ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

48



maio-junho de 2004

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 12 n. 48 maio–junho de 2004

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
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

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

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2003/2004

Diretoria executiva

Presidente
Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º Vice-Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

2º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º Secretário
Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º Secretário
Sérgio Mazina Martins

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureiro
Benedito Roberto Garcia Pozzer

Comissões especiais

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

História
Tadeu Antonio Dix Silva

Monografias
Carmen Silvia de Moraes Barros

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Franciele Silva Cardoso

Boletim
Celso Eduardo Faria Coracini

Cursos
Juliana Sinhorini Nahum

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Internet
Heloísa Estellita

Relações Internacionais
Tatiana Viggiani Bicudo

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Theodomiro Dias Neto

Iniciação Científica
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Alessandra Teixeira

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

publicacoes @ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Diretor
Theodomiro Dias Neto

Diretoras Adjuntas
Juliana Garcia Belloque e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandre Wunderlich, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Araujo da Silva, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, 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, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Mario Sergio Sobrinho, Maurides de Melo Ribeiro, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Roberto Soares Garcia, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Tatiana Viggiani Bicudo.

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, Iñaki Rivera Beiras, Mauricio Martínez Sánchez.

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, 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, Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

Coordenadores Estaduais:

Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Marcelo Leonardo (MG), Maria Lúcia Karam (RJ), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 49 – julho-agosto – 2004

Inmigración/xenofobia ante las instituciones
culturales y religiosas
Antonio Beristain

Do necessário estudo do direito penal ante
a informática e a telemática
Augusto Eduardo de Souza Rossini

Princípios constitucionais do Ministério Público
Francisco Dias Teixeira

Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público
pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?
José Afonso da Silva

Impunidade por violação dos direitos humanos
e o direito penal internacional
Kai Ambos

"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato –
Uma introdução ao debate sobre o bem
jurídico e as estruturas do delito
Luís Greco

Sumário

1. **Direito Penal**

Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma 9
Elia Patricia Neri Guajardo

Direito penal no primeiro pilar? 38
Geert J. M. Corstens

Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina? 62
Jorge de Figueiredo Dias

La política antidrogas en Colombia y el control constitucional 82
Mauricio Martínez Sánchez

Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas 108
Pilar Gómez Pavón

El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financiero (art. 4.º de la Ley 7.492/86) 164
Raúl Cervini

2. **Processo Penal**

As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal 179
Carmen Silvia de Moraes Barros

Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano 194
Paolo Tonini

Apontamentos sobre o sigilo bancário 215
Técio Lins e Silva e Marcela Lima Rocha

3. Crime e Sociedade

Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano 229
Emilio Garcia Mendez

Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos da noção de violência contra mulher 246
Maria Filomena Gregori

A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher 260
Vera Regina Pereira de Andrade

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

A irrelevância da mera opinião do juiz 291
Adauto Suannes

Ementário de Jurisprudência 305
Roberto Delmanto Junior e
Fabio Machado de Almeida Delmanto

4.2 Parecer

Títulos mobiliários da dívida pública: temas de direito e processo penal 341
René Ariel Dotti

5. Índice alfabético-remissivo 395

Normas de publicação 400

Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma

Elia Patricia Neri Guajardo

Becaria del Doctorado Internacional "Derecho Penal, Constitución y Derechos" de la Universidad Autónoma de Barcelona. Maestría en Ciencias Jurídico Penales, por la Universidad Autónoma de Campeche.

Sumario: 1. Antecedentes sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional – 2. El principio de legalidad: 2.1 Principio ne *bis in idem* y derecho aplicable (arts. 20 y 21); 2.2 Principio de legalidad (arts. 22, 23 y 24) – 3. El principio de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional – 4. Consideraciones finales – Índice bibliográfico.

"Si el dinero no tiene fronteras,
¿Porqué la justicia habría de tenerlas?"
–José Saramago.

Resumen: El presente artículo pretende abordar diversos aspectos del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional, especialmente respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El principio conocido mediante el aforisma *nullum crimen nulla poena sine lege*, alcanza en el Estatuto de Roma dimensiones y avances nunca vistas, ya que este – por primera vez en el Derecho Penal Internacional – formula una parte general, común a las legislacio-

nes penales internas, pero inexistente en el plano internacional. De igual forma, se esbozan algunos de los principales problemas que la formulación de dicho principio, planteará al momento de que la Corte Penal Internacional formule decisiones respecto de la responsabilidad penal internacional, dada la naturaleza de los crímenes perseguidos.

Palabras-clave: Derecho Penal Internacional; Estatuto de Roma; Corte Penal Internacional; Responsabilidad Penal Internacional.

1. Antecedentes sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional

La relevancia y la actualidad de la cuestión relativa a un tribunal penal internacional permanente, no es un asunto que haya sido originado en los últimos años. Por el contrario, es una deuda histórica del siglo XX para con la humanidad, que solamente la coyuntura política internacional, a partir de 1989 – año de la caída del muro de Berlín – ha hecho posible que el 1.º de julio del año 2002, entrara en vigor el Estatuto (en adelante Estatuto) de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), como un sistema de justicia penal internacional, que pretende sancionar la comisión de los crímenes de más grave trascendencia internacional y al mismo tiempo, persuadir a las personas que integran la cúpula de poder mundial, de la comisión de estos crímenes.

Los antecedentes más importantes, que no los únicos, que pueden ser referidos en el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, se refieren en primer término al juicio seguido en el Sacro Imperio Romano de Breisach, Alemania a Peter Von Hagenbush, por la comisión de crímenes de guerra. El tribunal que lo juzgó, se integró por 28 jueces de diversas naciones aliadas, siendo que el interés de su proceso radica en el hecho de que fue despojado de sus derechos de caballero, por habérsele encontrado culpable de asesinato, violación y otros delitos contra el derecho divino y humano durante una ocupación militar.

Un segundo antecedente, se ubica en el año de 1872 cuando Gustave Moynier, fundador y durante largo tiempo presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, presentó una propuesta de un tribunal penal internacional cuyo proyecto constaba de 10 artículos y se orientaba principalmente, a la prevención y represión de crímenes de guerra según el derecho de Ginebra, vigente en aquel entonces.

Un tercer precedente, se ubica en la época de la Sociedad de las Naciones, al término de la Primera Guerra Mundial, ya que con la firma del Tratado de Versalles entre las potencias aliadas y Alemania el 28 de junio de 1919, se expresa la intención de juzgar al Emperador Guillermo II, según el contenido de sus artículos 227 a 229. En virtud de dicho tratado, se debía constituir un alto tribunal que juzgaría al Káiser, por considerarlo culpable de una ofensa a la moral internacional y a la santidad de los tratados, especialmente el tratado de neutralidad firmado con Bélgica. Sin embargo lo anterior, el enjuiciamiento no fue posible en virtud de que el tribunal nunca fue establecido, al negar Holanda, país en el que Emperador Guillermo II se refugió, su correspondiente extradición.

Otro intento, en el marco de la Sociedad de las Naciones, se refiere a la Convención para prevenir y sancionar el delito de Terrorismo, que en su artículo 1.º preveía el establecimiento de un tribunal penal internacional. La Convención fue abierta a firma el 16 de noviembre de 1937 en la ciudad de Ginebra, no obstante fue ratificada por un solo país, y consecuentemente nunca entró en vigor.

En el ámbito de las Naciones Unidas y en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, han de considerarse los primeros tribunales penales internacionales establecidos en el siglo XX. Me refiero a los Tribunales Penales Militares Internacionales de Nuremberg y de Tokio, cuya función fue la de procesar y enjuiciar a los principales criminales de guerra de Alemania y Japón, respectivamente.[1]

1. Los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, se pueden consultar en: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal.* Tomo II. *Filosofía de la ley penal.* 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. p. 1.216 y ss.

El Tribunal de Nuremberg – establecido en esta ciudad precisamente porque en ella se redactaron algunas de las leyes de segregación racial más devastadoras – tuvo competencia para conocer de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Su principal mérito fue el de demostrar que estos hechos son capaces de generar responsabilidad penal individual en el ámbito internacional, con lo cual se destruyó el principio de la responsabilidad colectiva del Estado. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg y sus sentencias principales, sentaron sendos principios que fueron recogidos por Naciones Unidas como principios de derecho internacional. Sus procesos iniciaron el 21 de noviembre de 1945 y concluyeron el 1.º de octubre de 1946. Como resultado de estos juicios, 12 personas fueron sentenciadas a muerte, 3 a cadena perpetua, 4 a prisión por diversos términos y 3 personas fueron absueltas. Las penas de muerte fueron ejecutadas el 16 de octubre de 1946.[2]

Por lo que se refiere al Tribunal Militar Internacional establecido en Tokio, su estatuto fue muy similar al de Nuremberg. Recibió menos críticas, sobre todo con relación al origen de sus jueces, ya que este tribunal se integró con representantes de 11 países. En Nuremberg en cambio, solamente estuvieron representados los países vencedores del conflicto: Estados Unidos, Inglaterra, Rusia y Francia.[3]

Cabe comentar que si bien, el estatuto de estos tribunales establecía la obligación de juzgar a los principales criminales de la Segunda Guerra Mundial, ni Hitler, ni Mussolini ni el emperador Hiroito, fueron procesados. Hitler, prefirió suicidarse antes de verse en poder de manos enemigas; Mussolini fue ajusticiado por el pueblo italiano junto con sus principales colaboradores, y el emperador Hiroito, al firmar la capitulación de Japón a la guerra, fue beneficiado por los aliados con una impunidad absoluta.[4]

2. CALDERÓN PERAGÓN, José Raúl. *El juicio de Nuremberg. Hacia una Corte Penal Internacional.* Jaén: Jabalcaluz, 2000. p. 51 y ss.

3. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., p. 1.216.

4. BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against Humanity in International Criminal Law.* 2. ed. Kluwer Law International, The Hague, 2000. p. 210.

Posteriormente, existieron diversos intentos para el establecimiento de una jurisdicción penal internacional permanente, sin que ninguno hubiera tenido resultados concretos. Sólo la conclusión de la Guerra Fría, permitió el establecimiento de nuevas reglas del juego en el orden internacional y en consecuencia se inició un proceso, que finalmente desembocaría en el establecimiento definitivo de una Corte Penal Internacional, cuya sede se encuentra actualmente en los Países Bajos.

Como antes he mencionado, el fin de la Guerra Fría, fue el evento que permitió que las diversas naciones del mundo, expresaran abiertamente su interés en lograr acuerdos de cooperación bilaterales y multilaterales, para prevenir y castigar la delincuencia internacional y transnacional,[5] lo cual en gran medida aumentó las posibilidades de establecer la jurisdicción penal internacional pretendida, desde la Primera Guerra Mundial.

