociedade.

Os egressos em análise, ainda são percebidos pelo discurso da FAESP, como "nós"; enquanto que, na sociedade em geral, passaram a ser percebidos como "outros". Talvez, por isso, haja todo um paradoxo entre o ideal responsabilizador, apregoado pela Entidade, que visa a fazer com que eles, após uma curta experiência de trabalho de um ano, possam "lutar" para conseguir outros empregos, numa sociedade que os vê como irrecuperáveis. Portanto, a eles, só serviria uma chance de trabalho angariada e mantida pela Instituição.

Outro aspecto quanto à atuação da Entidade, refere-se a que as suas concepções reintegradoras acabam por reproduzir a legislação de execução penal; portanto, parece que os objetivos reintegradores e os meios utilizados para alcançá-los acabam sendo os mesmos utilizados, ou subutilizados, dentro do sistema carcerário.

Enfim, qual a conclusão final a respeito da atuação da FAESP?

A Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário desempenha um importante papel no apoio aos egressos, principalmente se levarmos em consideração que é um trabalho desenvolvido voluntariamente, que acaba dando visibilidade ao problema dos egressos, que se constituem como categoria social, antes desconhecida, a não ser quando considerada como responsável por altos índices de reincidência.

Por fim, como demonstrado ao longo da pesquisa, o trabalho é a categoria-chave para a ressocialização, na visão de todos aqueles envolvidos com o problema do egresso prisional, principalmente, eles mesmos.

Mas o mais importante a explicitar é que, toda a atuação da Instituição será mais efetiva, dependendo do tipo de trajetória dos egressos que são apoiados

por ela, o que, para nós, explica o porquê do baixo índice de reincidência dos egressos que a procuram.

7. Conclusões

À guisa de conclusão, elencaremos agora as principais constatações obtidas com essa pesquisa.

Quanto ao perfil do egresso apoiado, verificamos diferir da massa carcerária gaúcha, pelo alto índice de trabalhadores prisionais encontrado entre eles.

No que se refere a suas trajetórias, constatamos que os egressos entrevistados estiveram sempre vinculados à laços de sociabilidade; alcançaram altas escolaridades; e têm uma trajetória profissional perpassada pelo trabalho, inclusive no presídio, depreendendo-se disso, níveis baixos de capital social e altos níveis de capital cultural. Quanto à trajetória criminal, cometeram crimes contra o patrimônio, pela obtenção de dinheiro fácil; e crimes contra a vida, por fatalidade. No que se refere à vida prisional, verificamos grande envolvimento com trabalho e estudo, demonstrando uma ressocialização na cultura da administração carcerária, pela lógica de trabalho em que se inseriram. A maioria deles diz ter abandonado o crime por razões diversas.

Quanto à situação atual, constatamos que a maioria dos egressos não realiza atividades de lazer, têm em Deus e na religião uma fonte de "sustentação", sendo que os evangélicos vivem à base do controle social obtido com sua conversão.

No que se refere à atuação da FAESP, na perspectiva de seu grupo de trabalho, verificamos que a missão da Entidade é a responsabilização do egresso, que deve buscar, ele próprio, sua reintegração social, contando, para isso, com a ajuda da Instituição. Quanto à essa política responsabilizadora, opõem-se os egressos, por esperar dela empregos formais, por tempo indeterminado, e não simples experiências temporárias de trabalho.

Assim, vemos que aqueles que estiveram vinculados aos programas de emprego da FAESP e foram desligados, avaliam de forma negativa a atuação da Instituição; já os que, não receberam apoio de trabalho, bem como os que ainda estão atrelados aos empregos angariados pela FAESP, avaliam positivamente sua atuação.

Quanto à ressocialização, verificamos que a percepção dos egressos é quanto a estarem ressocializados, principalmente pela inculcação das normas e valores atinentes à necessidade do trabalho em nossa sociedade. Contudo, no que se refere à reintegração social, percebem-se como excluídos, pois não conseguem prover suas famílias, e não têm condições mínimas de cidadania, só obtendo experiências de trabalho precárias ou informais, o que, em seu imaginário, não é condizente com um estado de reintegração social.

Tendo em vista as suas expectativas, percebemos haver adequação com aquilo que Bourdieu (2001) chama de relação entre esperanças e oportunidades, pois os egressos não almejam nada além do que o básico para sua sobrevivência.

Quanto à atuação da FAESP, percebemo-la como uma agência socializadora, nos moldes giddensianos, tendo uma participação no controle e na inculcação de uma lógica voltada à importância do trabalho. Contudo, constatamos que toda a efetividade de seu trabalho é dependente da trajetória dos egressos apoiados, em que os níveis de capital social e cultural, a socialização secundária, e a constituição desses como trabalhadores desempenhará papel fundamental na diminuição, ou não, dos índices de reincidência dos egressos que buscam a Fundação.

Quanto a essa característica de construção do eu como trabalhador, verificamos que importante fator foi desempenhado dentro da prisão, com a dicotomia estabelecida entre presos trabalhadores e criminosos natos. Em que, os egressos dessa pesquisa consideraram-se pertencer ao primeiro grupo, numa lógica foucaultiana de disciplinamento para o trabalho.

A percepção atual dos egressos, no tocante ao mundo do crime, é de abandono; a menos que, numa teorização giddensiana, sejam levados, por conseqüências não intencionais de suas ações, a delinqüir novamente.

Assim, vemos como positiva a atuação da FAESP, principalmente por dar visibilidade e ser responsável pela construção dos egressos como categoria social; contudo, a fim de uma maior efetividade, em termos quantitativos, no apoio ao egresso do sistema penitenciário, a Fundação deve buscar profissionalizar-se, angariar mais recursos, e ampliar o número de egressos com experiências de trabalho, a fim de que, seus baixos índices de reincidência, reflitam também, num maior nível de reintegração social.

8. Referências

ADORNO, Sérgio. A prisão sob a ótica de seus protagonistas. Itinerário de uma pesquisa. *Tempo Social*, São Paulo, v.3, n. 1-2, p. 7 – 40, 1991c.

_____. A socialização incompleta: os jovens delinqüentes expulsos da escola. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 79, p. 76 – 80, 1991b.

_____. Cidadania e administração da justiça criminal. In: DINIZ, Eli; LOPES, José Sérgio Leite; PRANDI, Reginaldo (Org.). *O Brasil no rastro da crise*. São Paulo: ANPOCS: IPEA: Hucitec, 1994. P. 304 – 327.

_____. Crise no sistema de justiça criminal. *Ciência e Cultura*, Ano 54, n.1, p. 50 – 51, jul./ ago./ set, 2002a.

_____. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 4, n. 8, p. 84 – 135, jul./ dez. 2002b.

_____. Reincidência e reincidentes criminais em São Paulo: 1974 a 1985. *RBCS*, São Paulo, v.9, n. 3, p. 70 – 94, fev. 1989.

_____. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. *Revista Usp*, São Paulo, n. 9, p. 65 – 78, mar. / abr./maio 1991d.

_____; BORDINI, Eliana. A socialização na delinqüência: reincidentes penitenciários em São Paulo. *Cadernos Ceru*, série 2, n. 3, p. 113 – 147, 1991a.

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

BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira. *Capital social:* a família como fator de desempenho escolar. MIMEO. Texto aceito para publicação na Revista da ABEP, 2001.

BARNES, J. A. Redes sociais e processo político. In: FELDMAN-BIANCO, Bela (Org.). *Antropologia das sociedades contemporâneas:* métodos. São Paulo: Global, 1987. P. 159 – 223.

BAUMAN, Zigmunt. *O mal estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BERGER, Peter. *Perspectivas sociológicas*, 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1973.

_____; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade.* Petrópolis: Vozes, 2002.

BOLÍVAR O., Lígia. Comentários sobre Rodley. In: MENDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, violência e injustiça:* o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 57 – 64.

BOURDIEU, Pierre. *Coisas ditas.* São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *Razones prácticas:* sobre la teoría de la acción. Barcelona: Anagrama, 1997.

_____. Estruturas sociais e estruturas mentais. *Teoria e Educação*, Porto Alegre, n. 3, p. 113 – 119, 1991.

_____. *Le sens pratique.* Paris: Minuit, 1980.

_____. *Meditações pascalianas.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. O capital social – notas provisórias. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio. *Pierre Bourdieu: escritos de educação.* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. P. 65 – 70.

_____. Os três estados do capital cultural. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio. *Pierre Bourdieu. escritos de educação.* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. P. 71 – 80.

BRASIL, Lei 9.867, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre a criação e funcionamento das cooperativas sociais, visando a integração social dos cidadãos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11.11.1999.

BRASIL, Lei 7.210, de 13 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13.07.1984.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico.* São Paulo: Martin Claret, 2003.

FAESP. Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário. *Folheto de divulgação.* Porto Alegre, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, Rio de Janeiro: Nau, 1999.

_____. *Ditos e escritos IV:* estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões, 14. ed., Petrópolis: Vozes, 1996.

FREITAS, Wagner C. *Espaço Urbano e Criminalidade:* Lições da Escola de Chicago. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade.* São Paulo: Martins Fontes, 1989.

_____. *Em defesa da sociologia:* ensaios, interpretações e tréplicas. São Paulo: Ed. UNESP, 2001.

_____. *Política, sociologia e teoria social:* encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: UNESP, 1998.

_____. *Sociología.* Madrid: Alianza, 1994.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HASSEN, Maria de Nazareth Agra. *O trabalho e os dias:* ensaio antropológico sobre trabalho, crime e prisão. Porto Alegre: Tomo Editorial, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. Violência e criminalidade no Brasil. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária,* Brasília, v. 1, n. 5, p. 17 – 22, jan. / jun. 1995.

LEMGRUBER, Julita. Pena alternativa: cortando a verba da pós-graduação no crime. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Org.). *Cidadania e violência.* Rio de Janeiro: Ed. UFRJ: Ed. FGV, 1996.

MADEIRA, Lígia Mori. O retorno da cidade como objeto da sociologia do crime. Resenha bibliográfica. *Sociologias,* Porto Alegre, ano 5, n. 9, p. 370 – 377, jan./ jul. 2003.

NOGUEIRA, Maria Alice; NOGUEIRA, Cláudio Marques Martins. A sociologia da educação de Pierre Bourdieu. *Educação & Sociedade*, Campinas, ano 23, n. 78, p. 15 – 36, abr. 2002.

PIAGET, Jean. *O julgamento moral na criança.* São Paulo: Mestre Jou, 1977.

_____; INHELDER, Bärbel. *A psicologia da criança.* São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Introdução: O estado de direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MENDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, violência e injustiça:* o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000. pp. 11-30.

RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime:* a ordem pelo avesso, 3. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório Azul:* 2001/2002. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2002.

RODLEY, Nigel. Tortura e condições de detenção na América Latina. In: MENDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, violência e injustiça:* O não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000. pp. 39-56.

RODRIGUES, Gilse. *Negociando crenças:* um estudo antropológico sobre conversão religiosa em uma penitenciária feminina. Porto Alegre: UFRGS, PPGAS, 2002.

SANTOS, José Vicente Tavares do. A violência na escola: conflitualidade social e ações civilizatórias. *Educação e Pesquisa,* São Paulo, v. 27, n.1, pp. 105-122, 2001.

_____. Microfísica da violência, uma questão social mundial. *Ciência e Cultura.* ano 54, n. 1, p. 22 – 24, jul. / ago. / set., 2002a.

_____. Violências, América Latina: a disseminação de formas de violência e os estudos sobre conflitualidades. *Sociologias,* Porto Alegre, ano 4, n. 8, jul./ dez., 2002b.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente.* Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZALUAR, Alba. *Condomínio do diabo.* Rio de Janeiro: Revan, 1994.

Responsabilidade penal juvenil: problematizações para a interface psi-jurídica

Maria Cristina Gonçalves Vicentin

Psicóloga, professora da Faculdade de Psicologia da PUC-SP, pesquisadora da temática do adolescente em conflito em lei, membro da Oficina de Idéias (empresa de consultoria em políticas públicas e promoção dos direito das crianças e adolescentes).

Sumário: 1. Uma tomada de posição para pensar a interface psi-jurídica – 2. O contexto brasileiro em torno da temática da responsabilidade penal do adolescente e suas implicações para o campo *psi* – 3. A questão da responsabilidade: uma perspectiva histórica – 4. Algumas problematizacões em torno da interface responsabilidade penal e transtorno mental – Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho pretende identificar alguns campos problemáticos no tocante à conceituação da responsabilidade penal juvenil no âmbito do paradigma da "proteção integral". Para tanto: a) discute as relações históricas entre o campo psi e o jurídico, especialmente por meio do surgimento da noção de periculosidade; b) levanta a hipótese da crescente utilização do aparato psi na gestão da delinqüência juvenil e discute as implicações da "patologização" do conflito com a lei; c) sugere um roteiro de questões na interface da responsabilidade penal e do transtorno mental que exigem um esforço de pesquisa e de aprofundamento numa perspectiva necessariamente transdiciplinar.

Palavras-chave: Adolescente em conflito em lei – Responsabilidade penal – Periculosidade – Transtorno mental – Psiquiatrização.

1. Uma tomada de posição para pensar a interface psi-jurídica

Quando nos propomos a pensar nas fronteiras de dois corpos de saberes, o psi e o jurídico, é importante esclarecermos a forma como pensamos a articulação entre saberes e desses com seus objetos. Partilhamos da idéia de que as ciências, assim como todas as invenções humanas, são modos históricos de proposição e de gestão das formas de viver; isto é, não são verdades em si, mas participam do jogo político de construção de sentido e de verdade.[1]

Os conhecimentos ou saberes não são leituras mais ou menos fiéis de seus objetos, mas, sim, dispositivos que são produto e produtores de realidade. São construções sempre parciais e porque não são neutras, nem absolutas, temos um enorme campo de responsabilidade e de poder.

Desse modo, não pretendemos falar desde uma Psicologia Judiciária ou Forense:[2] corpo discreto de saber com seu objeto, o "homem delinqüente", capaz de emitir juízo sobre seu comportamento (como os laudos e considerações sobre a periculosidade e, portanto sobre as possibilidades de "reintegração social").

Inúmeros estudiosos já fizeram a análise crítica da função social que um desses mais "acabados" encontros do psi com o jurídico – a antropologia criminal ou a criminologia positiva – cumpriu e vem cumprindo em nossa sociedade. Relembremos algumas dessas críticas: a) a atribuição à criminologia da tarefa de determinar as "causas do delito", provoca a ilusão de que o sistema penal nutre-se

1. Aprendemos com Foucault (1977, 1988a) que todo saber é constituído numa trama social que envolve relações de poder – enquanto forças – que possibilitam sua constituição e consolidação. Os saberes, por sua vez, produzem efeitos de verdade, ou seja, instauram um lugar de verdade a partir do qual novos objetos se constituem e alteram a trama do real.