De tal forma, en el año de 1989, Trinidad y Tobago, en el marco de una Reunión Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas para el problema del narcotráfico, solicitó que la cuestión de una Corte Penal Internacional volviera a ser discutido por la comunidad internacional.[6]

A partir de 1990 y hasta 1994, la Comisión de Derecho Internacional trabajó en diversos proyectos relacionados con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, para solicitar en este último año a la Asamblea General, una reunión de ministros plenipotenciarios a efecto de aprobar el tratado internacional que le daría existencia jurídica. Sin embargo, la Asamblea decidió establecer un Comité Ad Hoc para su establecimiento, cuyo informe fue rendido en 1996 ante la misma Asamblea. Sin embargo, se consideró que el Estatuto no contaba aún con el consenso de la comunidad internacional y se decidió el establecimiento de un Comi-

5. Para la distinción entre delitos internacionales y delitos transnacionales y transfronterizos vease: GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional.* Madrid: Tecnos, 1999. p. 43 y ss.

6. BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against...*, cit., p. 210.

té preparatorio para el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Finalmente, dicho Comité presentó un informe el 3 de abril de 1998, en el que incluía un proyecto consolidado de Estatuto, que constaba de 116 artículos y más de 1300 palabras entre corchetes.[7]

Finalmente en la ciudad de Roma, se celebró la Conferencia de Plenipotenciarios que tenía como objetivo realizar las negociaciones necesarias para lograr la aprobación del Estatuto de la Corte. Tras cinco arduas semanas de trabajo y con la presencia de 135 delegaciones con la representación de los Estados de la comunidad internacional, mismas que transcurrieron en el medio de negociaciones jurídicas y políticas, entre los países partidarios y enemigos de la Corte, el 17 de julio de 1998, el Estatuto fue aprobado mediante 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra.[8]

El Estatuto de Roma, ha entrado en vigor el 2 de julio del 2002, trascurridos 60 días de la ratificación número 60, condición impuesta por el mismo para tener vigencia.[9] A partir de este momento, la comunidad internacional cuenta para la protección de algunos de sus intereses comunes y más privilegiados, con una jurisdicción penal internacional permanente, que tendrá competencia para conocer de los crímenes de más grave trascendencia internacional, como lo es el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

2. El principio de legalidad

Como se desprende del contenido del Estatuto de Roma, son muchos y muy variados los temas sobre los que es posible reflexionar y discutir respecto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, en esta ocasión habré de referirme a la

7. BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against...*, cit., p. 93.

8. BASSIOUNI, Cherif. "Nota explicatoria del Estatuto de la Corte Penal Internacional". *Revue Internationale de Driot Penal – International Review of Penal Law*, p. 1-41, 1992.

9. El artículo 126 del Estatuto de Roma señala: "(...) El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión (...)".

regulación del Principio de legalidad y de la responsabilidad penal en el ámbito internacional, de conformidad con el citado Estatuto.

Como es sabido, el principio de legalidad es resultado del Iluminismo ilustrado del siglo XVIII y fue proclamado por primera vez en la Constitución norteamericana de 1776 y en la Declaración de los Derechos del hombre de 1789; encuentra su expresión en el Código penal de 1787 de José II y en el "Allgemeines Landrecht" de 1794. Su formulación latina proviene de Feuerbach y se expresa mediante el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*. Las implicaciones de este principio fueron incorporadas al derecho penal interno de los Estados civilizados en el siglo XIX.[10]

Actualmente el principio de legalidad se reconoce en una serie de textos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948,[11] el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966[12] y la Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, entre otros.[13]

10. NERI GUAJARDO, Elia Patricia. *El consentimiento del titular del bien jurídico.* Entre la atipicidad y la justificación. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídico penales por la Universidad Autónoma de Campeche, p. 79.

11. Artículo 11.1 Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la leye y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. *Principales declaraciones y Tratados internacionales ratificados por México.* Compilados por Silverio Tapia Hernández. México: CNDH, 1997. p. 27.

12. Artículo 15.1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Ibidem, p. 228.

Cabe mencionar que el contenido de este artículo es sumamente importante para el Derecho Penal Internacional, pues establece muy claramente que no podrán imponerse más penas que las previstas por la ley con anterioridad a la realización de los hechos, lo cual confirma el *Nullum crimen nulla poena sine lege* en esta materia.

13. Artículo 9. Principios de legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

En atención a lo anterior, las garantías que el principio de legalidad exige para los sistemas de justicia nacionales también competen al ámbito internacional, pues el Estado de Derecho no es privativo de aquellos, ya que los derechos fundamentales como derechos universales "(...) son reconocidos a todos en cuanto personas y no en cuanto ciudadanos (...)".[14] En consecuencia, el Derecho Penal Internacional debe ser respetuoso de las garantías sustantivas y procesales en materia penal concebidas como derechos fundamentales, a pesar de que los asuntos de su competencia impliquen situaciones de violencia masiva y sistemática contra los derechos fundamentales de otros.[15] De tal forma, el Derecho Penal Internacional, debe satisfacer las garantías inherentes al principio de legalidad, como lo es la garantía criminal, que señala que el delito debe ser determinado por la ley con anterioridad a su realización; la garantía penal, que indica que la pena aplicable al caso concreto debe ser determinada por la ley; la garantía jurisdiccional, que exige que la existencia del delito y la responsabilidad del inculpado deben ser probadas mediante un procedimiento, seguido ante tribunales previamente establecidos; y por último la garantía ejecución, que requiere que el cumplimiento de la pena sea regulado por una ley especialmente aplicable. Dados los objetivos de este trabajo, referiré únicamente el contenido de la garantía criminal y penal, aún cuando es menester señalar que el Estatuto de Roma además de contener una

Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. Ibidem, p. 270.

14. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías.* La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. Traducido por Perfecto Andrés Ibañez. p. 119 y 148.

15. Sobre el principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional, vale la pena comentar que aún cuando se pretende que el mismo se conforme con todas las garantías que contiene en el derecho penal interno, existe una excepción y se refiere a la garantía formal del principio de legalidad. Esta excepción implica que las normas deben ser emitidas por un órgano legislativo en función de la división de poderes, sin embargo al no existir un órgano legislativo internacional, no debe entenderse el principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional en sentido formal. GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*, cit., p. 86.

parte general y una parte especial, también contiene una procedimental y de ejecución y aplicación de sanciones.[16]

En los diversos proyectos de Estatuto de la Corte Penal Internacional, han existido diversas formulaciones y alcances del principio de legalidad. Así, el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1994, no contenía una parte que específicamente se refiriera a estos principios, sino que únicamente contenía disposiciones relativas a los principios *nullum crimen sine lege* y *al ne bis in idem*, así como también a la presunción de inocencia y a las leyes aplicables. Por su parte el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 elaborado por la misma Comisión, incluía además de las anteriores, disposiciones relacionadas con la responsabilidad individual, la responsabilidad de mando, la posición oficial y las defensas.[17]

La idea de incluir una sección especial sobre los Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto, se debe a la sugerencia del Comité Especial, según el contenido de su informe de 1995; la intención de incluir esta sección, fue la de brindarle al Proyecto de Estatuto una parte general, que sirviera al juez de marco para el cumplimiento de sus funciones, que además aseguraría "(...) el grado de predicción y certeza requerida para los derechos del acusado y el desempeño de la defensa (...)".[18]

En el ámbito del Comité Preparatorio se trabajó sobre los principios generales propuestos por el Comité Especial y se estableció un grupo de trabajo sobre los principios generales de derecho penal y de las penas, para posteriormente ser denominado simplemente "grupo de trabajo sobre los principios generales del

16. Por lo que respecta al procedimiento, véase la Parte VI y IX del Estatuto, relativas al juicio y a la cooperación internacional y la asistencia judicial, así como las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por lo que respecta a la ejecución de la pena, véase la Parte X del Estatuto.

17. SCHABAS, William A. "Principios generales del derecho penal". *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 271-314.

18. Ídem.

derecho penal", toda vez que se había constituido un nuevo grupo de trabajo que se dedicaría exclusivamente sobre la cuestión de las penas aplicables. Este grupo de trabajo concluyó sus consideraciones sobre los principios generales de derecho penal en diciembre de 1997 y fueron incluidas en el Proyecto Zupthen en enero de 1998 y presentadas a la Conferencia Diplomática como los artículos 21 a 34 del Informe del Comité Preparatorio. Durante la Conferencia, el grupo de trabajo realizó 11 reuniones, en virtud de las cuales mejoró la redacción de algunos artículos y se eliminaron algunas disposiciones relativas a los elementos objetivos y a las defensas, además de incluir por sugerencia del grupo de trabajo sobre las penas aplicables, el principio *nulla poena sine lege*. Finalmente, la Conferencia aprobó dentro del paquete de propuestas finales, la Parte III del Estatuto de la Corte, integrada por los artículos 22 a 33.[19]

2.1 Principio ne bis in idem y derecho aplicable (arts. 20 y 21)

Como antes he mencionado los Principios Generales de Derecho Penal se incluyeron en la Parte III del Estatuto, sin embargo es posible encontrar en la Parte II, algunas disposiciones que la Corte también deberá tener en consideración al atribuir a un sujeto responsabilidad penal individual y que se refieren al principio de *ne bis in idem* y al derecho aplicable. La razón de que estas disposiciones fueran incluidas en la regulación de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable, es sin duda la estrecha relación que guardan con el principio de complementariedad, que se regula en esta sección del Estatuto.

Por lo que se refiere al principio *ne bis in idem* contenido en el artículo 20, ya se han hecho amplias referencias al tratar el principio de complementariedad, por lo cual únicamente recordaré la forma en que opera dicho principio según el Estatuto de Roma. En primer lugar, la Corte no podrá enjuiciar dos veces a la

19. SCHABAS, William A. "Principios generales de derecho penal...", cit., p. 274 y ss.

misma persona por la realización de crímenes por los cuales ya haya sido condenado o absuelto por la misma Corte; ningún tribunal podrá procesar a una persona por la realización de un crimen, por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. Por último la Corte podrá procesar a una persona que haya sido objeto de un juicio ante tribunales nacionales, por un crimen de su competencia, si el juicio obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o bien no hubiera sido instruido con las debidas garantías procesales.

El artículo 21 que se refiere a la ley aplicable indica una jerarquía de leyes, al establecer que en primer lugar se aplicará el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, al respecto el mismo Estatuto señala en su artículo 52.5 que en caso de conflicto entre estas disposiciones, prevalecerá el Estatuto.

En segundo lugar podrán ser aplicados, los tratados y las normas de Derecho Internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados. En su defecto los principios generales de derecho que la Corte derive de los principales sistemas jurídicos del mundo y de los sistemas de justicia nacionales que en su caso ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre y cuando no sean incompatibles con el Estatuto ni con las normas y principios internacionalmente reconocidos. Esta disposición implica que la Corte puede pasar de una fuente a otra hasta encontrar la ley aplicable. En la práctica significa la posibilidad de acudir a las legislaciones internas, en la medida en que el Derecho internacional no ha establecido normas en muchas áreas, particularmente en lo que se refiere a la parte general, pero evidentemente no para el castigo de otros delitos no previstos por la Corte.[20]

20. AMBOS, Kai. *Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma.* Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 25-61; BUENO ARÚS, Francisco. "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998". *Creación de una jurisdicción penal internacional.* Madrid: Escuela Diplomática de Madrid, 2000. p. 117-132.

El segundo párrafo del artículo 21, señala que la Corte podrá aplicar principios y normas de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores, lo cual es innecesario, pues se supone que las leyes y normas aplicables han sido específicamente determinadas. El contenido de esta disposición, pareciera sugerir la posibilidad de que la Corte en una situación determinada, pudiera invocar normas que no se encontrarán en las leyes aplicables para un caso en particular, y que al haberlas utilizado en este, se encuentra autorizada para invocarlas con posterioridad.[21]

Durante la Conferencia de Plenipotenciarios, los dos primeros párrafos no fueron debatidos, sin embargo no puede decirse lo mismo de la última fuente de ley aplicable que se refiere a la ley nacional.[22] Para resolver esta dificultad, en la Conferencia se creó un grupo de trabajo sobre el artículo 21, que finalmente pudo adoptar una fórmula de compromiso que permite la aplicación de las leyes nacionales como fuente secundaria, con la condición de que no contravengan las disposiciones contenidas en el Estatuto.[23]

El último párrafo del artículo 21, significó una serie de fuertes controversias durante la Conferencia Plenipotenciaria, especialmente por lo que toca a los conceptos de género y derechos humanos internacionalmente reconocidos. En el primer caso se adoptó la formulación de género que contempla la definición de crímenes contra la humanidad, en donde se establece que el término se refiere a los dos sexos, masculino y femenino. En el segundo caso, la cuestión fue de vital

21. SCHABAS, William A. "Principios generales de derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional" (Parte III). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 269-314.

22. Al parecer, la falta de consenso sobre este punto puede detectarse en las discusiones pertinentes a los diversos proyectos de Estatuto que se manejaron. Específicamente durante las sesiones del Comité Preparatorio, las delegaciones manifestaron que la aplicación del derecho penal nacional del Estado que podría ejercer jurisdicción, implicaría un trato desigual a los acusados, pues las legislaciones penales de los Estados regulaban las instituciones jurídico-penales de manera diversa.

23. SCHABAS, William A. "Principios generales de derecho penal...", cit., p. 276.

importancia, pues lo que se pretendía era ubicar a la Corte en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, ya que aún cuando sea una Corte Penal, su objetivo primordial se relaciona con las violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se trata de minorías étnicas.[24]

2.2 Principio de legalidad (arts. 22, 23 y 24)

Las disposiciones relativas al principio de legalidad fueron objeto de escasos debates durante la Conferencia de Plenipotenciarios, aceptándose casi en su totalidad el conjunto de normas que al respecto había presentado el Comité Preparatorio en su proyecto de Estatuto. Las disposiciones relativas al principio de legalidad se refieren a la prohibición de irretroactividad de la ley penal, la proscripción de la analogía y el principio de imputación subjetiva o responsabilidad penal individual.[25] Como señala Laurenzo, la inclusión del principio de legalidad en el Estatuto de Roma, implica un importante avance en la búsqueda de la seguridad jurídica en el Derecho Penal Internacional, pues a diferencia de las anteriores experiencias jurisdiccionales en esté ámbito, se imposibilita la actuación de la Corte con relación a conductas no contenidas en el Estatuto de Roma, lo que significa que no se admiten otras fuentes de creación de delitos, tales como la costumbre internacional o los principios generales de derecho.[26]

El artículo 22 titulado *Nullum crimen sine lege*, señala que una persona no puede ser penalmente responsable de conformidad con el Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya en el momento en que tiene lugar, un crimen

24. SCHABAS, William A. "Principios generales de derecho penal...", cit., p. 278.

25. RODRÍGUEZ – VILLASANTE y PRIETO, José Luis. "Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional". *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid: Escuela diplomática de Madrid *et al*, 2000. p. 133-162.

26. Esta posibilidad existe según la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. LAURENZO COPELLO, Patricia. "Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma". *Jueces para la democracia*, n. 38, p. 93-106, 2000.

de la competencia de la Corte. También contempla la prohibición de la analogía, al decir que la definición de crimen será interpretada estrictamente. Sin embargo, existe una excepción a este principio. Según el del artículo 7.º que define los crímenes contra la humanidad, apartado k) se señala que también forman parte de estos crímenes "(...) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (...)". Ante esta disposición ¿Cómo se soluciona la prohibición de la analogía? Acudir a tratados internacionales que definan actos inhumanos comparables con los definidos en el Estatuto no implica que puedan ser considerados delitos; en caso contrario se crearían delitos competencia de la Corte en razón de la analogía *in malam partem*, lo cual violentaría el principio de certeza jurídica.

Por su parte el artículo 23 contempla el principio del *nulla poena sine lege*, al señalar que la persona que sea declarada culpable por la Corte, sólo podrá ser penada de conformidad con el Estatuto. Esta disposición se complementa con el artículo 77 titulado "Penas aplicables", en las que se reconoce como tales la reclusión por un número determinado de años que no excederá a 30; la reclusión a perpetuidad cuando la gravedad y las circunstancias personales del acusado lo justifiquen,[27] así como también la multa y el decomiso de los bienes y haberes procedentes del crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Como puede observarse, la pena de muerte se encuentra proscrita según las disposiciones del Estatuto, lo cual no necesariamente determina su prohibición absoluta con relación a los crímenes competencia de la Corte. Según el principio de complementariedad, si ejerce jurisdicción un Estado Parte, que en su or-

27. La aceptación de la condena a perpetuidad para casos de suma gravedad, fue el resultado de una solución de compromiso adoptada para evitar la inclusión de la pena de muerte, apoyada en su mayoría por los países árabes, según el acta de la Sesión plenaria de la Conferencia A/CONF.183/C.1/SR.33; BUENO ARÚS, Francisco. "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998", cit., p. 128; LAURENZO COPELLO, Patricia. "Hacia la Corte Penal Internacional...", cit., p. 97.

denamiento interno prevé la pena de muerte, no existe ninguna posibilidad de impedir la aplicación de la pena capital, para el caso de que el sujeto haya sido encontrado culpable de los cargos.[28]

Esta reglamentación del principio *nulla poena sine lege*, ha sido criticada en virtud de que el Estatuto no señala la dosimetría de las penas, ni tampoco circunstancias agravantes o atenuantes, lo que recuerda el sistema de procedimiento del *common law*.[29] Sin embargo, tal y como recuerda Lirola Delgado, el Derecho Penal Internacional se ha caracterizado por un régimen de aplicación indirecta, que implica que si bien los tratados internacionales tipifican los crímenes internacionales, estos remiten a los derechos internos la aplicación de las penas, razón por la cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para castigar a los culpables.[30] En razón de ello, el Estatuto de la Corte, va más allá de la práctica internacional común, al definir específicamente las penas aplicables y el término máximo de reclusión, aún cuando evidentemente ello no satisface los requisitos de certeza y restricción, en la misma forma que las legislaciones penales nacionales.[31]

Por último el artículo 24 del Estatuto, contempla la prohibición de la retroactividad *ratione personae*, al señalar que "(...) nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor (...)". Este principio ha sido reconocido tanto en Derecho penal comparado como en Derecho Internacional y es considerado como

28. Véase art. 80 del Estatuto. LAURENZO COPELLO, Patricia. "Hacia la Corte Penal Internacional...", cit., p. 97; SCHABAS, William. "Life, death ante the crime of crimes". *Punishment & Society*, n. 3, p. 263-285, 2000.

29. RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis. "Aspectos penales...", cit., p. 133-162.

30. LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional.* Justicia *versus* impunidad. Barcelona: Ariel Derecho, 2001. p. 238.

31. AMBOS, Kai. "Os princípios gerais...", cit., p. 30; LAURENZO COPELLO, Patricia. "Hacia la Corte Penal Internacional...", cit., p. 103.

una norma no derogable en las principales convenciones sobre derechos humanos, como lo pueden ser el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 15; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo II.[32] Sin embargo, si atendemos a la práctica judicial internacional, es evidente que este principio es contrario a las tendencias por ella establecidas, tal y como se desprende de los Estatutos de Nuremberg y Tokio y de los tribunales establecidos por el Consejo de Seguridad para Ruanda y la antigua Yugoslavia.[33] En consecuencia, una de las críticas que ha recibido la inclusión de este principio en el Estatuto de Roma, es que reduce las posibilidades de enjuiciar a los autores de graves crímenes internacionales realizados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto; empero recordando la obligación de los Estados de ejercer jurisdicción en los asuntos de su competencia, se comprobará que la crítica no es sostenible.[34]

Tal y como se aprecia del contenido del artículo 1.º y 24 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional únicamente se encuentra facultada para conocer de la responsabilidad penal de las personas físicas o naturales. Esta situación originó en las discusiones de la Comisión de Derecho Internacional, del Comité *Ad Hoc*, del Comité Preparatorio y de la misma Conferencia de Plenipotenciarios importantes debates, en virtud de que el ejercicio del poder punitivo es una de las esferas en donde se observa con absoluta claridad el ejercicio de la soberanía de los Estados. En consecuencia, el lograr un equilibrio entre los sistemas jurídicos más representativos del mundo y entre los intereses políticos

32. Dando una interpretación opuesta a estos mismos artículos: GARCES, Joan E. "Pinochet ante la Audiencia Nacional y el derecho penal internacional". *Jueces para la Democracia*, n. 28, p. 92-99, 1997.

33. SCHABAS, William A. "Principios generales de derecho penal...", cit., p. 284; LAURENZO COPELLO, Patricia. "Hacia la Corte Penal Internacional...", cit., p. 96.

34. Ídem, ibídem, p. 285.

de las delegaciones presentes en Roma, fue el resultado de infinitas negociaciones. Haber logrado la aprobación del tratado internacional que diera vida a una Corte Penal Internacional capaz de investigar, procesar y enjuiciar a los autores de los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional, conjugando el interés de asegurar a las personas un régimen de responsabilidad penal internacional, que no disminuyera el estándar de garantías sustantivas y procesales de los individuos en el ámbito interno, y que además no violentara el principio de soberanía de los Estados, fue sin duda una tarea difícil y por ello ofrece el mejor inicio posible para el establecimiento de una justicia penal internacional permanente, a pesar de todas sus carencias.

3. El principio de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional

Estrechamente relacionado con el Principio de legalidad, se encuentra la cuestión del reconocimiento de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional, al cual me referiré a continuación.

El concepto de la responsabilidad penal internacional individual se origina en la Segunda Guerra Mundial, en virtud de que los procesos instaurados para juzgar a los criminales de guerra, se convirtieron en su modelo y precedente básico.[35] De tal forma, es posible afirmar que la responsabilidad penal internacional, se origina esencialmente en la Carta de los tribunales de Nuremberg y Tokio y en la confirmación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de los Principios de Nuremberg,[36] derivados de la Carta y de sus sentencias principales. En fechas recientes el principio de la responsabilidad penal internacional del individuo, se ha confirmado a través de los Estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia de 1993 y para

35. BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against...*, cit., p. 434.

36. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95 (I) UN Doc. A/236 (1946).

Ruanda de 1994 establecidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas,[37] por el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad de 1996[38] y evidentemente por el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en 1998.[39]

El reconocimiento de la responsabilidad penal internacional, implica que el individuo ante el Derecho Internacional, no es solamente objeto sino sujeto de Derechos y obligaciones. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. En la doctrina clásica por ejemplo, el extranjero ocupaba un lugar privilegiado pues los Estados tenían la obligación de tratarlos dentro de un marco mínimo de reconocimiento de derechos, sin embargo esta obligación nunca derivó de su condición de persona, sino del régimen jurídico del Estado al cual pertenece. En este mismo sentido puede comentarse, que el Derecho internacional tampoco regulaba las relaciones de los individuos con su propio Estado, pues se observaba como una cuestión de la exclusiva competencia de cada nación.