2. O que chamo de psicologia judiciária é o efeito da relação das ciências *psi* com o campo jurídico que resultou na emergência de uma nova tipologia criminal e terminológica. Não, pois, um objeto "natural" da ciência criminológica, mas novas formações discursivas que inauguram um campo epistemológico específico e voltado para um determinado corpo e determinada subjetividade. (Hoenisch, J. C. "*Exame criminológico: um saber possível?*").

de forma natural da seleção de criminalizados e sustenta explicações sociológicas ou psico-sociais que desconsideram a operatividade real do sistema penal e desembocam sempre numa "clínica criminológica" pela via da patologia psíquica ou social (Zaffaroni, 1993)[3]; b) No Brasil, a criminologia, em sua constituição, cumpriu a função de "tratar desigualmente os desiguais", como formula Alvarez (1996), não estendendo a igualdade de tratamento jurídico-penal para o conjunto da população. Segundo esse autor, no governo republicano, as elites manifestam grande desconfiança diante da possibilidade de a maior parte da população contribuir positivamente para a construção da nova ordem política e social. A criminologia, como conhecimento voltado para a compreensão do homem criminoso e para o estabelecimento de uma política científica de combate à criminalidade, será vista como um instrumento essencial para a viabilização dos mecanismos de controle social necessários à contenção da criminalidade local e como resposta à inquietação das elites em face da presença da pobreza urbana nas principais metrópoles do país. A introdução da criminologia no país representava a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, de implementar estratégias específicas de controle social e de estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população, uma vez que, para os criminologistas, a igualdade jurídica não poderia ser aplicada aqui tendo em vista as particularidades históricas, raciais e sociais do país.[4] Como um saber

3. Como nos sugere E. Zaffaroni (1991, 1993), com demasiada freqüência o sistema penal lança sua rede sobre aqueles que são os "bons candidatos para a criminalização": os mais vulneráveis socialmente, mas também psiquicamente, porque houve um processo prévio de condicionamento, de geração desta vulnerabilidade psíquica. A seletividade do sistema penal brasileiro já encontra alguns estudos: trabalhos como os de Lima (1989) que estudou as práticas policiais no Rio de Janeiro em sua relação com os dispositivos processuais penais e os de Adorno (1995) que pesquisou a discriminação racial na justiça criminal em São Paulo, entre outros, têm indicado como a cultura jurídica nacional, apesar de formalmente igualitária, está efetivamente baseada na atribuição de graus diferenciados de cidadania a setores distintos da população (Alvarez, 1996).

4. Um dos mais importantes adeptos de Lombroso no Brasil, o médico Nina Rodrigues – em seu ensaio As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil, publicado pela primeira vez

normalizador, capaz de identificar, qualificar e hierarquizar os fatores naturais, sociais e individuais envolvidos na gênese do crime e na evolução da criminalidade, a criminologia poderia transpor as dificuldades que as doutrinas clássicas de direito penal, baseadas na igualdade ao menos formal dos indivíduos, não conseguiam enfrentar, ao estabelecer ainda os dispositivos jurídico-penais condizentes com as condições tipicamente nacionais.[5]

Feito esse breve parênteses para nos lembramos da não neutralidade da ciência, penso que o melhor modo de nos posicionarmos é assumindo nossa implicação, isto é, adotando um posicionamento ético: decidindo não pela "melhor" teoria ou a melhor verdade científica para tal tipo de problema, mas com base nos efeitos existenciais concretos que pô-las em ação produz. Se à ciência cabe inventar mundos e fundar realidades, que se faça isso desde um crivo ético-político.

Com isto não quero dizer que os profissionais da psicologia não tenham formulações relevantes sobre a relação do sujeito com a lei ou como um sujeito faz laço social atravessado necessariamente pelo campo jurídico. Penso, como J. Dóbon (2001), que a trama de discursos do contemporâneo que produz processos de subjetivação tem como triplo enredamento os planos do jurídico, do biológico e do psíquico. A questão é que não podemos tomar o campo psi-jurídico como um campo "discreto", com seu objeto relativo à subjetividade delinqüente, mas tomar esse campo como engendrado por forças e contornos históricos-sociais e que é também produtor de subjetividade.

Penso que o campo psi-jurídico não deva ser visto como campo formalizado de saber e sim compreendido como um campo transdiciplinar, como "en-

em 1894 – expõe as principais conseqüências, no campo jurídico-penal, que poderiam ser deduzidas da aplicação rigorosa das idéias da antropologia criminal à realidade nacional. Se as características raciais locais influíam na gênese dos crimes e na evolução específica da criminalidade no país, conseqüentemente toda a legislação penal deveria adaptar-se às condições nacionais, sobretudo no que diz respeito à diversidade racial da população (Alvarez, 1996; Rauter, 2003).

5. Mulheres, menores e loucos, ou seja, aqueles que não se enquadravam plenamente na nova ordem contratual e que necessitariam de um tratamento jurídico diferenciado, serão alvos constantes das preocupações dos criminologistas (Alvarez, 1996).

contro e produção de efeitos de entrecruzamento entre duas práticas de discursos diferentes, entre regimes de saberes diferentes" (Dóbon, 2001, p. 43). Trata-se de pensar então não numa disciplina ou numa nova totalização de saberes resultantes da combinação psi-jurídico, mas em possíveis conexões locais, intercessões e também dissensos ou conflitos nesse campo.[6] Assim, preferimos adotar uma estratégia que privilegia exatamente a fronteira e não a totalização ou a integração entre esses saberes. Como nos alerta Ana Fernández (2002): "quando um sistema teórico se totaliza, ou sofre um processo de banalização ao ser 'aplicado'a outros campos disciplinares ou opera reducionismos injustificáveis sobre o campo em questão. Mas, ao contrário, se se criam condições para sua des-totalização, ao trabalhar seus conceitos local e não globalmente, estes voltam a adquirir a polivalência teórica imprescindível para produzir novas noções, para pensar articulações até agora invisíveis; questionar suas certezas, pensar aquilo que havia ficado como impensável "(p. 23).

No entanto, não podemos ficar apenas num plano teórico da crítica, mas precisamos aplicar a dimensão crítica e o exercício transdisciplinar à realidade latino-americana. Como nos alerta Zaffaroni (1993), chamando a atenção para a especificidade latino-americana: "se não exercitamos uma criminologia crítica, estamos sempre correndo o risco de construir discursos legitimadores de uma realidade genocida" (p. 68).

Assim, compartilhamos de sua posição (e de um conjunto de militantes e estudiosos desta temática em nosso país) em definir a criminologia como "um conjunto de conhecimentos provenientes de muitos diversos campos de saber, necessários para a implementação de táticas orientadas estrategicamente à reali-

6. A parcialização do conhecimento impediu perceber a relação entre conjuntos de fenômenos, produzindo diversos reducionismos. A superação desses reducionismos tem sido buscada pela abordagem inter ou multidisciplinar, com evidentes riscos. Por exemplo: A ótica disciplinar tende a definir-se como campo dado a priori, com seus próprios mecanismos de verificação, valoração e marco ético. O multidisciplinar impõe a estruturação (ou a pretensão de integracão) de diversas disciplinas, com o risco de reeditar a perspectiva linear em suas conclusões ou de partir da idéia de uma abordagem total quando não totalizante de um problema já dado. (Fernández, 2002)

zação dos Direitos Humanos ou a redução de suas violações na operatividade real dos sistemas penais" (Zaffaroni, 1993, p. 71).[7] Desde essa perspectiva crítica, a tarefa de uma criminologia é a desenvolver um saber que permita ajudar as pessoas a diminuir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal.

2. O contexto brasileiro em torno da temática da responsabilidade penal do adolescente e suas implicações para o campo *psi*

Tomando essa direção de saberes comprometidos com a consolidação dos Direitos Humanos, é importante lembrarmos que o paradigma da proteção integral (e sua implementação legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) encontra-se em plena consolidação em nosso país, e, em alguns âmbitos, como o do jovem em conflito com a lei, enfrenta maiores desafios nessa implementação.

Não vamos historiar aqui o recente debate em torno das propostas de redução da idade penal que certamente seriam interessantes para analisarmos essa interface psi/jurídica, até porque algumas dessas proposições buscaram um argumento bio-psicológico (na linha da idade cientificamente comprovada da discernibilidade moral) e foram amplamente questionadas por vários especialistas psi que sustentaram que a definição da idade de responsabilidade penal é um recorte ético-político-cultural e não bio-psicológico (Oliveira, 2001; Teixeira e Vicentin, 2001).

Vamos enveredar por outra questão que coloca de forma mais direta a tematização da responsabilidade psíquica para argüir/modificar a responsabilidade penal/jurídica. Refiro-me à via que vem recentemente articulando o campo

7. O autor entende que na América Latina as violações aos direitos humanos são tão grosseiras que pelo menos, no momento, proporcionam pautas suficientemente orientadoras do sentido imediato da transformação: a) nos oferece pautas para estabelecer em que medida a operatividade do sistema fere esses direitos e b) qual a estratégia em direção a qual devemos orientar as táticas que o saber transformador nos faça disponíveis. (1993).

do transtorno mental e o saber psiquiátrico à gestão da delinqüência juvenil e sustentando na argumentação "psíquica" modificações no ECA na direção de um maior rigor no tempo da aplicação das medidas e na proposição do tipo de medida (não apenas socioeducativa, mas de segurança).

Reaparece como contraponto ao paradigma do ECA a figura da periculosidade, do transtorno de personalidade anti-social, da medida de segurança e dos exames médico-psiquiátricos como via de gestão do ato infracional na juventude.

Temos realizado uma pesquisa nessa interface do transtorno mental e do adolescente em conflito com a lei e, ainda que não a tenhamos concluído, é possível levantar uma hipótese inicial de que estamos frente a uma "psiquiatrização" dos infratores.[8]

Castel (1978) e Foucault (1988a) formularam como *medicalização* a operação pela qual a medicina, constituída como psiquiatria (no início do séc XIX), possibilitou a administração de um problema social, a loucura, provendo um novo tipo de gestão técnica dos antagonismos sociais: administrando a loucura, no sentido de reduzir ativamente toda sua existência, toda sua realidade, às condições de sua gestão em um quadro técnico.[9] O que estamos chamando de psiquiatrização na gestão da juventude em conflito com a lei é a predominância do argumento e da prática "psi" na gestão das problematizações e dos conflitos que setores da juventude vêm colocando ao campo social.[10]

8. Trata-se da pesquisa-doutor: "A interface psi-jurídica: o caso dos adolescentes autores de ato infracional e portadores de transtorno mental", financiada pela Comissão de Ensino e Pesquisa da PUC-SP, em desenvolvimento no período de agosto-2003 a junho-2004. A pesquisa conta com a imprescindível colaboração do Departamento de Execução (das medidas socioeducativas) da Infância e Juventude (DEIJ) de São Paulo, em seus diferentes setores: Judiciário, Ministério Público e Procuradoria de Assistência Judiciária e Equipes Técnicas, e da FEBEM-SP.

9. Na nova ordem burguesa, o louco colocou vários problemas: insensato, não é sujeito de direitos; irresponsável, não pode ser objeto de sanções; incapaz de trabalhar ou de servir, não entra no circuito regulado pelas trocas. Núcleo de desordem, porém, deve ser reprimido segundo um outro sistema de punições do qual a nascente medicina mental se encarregará (Foucault, 1988a).

10. É importante lembrar que essa via não é a única via de controle: persistem os maus-tratos e até as torturas, enfim, as modalidades repressivas, como atestam os relatórios da Anistia Interna-

Vejamos os sinais dessa psiquiatrização:

A) Algumas proposições de alterações no ECA (na Câmara Federal ou vindas de setores do sistema de justiça) centradas no argumento do transtorno mental e da periculosidade. Cito como exemplo o Projeto de Lei do Deputado Federal Vicente Cascione (novembro/2003): "A prática de atos infracionais graves ou de excepcional gravidade, por parte de um adolescente, revela, na grande maioria dos casos, um *estado de periculosidade* fruto de alteração, distorção ou deformação da personalidade ou do caráter, motivadas por inúmeros fatores incidentes sobre determinadas pessoas na sua fase de formação e desenvolvimento. (...)O fato é que, se de um lado existe possibilidade de corrigir, tratar, reeducar e reformar um grande contingente de jovens infratores, de outro lado a realidade revela que muitos adolescentes atingem um acentuado nível de degeneração de comportamento e são praticamente refratários aos processos terapêuticos e socioeducativos. (...).[11]" E apresenta, entre outras, as seguintes recomendações:

"– Aumento do período de internação nos casos de criminalidade violenta e reiteração de atos infracionais, a fim de atender à proporcionalidade entre a conduta, a reprimenda e o tratamento sócio-educativo;

– Previsão de *obrigatória separação para os infratores considerados psicopatas ou portadores de graves desvios de personalidade, considerados de difícil ou impossível recuperação, a serem avaliados periodicamente, por equipe multidisciplinar* (não se trata, aqui, de adotar o critério biopsicológico, mas de individualizar

cional e inúmeras denúncias do Ministério Público e de entidades de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.

11. O projeto propõe ainda que: "nos casos graves de periculosidade, (não apenas a periculosidade presumida em razão de o autor do ato infracional sofrer de doença mental, ou da dependência absoluta de droga, mas também aquela que se revela e se exterioriza em gravíssima conduta antisocial, v.g. a prática de fatos tipificados na lei penal como crimes hediondos) é preciso que o jovem infrator seja submetido a uma medida privativa de liberdade, para sujeitar-se às providências terapêuticas e socioeducativas, retirado do convívio social, até ser constatada a cessação de sua periculosidade ou que esta diminuiu progressivamente até um nível que permita ao agente ser transferido para o regime de semiliberdade ou liberdade assistida.

apenas a execução do tratamento e da reprimenda àqueles que colocam em risco a recuperação dos demais);

– Previsão de *medida de segurança no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente*, inclusive com a especificação do local adequado para o seu cumprimento (hospital de custódia e psiquiátrico) e da avaliação periódica por equipe multidisciplinar" (grifos meus).

B) O crescente encaminhamento de adolescentes cumprindo medida socioeducativa para perícias psiquiátricas visando aferição do grau de periculosidade e de diagnóstico de transtorno mental (principalmente o de personalidade anti-social), bem como a crescente solicitação de providências de tratamento especializado aos órgãos competentes (Secretaria de Estado da Saúde). A presença de um contingente de jovens com diagnósticos diversos de transtorno mental e sem o devido tratamento especializado levou o Ministério Público do Departamento de Execução (das medidas socioeducativas) da Infância e Juventude (DEIJ) de São Paulo a instaurar processo administrativo (1999) e o Poder Judiciário desse mesmo Departamento a abrir sindicância para "apuração de irregularidades no sistema de atendimento de adolescentes portadores de transtorno mental" (2002), convocando inúmeras audiências com diversas Secretarias do Estado e do município para acordar e encaminhar providências para formulação de políticas nesse âmbito. A discussão desse tema no âmbito do poder judiciário em São Paulo resultou em documento sugerindo mudanças na legislação vigente, centrada na proposta de "medida de segurança, com clara regulamentação direcionada a infratores que não dispõem de recursos internos para assimilação de um processo de ressocialização, como, por exemplo, os portadores de traços de personalidade anti-social, aferida mediante perícia médico-psiquiátrica e testes projetivos de personalidade (...) a ser cumprida em estabelecimentos psiquiátricos destinados a adolescentes infratores, com tratamento adequado a cada caso". O documento sugere ainda que o contingente de "adolescentes infratores perigosos representa hoje cerca de 5% do total de adolescentes interna-

dos".[12] Cabe assinalar que essa utilização do recurso psiquiátrico é identificada também em outros Estados. No Rio de Janeiro, pesquisa desenvolvida na FIOCRUZ por Ana Lúcia Seabra Bentes (1999), psiquiatra da Unidade Hospitalar Vicente Rezende (UHVR), única instituição pública com internação psiquiátrica para menores de 18 anos do estado do Rio de Janeiro, estudou o perfil da criança e do adolescente lá internado entre os anos de 1994 e 1997. A pesquisa verificou um número cada vez maior de internações por Mandado Judicial (MJ), que passaram de 7% em 1994, para 33,3% em 1997, chegando a constituir um terço das admissões de primeira vez (primeiras internações das crianças e adolescentes na UHVR) no último ano pesquisado. A pesquisadora buscou também identificar semelhanças e diferenças nos encaminhamentos por via judicial (MJ) comparativamente aos sem mandato judicial (SMJ) e dentre os principais resultados encontrou:

- Que os de MJ permanecem mais tempo internados do que os pacientes habituais, pois por vezes a equipe técnica não pode interferir em sua saída do hospital (tempo médio de permanência é de 36,5 dias para os internados através de MJ, o que é o dobro do tempo para os demais, em torno de 18,8 dias);
- Apenas a minoria deles foi diagnosticada como psicótica pelos profissionais da UHVR. Aproximadamente dois terços dos SMJ está no grupo "psicóticos", contra somente um terço dos internados por MJ. No grupo "não psicóticos" encontra-se 30% dos pacientes SMJ e 60% dos com MJ.Tal fato já contra-indicaria muitas internações psiquiátricas desses pacientes, pois a UHVR se diz voltada apenas para o atendimento, em regime de internação, de *psicóticos em surto*;
- Os encaminhamentos judiciais oriundos da 2.ª Vara da Infância e da Juventude (2.ª VIJ) que é a responsável pelos encaminhamentos de adolescentes

12. "Mudanças na legislação vigente sugeridas pelos juízes do Foro da infância e Juventude da Capital", mimeo, novembro de 2003.

a quem se atribui ato infracional, recebem, quando de suas internações na UHVR, um diagnóstico que é quase exclusivamente pertencente ao grupo de "Distúrbio de Comportamento" (42,9%), atribuído em freqüência vinte vezes superior à encontrada, em nosso levantamento, na população encaminhada por familiares (SMJ). Tal discrepância se deve, entre outros aspectos à inclusão de categorias sócio-jurídicas e não clínicas como: *roubo, destruição grave de propriedades, fugas de casa, "níveis excessivos" de brigas ou intimidação* nos exemplos nos quais o diagnóstico está baseado, justapondo a definição de ato infracional e de Distúrbio de Comportamento.[13]

C) A crescente utilização de medidas protetivas aplicadas conjuntamente com as medidas socioeducativas, sugerindo uma diversidade de procedimentos terapêuticos (psicoterapias) e a também crescente ampliação da oferta de vagas em psicoterapia, por meio de convênios da Febem com diferentes faculdades e clínicas-escola.