No es sino a partir de la Primera Guerra mundial y sobre todo de la Segunda,[40] que el individuo es considerado sujeto activo del Derecho Internacional, lo cual dio comienzo a un proceso de humanización que esperamos

37. Según las Resoluciones 827 (1993) y 995 (1994) respectivamente, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Los Estatutos de estos tribunales, reconocen en sus artículos 6 y 5 respectivamente, referentes a la competencia *ratione personae* que tendrán competencia respecto de las personas físicas de acuerdo a las disposiciones de sus Estatutos.

38. Doc. A/51/10 (1996). El artículo 2 del citado proyecto señala: "Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual".

39. A/Conf.183/9. El artículo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que "(...) estará facultada para ejercer jurisdicción sobre personas (...)".

40. En la Primera Guerra mundial, las violaciones de las normas y costumbres de guerra establecidas por el Derecho internacional consuetudinario y compiladas por los Convenios de la Haya y por la iniciación y realización de guerras de agresión en violación del Derecho internacional, generaron responsabilidad penal internacional. En la Segunda Guerra, la responsabilidad individual directa se originó por la realización e iniciación de las guerras de agresión en violación al Derecho internacional consuetudinario y convencional, por la violación de las normas y costumbres de guerra y por crímenes contra la humanidad. BASSIOUNI, Cherif. *Derecho penal internacional.* Proyecto de Código Penal Internacional. Madrid: Tecnos, 1994. p. 64 y ss.

irreversible y que puede constatarse en muchas normas jurídicas internacionales que contemplan los derechos y deberes de los individuos para con la comunidad internacional.[41] Esta humanización, se debe en opinión de Rueda Fernández a que el Derecho internacional evoluciona hacia un orden más comprometido con los valores humanos y más preparado para hacer frente a las graves situaciones de justicia que generalmente quedan impunes.[42]

Por otra parte, este proceso de humanización indica que los Estados no son los únicos protagonistas del Derecho Internacional, que hasta antes del surgimiento del Estado moderno, sostenía que los individuos gozaban ciertos privilegios y obligaciones según el Derecho de gentes, preferentemente relacionados con la regulación de los conflictos armados, únicamente podía ser sujeto de derechos en el ámbito interno, lo que a su vez implicaba, que la responsabilidad internacional solo podía atribuirse al Estado, como único sujeto de derechos reconocido.[43] Al respecto señala Pigrau Solé que en virtud de la interpretación clásica de la idea de soberanía, los actos de Estado no podían estar sujetos a una jurisdicción extranjera y los individuos al actuar en calidad de órganos del Esta-

41. Esta humanización del derecho internacional se ha desarrollado esencialmente en tres ámbitos: el derecho humanitario, que ha pretendido que los hechos que ocurran durante los conflictos armados provoquen le menor número de daño posible a los combatientes y no combatientes; los derechos humanos que han pretendido otorgar un determinado *status* de vida y regular la convivencia de los individuos en el marco de un orden estatal a partir de la segunda posguerra, y por último el Derecho Penal Internacional que pretende combatir la macrocriminalidad. JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia. "La responsabilidad del individuo ante el derecho penal internacional: hacia una sistematización de los delitos". *Agenda ONU*, n. 1, p. 39-60, 1998; TRUYOL SIERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional.* Madrid: Tecnos, 1998. Traducido por Paloma García Picazo. p. 151.

42. PELÁEZ MARÓN, José Manuel. "El desarrollo del derecho internacional penal en el siglo XX". *La criminalización de la barbarie:* la Corte Penal Internacional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. p. 91-140. RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda. "Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?". *La criminalidad de la barbarie: la Corte Penal Internacional.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. p. 304; JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia. "La responsabilidad del individuo...", cit., p. 41.

43. JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia. "La responsabilidad del individuo...", cit., p. 40.

do, también ejecutaban actos de Estado, por lo cual era impensable que una jurisdicción que no fuera la propia, conociera de los actos de estos individuos.[44]

En el siglo XIX la aplicación del Derecho Penal Internacional a los individuos se limitaba exclusivamente a la piratería,[45] la esclavitud y ciertas violaciones de las normas que regulaban los conflictos armados, que se conocían como delitos contra el derecho de gentes.[46]

Ya en el siglo XX, por una parte el Tratado de Versalles contenía en sus artículos 227, 228 y 229 algunas referencias a la responsabilidad penal internacional y por la otra el Tratado de Sèvres pretendía el procesamiento de las autoridades turcas por las matanzas contra la población armenia.[47] Durante esta época el más importante trabajo sobre la responsabilidad penal internacional fue presentado por la "Comisión sobre la responsabilidad de los autores de guerra y sobre la aplicación de penas por la violación de las leyes y costumbres de guerra", convocada por los países aliados. En su informe, desarrollaron un elaborado esquema de crímenes internacionales y de responsabilidad penal por la violación a las leyes y costumbres de guerra, establecidas principalmente en las Convenciones de la Haya.[48]

Otras manifestaciones en este mismo sentido se contienen en la Convención internacional para la protección de los cables telegráficos submarinos,

44. PIGRAU SOLÉ, Antoni. "Elementos de derecho internacional penal". *Cursos de derecho internacional de Vitoria Gasteis.* Tecnos – Universidad del País Vasco, 1997. p. 132 y ss.

45. La piratería considerada crimen por la costumbre internacional fue codificado en 1937. Posteriormente la Convención de Ginebra para el derecho del mar de 1958 y la Convención de Naciones Unidas para el derecho del mar de 1982, lo confirmaron como generador de responsabilidad internacional. BASSIOUNI, Cherif, *Crimes against...*, cit., p. 516; MILLALEO, Salvador. "El caso Pinochet: Chile en la encrucijada de la democracia incompleta". *Nueva Sociedad*, n. 161, p. 140, 1999; AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional.* 2. ed. rev. y actual. Argentina: Ad Hoc, 1999. p. 117.

46. GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*, cit., p. 51.

47. GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes internacionales.* Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente – Uned, 1999. p. 33; PIGRAU SOLÉ, Antoni. "Elementos de derecho...", cit., p. 134.

48. BASSIOUNI, Cherif, *Crimes against...*, cit., p. 523 y GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes..*, cit.,. p. 34.

que en su artículo II señalaba como generadora de responsabilidad penal internacional la interrupción total o parcial de las comunicaciones telegráficas. De igual manera el Acuerdo para la supresión de la circulación de publicaciones obscenas de 1910, la Convención internacional para la supresión de la circulación y tráfico de publicaciones obscenas de 1924 y la Convención internacional para la supresión del tráfico de moneda de 1929, establecían la responsabilidad penal individual y eran reconocidos bajo el nombre de *delicta iuris gentium*, en virtud de lesionar intereses comunes de la Comunidad internacional.[49]

No obstante todo lo anterior, en estos años el individuo aún no era considerado como sujeto de derecho internacional, pues como Besné Mañero señala, la protección de su persona, sus derechos y sus bienes se encontraba mediatizada por el Estado. Esto se comprueba al observar la resolución de la Corte Internacional de Justicia en el "Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina" en la cual se afirma que cuando un Estado acude a una jurisdicción internacional haciendo suya la reclamación de uno de sus nacionales "(...) ante los ojos de esta última el Estado es el único reclamante (...)".[50] Así en opinión de Blanc Altemir, esta sentencia confirma el postulado básico del Derecho internacional clásico, que específica que ante la violación de una obligación internacional el sujeto causante debe reparar el daño ocasionado mediante su acción ilícita por medio de un acto que deberá ser proporcional al daño sufrido, ya sea éste de carácter moral o patrimonial. Según esta misma concepción, es el Estado y sólo él quien se encuentra legitimado para exigir la reparación del daño sufrido generalmente en la persona o en los bienes de sus nacionales, a otro Estado que ha infringido una norma de Derecho internacional.[51]

49. BASSIOUNI, Cherif, *Crimes against...*, cit., p. 523 y GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*, cit., p. 51.

50. BESNÉ MAÑERO, Rosario. *El crimen internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 106.

51. BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990. p. 5 y ss.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, dos hechos fueron determinantes para el establecimiento definitivo de la responsabilidad penal internacional del individuo: el ejercicio jurisdiccional de los tribunales de Nuremberg y Tokio y de los tribunales de los aliados en las zonas de ocupación, en aplicación de la Ley 10.º del Consejo de Control aliado.[52] Dichos tribunales, además de conocer de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y contra la paz, establecieron que la responsabilidad penal del individuo se extendía a las conductas llevadas a cabo por orden de un superior jerárquico y a la responsabilidad directa por la participación en la conspiración y en la iniciación de una guerra de agresión.

Conforme a lo anterior, a partir de la Segunda Posguerra no puede ponerse en duda la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad penal del individuo en el plano internacional, como queda de manifiesto con la adopción de un gran número de textos internacionales en los que si bien se establecieron comportamientos prohibidos de forma asistemática, generaron responsabilidad penal internacional.[53]

Actualmente, entre los instrumentos internacionales que generan responsabilidad penal internacional para los individuos se consideran como hechos prohibidos los siguientes: "(...) la esclavitud (Ginebra, 1926); los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad (Londres, 1945), el genocidio (Res. 260 A (III) de AGNU; de nuevo los crímenes de guerra (Ginebra, 1949); la trata de personas y de la prostitución ajena (Res. 317 (IV) AGNA, 1949); la piratería en alta mar (Ginebra, 1958); la dominación colonial (Res. 1514 (XV) AGNA, 1960); el apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970); ciertos actos de terrorismo con trascendencia internacional (Washington, 1971); actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971); el apartheid (Res. 3068 (XXVIII)

52. De tal manera, Estados Unidos procesó a 1.814 personas; Gran Bretaña a 1.085, Francia a 2.107 y Rusia a un número indeterminado de personas.

53. PIGRAU SOLÉ, Antoni. "Elementos de derecho...", cit., p. 137.

AGNU, 1973); los delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (Res. 3166 (XXVIII) AGNU, 1973); la agresión (Res. 3314 (XXIX) AGNU, 1974); la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines militares (Res. 31/72 AGNU, 1976); el terrorismo (Estrasburgo,1977); el mercenarismo (Libreville, 1977); la toma de rehenes (Res. 34/146 AGNU, 1979); la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Res. 39/96 AGNU, 1984); el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Nueva York, 1988) y actos contra la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (Res. 49/59 AGNU, 1994).[54]

Ahora bien, la prohibición o tipificación de estos hechos ha sido el resultado, de un proceso en el cual los Estados han identificado actos que además de lesionar sus intereses, se caracterizan por el hecho de que sus efectos traspasan diversas fronteras y en consecuencia, la capacidad de reacción de un solo país no es suficiente para enfrentarlos.

Este tipo de delitos recibe el nombre de transfronterizos o transnacionales; son perseguidos y sancionados por las autoridades internas de los Estados y su relación con lo internacional es que a partir de este ámbito se organizan los esfuerzos de los países para lograr una efectiva represión de los mismos. Según Gil, ejemplos de estos delitos son el tráfico de estupefacientes, el secuestro de aeronaves, la piratería, la trata de blancas, el tráfico de órganos o de niños.[55]

Por otro lado, se han identificado hechos que han sido calificados como delitos internacionales en sentido estricto, siendo que este término se reserva para conductas que infringen una norma internacional y que afectan intereses de la comunidad internacional en su conjunto, entre los que pueden citarse por ejemplo la piratería en alta mar, el crimen de agresión, el genocidio o el apartheid,

54. PIGRAU SOLÉ, Antoni. "Elementos de derecho...", cit., p. 137.

55. GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes...*, cit., p. 25; PIGRAU SOLÉ, Antoni. "Elementos de derecho...", cit., p. 138.

con lo cual es difícilmente cuestionable el reconocimiento de este principio en el ámbito internacional.[56]

Con todo lo anterior, me parece evidente que no puede dudarse la vigencia del principio de la responsabilidad penal internacional, aún cuando su regulación en el Estatuto de Roma, sea difícilmente aceptable para algunos Estados con especial conciencia de soberanía, ya que con ello observan una invasión a su esfera autónoma de competencias, al reconocer que una jurisdicción penal internacional, tendrá la capacidad de investigar y enjuiciar asuntos, que ordinariamente le corresponderían a sus tribunales internos.[57] Sin embargo, este no es el mayor de los problemas que implica la aplicación directa de la responsabilidad penal internacional, si se atiende a las situaciones que esta genera con relación al Derecho interno de los Estados, y que se relacionan con el contenido de la Parte General de sus legislaciones penales.[58]

Ciertamente, los principios contenidos en la Parte General de una legislación penal, se refieren a las reglas de imputación criminal, que incluyen las garantías necesarias para un proceso justo y equilibrado, y el derecho aplicable, lo que en cierta forma aunado a las reglas de procedimiento y prueba subsana la ausencia de un código procesal. Así, en el Derecho Penal Internacional los principales inconvenientes jurídicos que surgen entre el Estatuto de Roma y las legislaciones penales internas de los Estados, en mi opinión se relacionan con las leyes de amnistía, con la inmunidad de algunos agentes de Estado e inclusive con las causas de exclusión del delito, en virtud de que el Derecho Penal In-

56. GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes...*, cit., p. 25; PIGRAU SOLÉ, Antoni. "Elementos de derecho...", cit., p. 138.

57. Al respecto, baste decir por ahora que tal concepto proviene del siglo XVIII y no puede ejercerse en la actualidad en la forma que se venía haciendo en esa época, ya que las condiciones que imperan en el mundo y el actual desarrollo de las relaciones entre los países no lo justifica. GARCIA ARAN, Mercedes, Hernán HORMAZÁBAL *et al.* "La impunidad es un insulto a la democracia". *Papeles de cuestiones internacionales*, n. 65, p. 55-60, 1998.

58. Al respecto consúltese: BASSIOUNI, Cherif, *Crimes against...*, cit., p. 396 y *ss.*

ternacional no es compatible con el principio de la responsabilidad colectiva del Estado.[59]

Para concluir, no se puede negar que el Derecho Penal Internacional es una disciplina en desarrollo, y con seguridad la doctrina científica dará respuestas y alternativas a los distintos problemas que surgirán con su aplicación. Sin embargo, la solución a los problemas que aquí se han expuesto brevemente, no depende únicamente del órgano político de la Corte Penal internacional – la Asamblea de los Estados Partes – pues a pesar de sus importantes atribuciones, no es un representante de la Comunidad internacional en su conjunto. Al respecto, creo que la solución a estos problemas jurídicos – muy relacionados con los diversos contextos políticos que cada país vive – podrán empezar a resolverse en la medida en que los Estados asuman el compromiso de modificar sus Cartas constitucionales y su legislaciones penales, adecuándolos a las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma y estableciendo formas de colaboración con la futura Corte Penal Internacional.

4. Consideraciones finales

A partir del 2 de julio del 2002, la Corte Penal Internacional es una realidad, que pretenderá combatir la impunidad de los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional.

Ello no implica sin embargo, que deje de reconocerse que en el ámbito jurídico y político, el Estatuto no le confiere a la Corte toda la fuerza que algunos juristas fuertemente comprometidos en este proyecto y en la adecuada protección de los derechos fundamentales quisieran. No obstante, la Corte Penal Internacional representa el más alto grado de consenso que la comunidad internacional pudo asumir, ciertamente a través de la fórmula de cláusulas de compromiso.

59. Ídem, ibídem, p. 394.

Un compromiso que hace algunos pocos años atrás, ningún país parecía dispuesto ha aceptar.

En lo personal, me parece que más allá de sus aspiraciones de una justicia penal internacional permanente, el principal mérito del establecimiento de la Corte radica en marcar el inicio de una tendencia débil quizás, pero con la suficiente presencia para convocar a la comunidad internacional, en donde los países de la periferia intentan imponer un límite a las actividades hegemónicas de las grandes potencias, que en el ejercicio de su poder y salvaguarda de sus particulares intereses, con un discurso de democracia y derechos humanos, actúan en un innegable ámbito de impunidad. El poder hegemónico referido, es capaz de imponer condiciones de vida a pueblos enteros, arrasar a la población civil ajena al conflicto y violentar los derechos fundamentales más preciados, a pesar de implicar difíciles y largas conquistas de la humanidad frente al poder absoluto.

El éxito o fracaso de la Corte Penal Internacional en el establecimiento de este nuevo orden internacional sugerido, será evaluado en los años venideros. Nuestra condición a la estructuración de dicho orden, debe darse en el ámbito de la difusión de la cultura del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

No debe favorecerse con un pensamiento neutro y una voz silenciosa, la realización masiva o sistemática de violaciones de derechos fundamentales, por el contrario, debemos asumir una posición critica, ya que está sería la única posibilidad de que las historias de Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Guatemala, Somalia, Sierra Leona y la antigua Yugoslavia entre muchos otras, no sean observadas como hechos cotidianos y sus graves consecuencias nos resulten indiferentes. La sociedad civil, puede y debe mostrar ante estas situaciones su desaprobación y repulsa. Estas consideraciones bien sé, pueden ser vistas como cuestiones sumamente pragmáticas, sin embargo me parece aplicable a este ambicioso proyecto

de la Corte Penal Internacional aquella frase del profesor Albil ESSER: "la utopía es la madre del progreso".[60]

Índice bibliográfico

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional.* 2. ed. rev. y actual. Argentina: Ad Hoc, 1999.

_____. *Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma.* Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against Humanity in International Criminal Law.* 2. ed. Kluwer Law International, The Hague, 2000.

_____. *Derecho penal internacional.* Proyecto de Código Penal Internacional. Madrid: Tecnos, 1994.

_____. "Nota explicatoria del Estatuto de la Corte Penal Internacional". *Revue Internationale de Driot Penal – International Review of Penal Law*, 1992.

BESNÉ MAÑERO, Rosario. *El crimen internacional.* Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional.* Barcelona: Bosch, 1990.

BUENO ARÚS, Francisco. "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998". *Creación de una jurisdicción penal internacional.* Madrid: Escuela Diplomática de Madrid, 2000.

CALDERÓN PERAGÓN, José Raúl. *El juicio de Nuremberg. Hacia una Corte Penal Internacional.* Jaén: Jabalcaluz, 2000.

60. ESER, Albin. *El derecho penal del tercer milenio.* Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2001 (Conferencia).

ESER, Albin. *El derecho penal en el tercer milenio.* Conferencia dictada en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en la Ciudad de México, D.F. el 4 de diciembre del 2001.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. A/CONF.183/9.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías.* La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. Traducido por Perfecto Andrés Ibañez.

GARCES, Joan E. "Pinochet ante la Audiencia Nacional y el derecho penal internacional". *Jueces para la Democracia*, n. 28, p. 92-99, 1997.

GARCIA ARAN, Mercedes, Hernán HORMAZÁBAL *et al.* "La impunidad es un insulto a la democracia". *Papeles de cuestiones internacionales*, n. 65, p. 55-60, 1998.

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

_____. *El genocidio y otros crímenes internacionales.* Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente – Uned, 1999.

JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia. "La responsabilidad del individuo ante el derecho penal internacional: hacia una sistematización de los delitos". *Agenda ONU*, n. 1, p. 39-60, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal.* Tomo II. *Filosofía de la ley penal.* 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

LAURENZO COPELLO, Patricia. "Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma". *Jueces para la democracia*, n. 38, p. 93-106, 2000.

LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional.* Justicia *versus* impunidad. Barcelona: Ariel Derecho, 2001.

MILLALEO, Salvador. "El caso Pinochet: Chile en la encrucijada de la democracia incompleta". *Nueva Sociedad*, n. 161, p. 140, 1999.

NERI GUAJARDO, Elia Patricia. *El consentimiento del titular del bien jurídico.* Entre la atipicidad y la justificación. Tesis de Maestría en Ciencias Jurídico penales por la Universidad Autónoma de Campeche.

PIGRAU SOLÉ, Antoni. "Elementos de derecho internacional penal". *Cursos de derecho internacional de Vitoria Gastéis.* Tecnos – Universidad del País Vasco, 1997.

PELÁEZ MARÓN, José Manuel. "El desarrollo del derecho internacional penal en el siglo XX". *La criminalización de la barbarie:* la Corte Penal Internacional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

PROYECTO DE CÓDIGO DE DELITOS CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD. Doc. A/51/10 (1996).

RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS 95 (I) UN Doc. A/236 (1946)

RESOLUCIONES 827 (1993) Y 995 (1994) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. www.un.org.

RODRÍGUEZ – VILLASANTE y PRIETO, José Luis. "Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional". *Creación de una jurisdicción penal internacional.* Madrid: Escuela diplomática de Madrid *et al*, 2000.

RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda. "Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte penal internacional: ¿Por fin la esperada definición?". *La criminalidad de la barbarie: la Corte penal internacional.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

SCHABAS, William A. "Principios generales del derecho penal". *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

TRUYOL SIERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional.* Madrid: Tecnos, 1998. Traducido por Paloma García Picazo.

Direito penal no primeiro pilar?*

Geert J. M. Corstens
Magistrado da Suprema Corte da Holanda.

Sumário: 1. Introdução – 2. Os efeitos positivo e negativo do direito comunitário no direito penal – 3. A UE e o direito penal – 4. Direito penal no primeiro pilar?: 4.1 Considerações gerais; 4.2 Criminalização com base em nova diretiva ambiental; 4.3 Criminalização com base em uma nova diretiva sobre fraude – 5. Observações finais.