Não estamos desconsiderando que o campo de intervenção na subjetividade e das ações psicoterapêuticas não seja um campo importante e fértil para os processos socioeducativos de adolescentes infratores, nem pretendemos questionar a valoração diagnóstica dos transtornos mentais e sua relevância para a formulação de projetos terapêuticos e socioeducativos. Muito menos pensamos que a complexidade das questões que afetam hoje a juventude possam prescindir das proposições e implementação de ações no campo da saúde mental (reconhecemos a lacuna existente e temos trabalhado, ao contrário, para a efetivação de políticas de saúde que considerem a singularidade da juventude). Estamos chamando a atenção para o risco de uma "psiquiatrização estigmatizante" de possíveis situações que podem encobrir ou desconsiderar as múltiplas causalidades em jogo,

13. A autora adverte ainda que deve ser assinalada a divergência das expectativas entre as Instituições Jurídicas e a UHVR quanto à função da internação psiquiátrica. Para a Unidade, a proposta é de uma intervenção breve, sempre que possível, e voltada para os psicóticos. Para o MM. Juiz (refere-se ao Juiz entrevistado) a proposta é da *Pena com Tratamento*, imposta tanto à UHVR quanto ao paciente e destinada a crianças e adolescentes que apresentem *problemas de conduta.*

impedindo a leitura dos fenômenos sociais de exclusão e de vulnerabilidade social que lhe são também determinantes.

A preocupação com essa interface é de enorme relevância, a nosso ver, menos pelo seu caráter numérico ou quantitativo (são poucos os jovens que reúnem esta dupla contingência), mas porque consideramos esta confluência paradigmática e estratégica para pensarmos a tematização da responsabilidade do adolescente e as diretrizes para a definição de políticas públicas.

3. A questão da responsabilidade: uma perspectiva histórica

Certamente há importantes distinções a considerar na conceituação de responsabilidade nos planos jurídico e no psíquico. Do mesmo modo, na discussão entre culpabilidade e responsabilidade.[14] Não pretendemos enveredar nesse momento por essa complexa temática, o que não quer dizer que não reconheçamos a importância e até urgência de sua discussão, principalmente no campo da infância e juventude. Como nos alerta Brunöl (2001), é fundamental que o direito penal dos adolescentes seja regido pelo princípio da culpabilidade, como passo necessário para construção de sistemas penais mínimos, racionais e democráticos. Para isso, é necessária "uma reflexão política criminal e dogmática profunda que satisfaça o problema do conteúdo da culpabilidade adolescente, estabelecendo a inaplicabilidade das sanções penais dos adultos a crianças e adolescentes e respondendo às condições necessárias que justificam a sanção penal de adolescentes porque lhe era exigido outra conduta" (pp. 74-75).

No entanto, dado o contexto acima colocado, em que a psiquiatria vem compondo novas alianças com o campo jurídico, é importante que façamos duas

14. As contribuições da psicanálise nessa discussão trazem enormes conseqüências ao distinguir a implicação subjetiva no ato (responsabilidade) da sanção jurídica. Para a psicanálise, a responsabilidade como solução de compromisso entre o sujeito e seu desejo é o oposto da culpa.

rápidas passagens, para dimensionar historicamente a relação da psiquiatria com a justiça e para focalizar especialmente como foi tematizada a responsabilidade:

- entender como a noção de responsabilidade foi historicamente encoberta pela de periculosidade;

- entender como o campo jurídico foi recoberto pela idéia da normatização.

A promessa da capacidade de diagnosticar a periculosidade de um sujeito colocou a psiquiatria no centro da gestão de diversos problemas sociais, de onde a definição da periculosidade sempre foi um problema de ordem pública e não da natureza do sofrimento psíquico. E, de onde, para muitos estudiosos, a psiquiatria ganhou institucionalidade no campo da higiene pública e de um saber-poder ligado à prevenção e à precaução no interior da sociedade.

Exemplo que nos ajuda a ver com muita clareza o encargo de controle social de que a psiquiatria se investe é o problema da "loucura moral", dos doentes morais ou da linhagem que vai derivar na psicopatia ou nos transtornos de personalidade anti-social e que teve seu início na formulação da monomania (1835).[15]

Momento paradigmático, proto-história da psiquiatria criminal segundo Foucault (2001, 2004), a enunciação da loucura moral explicaria essas estranhas figuras – que cometiam crimes graves, cruéis, sem razão aparente, sem interesse, e também sem perturbação intelectual, sem delírio... A dificuldade de responsabilizar e de julgar alguém a quem não se podia atribuir alguma racionalidade ao delito e a quem não se podia atribuir o diagnóstico de demência, colocou questões para o aparelho de punir. A psiquiatria respondeu a esse problema com a construção da "coerção interior, patologia da vontade, patologia moral".

O que a temática dos doentes morais vem abrir é uma extensão dos domínios da psiquiatria, uma ampliação da gestão dos problemas sociais pela via da medicalização, agora para além da loucura desarrazoada, incidindo no campo da

15. Sobre essa questão da monomania e da loucura moral, ver o interessante dossiê de Pierre-Riviere, organizado por Foucault (1988b), sobre o camponês que, em 1833, degolou sua mãe, sua irmã e seu irmão e cujo julgamento enseja uma interessante aliança entre psiquiatria e justiça.

"vontade". A psiquiatria se comporá com a justiça para a "inspeção da conduta moral" e as perícias psiquiátricas tornar-se-ão uma prática amplamente aceita nos processos judiciários.

Se o séc. XIX buscou delimitar claramente quem era louco e quem era criminoso e diferenciar o terreno da justiça do terreno da medicina, a loucura moral (insanos morais, semiloucos, fronteiriços, personalidades psicopáticas, etc.) vai embaralhar estes territórios e construir um continuum psiquiátrico-normativo ou psiquiátrico-jurídico que permitirá interrogar qualquer grau da escala penal.

A partir do encontro da loucura com o crime, teremos uma substancial modificação da responsabilidade penal, ocorrendo um progressivo deslocamento desta noção de responsabilidade para a de periculosidade, até hoje tão em voga nos meios jurídicos e psiquiátricos forenses.[16]

Como já nos indicara Foucault (2001) em seus estudos sobre o exame psiquiátrico em matéria penal, desde que a criminologia e a antropologia criminal com suas considerações sobre as motivações do crime e sobre os antecedentes infraliminares da penalidade (as doenças, os desvios morais, os desejos, as irregularidades) estabeleceu-se, em torno do autor da infração, uma espécie de região de indiscernibilidade jurídica. Não será mais um sujeito jurídico que os magistrados e os jurados terão diante de si, mas o objeto de uma tecnologia e de um saber de reparação, de readaptação e de correção. Nessa seriação do crime com a 'infrapenalidade' ou o 'parapatológico', constituir-se-á um conjunto de elementos, a propósito dos quais "a responsabilidade não pode mais ser formulada ou nem sequer pode ser formulada, porque, no fim das contas, nos termos dessas descrições, o sujeito fica sendo responsável por tudo e responsável por nada." (p. 26)

16. Em tese, segundo a Criminologia Clínica, seria possível avaliar o "*quantum*" de periculosidade do sujeito em avaliação para determinar seu destino prisional. Na contemporaneidade, a manutenção deste dispositivo está ilustrada na promessa positivista do perito ser capaz de avaliar a "verdadeira personalidade" do detento, para, a partir daí, prever se ocorrerá a reincidência (Hoenisch e Pacheco, 2002).

Essa transformação, bastante visível no final do séc. XVIII e início do XIX, momento em que a "máquina penal não pode mais funcionar apenas com uma lei, uma infração e um autor responsável pelos fatos". E pede ao infrator bem mais: "além do reconhecimento, é preciso uma confissão, uma explicação de si, um esclarecimento daquilo que se é" (Foucault, 2004, p. 2), é o momento em que a relação entre direito e norma também se modifica, compondo aquilo que Foucault chamou de estratégia de *normatização*.

Estamos nos referindo aqui à distinção que Foucault faz entre *ordem da lei* e *ordem da norma*. Na ordem da lei, o tipo de poder operado é essencialmente coercitivo, repressivo e busca extinguir e impedir o indesejável, o ilegal; na ordem na norma, ainda que ela possa incluir o aspecto repressivo, trata-se de uma vontade de controle, regulação e prevenção, que não se satisfaz com a pura abolição do indesejável, mas busca criar, estimular a produção de novas características corporais, sentimentais e sociais (Foucault, 1977; 1988a).

Vimos que, quando os discursos jurídico e o da psiquiatria produziram um pensamento conjunto, seus efeitos foram de ordem classificatória, segregativa e moral (no sentido de estabelecer parâmetros de exclusão e inclusão, como o crivo normal/patológico), portanto, funcionais ao campo social, ao sistema político e jurídico que pretendiam preservar. Vimos que a extensão do psiquiátrico ou do continuum psiquiátrico-jurídico é uma construção do séc. XIX. Mas, atualmente, as formas de composição do pensamento jurídico e psiquiátrico são as mesmas? Mais recentemente, justamente porque a segregação nas instituições rigidamente enclausuradoras mostra-se pouco eficaz em vista da complexidade da problemática do controle social, identifica-se um uso crescente do aparelho médico-psiquiátrico para efeitos de controle e captura social que agora se dirige a noções cada vez mais fluidas: associal, drogados, etc. Que novas funcionalidades estariam assegurando ao campo social? Que efeitos sociais e subjetivos estarão pondo em ação?

Penso que tal como há diferenças na função contemporânea do sistema penal, como nos sugere Wacquant (2001) com sua formulação sobre a

judicializacão e criminalização da pobreza e dos conflitos sociais (como é o caso das políticas de segurança em torno da tolerância zero, criminalização dos protestos sociais, os discursos de prevenção do delito como discursos de controle punitivo-social), devemos nos perguntar se a composição do pensamento jurídico e psiquiátrico hoje não secreta a psiquiatrização de muitos fenômenos de expulsão e exclusão social (com a extensão do conceito de periculosidade nos códigos penais e a suposta eficiência da estatística a serviço da predição de graus de periculosidade).

Não estamos vendo uma psiquiatrização da problemática infracional, com a crescente utilização da categoria de personalidade anti-social como crivo para a desinternação? Ou pior, sugerindo uma via de distinção, de segregação de um campo da juventude, mais perigoso que o outro? Essa medicalização não tem sido a via de oposição ao estabelecido pelo ECA? No momento em que estamos construindo o paradigma do garantismo,[17] a instalação desse continumm não estaria cumprindo uma função de resistência a essa nova ordenação jurídica? Não poderiam estar, como o foi a antropologia criminal, "operando como um contraponto semiclandestino ao valor formal da igualdade perante a lei" (Fry, 2000, p. 213)?

4. Algumas problematizacões em torno da interface responsabilidade penal e transtorno mental

A) Quando falamos de transtornos mentais, como pensar a responsabilidade? Transtorno mental e responsabilidade podem dialogar? Esses dois termos são necessariamente incompatíveis?

17. Segundo Méndez (1998), o "garantismo" remete a uma vertente importante da cultura jurídica italiana que designa o respeito conseqüente dos princípios fundamentais do direito (penal) liberal moderno. Como concepção filosófica, o conceito de garantia pertence à cultura da não discricionariedade e é absolutamente inovador no campo dos temas vinculados à infância.

Historicamente, atribuiu-se ao doente mental a idéia de imprevisibilidade e de incompreensibilidade do seu comportamento, pela via da periculosidade, associando-o então à violência e à agressividade.[18]

Com a reforma psiquiátrica, os pacientes psiquiátricos considerados incapazes e não responsáveis por seus atos, anteriormente tratados de acordo com o modelo de uma tutela completa (internação psiquiátrica) passam a ser atendidos num modelo em que a responsabilidade e a capacidade de cada um são tomadas como questão central da clínica.

A prática contemporânea em saúde mental, especialmente as experiências desenvolvidas na Itália, a partir da Lei 180 (1978) e da Sentença 139 (1982) da Corte Constitucional, permitiu que fosse rompida a vinculação histórica entre periculosidade social e doença mental:

- do lado da clínica, demonstrando como os estereótipos da periculosidade e da incompreensibilidade encobrem ou impedem que a situação de sofrimento seja superada e mostrando que é possível trabalhar e transformar a agressividade, pois todo gesto pode ser compreendido desde que se tome em conta o contexto de relações que o produz;

- do lado dos procedimentos jurídicos, desmontando a lógica de internação automática em manicômio judiciário e abrindo outras possibilidades: a da imputabilidade do doente mental, quando estiver de posse de sua possibilidade de escolha e decisão ou de ser considerado não necessariamente perigoso socialmente, quando considerado incapacitado no momento da infração, podendo ficar sob fiança dos serviços abertos.

- e, mais importante, institui a responsabilidade terapêutica do serviço, uma vez que enquanto cidadão, a saúde é vista como um direito e não uma tutela.

18. Sempre é bom lembrar que "todas as pesquisas feitas com amostras suficientemente vastas indicam que entre os doentes mentais não são presentes porcentagens de infrações violentas – incluindo homicídios –, mais elevada que na população em geral." (Gatti e Traversi, 1979, apud Barros, D., 1994)

Ou seja, boa parte das questões da saúde mental girou na busca de um outro paradigma: como tratar sem segregar, como acolher sem tutelar, como fazer saúde sem virar polícia, mas também como tratar sem desresponsabilizar, como construir trajetórias que interfiram no destino destes sujeitos? Como tratar de sujeitos e não repetir a posição de tutelado, objeto dos desígnios médico-psiquiátricos?