Resumo: Até recentemente, as três Comunidades Européias adotavam uma abordagem cautelosa relativamente ao direito penal. Na medida, porém, em que a União Européia cresce em importância, passa a sentir necessidade de ter seu próprio direito penal, como um emble ma de sua "soberania", que representa e confirma sua posição de independência. Apesar de a União Européia ainda estar longe de proteger suas normas através de sanções penais, ou de dispor de um sistema de administração da Justiça Penal, move-se nessa direção. O artigo analisa, assim, a natureza da relação entre o "primeiro pilar" da União Européia e o direito penal, as medidas de harmonização da legislação penal adotadas no contexto do "terceiro pilar" e, finalmente, a questão de se a Comunidade Européia é competente para exigir dos Estados membros que introduzam sanções penais, isto é, para fazer com que o uso do aparato penal nacional seja obrigatório na tutela de interesses comunitários.

* Original: "Criminal law in the first pillar?". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Netherlands, vol. 11/1, p. 131-144, 2003. Tradução de Heloisa Estellita autorizada pelo autor, a quem prestamos nossos agradecimentos.

Palavras-chave: Comunidade Européia; União Européia; pilares da União Européia; direito penal europeu; direito penal supranacional; direito penal internacional; competência comunitária; direito penal.

1. Introdução

Até muito recentemente, as três Comunidades Européias adotavam uma abordagem cautelosa relativamente ao direito penal oriunda, provavelmente, da crença de que o direito penal reflete parte da cultura nacional – a cultura jurídica de um país –, sendo, portanto, símbolo da soberania do Estado. O direito penal expressa, claramente, um traço mais característico de uma nação do que, digamos, o direito privado. Isto leva a crer que, na medida em que a União Européia (UE) adquire mais poderes, e os Estados membros lhe transferem mais parcelas de sua soberania, pode surgir a necessidade de empregar o direito penal como instrumento de reforço para o cumprimento da lei.[1] Na medida em que uma comunidade qualquer cresce em importância, sente necessidade de ter seu próprio direito penal, como um emblema da sua "soberania", um sistema que representa e confirma sua posição de independência. Algo parecido está sucedendo na UE. O número de medidas de natureza penal introduzidas no âmbito do terceiro pilar[NT1] está crescendo rapidamente. Isto apesar do fato evidente de que a UE ainda está longe de ser uma entidade que protege suas normas através de sua própria administração da justiça penal. Não obstante, está se movendo nesta direção. No item 2 examinaremos a precisa natureza da relação entre as Comunidades, ou

1. Sobre o conceito de soberania, vide C. A. J. M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (Direito constitucional), 4. impression (Deventer 2001), p. 67-70.

NT1. A estrutura da UE se assenta em *três pilares*: a) *primeiro pilar*, comunitário, formado pela Comunidade Européia (instituições e respectivo ordenamento jurídico comunitário); b) *segundo pilar*, intergovernamental, abarcando a matéria relativa à política externa e segurança comum; e c) *terceiro pilar*, igualmente intergovernamental, que envolve assuntos relativos à cooperação policial e judicial em matéria penal.

seja, o primeiro pilar da UE, e o direito penal. De outro lado, a administração da Justiça Penal ocupa um lugar central no terceiro pilar. Diversas iniciativas foram tomadas neste pilar, nos últimos anos, para harmonizar o direito penal. Mencionamos, a respeito, o reconhecimento de decisões tomadas por autoridades penais estrangeiras.[2] Estas questões serão examinadas no item 3. A seção 4 cuida da questão central deste artigo: se a Comunidade Européia (CE) é competente para requisitar aos Estados membros que introduzam sanções penais, em outras palavras, para fazer com que o uso do aparato penal nacional seja obrigatório.

2. Os efeitos positivo e negativo do direito comunitário no direito penal

O direito comunitário é implementado, em sua maior parte, através do direito nacional.[3] Dado que as Comunidades não têm, geralmente, um *mécanisme intégral d'exécution*,[4] elas quase sempre dependem do direito nacional para a implementação de suas normas. Exceção feita a certas obrigações específicas previstas no direito comunitário primário, cuja base legal genérica está prevista no artigo 10 do TCE.[NT2] O uso do direito penal se faz, então, mediante o emprego de três diferentes métodos: o nacional, o combinado e o comunitário. O método nacional é uma decorrência da ausência de previsão, no direito comunitário, de uma obrigação genérica, a cargo dos Estados membros, de sancionar infrações ao direito comunitário. Em nível nacional, as sanções podem ser tacitamente incorporadas ao ordenamento como, por exemplo, tratando a fraude

2. Vide A. H. J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte* (Um verdadeiro espaço legal europeu), palestra de abertura, Universidade de Amsterdã (Deventer 2001).

3. Para uma discussão extensa sobre esta matéria, vide G. Corstens e J. Pradel, *European Criminal Law* (The Hague-London-New York 2002), p. 387-502.

4. G. Corstens e J. Pradel, op. cit., p. 389.

NT2. Tratado que institui a CE, adiante TCE. Todas as normas jurídicas da UE estão disponíveis *on line* no seguinte endereço: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt>.

de subsídios como uma fraude ou falsificação já definidas no direito penal interno. Através da persecução penal dos culpados por uma fraude contra a CE com base nos tipos penais nacionais, os Estados membros podem sancionar as infrações às normas comunitárias com suas leis penais internas. As sanções podem, ainda, ser expressamente incorporadas ao direito nacional. Na Holanda, por exemplo, o artigo 1 da Lei de Infrações Econômicas prevê que constitui infração econômica violar as normas do Regulamento Comunitário (CE) 2100/94 sobre direitos comunitários às variedades de plantas[5] e o disposto no artigo 3, parágrafo 4, da Lei de 18.06.1989 (*Boletim de Leis e Decretos* 245), que altera a legislação nacional para conformá-la à 12.ª Diretiva do Conselho das Comunidades Européias, de 25.07.1985, que institui os Grupos Europeus de Interesses Econômicos.[6] Segue-se daí que o direito comunitário é sancionado diretamente, no último caso, e indiretamente – através da transposição para o direito nacional –, no primeiro. Como veremos, os Estados membros não estão totalmente livres para optar pelo emprego da tutela penal: tanto o princípio da assimilação quanto a exigência de que as sanções contra violações ao direito comunitário sejam efetivas, proporcionais e dissuasórias, importam em restrições a tal liberdade.

O método combinado ou misto é aquele no qual se prevê, no direito comunitário, que a resposta nacional a uma infração ao direito comunitário deve ser uma sanção penal. Encontramos este método no direito comunitário primário. Por exemplo, o artigo 194 do Tratado Euratom, que regula a proteção dos segredos atômicos europeus, prevê que cada Estado membro deve tratar qualquer infração ao direito comunitário como uma infração às suas próprias normas sobre segredos. Além disso, este artigo determina que o princípio da oportunidade (*i.e.*, o princípio segundo o qual o Ministério Público pode discricionariamente deci-

5. *Jornal Oficial* L 227.
6. *Jornal Oficial* L 199/1.

dir se promove a ação penal ou não) não se aplica neste caso. Uma norma similar está disposta no artigo 27 do Estatuto do Tribunal de Justiça, que cuida do falso testemunho praticado perante a Corte de Justiça.[7] Este método não foi empregado pelo direito comunitário secundário ou derivado. As propostas para obrigar os Estados membros a empregar o direito penal através dos instrumentos de direito secundário têm sido, até este momento, rejeitadas.[8] Não há, em verdade, norma que expressamente o proíba, exceção feita àquela contida no artigo 280 (4) do Tratado CE, discutido a seguir, e do artigo 135 do TCE.

A terceira via é a do método comunitário, já empregada no direito de concorrência. Segundo este método, as normas comunitárias determinam não só que sanções penais devem ser introduzidas, mas, ainda, que tais sanções devem ser efetivamente aplicadas. Muito embora o artigo 15 (4) do Regulamento CE 17/62 preveja que as multas aplicáveis às práticas concertadas não têm natureza criminal, um pensamento corrente, refletido, por exemplo, na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, trata tais multas como sanções criminais. Em termos de conteúdo, isto implica, além do mais, a aplicação do direito penal em nível supranacional.[9]

Além deste efeito positivo, o direito comunitário também tem um efeito negativo sobre o direito penal nacional: as normas do direito penal nacional incompatíveis com o direito comunitário não devem ser aplicadas. Uma norma nacional regulando transações de capitais dentro da CE pode entrar em conflito com o princípio da livre circulação de capitais e, conseqüentemente, deverá ser desconsiderada.[10] De modo similar, uma norma que obstrui, na prática, a

7. Cf. também artigo 30 do Estatuto do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE), com as alterações do Tratado de Nice.

8. Cf. também G. Corstens e J. Pradel, op. cit., p. 430-431.

9. Cf. ainda M. R. Mok, *Europees economisch strafrecht* (Direito penal econômico europeu), (1974), p. 268-269 e 275-276.

10. Cf., por exemplo, TJCE 23.02.1995, Bordessa, C-358/93 e C-416/93, Jur. p. I-361.

livre circulação de pessoas dentro da CE teria de render-se às prescrições do direito comunitário.[11]

3. A UE e o direito penal

O direito penal ocupa um lugar de destaque no terceiro pilar da UE. O artigo 29 do TUE[NT3] (o primeiro artigo do Título VI: "Disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal") declara ser objetivo da UE:

"Facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de ações em comum entre os Estados membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia".

De acordo com o artigo 29, este objetivo deverá ser alcançado:

"Prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude, através de:

– uma cooperação mais estreita entre forças policiais, autoridades aduaneiras e outras autoridades competentes dos Estados membros, tanto diretamente como através do Serviço Europeu de Polícia (Europol), nos termos do disposto nos artigos 30 e 32;

– uma cooperação mais estreita entre as autoridades judiciárias e outras autoridades competentes dos Estados membros, nos termos do disposto nos artigos 31 (*a*) a (*d*), e 32;

– uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados membros, nos termos do disposto na alínea *e* do artigo 31.

11. Cf., por exemplo, TJCE 29.02.1996, Skanavi e Chryssanthakopoulos, 193/94, Jur. p. I-929 e TJCE 19.01.1999, Calfa, C-384/96, Jur. p. I-0011.

NT3. Tratado da UE, adiante TUE.

No âmbito da prevenção e do combate aos crimes listados no artigo 29, poderá a UE se envolver. A lista, entretanto, não é exaustiva e quaisquer outros tipos de crimes poderão ser incluídos no âmbito do terceiro pilar. A última sentença do artigo 29 do TUE prevê, ainda, a possibilidade de aproximação da legislação penal. A referência ao artigo 31 (*e*) do TUE é uma indicação de limitação a três campos: crime organizado, terrorismo e tráfico ilícito de drogas. É significativo que o primeiro destes três objetos seja particularmente amplo. Uma extensa aproximação da legislação já foi iniciada dentro do contexto do terceiro pilar mediante a adoção de *decisões-quadro*. De acordo com o artigo 34 do TUE, a finalidade destas decisões é a "aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados membros". Elas "vinculam os Estados membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. As decisões-quadro não produzem efeito direto". Decisões-quadro já foram adotadas relativamente à contrafação do euro,[12] ao *status* das vítimas nos procedimentos penais,[13] ao combate à fraude e contrafação de meios de pagamento que não em numerário[14] e no âmbito da lavagem de dinheiro, identificação, rastreamento, congelamento, seqüestro e confisco dos instrumentos e proveitos do crime.[15]

As decisões-quadro não são os únicos instrumentos de aproximação. A legislação pode igualmente ser aproximada, e decisões estrangeiras reconhecidas, através de convenções. O artigo 34 (2) (*d*) do TUE menciona a celebração de convenções como um outro instrumento de colaboração. Entre os instrumentos desta natureza já adotados (ainda que sob o regime do antigo artigo K.3 do Tratado UE) estão a Convenção para a proteção dos interesses financeiros das Co-

12. Decisão-quadro do Conselho de 29.05.2000, *Jornal Oficial* L 140, 2000.
13. Decisão-quadro do Conselho de 15.03.2001, *Jornal Oficial* L 82/1, 2001.
14. Decisão-quadro do Conselho de 28.05.2001, *Jornal Oficial* L 149/1, 2001.
15. Decisão-quadro do Conselho de 26.06.2001, *Jornal Oficial* L 182/1, 2000.

munidades Européias e seus três protocolos adicionais.[16] Previsões para o reconhecimento de decisões estrangeiras foram estabelecidas, por exemplo, em duas convenções européias sobre extradição: a primeira, a Convenção de 10.03.1995, relativa ao Procedimento Simplificado de Extradição entre os Estados membros da UE,[17] e a segunda, a Convenção de 27.09.1996 sobre a Extradição entre os Estados membros da UE.[18] Um instrumento de grande importância é o mandado de prisão europeu, recentemente adotado.[19]

4. Direito penal no primeiro pilar?

4.1 Considerações gerais

No item 2 vimos que o reforço das normas comunitárias através do direito penal está previsto somente no direito comunitário primário. Poderia parecer, então, que não haveria, no futuro, uma tentativa de empregar o direito penal para a tutela de normas comunitárias de direito derivado, já que muitos âmbitos de cooperação intergovernamental já foram instituídos no terceiro pilar. Não é surpreendente, pois, que o foco do direito penal esteja confinado ao terceiro pilar, intergovernamental, e não ao primeiro, comunitário. O papel dos Estados membros, individualmente, é preponderante no terceiro pilar, em contraste com o que sucede no primeiro pilar, no qual as instituições da Comunidade têm maior influência.

A chamada norma de "passarela", prevista no artigo 42 do TUE, estabelece a possibilidade de "comunitarização" do direito penal:

16. Acordo de 26.07.1995, *Jornal Oficial* 27.11.1995, C 316; Protocolo de 27.09.1996, *Jornal Oficial* de 20.05.1997, C 313, relativa à corrupção; Protocolo de 29.11.1996, *Jornal Oficial* de 20.05.1997, C 151, relativa à questão prejudicial, e Protocolo de 19.06.1997, *Jornal Oficial* de 19.07.1997, C 221, relativa à lavagem de dinheiro e à responsabilidade das pessoas jurídicas.

17. *Jornal Oficial* de 30.03.1995, C 78.

18. *Jornal Oficial* de 23.10.1996, C 313.

19. Proposta de 19.09.2001, COM (2001) 522, final.

"O Conselho, deliberando por unanimidade, por iniciativa da Comissão ou de um Estado membro, e após consulta ao Parlamento Europeu, pode decidir tornar aplicável o Título IV do Tratado que institui a CE a ações nos domínios a que se refere o artigo 29, determinando simultaneamente as correspondentes condições de votação. O Conselho recomendará a adoção dessa decisão pelos Estados membros, nos termos das respectivas normas constitucionais".

O artigo 29 do TUE indica, como um dos caminhos para o alcance dos objetivos da UE, o seguinte:

"(...) prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude, através de: (...) aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados membros, nos termos do disposto na alínea *e* do artigo 31".

Esta última norma prescreve:

"A ação em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal terá por objetivo, nomeadamente:

(...)

e) Adotar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga".

A combinação destas disposições permite à Comunidade a edição de diretivas para a aproximação da legislação penal nas áreas do crime organizado, terrorismo e tráfico ilícito de drogas. A própria existência da norma de "passarela" indica que os Estados membros evidentemente acreditam que a CE não tem poder para aproximar a legislação penal nacional ou, acrescentaria, para introduzir normas obrigando o emprego do direito penal nacional para reforço do cumprimento de normas comunitárias. O poder de "comunitarização", contido no artigo 42

do TUE, ainda não foi exercido, cumprindo observar que já estava na versão de Maastricht do TUE.[20]

Uma referência cumpre ser feita ao disposto no artigo 61 do TCE, que tem a seguinte redação:

"A fim de criar progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Conselho adotará:

a) No prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, medidas destinadas a assegurar a livre circulação de pessoas nos termos do artigo 14, em conjugação com medidas de acompanhamento, com ela diretamente relacionadas, em matéria de controles na fronteira externa, asilo e imigração, nos termos do disposto nos ns. 2 e 3 do artigo 62, no n. 1, alínea *a*, e no n. 2, alínea *a*, do artigo 63, bem como medidas destinadas a prevenir e combater a criminalidade, nos termos da alínea *e* do artigo 31 do Tratado da UE;

(...)

e) Medidas no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, destinadas a assegurar um elevado nível de segurança através da prevenção e combate da criminalidade na União, nos termos do Tratado da UE".

As medidas referidas no artigo 61 (*a*) devem ser tomadas antes de 1.º.05.2004. Segue-se daí que o Conselho deve adotar medidas de aproximação, dentro do primeiro pilar, nos campos do crime organizado, terrorismo e tráfico ilícito de drogas. Isto, conseqüentemente, significaria, primeiramente, que a norma de "passarela" é supérflua no que tange à aproximação da legislação nos campos do crime organizado, do terrorismo e do tráfico ilícito de drogas. Em segundo lugar, que a recomendação contida na sentença final do artigo 42 do TUE parece carecer de sentido. E, finalmente, que o artigo 67 do Tratado CE não prevê um procedimento que deva ser

20. Antigo artigo K.14 do TUE.

usado para a aproximação da legislação penal dos Estados membros no contexto do primeiro pilar.[21]

O significado do artigo 61 do TCE, conseqüentemente, não está claro. Seria simplesmente a repetição de algo já contido no TUE? Se a resposta for afirmativa, então tal norma não acrescentaria nenhum valor legal à disciplina da matéria. O valor não-legal consistiria apenas em lembrar ao Conselho de uma tarefa que lhe incumbe no contexto do terceiro pilar.

4.2 Criminalização com base em nova diretiva ambiental

A Comissão Européia elaborou, recentemente, duas propostas de diretivas que obrigariam os Estados membros a adotar normas penais. São elas: Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho para a Proteção do Meio Ambiente através do Direito Penal[22] e Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho para a Proteção Penal dos Interesses Financeiros da Comunidade.[23] Estas propostas são importantes porque vão de encontro com a crença de que a CE não teria poder na esfera do direito penal. Como observado anteriormente, tentativas de introduzir o uso obrigatório de sanções penais em diretivas sempre fracassaram.

De acordo com a primeira destas propostas, os Estados estariam obrigados, até 1.º.09.2001, a garantir que certas atividades, como a descarga de hidrocarbonetos, óleos residuais ou esgoto de depuração na água; a posse, cap-

21. A este respeito confira-se G. J. M. Corstens, "Strafrechtspleging na het Verdrag van Amsterdam" (Administração da justiça penal após o Tratado de Amsterdã), 74 *NJB* (1999) p. 803-808, e a reação de R. H. Lauwaars, com complemento, 74 *NJB* (1999) p. 1.323-1.324 e J. P. H. Donner, "Het Verdrag van Amsterdam" (O Tratado de Amsterdã), observações finais, 74 *NJB* (1999) p. 1.233-1.243, p. 1.240. Vide ainda G. Corstens e J. Pradel, op. cit., p. 390.

22. Proposta de 15.03.2001, *Jornal Oficial* de 26.06.2001, C 180 e 238-243. Sobre o tópico, vide Y. Buruma e J. Somsen, "Een strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming?" (Um legislador penal em Bruxelas para a proteção do meio ambiente?), 76 *NJB* (2001) p. 795-797.

23. Proposta de 23.05.2001, *Jornal Oficial* de 28.08.2001, C 240 e 125-129.

tura, dano, destruição ou comercialização de espécies protegidas da fauna e da flora selvagem ou parte delas e comércio de substâncias que empobrecem a camada de ozônio, são infrações criminais quando "cometidas intencionalmente ou por negligência grave".[24] Estas atividades constituem violação à regulamentação, listada em um anexo, instituída mediante mais de 50 Diretivas CE e regulamentos e/ou regras que os Estados membros promulgaram para implementar a regulamentação comunitária. Isto não deixaria liberdade de ação para lidar com violações cometidas intencionalmente, ou com negligência grave, por meio de outra sanção que não a penal. Em conformidade com o preâmbulo, a participação ou instigação à prática destas infrações ambientais deveria, igualmente, ser tratada como infração penal, tal qual a falta em cumprir com o dever legal de agir.

A proposta contém, ainda, previsões acerca das sanções que deverão ser impostas. Os Estados membros devem garantir que "as atividades a que se refere o artigo 3.º e a participação nessas atividades ou a sua instigação sejam passíveis de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas". Além disso, deverá ser prevista, para as pessoas físicas, nos casos graves, a pena privativa de liberdade. Os Estados membros deverão prever que pessoas físicas e jurídicas estarão sujeitas a "multas, exclusão do benefício de uma vantagem ou auxílio público, a privação temporária ou permanente do exercício de atividades comerciais, a colocação sob vigilância judicial ou medidas de liquidação judicial" (artigo 4, *b*). Nem todas estas sanções são necessariamente punitivas, mas poderão, em conformidade com a norma, ser automaticamente definidas como sanções penais. Apesar disso, elas são evidentemente tidas como sanções penais pela Comissão Européia. Naturalmente, a primeira sanção mencionada – *i.e.*, a privação da liberdade – é uma verdadeira sanção penal.

A proposta de diretiva, por conseguinte, determina a imposição de sanções penais e, em casos graves, até mesmo o poder de impor medidas de custódia.