Mas, não bastará problematizar a idéia de responsabilização sem construir as formas de tratamento que permitam construir estes trânsitos. Se já se debate como colocar o louco infrator no campo da reforma psiquiátrica, porque proporíamos para os adolescentes a possibilidade de ala ou hospital próprio, separada de outros, preferencialmente para estes jovens? Por razões de segurança?

B) A psiquiatrização e o paradigma da patologia podem, ao contrário, favorecer a idéia de uma desresponsabilização.

Temos visto dois movimentos que concernem hoje não apenas os jovens infratores, mas a amplos setores da juventude:

- a construção de uma "periculosidade" imputada à juventude, pela associação crescente da juventude com a violência, com sua tematização como problema e a demonização de tudo que pareça rebeldia ou desobediência;
- uma expulsão social ou um genocídio contra juventude, visível no expressivo número de mortes por causas violentas e nos efeitos da violência institucionalizada, violência de Estado, como no caso dos maus-tratos e tortura no sistema Febem e nos agentes da polícia.[19]

É possível pensar que se tratam de duas estratégias de poder que se relacionam, pois como explicar o aumento vertiginoso de morte de jovens (muitos no cumprimento da medida socioeducativa), senão também pela "autorização/ legitimidade" de sua morte por um pressuposto de periculosidade?

19. Refiro-me à vitimização letal que afeta hoje a juventude brasileira: entre 1991 e 2000, a taxa de homicídios para a população em geral cresceu 29%, mas entre os jovens chegou a 48%, o que faz do Brasil o terceiro país em mortes violentas na juventude, atrás da Colômbia e da Costa Rica (Waiselfisz, 2002).

Estratégia de controle social que lança os jovens na posição de "vida nua": a vida que pode ser descartada, pois foi empurrada para fora dos limites do contrato social e da humanidade (Agamben, 2002).

Nesta posição de expulso, de vida nua, o sujeito perde sua visibilidade na vida pública, entra no universo da indiferença. É um sujeito absolutamente determinado: sem possibilidades, sem potência.

A vida nua, a aniquilação do sujeito, nos fala deste lugar onde o jovem está colocado que faz minimizada ao máximo a possibilidade de fazer algo que supere as circunstâncias em que está colocado. Trata-se de um modo de exercício de poder que despoja o sujeito da possibilidade de decisão e também de qualquer dimensão de responsabilidade.

Ainda que possamos pensar que a convocação da psiquiatria não opere mecanismos de expulsão social, mas pretenda a inclusão também de um tratamento clínico da questão, seria o caso de indagarmos se, pela via do Transtorno de Personalidade Anti-social (TPAS), é possível atribuirmos responsabilidade. O TPAS propõe pensar o jovem no paradigma de uma patologia "quase incurável". A colocação do sujeito como portador de 'transtorno de personalidade' dificulta que ele se reconheça com suas determinações inconscientes e sócio-históricas e impede que ele demande, que ele apele ao campo social, que faça laço social, porque ele está numa posição absolutamente objetificada.

A pregnância imaginária da miséria (inclusive a psíquica), a distância dos sujeitos em relação aos ideais da cultura nem sempre permite ouvir o que pode um sujeito. Devemos apelar à responsabilidade do sujeito. É preciso dar lugar àquilo que o sujeito sabe de si mesmo e ao que desconhece, mas que produz efeitos, mesmo o da repetição, que o conduz novamente ao lugar onde ele fracassa, mas onde lhe é possível, também, fazer algo diferente.

C) É importante restabelecer a idéia de conflito para convocar a responsabilidade; pensar o jovem infrator no paradigma do conflito e não no da patologia.

Não é também porque "subjetivamos os conflitos"; porque "psicologizamos os problemas sociais", porque retiramos os conflitos e os dissensos de sua arena pública que vemos hoje comparecer "cada vez mais violência" ou "cada vez mais patologia?".[20]

O principal desafio para o campo psi é como operar desde uma posição que reconheça as determinações estruturais, sem congelar o sujeito num lugar de vítima impotente ou de expulso a priori e como dar lugar a que emerja a dimensão da responsabilidade subjetiva sem que ele pague um preço que não é dele: o peso de seu lugar na estrutura social.

O gesto infrator, como aprendemos com Basaglia, com Foucault, com aqueles que trabalharam para o desmonte das "instituições da violência", deve ser lido e pensado no interior da relação com a norma. Na perspectiva de uma não patologização, as ciências psi também têm construído aportes teóricos que pensam a temática do envolvimento do jovem com a violência, na interface da subjetividade e do modo sócio-histórico em que estão sendo constituídos. Outras vias de análise dos processos que incidem sobre a juventude infratora têm permitido identificar nesses jovens um enorme empreendimento de subjetivação (Oliveira, 2001; Vicentin, 2002; Rosa, 2004).

Oliveira (2001) propõe pensar o ato infracional como uma *recusa recíproca* de integração:

– a marginalização que a sociedade dirige à juventude de periferia se faz acompanhar de uma recusa destes jovens aos parâmetros socialmente aceitos;

– diante da recusa de reconhecimento simbólico desses jovens, frente à indiferença a que estão submetidos, o adolescente busca de forma exacerbada um atalho de reconhecimento e de autonomia: o delito. (Oliveira, 2001)

Outros estudos (Rosa, 2004) têm trabalhado com a hipótese de que os enunciados do imaginário social atual sobre o adolescente desresponsabilizam

20. Sobre isso, ver G. Diógenes "Gangues e polícia: campos de enfrentamento e estratégias de diferenciação". Em: Pereira, C e outros. *Linguagens da violência*, Rio de janeiro, Rocco, 2000.

a estrutura social como favorecedora do modo de subjetivação do jovem. Concomitantemente ao modelo econômico neoliberal, teríamos um "desamparo discursivo", caracterizado pela fragilização das estruturas discursivas que sustentam o vínculo social (e que regem a circulação dos valores, ideais, tradições de uma cultura).

Assim, não seria a patologia ou rebeldia do adolescente que promoveriam os conflitos com a sociedade: é a perda de um lugar de pertinência e dos ideais coletivos que produzem um rompimento ou fragilização dos laços sociais e a conseqüente desorganização subjetiva que pode também expressar-se como violência. Isso coloca a responsabilidade social no campo de análise dessa problemática.

Antes que façamos uma rápida adesão aos diagnósticos de TPAS, talvez devamos seguir incentivando os estudos e pesquisas que nos permitam entender como se constrói o aumento da criminalidade violenta e precisemos relembrar que a crueldade tem seus modos de produção, que não são uma natureza humana.

D) É possível pensar a interface jurídico-psi, de outra forma, sem cairmos numa Antropologia criminal ou numa psicologia forense?

O ECA, este direito especial da infância e da juventude, calcado na diferença da criança em relação ao adulto, propõe um diálogo entre o direito e o campo psi completamente diferenciado da relação até então estabelecida entre estes campos, relação predominantemente de aliança para o controle social destes emergentes indesejáveis, os desviantes.

O princípio colocado pela Constituição Federal (e traduzido pelo ECA) reconhece a condição peculiar de crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento: "a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta, os quais obrigam a conformação de um sistema especial de proteção de seus direitos: (...) pela positivação de direitos fundamentais específicos de crianças e adolescentes e pela estruturação especial dos direitos fundamentais destes cidadãos peculiares" (Machado, 2002, p.393). Direito específico, ele obriga o mundo adulto a assegurar as condições para que as crianças e adolescentes cresçam e se desenvolvam.

Ora, isto coloca questões de natureza ética para o campo do direito absolutamente singulares, na medida também em que os processos de subjetivação (ser e conviver) passam a ser âmbitos de "jurisdição". O que estamos chamando de questões de natureza ética para o direito? Foucault formulou num certo momento de sua obra a idéia de um "direito novo", apontando para a valorização das possibilidades concretas de certos saberes e de certas práticas do direito constituírem um direito liberado simultaneamente da soberania e da normalização, um direito que resistisse ao poder normalizador e ao poder repressivo. Esta idéia de um "direito novo" foi identificada por Fonseca (2002) na obra de Foucault como sendo relativa às discussões em torno da ética, da valorização de atitudes que expressam uma forma de resistência dos indivíduos em ser "governados", na possibilidade de uma "atitude crítica", entendida como o "movimento pelo qual o sujeito se dá o direito de interrogar a verdade sobre seus efeitos de poder e (interrogar) o poder sobre seus discursos de verdade", constituindo então uma forma "ética" do direito.

Como avançar na construção de um direito para as crianças e adolescentes que respeite seus modos peculiares de ser? O campo da infância e da juventude não nos convida a re-posicionar a fronteira entre subjetividade e direito, pois somos levados na radicalidade a ter que pensar uma forma "ética" do direito, na medida em que se pretende construir um direito que acompanhe a "singularidade" da posição da infância/juventude em relação aos adultos? Como produzir um direito protetivo que não seja tutelar, assegurando para crianças e adolescentes uma genuína posição subjetiva (de diferença)?

O desafio de pensar essas questões é necessariamente transdiciplinar. Do lado do direto, exigiria uma reflexão que passa no mínimo pela sugestão que vimos em Brunõl (2001), do desafio de construir uma doutrina sobre a culpabilidade de adolescentes e de qual é seu conteúdo comparativamente ao adulto. Do lado da Psicologia passa pelo questionamento da função patologizante que as práticas psi, das laudatórias às intervencionistas, tradicionalmente se ocupa-

ram e pelo desenvolvimento de outras ferramentas teóricas e técnicas que privilegiam a compreensão do campo subjetivo em suas fronteiras e em sua produção sócio-política.

Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. (1995)."Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo". Novos Estudos CEBRAP, n. 43, pp. 45-63.

AGAMBEN, G. (2002). *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua.* Belo Horizonte, UFMG.

ALVAREZ, Marcos César (1996). *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil (1889-1930).* Tese de Doutorado em Sociologia,FFLCH/USP, São Paulo.

BARROS, Denise (1994). *Jardins de Abel. Desconstrução do manicômio de Trieste.* Lemos e Edusp, São Paulo.

BENTES, A L. Seabra (1999). *Tudo como dantes no quartel d'Abrantes: estudo das internações psiquiátricas de crianças e adolescentes através de encaminhamento judicial.* Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Osvaldo Cruz.

BRUNÕL, M. C. (2001). "Nulla poena sine culpa. Um limite necessário al castigo penal". Em: García Méndez, Emilio. *Adolescentes y responsabilidad penal.* Buenos Aires, *Ad Hoc.*

CASTEL, Robert (1978). *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo.* Rio de Janeiro, Graal.

DÓBON, Juan (2001). "El sujeto en el laberinto de discursos". Em: Dóbon, J (org). *Lo público, lo privado, lo íntimo. Consecuencias de la Ley en el sujeto.* Buenos Aires, Letra Viva.

FERNÁNDEZ, Ana Maria (2002). *El campo grupal. Notas para uma genealogia.* Buenos Aires, Nueva Visión.

FONSECA, Marcio Alves (2002). *Michel Foucault e o direito.* São Paulo, Max Limonad.

FOUCAULT, Michel (1977). *Vigiar e punir. História da violência nas prisões.* Petrópolis, Vozes.

FOUCAULT, Michel (1988a). *Microfísica do poder.* 7ª ed. Trad. e org. Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal.

FOUCAULT, Michel (1988b). (coord.) *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão.* Graal, Rio de Janeiro, 4ª. edição.

FOUCAULT, Michel. (2001) *Os anormais.* São Paulo, Martins Fontes.

FOUCAULT, Michel. (2004) "A evolução da noção de 'Indivíduo Perigoso' na psiquiatria legal do séc. XIX". Em: Motta, M. B. (org) *Ditos e Escritos V. Ética, Sexualidade, Política.* Rio de Janeiro, Forense Universitária.

FRY, Peter. (2000), "Cor e Estado de Direito no Brasil", in J. E. Méndez, G. O'Donnell e P. S. Pinheiro (eds.). *Democracia, Violência e Injustiça: O Não-Estado de Direito na América Latina.* São Paulo, Paz e Terra, pp. 207-231.

HOENISCH, J. C. D. e PACHECO (2002). "A psicologia e suas transições: desconstruindo a lente psicológica na perícia". Em: Carvalho, Salo (org). *Crítica à execução penal.* Riode janeiro, Lumen Juris.

LIMA, Roberto Kant de. (1989), "Cultura Jurídica e Práticas Policiais: A Tradição Inquisitorial". Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 4, n. 10, pp. 65-84.

MACHADO, Martha de Toledo. (2002) *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* Dissertação de Mestrado em Direito, PUC-SP.

MÉNDEZ, Emilio García (1998). *Infância e cidadania na América Latina.* São Paulo, Hucitec e Instituto Ayrton Senna.

OLIVEIRA, C. S. (2001) *Sobrevivendo no inferno.* Porto Alegre, Sulinas.

PAUKOSKI, M.; e outros (2003). "Mudanças na legislação vigente sugeridas pelos juízes do Foro da infância e Juventude da Capital", mimeo, São Paulo.

RAUTER, Cristina.(2003). *Criminologia e Subjetividade no Brasil.* Rio de Janeiro, Revan.

ROSA, M. D. (2004) "O discurso da violência e suas implicações para o adolescente". Boletim da Associação Psicanalítica de Porto Alegre. APPOA, Porto Alegre.

TEIXEIRA, M L e VICENTIN, M C G (2001) "O futuro do Brasil não merece cadeia". *Revista Ciência Hoje.* SBPC. v. 17, n. 30. Nov. 2001. pp 18-21.

VICENTIN, Maria Cristina G.(2002). *A vida em rebelião. Histórias de jovens em conflito com a lei. Tese de doutoramento em Psicologia Clínica.* São Paulo, PUC-SP.

ZAFFARONI, E. R. (1991) *Em busca das penas perdidas.* Rio de Janeiro, Revan.

_____ (1993). "Derechos humanos y sistemas penales en América Latina". Em: *Criminología Critica y Control Social. 1."El Poder Punitivo del Estado.* Rosário, Júris; pp 61-72.

WACQUANT, L. (2001) *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar.

WAISELFISZ, J. (2002). *Mapa da violência III: os jovens no Brasil.* Brasília: UNESCO/ IAS/ Ministério da Justiça- SEDH.

Violência doméstica contra o idoso também é assunto de polícia

Paulo Guilherme Santos Chaves

Bacharel em Fisioterapia pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais. Especialista em Geriatria e Gerontologia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Responsável pelo projeto de Qualidade de Vida do Centro de Apoio e Convivência – CAC, em Belo Horizonte. Responsável técnico-científico pelo Curso de Gerontologia aplicada ao Agente Policial Civil realizado pela Academia de Polícia Civil de Minas Gerais, em parceria com a Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP e o Hospital Espírita André Luiz – HEAL. Responsável pelo Projeto de Violência Doméstica contra o Idoso, realizado na Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso – DEPI, de Belo Horizonte, Minas Gerais. Professor – orientador de monografias do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* – Especialização em Criminologia, da PUCMINAS – ACADEPOL/MG.

Patrícia Luíza Costa

Bacharel em Química pela UFMG. Especialista em Fonética da Língua Inglesa pela UEMG. Mestre em Administração pela FGV. Doutora em Química Analítica pela UNICAMP. Pertence ao quadro da Polícia Civil de Minas Gerais. Atua na Divisão Psicopedagógica da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais.

Sumário: 1. Introdução – 2. Material e métodos – 3. Resultados – 4. Discussão sobre a relevância dos dados considerando-se o discurso do idoso vítima de maus-tratos domésticos – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo apresenta dados sobre um programa de atenção aos idosos, vítimas de violência doméstica, que registraram suas denúncias numa delegacia de polícia. As fontes principais do estudo foram os resultados do levantamento de dados efetuados na Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso de Minas Gerais, entre 1997 até 2003. Pode-se ratificar os dados levantados por

pesquisadores brasileiros e estrangeiros de que a maioria das vítimas, com mais de sessenta anos, pertence ao sexo feminino e seus agressores, no campo da violência doméstica, concentram-se nos irmãos, filhos, noras e sobrinhos. Embora, não seja local propício, a Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso de Minas Gerais possui um grupo de idosos que se reúne todas às quartas-feiras. Ali discutem sobre os problemas que os afligem e tentam, junto aos profissionais da saúde que os acompanham, encontrar saídas para a violência doméstica que os rondam.

Palavras chaves: Violência doméstica contra idosos – Maus-tratos a idosos – Delegacia do Idoso – Programa de Proteção ao Idoso.

1. Introdução

A Academia de Polícia Civil de Minas Gerais desde 1926 preocupa-se com a qualidade dos cursos que oferece.

Nestes quase oitenta anos de existência, a ACADEPOL foi vanguarda ao iniciar os estudos sobre a violência no País, desdobrando uma das disciplinas ministradas para a iniciação de policiais civis, em um curso para formação de criminólogos, único no gênero, do País; caminhou par e par com os avanços tecnológicos na área de criminalística; manteve uma linha democrática de ensino na área do direito, observando os aspectos legal e prático, no cumprimento das leis; serviu de modelo para a criação de Academias de Polícia – Amazonas, Sergipe, Amapá; tem participado das discussões sobre a violência no País, Direitos Humanos e unificação das polícias; ministra cursos para policiais de outros Estados da Federação e outras instituições, entre elas – Rede Ferroviária do Estado de Minas Gerais, Secretaria da Justiça de Minas Gerais; apresenta um corpo docente altamente qualificado e atuante.

"Muito temos falado sobre as mudanças no ensino policial e o instrumento das bases curriculares é um dos registros dessas mudanças. O que a base tem de mais importante é o modelo que ela traz de uma aprendizagem que possui três

eixos: conhecimentos (saber), habilidades (saber fazer) e atitudes (querer fazer) e isto mostra o quanto é fundamental a legalidade, a técnica e a ética na ação policial. Para tanto são necessários estudos e pesquisas provenientes da observação da própria realidade, de comparações bibliográficas e de muita troca de idéias. Planeja-se a ação para intervir nesta realidade e esta intervenção precisa estar fundamentada nos três eixos já citados. Portanto tudo que não corresponder a este três eixos deve ser descartados do treinamento policial, pois além de não ensinarem vão contra a formação do policial cidadão que representa o Estado voltado para atender aos anseios de outros cidadãos.

O uso da força é tarefa de polícia porém a mesma está centrada nos princípios de proporcionalidade e necessidade, por isto que a técnica fundamentada nos conhecimentos da legalidade gera atitudes e comportamentos dentro dos parâmetros éticos." (Bernadete. SENASP, 2002. Mimeog.)

A relevância da capacitação dos recursos humanos para o atendimento ao idoso é tônica constante das legislações referentes ao idoso, Lei 8.842/94 e Dec. 1.948/96. Para atender a essa demanda legal, foi criada em Minas Gerais, uma Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso – DEPI por intermédio da Resolução 6.294, em 03.12.1997. Os objetivos dessa Delegacia têm sido: a) atender ao cidadão de ambos os sexos com idade superior a 60 anos, que demandem auxílio, orientação, encaminhamento a órgãos competentes, bem como exercer Polícia Judiciária nos casos de lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça, abandono material, apropriação indébita, perturbação da tranqüilidade, do sossego e trabalho alheio, e vias de fato; b) recuperar a auto – estima do idoso vítima de violência, dando orientações, assistência psicológica tanto ao idoso como ao agressor, buscando evitar reincidências. Para que se alcance esses objetivos faz-se necessária a capacitação dos servidores que atuam na DEPI. No Brasil existem somente três Delegacias desse porte, uma em São Paulo, outra em Porto Alegre e a de Belo Horizonte. Uma das conquistas legais dos idosos, registrada na Lei Federal 8.842/94, é a obrigatoriedade de capacitação dos re-

cursos humanos que integrem as instituições ou órgãos que possuam setores de atendimento a esse público.

O estudo batizado de "Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítima de Maus-tratos Domésticos" reflete o trabalho da Polícia Civil em consonância com o Projeto de Segurança Pública para o Brasil: "*os programas de segurança voltados para minorias possuem o forte simbolismo de transmitir para toda a sociedade a mensagem de que o Estado deseja, pode e vai desenvolver políticas compensatórias de construção de autoconfiança e de autonomização de populações marginalizadas.*" (BRASIL. *Projeto de Segurança Pública para o Brasil*: 2003:74)

Antes de iniciar a execução do Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítima de Maus-tratos Domésticos na DEPI, foi necessário observar a rotina e a padronização dos procedimentos de coleta de dados ali existentes.

Notou-se um distanciamento entre o que se compreende seja o trabalho policial e a orientação psicossocial fornecida aos idosos que pertenciam ao Grupo Bem Viver, formado na própria DEPI, há alguns anos, pela equipe de suporte voluntário atuante na Delegacia: psicólogos, assistentes sociais e pessoal da área de saúde.

Disposta estruturalmente em dois pavimentos, viu-se que no andar térreo da Delegacia fluía naturalmente toda a rotina procedimental pertinente aos ritos judiciários e, por sua vez, no primeiro piso, o Grupo Bem Viver, que reunia-se semanalmente, às quartas-feiras, apresentava um efetivo muito maior que o existente na área policial da Delegacia (dezoito pessoas ao todo), o que causava constrangimentos, fundamentalmente para os policiais civis.

Fez-se necessária a construção de instrumentos que auxiliassem na intervenção correta e adequada junto aos idosos que denunciam a violência doméstica sofrida, na tentativa de investigar os motivos que os levavam à Delegacia e, porque – dado obtido em entrevistas informais – muitos dos idosos que ali permaneciam, utilizavam o local como um Centro de Apoio e Convivência.

2. Material e métodos

Para alcançar a meta nesse campo investigativo, teve-se como objetivo:

- Refletir sobre o comportamento do idoso vitimizado.
- Definir indicadores confiáveis sobre a violência doméstica contra o idoso.
- Criar instrumentos de divulgação e de conscientização do problema do idoso, mais contundentes e que permitam intervenções das entidades governamentais e não-governamentais, de modo ético e científico.
- Revelar interesse e responsabilidade participativa na resolução de problemas profissionais e situações emergenciais.
- Trabalhar não só a vítima como também seus familiares envolvidos no processo.
- Reinserir o idoso na sociedade.

Idealizado por um dos pesquisadores, foi elaborado um instrumento de pesquisa denominado Índice de Chaves, com o qual pode-se detectar que dos 85 (oitenta e cinco) idosos que participavam ativamente do Grupo Bem Viver na DEPI, somente 48 (quarenta e oito) casos possuíam histórico de violência. Para a aplicação do instrumento de medida cuidou-se para uma correta orientação aos entrevistadores, três ao todo, com base na rotina procedimental científica. Toda amostra foi informada, em reuniões realizadas na própria Delegacia, sobre os objetivos e a importância do levantamento de dados, autorizando-se a aplicação dos questionários. As entrevistas foram devidamente agendadas previamente, evitando-se assim o *stress* do entrevistado e do entrevistador.

Fez-se um refinamento na amostra e num levantamento dos registros de denúncia existentes na DEPI e/ou outras unidades policiais de Belo Horizonte, observou-se que dos 48 (quarenta e oito) idosos entrevistados na DEPI e pertencentes ao antigo Grupo Bem Viver, 18 (dezoito) foram selecionados segundo os resultados de gravidade de violência do ambiente doméstico ao qual estão

submetidos. Os demais sofreram violência urbana e na maioria dos casos, cerca de 80%, não efetuaram o registro da denúncia.

Dos dezoito idosos que passaram a compor o Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítima de Maus-tratos Domésticos, na DEPI, conforme mostram as TABs. 1 e 2, 50% necessitava de encaminhamento à Rede de Atendimento e Suporte Estadual e Municipal.

Todos os idosos que visitavam a DEPI às quartas-feiras, encontravam-se há mais de dois anos participando do Grupo Bem Viver, sem que houvesse uma mínima catalogação de dados tais como: identificação; histórico de vida e de saúde; endereço completo para contato.

TABELA 1

Idosos do Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítimas de Maus-tratos Domésticos encaminhados à Rede de Atendimento ao Idoso em Belo Horizonte

Idoso	Idade	intervenção
A	60 anos	– Encaminhamento para tratamento psiquiátrico e psicológico em entidades credenciadas pela Secretaria Estadual da Saúde.
B	76 anos	– Encaminhamento para tratamento psiquiátrico e psicológico em entidades credenciadas pela Secretaria Estadual da Saúde.
C	73 anos	– Encaminhamento para tratamento nos Alcoólicos Anônimos – AA (o problema da violência doméstica reside no marido que é alcoólatra).
D	69 anos	– Encaminhamento para tratamento psicológico em entidades credenciadas pela Secretaria Estadual da Saúde. (o problema da violência doméstica reside nas irmãs que são doentes mentais).

E	91 anos	– Encaminhamento para tratamento nos Alcoólicos Anônimos – AA (o problema da violência doméstica reside no sobrinho que é alcoólatra e vive com ela).
F	68 anos	– Encaminhamento para tratamento psiquiátrico e psicológico em entidades credenciadas pela Secretaria Estadual da Saúde (o problema da violência doméstica reside no marido que é esquizofrênico).
G	77 anos	– Encaminhamento para tratamento psiquiátrico e psicológico em entidades credenciadas pela Secretaria Estadual da Saúde.
H	79 anos	– Encaminhamento para tratamento psiquiátrico e psicológico em entidades credenciadas pela Secretaria Estadual da Saúde. (o problema da depressão dessa idosa é muito sério).
I	66 anos	– Encaminhamento para tratamento psiquiátrico e psicológico em entidades credenciadas pela Secretaria Estadual da Saúde.

Fonte: DEPI

Nota: CHAVES (2002), pesquisa efetuada na DEPI/MG em fevereiro de 2003, aplicando-se o Índice de CHAVES.

TABELA 2

Idosos que participarão do Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítima de Maus-tratos Domésticos

sujeito	Idade	intervenção
J	68 anos	Acompanhamento. Fez denúncia na DEPI/MG.
L	72 anos	Acompanhamento. Fez denúncia na DEPI/MG.
M	66 anos	Acompanhamento. Fez denúncia na DEPI/MG.

N	71 anos	Fez denúncia na DEPI/MG. Reintegrado à família participará do Grupo auxiliando no Convívio Social.
O	75 anos	Fez denúncia na DEPI/MG. Reintegrada à família participará do Grupo auxiliando no Convívio Social.
P	60 anos	Acompanhamento. Fez denúncia na DEPI/MG.
Q	74 anos	Acompanhamento. Fez denúncia na DEPI/MG.
R	67 anos	Acompanhamento. Fez denúncia na DEPI/MG e na Seccional Leste.
S	72 anos	Fez denúncia na DEPI/MG. Reintegrada à família participará do Grupo auxiliando no Convívio Social.

Fonte: DEPI

Nota: CHAVES (2002), pesquisa efetuada na DEPI/MG em fevereiro de 2003, aplicando-se o Índice de CHAVES.

3. Resultados

O Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítima de Maus-tratos Domésticos extinguiu o Grupo Bem Viver e passou a contar com uma Coordenação-Geral, assistida pelas Coordenações Psicológica e pelo(a) titular da DEPI, competindo-lhes especialmente:

- Solucionar toda e qualquer pendência de natureza técnica e/ou administrativa.
- Manter a integração dos participantes entre eles e, entre os policiais civis que integram o *staff* da Delegacia.
- Zelar pelo cumprimento das normas específicas do Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítimas de Maus-tratos Domésticos e determinações correlatas, ou seja, na rotina da DEPI/MG traçada pelo instrumento denominado Mapa de Instrução (Chaves e Costa: 2003), no qual indica que "*os casos de vítimas eminentes detectados na entrevista inicial, dever-se-á encaminhar o idoso ao*

Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítimas de Maus-tratos Domésticos, notificando-se às Coordenações".

Durante as atividades do Programa Integridade de Proteção ao Idoso Vítimas de Maus-tratos Domésticos, o participante receberá acompanhamento psicossocial no período em que estiver participando do Programa, porém, se for detectado, no decorrer das atividades, as melhorias de condições de qualidade de vida e a reintegração do idoso vítima no âmbito familiar, ele será encaminhado para outras entidades que manterão o vínculo de atenção necessário à adaptação e redução na reincidência dos casos de violência doméstica contra o idoso.

Manteve-se a quarta-feira como marco para os encontros semanais dos idosos do então denominado, Grupo Integridade. Com uma programação voltada para atividades vinculadas a obtenção de informações sobre temas como: direitos do idoso, saúde física e mental, como funciona o sistema judiciário, violência doméstica e maus-tratos, terapias de grupo e individual, teatro e as assistências jurídicas, do serviço social e de saúde, conseguiu-se resgatar, ao cabo de um ano de trabalho árduo, a auto-estima desses idoso e encaminha-los para Centros de Convivência mais próximos às residências de cada um.

No decorrer do ano de 2003, alguns idosos vítimas de maus-tratos domésticos foram agregados ao Grupo Integridade. Iniciou-se o trabalho em 2003 com nove idosos e finalizou-se o encaminhamento de 16 (dezesseis) idosos para novos grupos de trabalho.

4. Discussão sobre a relevância dos dados considerando-se o discurso do idoso vítima de maus-tratos domésticos

Durante a realização do trabalho de conscientização dos idosos sobre seus direitos e garantias fundamentais na DEPI, observou-se a necessidade vital de proteção, quer seja por familiares, quer seja por aqueles que, potencialmente, detém certo poder de repressão.

Na verdade, o que se observou com o trabalho desenvolvido nesse grupo de pessoas foi que ao denunciarem uma agressão qualquer cometida por alguém que possua vínculos afetivos, o idoso delata, implicitamente, sua incapacidade em impor certos limites de convivência, necessários a uma melhor qualidade de vida em comunidade e, conseqüentemente, na sociedade.

O idoso, nesse caso específico, não deseja ver o seu algoz atrás das grades. Ele quer que os instrumentos judiciais façam aquilo que, de uma forma ou outra, deveria ter sido executado por ele próprio, mas que por medo da rejeição, ou da exclusão do grupo a que pertença, não o fez. Esse sujeito maior de 60 (sessenta) anos de idade, vítima de maus-tratos domésticos, necessita de algo que não possua cor, traços, raça ou rosto. Alguma coisa que compartilhe de sua dor e tome, em seu lugar, a postura do chamado "puxão de orelhas" no outro que ultrapassou certos limites. Dessa forma o idoso acredita que poderá se manter incluído.

Só depois de muito sofrimento é que o idoso delata o sofrimento de violência doméstica. Dos casos analisados, 80% envolvem irmãos, filhos e sobrinhos, sendo que os 20% restantes, esposos e noras. A média de aposentadoria registrada fica entre meio salário mínimo e dois salários mínimos. As mulheres, mais uma vez, são maioria, retratando 90% dos casos. Todos os idosos residem nos bairros periféricos da Região Metropolitana de Belo Horizonte.

Mesmo não possuindo um instrumento capaz de mensurar o distanciamento entre os procedimentos da Delegacia e do Grupo, mencionados em princípio, poder-se-ia afirmar que houve uma aproximação entre esse dois 'nichos' num percentual aproximado de 80%. Embora no campo observacional, nota-se uma maior interação dos idosos com os policiais e vice-versa. Tanto os idosos quanto os policiais que circulam na DEPI compreenderam melhor qual o limite do espaço, estrutural e virtual, de cada um, e mais interessante, os policiais passaram a participar das atividades relacionadas ao Programa Integridade, interagindo de forma mais eficaz e eficiente. A conscientização dos policiais quanto à forma de atuação da DEPI tem sido crucial na batalha contra a violência contra ao

idoso. Os policiais da DEPI, hoje em dia, freqüentam, periodicamente, cursos voltados para a temática, interessam-se pela questão e, acreditam que o trabalho realizado pela DEPI e por eles, é de relevância para a polícia e para a sociedade, o que outrora não ocorria.

5. Conclusão

Desde o ano de 2000 a Academia de Polícia Civil de Minas Gerais, representada por seus pesquisadores, efetua levantamento de dados junto à Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso, com o fito de efetuar diagnósticos capazes de subsidiar às ações do judiciário diante das questões relativas à violência contra o idoso, com dados e informações mais confiáveis e de cunho científico.

Os policiais que atuam nessa Delegacia Especializada recebe treinamento periódico e, pode-se dizer, está apta a atuar nessa seara.

Conscientes de que uma unidade policial não possui ambiente propício para qualquer que seja o atendimento no campo da saúde e da educação, porém, por se tratar de um público diferenciado, que ali, na Delegacia, sente-se amparado e protegido, optou-se por manter o espaço para as reuniões semanais na Delegacia. Com um grupo mais reduzido e devidamente selecionado, pode-se trabalhar as questões que envolvem a violência e a criminalidade, com mais cuidado e atenção. Pode-se escutar mais e os idosos tiveram mais tempo para falar da dor de seus conflitos.

Um diálogo consistente e firme foi travado durante esse período de convivência. Algumas feridas foram cicatrizadas, mágoas foram perdoadas, ressentimentos esquecidos, mas a certeza de que os problemas persistirão, isso, infelizmente foi mantido, não se devendo confundir essa certeza com permissividade ou submissividade.

Os idosos do Grupo Integridade aprenderam a ser flexíveis e, sabedores dos seus direitos e deveres, aprenderam a negociar, sabem argumentar. São sujeitos ativos e têm consciência de seu espaço na sociedade. Readquiriram auto-estima, não mais esperarão tanto anos para denunciar. Seus agressores sabem disso e os

respeitam, embora não possamos prever quanto tempo durará o que chamamos de 'respeitabilidade aparente'. Num futuro próximo poderemos averiguar o índice de reincidência desses idosos na DEPI, cruzando-se com os relatos registrados nos Termos Circunstanciados de Ocorrência ou Inquéritos Policiais e, prever intervenções mais consistentes no campo da violência doméstica contra o idoso.

6. Referências bibliográficas

OLIVEIRA, Juarez de. Código Penal. São Paulo: Saraiva. 1994, vol. 1.

_____, Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 1994, vol. 1.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT, Rio de Janeiro. Normas ABNT sobre documentação. Rio de Janeiro, 1978. vol. 1.

CEGALLA, Domingos Paschoal. Novíssima gramática da língua portuguesa. 19. ed. São Paulo: Nacional, 1978. p. 439.

SAVIANI, Demerval. Educação: do senso comum à consciência filosófica. 2. ed. São Paulo: Cortez A Associados, 1982. vol. 1.

LOPES, Antônia Osina. Planejamento do ensino numa perspectiva crítica de educação. *In*: Repensando a didática. 6 ed. Papirus. vol. 1.

ACADEPOL. Noções de criminalística. Belo Horizonte: ACADEPOL. 1999, vol. 1 (apostila).

_____, Segurança e Vigilância. Belo Horizonte: ACADEPOL. 1999, vol. 1 (apostila).

_____, Direitos Humanos, cidadania e ética. Belo Horizonte: ACADEPOL. 1999, vol. 1 (apostila).

_____, Psicologia: recursos humanos. Belo Horizonte: ACADEPOL. 1999, vol. 1 (apostila).

JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal anotado. São Paulo: Saraiva. 1992, vol. 1.

DEJOURS, Christophe. A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez – Aboré. 1992, vol. 1.

RIBEIRO, Renato Janine. A etiqueta no antigo regime. São Paulo: Moderna, 1998.

SANTOS, Paula Rocha. Normalização de trabalho científico. Belo Horizonte: ACADEPOL, 1999. p. 52.

TOLEDO, Flávio e MILIONI, B. Dicionário de recursos humanos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 268.

RIBEIRO, Célia. Etiqueta na prática: um guia moderno para boas maneiras. São Paulo: Nova Fronteira, 1996. vol. 1.

PEREIRA, Paulo Antônio. História organizacional e perspectiva institucional: 1926-1986. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas – UFMG, 1988. p. 171 (tese. Mestrado em Administração. FACE. UFMG).

LOPES, João. O papel da polícia civil na sociedade democrática brasileira. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1999. p. 5 (manuscrito).

ACADEPOL. Secretaria de Estado da Segurança Pública de Minas Gerais.

Mapa de instrução: Divisão psicopedagógica. Belo Horizonte: ACADEPOL2000, p. 137.

A verdadeira reforma do judiciário

Sérgio Rabello Tamm Renault
Advogado em São Paulo e Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça.

Sumário: 1. Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público – 2. Unificação dos critérios para ingresso nas carreiras do Poder Judiciário e do Ministério Público – 3. Quarentena para membros do Poder Judiciário e do Ministério Público – 4. Federalização dos crimes contra direitos humanos – 5. Autonomia das defensorias públicas.

A reforma do sistema judiciário brasileiro interessa ao país como condição para o fortalecimento da instituição Poder Judiciário e consolidação da nossa democracia. De tudo que já se disse sobre este assunto em discussões acadêmicas, em debates travados nos mais diversos meios jurídicos, podemos identificar quais devem ser os objetivos fundamentais a serem alcançados com a reforma pretendida. Em síntese, podermos dizer que estes objetivos principais são o da ampliação do acesso daqueles que não tem acesso ao sistema judiciário e a melhoria da qualidade dos serviços prestados a aqueles que a ele tem acesso. Embora descritos de forma bastante simplificada, estes objetivos são ousados e de difícil alcance. A primeira constatação é a de que não há solução mágica para os problemas do Judiciário – aqueles objetivos somente serão alcançados a partir do desenvolvimento de uma série coordenada de ações, cuja implementação poderá trazer resultados parciais fundamentais na perspectiva de construção de um novo sistema – mais acessível e mais eficiente.

Devemos reconhecer que o Judiciário não é um Poder uniforme, com características idênticas na sua organização em todo o país. Há, em verdade, vários Judiciários e suas realidades são muito diversos. Há a Justiça Federal, as Estaduais, a Trabalhista, a Eleitoral, os Juizados Especiais, a primeira e a segunda instância, os tribunais superiores e um emaranhado de legislações que prevêem sua organização de forma não sistemática.

Ao tratar da reforma do Judiciário, devemos primeiramente admitir que muito pouco se sabe sobre a organização e o funcionamento deste Poder. Nós, operadores do Direito, temos um conhecimento restrito aos nossos universos de trabalho e não podemos pretender que as nossas referências sejam traduzidas num levantamento completo da realidade.

É necessário, portanto, iniciar o processo de realização de um amplo e profundo diagnóstico profundo sobre o Poder Judiciário, para que se conheça melhor sua estrutura. Por essa razão, a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça realizou, com auxílio da GV Consult, instituição da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo, o primeiro mapeamento de recursos humanos e materiais com todas a s instituições que compõem o Poder Judiciário brasileiro. Trata-se de estudo preliminar contendo dados comparativos nacionais e internacionais sobre o funcionamento do Poder Judiciário. Este diagnóstico permite constatar enormes diferenças regionais originadas pelas dimensões continentais do nosso país, da perversa distribuição de renda e de suas conseqüências sobre a demanda por direitos da cidadania.

O conhecimento do Judiciário possibilita a identificação de suas dificuldades e as experiências bem sucedidas de gestão já em andamento. Deve fornecer, também, elementos que permitam a definição de indicadores de eficiência, produtividade e qualidade para o funcionamento do Poder Judiciário.

A preocupação maior do Ministério da Justiça neste mister é contribuir para o melhor conhecimento e transparência do Poder Judiciário. As propostas

de reforma devem sempre estar embasadas em dados estatísticos confiáveis e consistentes. Não se pode, por exemplo, propor alterações na legislação que regula o funcionamento dos juizados especiais sem que se tenha uma avaliação criteriosa sobre o volume da demanda assistida e reprimida no País hoje. O Juizado Especial é um instrumento importante para a ampliação do acesso à justiça das populações mais carentes. O crescente aumento do volume de atendimento nos últimos anos tem, contudo, feito com que uma idéia bem concebida corra o risco de sucumbir diante do enorme crescimento da demanda. Antes de propor alterações na legislação, como tem sido reivindicado por advogados que atuam na área, devemos conhecer melhor a complexidade da questão. Esta observação é válida para diversas das questões que têm sido discutidas no contexto da reforma do Judiciário.

Para nós, a verdadeira reforma do Judiciário é composta pelo desenvolvimento de ações agrupadas em três blocos: modernização da gestão, alteração da legislação infraconstitucional e reforma constitucional propriamente dita. A implementação destas ações visa exatamente atingir os dois objetivos identificados inicialmente. Hoje, quando se fala em reforma do Judiciário, associa-se o seu conteúdo diretamente à reforma constitucional, como se ela, isoladamente, pudesse dar conta de enfrentar todas as questões relativas ao mau funcionamento deste Poder.

A reforma do Judiciário passa necessariamente pela modernização de sua gestão, através da implementação de medidas que independem de alterações legislativas. A incorporação de novas tecnologias de informação, a desburocratização, a padronização de procedimentos racionais, o intercambio de experiências, a simplificação de sistemas operacionais, a capacitação de pessoal, o apoio a projetos de financiamento para a modernização são exemplos de iniciativas que podem tornar o Judiciário mais eficiente e ágil. Não se deve pretender inventar a roda. Um bom caminho a ser trilhado é a captação das melhores experiências de gestão

(*best practices*), já desenvolvidas pelo próprio Judiciário, para que possam ser valorizadas, tornadas públicas e implementadas em outras localidades e juizados, demonstrando que a reforma será feita com e pelos próprios juízes.

Exatamente a partir desta preocupação é que desenvolvemos, em conjunto com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e a Associação dos Magistrados Brasileiros, com apoio da Companhia Vale do Rio Doce, o *Premio Innovare – o Judiciário do Século XXI*. Por meio deste projeto, premiaremos as experiências inovadoras de gestão administrativa em funcionamento no país a partir da iniciativa dos próprios magistrados, grupos de juízes, tribunais e Juizados Especiais. O objetivo do projeto não é a premiação em si – este é o seu início. A captação de experiências bem sucedidas permitirá a constituição de um banco de dados a ser disponibilizado no futuro para os tribunais ou juízes que pretendam implementar alguma ação que lhes pareça adequada.

Neste contexto, encontram-se também medidas destinadas a melhor capacitar os servidores do Judiciário, principalmente os magistrados, para o exercício das atividades administrativas pelas quais são responsáveis e para as quais não recebem, na maior parte das vezes, nenhum treinamento.

Em matéria criminal, o desenvolvimento de projetos de cooperação internacional com a criação da rede Ibero-americana de cooperação judicial poderá trazer resultados importantes para a investigação criminal com a facilitação do intercâmbio de informações e realização simplificada de atos processuais como oitiva de testemunhas, etc.

Ainda em matéria criminal, merece destaque o desenvolvimento de propostas para a redução da população carcerária com o fomento do provimento de Varas de execuções criminais nos estados da federação.

Estudos comparados indicam a denominada justiça restaurativa como novo e importante paradigma para a solução dos conflitos penais, com a utilização de técnicas de mediação, que visam basicamente: provocar a assunção da responsa-

bilidade pelo ofensor, viabilizar a efetiva restauração das relações abaladas com a conduta do ofensor (o que é mais amplo do que a mera reparação de dano) e propiciar amadurecimento pessoal para todas a partes envolvidas no conflito. Tais estudos devem levar ao aprofundamento do debate sobre o tema e produzir condições pra o incremento de práticas no sistema penal brasileiro.

Não podemos deixar de mencionar a nossa preocupação com a postura do Estado (União, estados e municípios) em relação ao Judiciário. O governo é o maior cliente do Poder Judiciário – algo em torno de 80% dos processos e recursos que tramitam nos tribunais superiores tratam de interesses do governo, seja ele federal, estadual ou municipal. Estamos convencidos de que se deve buscar a definição de uma nova postura do Estado em relação ao Judiciário. Não é uma tarefa fácil em virtude das implicações econômicas que decorrem de quaisquer medidas nesta área. Partimos da premissa, contudo, de que a postura da administração pública, o seu alto grau de litigiosidade e a utilização muitas vezes indevida do Judiciário decorrem, em grande medida, da própria irracionalidade da máquina pública. Não há estudos que permitam concluir que a postura em vigor é a mais adequada, do ponto de vista da relação custo/benefício, para o(s) governos(s). Por esta razão, estamos empenhados em aprofundar o debate, para definir nova conduta dos diversos órgãos da União, através da tomada de medidas que inibam a propositura de ações judiciais ou interposição de recursos sobre matérias a respeito das quais já exista jurisprudência razoavelmente pacificada.

Neste sentido, a possibilidade legal de expedição de súmulas administrativas por parte da Advocacia-Geral da União para orientar a atuação dos advogados públicos deve ser explorada, com o objetivo de trazer beneficio à Fazenda Pública e mais racionalidade à sua atuação em juízo.

O segundo bloco de ações refere-se às alterações da legislação processual civil e penal, visando sempre à simplificação dos procedimentos. Estes projetos foram elaborados inicialmente por juristas do Instituto Brasileiro de Direito Pro-

cessual e contam com o apoio expressivo dos mais renomados processualistas brasileiros.O desafio, neste caso, é viabilizar a maior celeridade na tramitação dos processos e assegurar o direito de defesa das pessoas.

Neste contexto, os principais projetos relacionados a alterações do Código de Processo Civil são:

a) Mediação: instituição, no processo civil, de mecanismo de mediação obrigatória, com o objetivo de solucionar conflitos de maneira alternativa;

b) Execução civil de títulos judiciais: extinção da liquidação e execução civil por títulos judiciais como processos autônomos e sua incorporação no processo de conhecimento. Imposição de multa de 10% caso o devedor condenado não efetue o pagamento no prazo de 15 dias. Extingue-se a necessidade de citar pessoalmente o devedor para pagar, nomear bens a penhora ou embargar a execução – basta intimar o advogado do executado. O atual embargo à execução passa a ser denominado impugnação, que perde os efeitos suspensivos como regra;

c) Execução civil de títulos extrajudiciais: inversão da lógica de execução de títulos extrajudiciais, valorizando a adjudicação de bens em detrimento da hasta pública, que passa a ser a última hipótese de execução. Altera a sistemática dos embargos do devedor, permitindo a interposição deste recurso sem a penhora de bens, e retirando o efeito suspensivo do mesmo. Institui mecanismos importantes de desestímulo à protelação e protege terceiros adquirentes de bens alienados na execução pendente de embargos;

d) Execução contra a Fazenda Pública: altera o sistema de execução contra a Fazenda Pública, simplificando o rito e adequando o Código de Processo Civil às normas expedidas pelo Conselho de Justiça Federal, que já estão vigorando para os processo contra a União, mas não se aplicam aos processos contra estados e municípios;

e) Sistema recursal: altera a sistemática recursal dos Códigos de Processo Civil e Penal, simplificando os procedimentos e conferindo racionalidade ao sistema.

No que diz respeito ao Código de Processo Penal, o Ministério da Justiça está empenhado na aprovação de projetos enviados pelo Executivo ao Congresso Nacional e que já se encontram em condições de serrem apreciados pelo plenário, que são os seguintes:

a) Projeto de Lei 4.205/01 – Provas – altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à atividade probatória, impedindo a fundamentação de condenação em provas colhidas na investigação, salvo em algumas hipóteses, alterando a sistemática da perícia e da oitiva de testemunhas;

b) Projeto de Lei 4.203/01 – Júri – altera dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao Tribunal de Júri, criando a instrução preliminar, anterior ao recebimento da acusação e da pronúncia, simplificando o instituto do desaforamento, a instrução em plenário, alterando a matéria relativa aos quesitos;

c) Projeto de Lei 4.208/01 – Cautelares – altera dispositivos do Código de Processo Penal referentes a medidas cautelares, especialmente no que concerne à prisão preventiva.

Há também a identificação, por óbvio, da necessidade de se alterar a Constituição Federal na parte que trata do Poder Judiciário. A tramitação do projeto de emenda constitucional que se encontra hoje no Senado teve início em 1992, a partir de iniciativa do ex-Deputado federal pelo PT de São Paulo, Hélio Bicudo. O projeto foi aprovado pela Câmara Federal (PEC 96/92) com a relatoria da Deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP) e depois enviado ao Senado Federal, onde foi designado como relator, na legislatura anterior, o Senador Bernardo Cabral (PMDB/AM). O texto chegou a ser aprovado, com alterações expressivas, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Na atual legislatura, foi designado como novo relator da matéria o Senador José Jorge (PFL/PE), que apresentou seu relatório tomando como referência o trabalho desenvolvido pela Deputada Zulaiê Cobra. A PEC foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e em primeiro turno no Plenário do Senado.

No âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, após sistematizar as discussões e refletir sobre as propostas delas decorrentes, definimos os dispositivos prioritários da PEC da Reforma para o governo, todos aprovados na íntegra na Comissão de Constituição Justiça e em primeiro turno no Plenário Senado.

Estes dispositivos tratam das seguintes matérias:

1. Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público

A criação destes órgãos, conhecidos como órgãos de controle externo, objetiva o estabelecimento de importante canal de aproximação entre os órgãos do sistema judicial e a sociedade. No Conselho Nacional de Justiça é prevista a participação majoritária de magistrados (9 membros), do Ministério Público (2 membros), dos advogados (2 membros) e de dois cidadãos, um indicado pela Câmara e outro pelo Senado. O Conselho Nacional do Ministério Público é composto por 13 membros, sendo sete membros do Ministério Público, dois magistrados, dois advogados e dois cidadãos, um indicado pela Câmara e outro pelo Senado. O Poder Executivo não tem assento nos Conselhos, mantendo-se o princípio constitucional da separação de Poderes e de manutenção do sistema de freios e contrapesos.

A atuação de fiscalização e controle é apenas uma parcela de suas atividades. O acompanhamento dos atos administrativos do Poder Judiciário e do Ministério Público é também previsto para que a sociedade tenha informações sobre o planejamento de políticas públicas judiciais e sua concretização, e possa participar desta construção. O Conselho Nacional terá o papel de recolher dados nacionais sobre o Poder Judiciário e propor metas e diretrizes de curto, médio e longo prazo.

2. Unificação dos critérios para ingresso nas carreiras do Poder Judiciário e do Ministério Público

É prevista a unificação de critérios para o ingresso nas carreiras do Ministério Público e da magistratura com a exigência de que o bacharel em direito tenha a experiência em atividades jurídicas por, no mínimo, três anos. Este período é importante para que os candidatos vivenciem os problemas cotidianos do sistema judicial, imprescindível para o bom desempenho das funções públicas em questão. A proposta tem ainda o escopo de evitar a definição de critérios regionais menos objetivos, que possam prejudicar a isonomia entre os candidatos às carreiras mencionadas.

3. Quarentena para membros do Poder Judiciário e do Ministério Público

Institui-se a vedação do exercício da advocacia por magistrados e membros do Ministério Público que tenham se afastado de sua atividade. Tal proibição é válida pelo período de três anos, perante o tribunal de origem. Trata-se de medida de moralização e valorização da própria magistratura, impedindo constrangimentos desnecessários.

4. Federalização dos crimes contra direitos humanos

A federalização dos crimes contra os direitos humanos é o instrumento que permite ao Poder Judiciário Federal e ao Ministério Público Federal o processamento e julgamento de delitos que importam em violação de tratados, pelos quais a União responde na esfera internacional, no sentido de demonstrar interesse nacional na resolução destes casos. As graves violações aos direitos humanos são questões de interesse de todo o País, e sua repercussão, interna e externa, extrapola os limites territoriais dos Estados da Federação.

Importa ressaltar que a proposta não transfere à competência da Justiça Federal, de maneira indiscriminada e generalizada, automaticamente todos os crimes contra Direitos Humanos. Apenas nas hipóteses de grave violação de 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 faz parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento da Justiça Comum para a Justiça Federal. Este incidente não é novidade no ordenamento jurídico, assemelhando-se ao desaforamento do Tribunal do Júri (CPP, art. 424).

5. Autonomia das defensorias públicas

A concessão de autonomia funcional, administrativa e de iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas é fundamental para a estruturação da instituição e consecução dos objetivos traçados na Constituição Federal, quais sejam, prestar assistência jurídica integral e gratuita à população de baixa renda. Ressalte-se que, em muitos casos, a atividade do órgão dirige-se contra a própria Fazenda Pública, pelo que, para assegurar a isenção e efetividade de sua atuação, faz-se imprescindível sua autonomia, a exemplo do tratamento conferido ao Ministério Público. Fortalecer a Defensoria Pública significa fortalecer o acesso à justiça e os canais de interlocução entre a parcela da sociedade mais necessitada e as instituições públicas.

É necessário observar que, mesmo com a aprovação definitiva da PEC pelo Congresso Nacional, ainda não teremos em nosso país o Poder Judiciário que todos desejamos. Devemos compreender que a reforma possui um sentido de processo com várias etapas a serem vencidas, implica em mudança de procedimentos, traz alteração profunda de cultura e mentalidades, enfrenta resistências de toda ordem, o que, obviamente, demanda tempo para amadurecimento e implantação.

Apesar de tudo isso, devemos reconhecer que estamos diante da oportunidade histórica de darmos os primeiros passos para iniciar a construção de um Judiciário mais transparente, mais próximo do cidadão e mais apto a atender às necessidades do nosso tempo.

Você tem medo de quê?

Vera Malaguti Batista
Socióloga (PUC-RJ), Mestre em História Social (UFF) e Doutora em Saúde Coletiva (UERJ). É Professora de Criminologia da UCAM, membro do Conselho Superior de Coordenação do ILANUD e Secretária-Geral do Instituto Carioca de Criminologia.

Resumo: O presente trabalho tem como hipótese central a utilização do medo como estratégia do conservadorismo político para disciplinamento das forças populares no Brasil. Através do medo mantém-se o tipo de ordenamento introduzido pela escravidão na nossa formação sócio-econômica. A naturalização do medo erige as políticas criminais que configurarão a espacialidade urbana: o discurso do medo tem conseqüências estéticas, transforma o cotidiano das cidades criando sociabilidades hierarquizantes.

Palavras-chave: Medo – Criminologia – Controle social – Ordem urbana.

A partir do sugestivo título da minha mesa, *O medo do crime e a vida na cidade,* resolvi retomar a idéia de cotidiano: é no dia a dia, em que os arranjos estéticos entram pelos olhos, se introjetam, se materializam, *se cristalizam.* Agnes Heller afirma que, para a maioria da humanidade, a vida cotidiana é a "muda unidade vital de particularidade e genericidade".[1] É na assimilação da manipulação das coisas que se assimilam as relações sociais, ou seja o homem aprende em

1. Cf. HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972, p. 23. Entender a vida cotidiana como a "muda unidade vital da particularidade e genericidade". É na vida cotidiana que o homem se apropria, a seu modo, da realidade, impondo-lhe a marca da sua personalidade.

grupo o elemento da cotidianeidade. Na sua vida cotidiana o homem se apropria, a seu modo, da realidade, impondo a ela a marca da sua existência. É por isto que a condução da vida torna-se representativa e é objeto do historiador, por transformar a própria ordenação da cotidianeidade numa ação normal e política. O objetivo do historiador do cotidiano é restringir o objeto para desconstruí-lo no passado, não é "apontar o excepcional, mas descobrir o que até então era inatingível por estar submerso".[2] Eludidos os perigos da fragmentação e do estilhaçamento da realidade, os estudos do cotidiano introduziram novas fontes para tecer a trama da história: "legislação repressiva, fontes policiais, ocorrências, processos-crime, ações de divórcio, até canções, provérbios, literatura, cronistas, memorialistas e folcloristas, sem esquecer as correspondências, memoriais, manifestos, diários e materiais inconográficos".[3]

Aprendi com Gizlene Neder que em nossa organização social rigidamente hierarquizada, as classes populares "mais que compreender a nível da razão, foram (e seguem sendo) levadas a ver e a sentir seu lugar na estrutura social".[4] Nilo Batista também me ensinou, com os criminalistas, a dispor de uma antena muito sensível que permite antecipar os tempos sombrios pela demanda de repressão penal. "O emprego inflacionário do sistema penal é o sinal que nos adverte para uma intranqüilidade, um medo social que, em nosso caso é conseqüência inevitável da pauperização marginalizadora de imensos contingentes humanos que a hegemonia neoliberal está acrescendo a seus legítimos antecessores desde o escravismo colonial".[5]

2. MATOS, Maria Izilda Santos. *Na trama do cotidiano. In: Cadernos CERU*, n.º 5. São Paulo: 1994, p. 18.

3. MATOS, Maria Izilda Santos. Op. cit., p. 20.

4. NEDER, Gizlene. *Em Nome do Tânatos, aspectos do sistema penitenciário no Brasil. In: Caderno do CEUEP*, n.º 1. Rio de Janeiro: 1993, p. 9.

5. BATISTA, Nilo. *Um oportuno estudo para tempos sombrios. In: Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, n.º 2. Rio de Janeiro. Instituto Carioca de Criminologia, 1996. p.302.

As sociedades autoritárias e desiguais, violentamente hierarquizantes, utilizam o medo, através de uma relação muito sutil com a alteridade. Suely Rolnik trabalha as cartografias da existência humana em Guattari apontando os laços entre as mudanças no campo social e as mutações na subjetividade. Através da história da física ela analisa a nossa subjetividade ainda referida à termodinâmica do século XIX, num modelo em que não há lugar para a instabilidade. As idéias de ordem e equilíbrio conduziriam à entropia e às mudanças, à morte térmica. Isso nos leva a um entendimento do caos como portador da destruição, o encontro com o outro seria um fator de perda da ordem. "Este homem construirá um *script* onde estarão marcados tanto os lugares de si mesmo, quanto os lugares do outro, assim como a relação entre eles, arma que o homem moderno usará para proteger-se do outro".[6]

Eu trabalho com a hipótese de que a hegemonia do conservadorismo brasileiro se utiliza do medo como estratégia para a derrota das forças populares no Brasil.[7] Seus discursos tratam sempre de associar as vitórias populares ao caos e à desordem. A difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de disciplinamento e controle das massas empobrecidas. O tipo de ordenamento introduzido pela escravidão na formação sócio-econômica não foi abalado nem pelo fim da escravidão, nem pela República, nem na "transição democrática" com o fim da ditadura militar implantada após o golpe de 1964. A insurreição negra tem sido a grande categoria fantasmática, o grande zumbi das elites brasileiras: da Revolta dos Malês aos arrastões nas praias. A hegemonia conservadora trabalha a difusão do medo como indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social. O medo torna-se fator de tomadas de posição es-

6. ROLNIK, Suely. *Subjetividade e História*. In: *Revista do Núcleo de Criatividade – NUDECRI*, n.º 1. Campinas: Unicamp, 1995, p. 54.

7. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

tratégicas no campo econômico, político, social ou cultural. O medo também paralisa: nos medos de ontem, como nos de hoje, não se questiona a violência de uma sociedade tão desigual e tão rigidamente hierarquizada, mas proclama-se por mais pena, mais dureza e menos garantias no combate ao que ameaça, criando uma espiral aparentemente infinita que vai afastando cada vez mais o debate das questões nodais da história do Brasil: igualdade, liberdade, acesso à terra, direitos, enfim, o protagonismo econômico, social e cultural do povo brasileiro.

Trabalhar a espacialidade urbana, a violência e o medo equivale a trabalhar a concretude da criminologia e da política criminal. Se a criminologia, como nos diz Zaffaroni,[8] é o saber e arte de despejar perigos discursivos, e se é o discurso, como arena de conflitos em Bakhtin,[9] que erige as políticas criminais que configurarão a espacialidade urbana, procuramos entender o medo através da naturalização do seu discurso e suas conseqüências estéticas, no que entra pelos olhos no cotidiano da cidade. Assim, pretendemos analisar como os discursos do medo têm conseqüências estéticas, criam monumentos, transformam a cidade.

Falar do medo e da vida na cidade, remete também à idéia de lugar, localização: "momento do imenso movimento do mundo apreendido em um ponto geográfico, um lugar. Por isso mesmo, cada lugar está sempre mudando de significação, graças ao movimento social: a cada instante as frações da sociedade que lhe cabem não são as mesmas Não confundir localização e lugar. O lugar pode ser o mesmo, as localizações mudam. E lugar é o objeto ou conjunto de objetos. A localização é um feixe de forças sociais se exercendo em um lugar."[10] Estamos então querendo falar a partir de um local, e uma localização: a cidade do Rio de Janeiro. Apreender esse feixe de forças sociais, essa constante alteração nas significações implica na compreensão da discussão temporal na concepção de espaço. Com-

8. ZAFFARONI, E. Raúl. *O curso da criminologia*. Rio de Janeiro: mimeo, 2000.
9. BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*. São Paulo: Hucitec, 1999.
10. SANTOS, Milton. Espaço e método. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 21-23.

preender a cidade "como um espaço privilegiado de construção da memória coletiva", *monumentum*, sinal do passado.[11]

Levemos em consideração também que situamos esse lugar e essa história no subespaço da periferia do neoliberalismo, globalização ou qualquer outro nome que se queira dar à esta fase desencantada do processo de acumulação do capital. Então, temos que lidar com duas categorias do saudoso Darci Ribeiro: o processo civilizatório, ou incorporação periférica e seus moinhos de gastar gente, ou ciclos do capital e suas máquinas de moer índios, africanos, camponeses sem terra na Cabanagem, fiéis de Canudos etc.[12]

Este medo do caos, da *baderna*, que Carlos Magno Nazareth Cerqueira chamou de coreografia de meninos pretos, ao se referir aos *arrastões*, permeou a corte imperial após a Revolta dos Malês em 1835, assombrou a nação após a abolição da escravidão e a proclamação da República. Vagou nas águas da revolução de 30, no suicídio de Getúlio, no comício da Central que fez 40 anos este ano.

O Rio de Janeiro do século XIX era uma cidade africana. Os habitantes do Rio levavam uma vida insegura,[13] numa "cidade feia, que pouco diferia da sede colonial. As ruas ainda eram estreitas, escuras e imundas. Como nas demais cidades do Império, a remoção do lixo, das coisas podres e dos excrementos humanos era feita em pipas ou barris, carregados às cabeças dos escravos".[14]

No comentário biográfico de Debret, Patrick Straumann fala da chegada ao Rio de Janeiro do pintor, nomeado professor da Academia Real de Ciências, Artes e Ofícios em 1816 para fornecer "ao poder a carga simbólica que servirá de

11. NEDER, Gizlene. Cidade, identidade e exclusão social. *In* Revista Tempo, vol. 2, n. 3. Rio de Janeiro. UFF-Relume Dumará, 1997, p. 103.

12. Cf. Darci Ribeiro. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização. Petrópolis: Vozes, 1987, e O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

13. Cf. MATTOS, Ilmar Rohloff de. Op. cit., p. 77.

14. MATTOS, Ilmar Rohloff de. O Tempo Saquarema. São Paulo: Hucitec/INL, 1987, p. 77.

base ao projeto".[15] Straumann diz que ao entrar na baía de Guanabara, Debret encontra "uma cidade febril, de duros contrastes, rigidamente hierarquizada, com ruas mal pavimentadas repletas de vendedores ambulantes, curandeiros", enfim uma cidade africana. Fala também do "paradoxo fundador que impregnou com sua marca a história do Brasil independente", e do traço de Debret, invocativo da oscilação entre a *exigência da civilização e a realidade tropical*, produzindo imagens-metáforas da sociedade imperial-escravista.

É nesse cenário que se impunha o Império contra as ameaças republicanas, e esta idéia de Império estaria associada à garantia de unidade e continuidade, segundo Ilmar Rohloff de Mattos. Para ele, a questão da territorialidade conduzia às noções de nacionalidade e cidadania, incluídas na Constituição do Império à luz da Revolução Francesa. Esta associação já trazia em si a contradição fundamental do liberalismo no Brasil, entre a cidadania e a escravidão, a territorialidade e o acesso à terra.

A grande historiadora norte-americana, Mary Karasch, nos entreabre em seu "guia escravo da cidade do Rio de Janeiro" essa urdidura de fronteiras, de limitação à liberdade que a cidade européia impunha à cidade quilombada.[16] Ela descreve os limites físicos da cidade, as paróquias centrais cercadas por fortes, montanhas, prédios e praias. Os fortes, situados estrategicamente pela cidade, junto com as terríveis prisões de escravos, os quartéis e delegacias, indicavam um esforço concreto e planejado para evitar as rebeliões. Dentro da cidade, as paróquias ou freguesias onde viviam os negros eram principalmente Sacramento da Sé, São José, Candelária e Santa Rita. Suas igrejas eram construídas longe dos centros senhoriais.

15. STRAUMANN, Patrick (org.). *Rio de Janeiro, cidade mestiça: nascimento da imagem de uma nação*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 9.

16. Cf. Mary Karasch. A vida dos escravos no Rio de Janeiro: 1808 e 1850, São Paulo. Companhia das Letras. 2000. A noção de cidade quilombada é desenvolvida por Gizlene Neder, em texto supra citado.

Mary Karasch nos desenha o contraste entre o Paço, como centro e símbolo do poder colonial português, e o Campo de Santana, "uma área desregrada da cidade, onde os escravos, escapando de seus donos nas tardes de domingo, podiam dançar ao som de sua própria música".[17] Num contraponto perverso, era ali também que ficava o pelourinho, para introjetar na memória festiva as lições das punições públicas. Ela diz que várias outras praças tinham esse *caráter duplo* de pelourinho e local de encontro de escravos. Na praça Tiradentes, a mais importante, havia uma concentração cotidiana de escravos que dançavam em procissões religiosas no funeral de seus mortos.

Assim era o Rio de Janeiro: "cidade vasta e populosa, onde encontrareis aninhados promiscuamente ricos e pobres, doutos e indoutos, bons e maus; onde o polido do cortezão se acha mesclado à grosseira familiaridade africana; onde o encontro dos costumes americanos, europeus e africanos, que se chocão e se repelem, constitui um todo informe; onde a heterogeneidade se tornou homogênea e arrogou-se o título de nacional".[18]

Entre as pugnas do período havia a do controle das imagens, dos cenários, das representações, da simbologia: a luta pelo cotidiano, pela paisagem que entra pelos olhos e se naturaliza no imaginário coletivo se dava nas ruas da cidade; e elas eram em grande parte dos africanos e seus descendentes no Rio de Janeiro. Mary Karasch afirma que, apesar da presença do pelourinho, das tropas nas praças e das fortalezas, "os escravos controlavam muitas ruas, praças e mercados, onde dominavam boa parte do comércio de rua".[19] Eles aproveitavam as horas mais quentes do dias (enquanto seus donos dormiam) para sua vida social e para seus "difíceis ganhos fáceis": atividades econômicas, pequenos comércios que pratica-

17. KARASCH, Mary. Op. cit., p. 101.

18. MORAES E VALLE, Manuel Maria de. Algumas considerações sobre a mendicidade no Rio de Janeiro. Tese da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Typ. do Ostensor Brasileiro de J.J. Moreira, 1846, p.3.

19. KARASCH, Mary. *A vida dos escravos*. Op. cit., p. 102.

vam pelas ruas da cidade. A autora diz que o aqueduto, as fontes, as praias e os rios eram parte integrante da vida dos escravos, que podiam assim celebrar Calunga, o oceano ou Iemanjá, a divindade ioruba. Ela diz que as fronteiras para os escravos na cidade iam provocar experiências amargas a quem tentasse transpassar os seus limites. Não pensemos que esta sociabilidade urbana era liberdade: "Fechados em armazéns, oficinas, lojas, e fábricas, labutavam longas horas em prédios sem janelas, que eram os limites da sua vida. À noite, eram trancados para dormir amontoados no chão, às vezes acorrentados. As paredes eram barreiras visíveis que os separavam dos escravos de fora".[20] Ela fala também das escravas domésticas, para as quais as casas e os quintais eram "freqüentemente os limites da sua existência".[21]

A circulação e movimentação dos escravos e pretos forros era punível. Batista e Zaffaroni nos falam de uma postura municipal de 1870 que punia com multa ou 4 dias de prisão os donos de *tendas, botequins ou tavernas* que "permitissem em seus estabelecimentos a *demora de escravos por mais tempo que o necessário para as compras*, com a cláusula *respondendo sempre os amos pelos caixeiros*".[22] Aqueles passaportes descritos no decreto de 14 de dezembro de 1830 na Bahia, têm longa duração e irão inspirar as fronteiras erigidas entre a *ordem* e a *desordem* disciplinando o deslocamento e a sociabilidade urbana na virada do XIX para o XX, e até os dias de hoje.[23] Os lundus, batuques e algazarras também seriam punidos com prisão. Em 1861 um aviso ministerial preconiza a graduação dos açoites "conforme a idade e robustez do réu"; alugar uma casa a escravos dava 8 dias de prisão. Para Batista e Zaffaroni, é nessa conjuntura histórica que se enraízam as matrizes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro, do sentido histórico da cruel-

20. KARASCH, Mary. Op. cit., p. 104.

21. *Idem, ibidem*, p. 105.

22. Cf. Batista e Zaffaroni sobre a legislação da Província da Bahia.

23. NEDER, Gizlene. *Cidade, identidade e exclusão social*. Op. cit.

dade de um conjunto de leis liberais que permitiam "o retorno ao poder de uma senhora, de uma escrava achada com a *língua cosida com o lábio inferior*".[24]

No liberalismo à brasileira, a pena de morte tem "escabrosa facilitação processual para réus escravos que compete com a invulnerabilidade a ela dos senhores".[25] Nas palavras de Batista, nosso segundo sistema penal, na sua grosseira corporalidade, expunha ambigüidades fundamentais. "O escravo era coisa perante a totalidade do ordenamento jurídico (seu seqüestro correspondia a um furto), mas era pessoa perante o direito penal".[26] Mas mesmo com suas ciladas e ambigüidades o Código Criminal do Império influenciou muitas legislações latino-americanas e mais diretamente o código penal espanhol de 1848.[27]

É por isso que a movimentação dessa mistura indecifrável de cativos e libertos na *cidade-esconderijo*[28] que os africanos vão inventando, assusta tanto a *cidade-européia*.[29] Karasch faz alusão à comida quente vendida pelas africanas no porto e nos distritos comerciais. Era o angu, cuja força erigiria as *casas de angu* ou *casas de zungu*, que tanto trabalho dariam às autoridades da época.[30] Líbano Soares trabalha as casas de angu e a "percepção do medo da politização das camadas mais baixas da sociedade na década de 1830, um problema patente em todo o Império".[31] Ele demonstra o deslocamento das vendedoras de angu para casas fechadas denominadas *casas de angu* e depois popularmente denominadas *zungus*.

24. BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 42.
25. *Idem, ibidem*, p. 53.
26. BATISTA, Nilo. *Os sistemas penais brasileiros*. Op. cit., p. 13.
27. BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 53.
28. Cf. CHALHOUB, Sidney. Visões da Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
29. Cf. NEDER, Gizlene. Op. cit.
30. Cf. LÍBANO SOARES, Carlos Eugênio. *Zungu: rumor de muitas vozes*. Rio de Janeiro: Arquivo Público do Rio de Janeiro, 1998.
31. LÍBANO SOARES, Carlos E. Op. cit., p. 29.

Em torno da memória da alimentação, do angu, celebrava-se uma sociabilidade ativa. Como as casas de quilombo e as casas de feitiçaria, os zungus, casas de angu empreendidas por africanos libertos, tornavam-se centros de embaralhamento, lugares de acolhida e passagem, interseção entre a cidade e a fuga para os quilombos rurais, esconderijos. Como diz Chalhoub, a cidade que esconde é a cidade que liberta. É por isso que Líbano Soares afirma que a maior parte das investigações da polícia na primeira metade do século era dirigida aos angus, "que eram considerados sistematicamente como refúgio de escravos e covis de desertores, vagabundos e receptores de objetos roubados".[32] Nos zungus, já no final do século, a importância das mulheres reforça a "unidade simbólica e lingüística construída pelos escravos da África banto na experiência de escravidão no Brasil".[33] A prova disso, ele nos dá através da repressão aos zungus que motivou uma novidade nas estatísticas da Casa de Detenção em 1881: 76% dos presos eram homens e 24% mulheres.

A questão é que a entrada maciça de africanos na cidade, entre as décadas de 30 e 50, transformou a *mui leal e heróica cidade do Rio de Janeiro* num palco de vigorosos embates em todos os níveis, evocando medos, suspeitas, violências e resistências. Líbano Soares fala da "vigorosa cultura africana urbana da capital do Império brasileiro que dominara orgulhosa as ruas da Corte durante décadas".[34]

Não é à toa que, nos dicionários brasileiros, os termos angu ou zungu apresentem sentidos pejorativos: desordem, sujeira, esconderijo. O angu alimento constitui-se também em "metáfora da cultura popular de origem negra-africana: heterogênea, confusa, díspar..."[35] Desordem e perigo para uns, reconstrução de laços comunais e ancestrais para outros.

Contra o medo deste mundo portador do caos e da desordem, o estado brasileiro vai impor sua arquitetura penal institucional. Thomas Holloway relata o

32. LÍBANO SOARES, Carlos E. Op. cit. p. 47.

33. *Idem, ibidem*, p. 99.

34. *Idem*, p. 106.

35. *Idem*, p. 37.

terror e a truculência dos métodos da guarda real de Polícia, fundada em 1809, através de um de seus protagonistas, Miguel Nunes Vidigal, famoso por suas "ceias de camarão", que consistiam em surrar suspeitos na rua, fazendo com que suas carnes descascassem. No Rio de Janeiro da época (1810 a 1821), 80% dos julgados eram escravos, 95% nascidos na África, 19% ex-escravos e somente 1% livres.[36]

O decreto de novembro de 1825 que criou os cargos de comissário lhe atribuíam: impedir ajuntamentos, reprimir a vadiagem, cadastrar os capitães-do-mato, erradicar os quilombos e açoitar em locais públicos. Holloway cita um ministro da Justiça: "o problema do controle dos escravos na cidade era que esta propriedade não se guarda, anda pelas ruas."[37]

O Jornal Carioca O Pão D'assucar, de 7 de abril de 1835 estampa em suas páginas o seguinte:

"Isto bem meditado [a Revolta dos Malês] nos deve assaz horrorizar para que não sejamos tão frouxos e descuidados como até agora tem sido, em tomar a este outro igual rompimento não nos apanhe de improviso. Parece que as mais obvias e immediatas que se devem tomar, he estabelecer primeiramente huma Policia activa e vigilante, que observe com cuidado todos os passos que os africanos derem, que pareção encaminhar-se a conjurações contra a nossa existencia, para que a tempo se previnão, empregando para esse fim todos os meios que mais convenientes forem para se descubrirem tenções tão pavorozas: segundo, termos huma força armada sufficiente, que pela sua disciplina, gente escolhida de que se compozer, nos inspire confiança, e aos escravos infunda terror..."[38]

Esta parece ser a matriz retórica que inspira a ação histórica das nossas polícias: inspirar confiança a uns e infundir terror a outros. Pequenos problemas técnicos surgem quando a equação se inverte ou se cometem enganos: o dentista morto em São Paulo, ou o menino expulso do *shopping* no Rio de Janeiro. Como

36. HOLLOWAY, Thomas H. Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro. FGV. 1971.

37. HOLLOWAY, op. cit., p. 115.

38. *O Pão d'Assucar*, n.º 27. Rio de Janeiro, 7 de abril de 1835.

o infeliz agente da ordem poderia supor que aquele africano era dentista e o outro afilhado de Caetano Veloso?

Romper com o espectro e a estética da escravidão e conseguir impor outros projetos de cidade exige que mudemos de repertório. Debret, refere-se assim, ao pano de boca que pintou para o Teatro da Corte por ocasião da coroação de D. Pedro I em 1822.

"Pintor do teatro, fui encarregado do novo pano, cujo esboço representava um ato de devoção geral da população brasileira ao governo imperial, sentado em seu trono à sombra de uma rica tapeçaria estendida sobre palmeiras. Essa composição foi submetida às observações do primeiro-ministro José Bonifácio, que a aprovou. Ele apenas me pediu que substituísse as palmeiras naturais por um motivo arquitetônico regular, para afastar toda idéia de estado selvagem".[39]

Seu depoimento nos dá conta do embate primordial no cenário da cidade, no eterno retorno do recalcado na nossa memória urbana e coletiva: esconder, exterminar o selvagem que tão densamente nos habita. O reconhecimento do desejo é que cria a responsabilidade pelo seu destino, sendo a memória a única instância a romper com a lógica homogeneizante nessa nova etapa do processo civilizatório.[40] É através da nossa história, da ruptura com a cultura, a arquitetura do medo e a estética da escravidão que poderemos construir uma utopia possível, fundada nesses outros desejos de cidade.

É por isto que devemos nos opor a esta modernidade da sociedade de controle, desse capitalismo que descarta o trabalho, que precisa brutalizar e criminalizar a pobreza que ele mesmo mantém e gera. Creio que a resposta aos nossos medos se encontra na memória e na história das nossas cidades. E é por isso que nós, da elite do neoliberalismo, temos que nos perguntar: afinal nós temos medo do quê? Dos mesmos fantasmas do século XIX?

39. DEBRET, J. B., *apud.* STRAUMANN, Patrick. Op. cit., p. 10.

40. BIRMAN, Joel. Psicanálise, negatividade, heterogêneo: como a psicanálise pode ser obstáculo para a barbárie. *In*: Cadernos de Psicanálise, vol. 15, n.º 18. Rio de Janeiro. Sociedade de Psicanálise da Cidade do Rio de Janeiro, 1995.