24. As palavras usadas em francês são: "intentionnellement ou par négligence grave".

Isto é muito importante. Poder-se-ia argumentar, porém, que a inclusão em uma diretiva de uma obrigação de introduzir sanções penais, ainda que única, não é particularmente importante. Afinal de contas, o artigo 10 do TCE obriga os Estados membros a facilitar a realização das tarefas comunitárias. O Tribunal de Justiça infere deste artigo que os Estados membros estão obrigados a "garantir, em particular, que as infrações ao direito comunitário sejam punidas sob condições processuais e substantivas, análogas àquelas aplicáveis às violações às normas nacionais de natureza e importância similares, e que, em qualquer caso, façam da sanção efetiva, proporcional e dissuasória". Ademais, infere daí que "as autoridades nacionais devem proceder, relativamente às violações ao direito comunitário, com a mesma diligência com a qual procedem na implementação das leis nacionais correspondentes".[25] Isto significa que, no mínimo, o mesmo nível de proteção deve ser garantido às normas comunitárias equivalentes às violações às normas nacionais. Trata-se do princípio da assimilação. Este princípio, portanto, aplica-se na medida em que o direito comunitário é implementado no plano nacional. Daí que, se certas infrações ambientais são punidas no plano nacional apenas com a aplicação do direito administrativo, e não penal, o princípio da assimilação não faz com que o uso da sanção penal seja obrigatório para as infrações que derivem total ou parcialmente do direito comunitário. O Tribunal de Justiça não impõe a obrigação de punir criminalmente. Isto está muito claro no texto em francês incluído na nota de rodapé e que ser refere a "sancionar". A proposta, porém, vai além. O artigo 4 refere-se a sanções que sejam efetivas, propor-

25. O texto em francês diz: "(...) veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure, analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaire et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif" e "les autorités nationales doivent procéder, à l'égard des violations du droit communautaire, aveca la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en úuvre des législations nationales correspondantes". Tribunal de Justiça, 21.09.1989, *Comissão Européia* vs. *Grécia* 68/88, Jur. p. 2.979 et seq., vide ainda Tribunal de Justiça, 10.04.1984, *Von Colson e Kamann* 14/83, Jur. p. 1.891, Tribunal de Justiça, 09.12.1997, *Comissão* vs. *França*, Jur. p. I-6.959, Tribunal de Justiça, 08.07.1999, C-186/98, Jur. p. I-4883, Nunes e De Matos.

cionais e dissuasórias. Nenhuma outra referência é feita à sanção em sentido geral, tanto no texto holandês quanto no inglês ou francês. Tal redação encontra-se em sintonia com o ditado do item 4 do preâmbulo, que declara que "a experiência mostrou que os sistemas de sanções existentes não têm sido suficientes para alcançar uma completa submissão com o direito comunitário. Esta submissão poderia e deveria ser reforçada através da aplicação de sanções criminais, que demonstram uma desaprovação social qualitativamente diversa quando comparadas às sanções administrativas ou com o mecanismo de compensação do direito civil". A intenção é, evidentemente, obrigar os Estados membros não só a introduzir sanções criminais, mas também a aplicá-las efetivamente. Os Estados membros podem, portanto, não se limitar a impor sanções administrativas, civis ou disciplinares. O preâmbulo da proposta, conseqüentemente, requer-lhes que apliquem sanções criminais. A aplicação geral do princípio da oportunidade pareceria contrária a tal linha de abordagem. É evidente que a Comissão Européia deposita uma grande fé no direito criminal. Espera-se, apenas, que tal confiança tenha por base pesquisas empíricas. Afinal, não é igualmente plausível que a aplicação de uma sanção de direito administrativo, como o fechamento de um negócio que comete repetidas infrações, ou a imposição de uma obrigação de direito civil de ressarcir os danos, possa ser igualmente efetiva?

E o mesmo não se poderia dizer da possibilidade de auto-regulação das indústrias envolvidas?[26]

Parece-nos que a Comissão Européia tem seguido os fluxos e refluxos da opinião pública, que, atualmente, deposita uma enorme confiança na eficácia do direito penal. Se a proposta de diretiva for adotada, a Comissão Européia estará apta a tomar medidas, com base no artigo 226 do TCE, contra um Estado membro que não tenha introduzido sanções criminais para a proteção das atividades em questão ou que não as tenha aplicado. Isso restringiria a liberdade dos Esta-

26. Cf. Y. Buruma e J. Somsen, op. cit., p. 796.

dos membros de empregar diferentes mecanismos de implementação da normativa comunitária.

Dado que o direito penal deve ser mantido à distância das matérias do primeiro pilar, surge a questão de qual seria o fundamento legal desta proposta. O preâmbulo declara: "Considerando o Tratado que institui a CE, e em particular seu artigo 175 (1) (...)". Este dispositivo prescreve que: "O Conselho, agindo em conformidade com o procedimento previsto no artigo 251 e após consulta ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões, decidirá qual ação será tomada pela Comunidade para alcançar os objetivos previstos no artigo 174."

Este artigo, porém, não estabelece um fundamento específico para a aplicação de sanções criminais. O procedimento previsto no artigo 251 do TCE, isto é, o procedimento de co-decisão, estabelece a possibilidade de aprovação de instrumentos normativos por maioria qualificada do Conselho. Com Buruma e Somsen,[27] vejo tal indicação com alguma surpresa. Após anos, senão décadas, durante as quais se supunha que o direito criminal estava fora dos limites da CE, a Comissão Européia parece ter, agora, abandonado este princípio. Uma interpretação literal do artigo 175 do TCE permitiria, de fato, que o direito criminal fosse aplicado e que pudesse ser objeto de diretivas para a aproximação da legislação, em conformidade com o artigo 94 do TCE. A questão é que, porém, as Comunidades, até agora, nunca tinham feito uso deste poder e não o tinham feito por boas razões. A abordagem adotada pela Comissão Européia pareceria, de fato, implicar que a UE não é competente para agir no campo coberto pela proposta de diretiva, já que o artigo 47 do TUE estabelece que as suas normas não podem afetar aquelas do TCE. Em outras palavras, se a CE já é competente para impor sanções de direito penal relativamente às infrações ambientais, a UE não teria competência nesta matéria.[28]

27. Loc. cit., p. 797.

28. Anteriormente, artigo M do Tratado da UE. Cf. P. J. G. Kapteyn e P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3. ed. (London-The Hague-Boston 1998),

4.3 Criminalização com base em uma nova diretiva sobre fraude

A segunda proposta de diretiva que torna obrigatório o emprego de sanções criminais foi apresentada em 23.05.2001.[29] Ela diz respeito a uma área mais sensível: a fraude contra a CE. O artigo 280 do TCE, incorporado ao TCE pelo Tratado de Maastricht,[30] trata da matéria e, desde a alteração pelo Tratado de Amsterdã, tem a seguinte redação:

"1. A Comunidade e os Estados membros combaterão as fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da Comunidade, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasório e proporcionem uma proteção efetiva nos Estados membros.

2. Para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da Comunidade, os Estados membros tomarão medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros.

3. Sem prejuízo de outras disposições do presente Tratado, os Estados membros coordenarão as respectivas ações no sentido de defender os interesses financeiros da Comunidade contra a fraude. Para o efeito, organizarão, em conjunto com a Comissão, uma colaboração estreita e regular entre as autoridades competentes.

4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251 e após consulta ao Tribunal de Contas, adotará as medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da Comunidade, tendo em vista proporcionar uma proteção efetiva e equivalente nos Estados membros. Estas

p. 53. A Dinamarca propôs uma decisão-quadro para o combate aos crimes ambientais graves: *Jornal Oficial* de 11.02.2000, C 039, p. 5.

29. Cf. *Jornal Oficial* de 28.08.2001, C 240 E/125-129.

30. Antigo artigo 209A do TCE.

medidas não dirão respeito à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça nos Estados membros.

5. A Comissão, em cooperação com os Estados membros, apresentará anualmente ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre as medidas tomadas em aplicação do presente artigo".

O primeiro parágrafo traz, uma vez mais, o princípio de que as sanções devem ser dissuasórias e efetivas. Não se faz qualquer menção ao princípio da proporcionalidade. O parágrafo 2 consagra o princípio da assimilação. Nenhuma destas normas surpreende, nem mesmo a segunda sentença do parágrafo 4, que reserva a aplicação do direito penal nacional e a administração da Justiça aos Estados membros.[31]

Depois da entrada em vigor do Tratado de Maastricht, o método intergovernamental foi inicialmente adotado para a celebração de uma convenção sobre medidas para combater as fraudes contra a CE mediante o direito penal,[32] com base no artigo 280 do TCE (naquele tempo, ainda, artigo 209A do TCE). Esta convenção pretendia, sobretudo, a aproximação das normas criminais pertinentes. Assim, a opção foi por uma convenção ao invés de por outros instrumentos existentes à época. Foi uma escolha justificável porque, de acordo com o artigo 31 (*e*) do TUE, somente três categorias de infrações criminais poderiam sujeitar-se à aproximação das legislações mediante decisões-quadro: crime organizado, terrorismo e tráfico ilícito de drogas. Muito embora a fraude contra a CE freqüentemente envolva a criminalidade organizada, tal pode não suceder. Três protocolos foram acrescentados a esta convenção.[33] Posteriormente,

31. Cf. também a idêntica cláusula do artigo 135 do TCE.

32. Convenção sobre a proteção dos interesses financeiros das Comunidades Européias de 26.07.1995, *Jornal Oficial* de 27.11.1995, C 316.

33. Protocolo de 27.09.1996, *Jornal Oficial* de 20.05.1997, C 313, relativo à corrupção; Protocolo de 29.11.1996, *Jornal Oficial* de 20.05.1997, C 151, relativo à questão prejudicial; e Protocolo de 19.07.1997, *Jornal Oficial* de 19.07.1997, C 221, relativo à lavagem de dinheiro e à responsabilidade das pessoas jurídicas.

um Regulamento da CE introduziu sanções administrativas para as fraudes comunitárias que,[34] em sua essência, diz respeito, ainda que em parte, a sanções punitivas. Em evidente atendimento ao princípio de que a CE deve manter distância do direito penal nacional – visto como símbolo da soberania nacional –, a seguinte distinção foi feita: a convenção lida com medidas de direito criminal para combater as fraudes contra a CE, enquanto as medidas de direito administrativo são disciplinadas num instrumento normativo da CE, o regulamento.[35]

Como conciliar isto com a nova proposta segundo a qual os Estados membros deveriam instituir sanções criminais contra os atos fraudulentos, corrupção e lavagem de dinheiro, descritos nos artigos 3 a 6 da Proposta de Diretiva, até 31.12.2001? A regra concernente às sanções é razoavelmente abstrata, embora determine que as fraudes graves devam ser punidas com a pena de privação da liberdade. Somente em casos de fraudes mais leves (abaixo de EUR 4.000) é que não há necessidade de sanção penal. O que, aliás, guarda identidade com o disposto no artigo 2 (2) da Convenção para a proteção dos interesses financeiros das Comunidades Européias. Desta forma, o que estava previamente regulado em uma Convenção do terceiro pilar intergovernamental, está sendo, agora, transposto para uma diretiva. Esperava-se que tal medida fosse precedida de uma proposta para ativar a norma de "passarela" e de uma explicação acerca da razão subjacente ao tratamento das fraudes comunitárias como crime organizado.

No memorando explicativo, a Comissão observa que a ratificação da Convenção e dos protocolos está consideravelmente atrasada, concluindo que a persecução penal das fraudes transnacionais e a cooperação em nível europeu são muito difíceis, senão impossíveis. Mas como a Comissão chega a esta conclusão não está esclarecido no referido memorando.[36]

34. Regulamento do Conselho 2.185/95 de 18.12.1995 sobre a proteção dos interesses financeiros das Comunidades Européias, *Jornal Oficial* L 312, 23.12.1995.

35. Cf. G. Corstens e J. Pradel, op. cit., p. 432-474.

36. Cf. a forte crítica de C. J. C. F. Fijnaut às medidas comunitárias de combate à fraude comunitária adotadas pelo projeto de *Corpus Juris* em "De strafrechtelijke bescherming van de financiële

Por sua vez, a limitação introduzida pela segunda sentença do artigo 280 (4) do TCE ("Estas medidas não dirão respeito à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça nos Estados membros") é afastada com os seguintes argumentos:

"Quanto à questão relativa ao alcance da exceção prevista na segunda sentença do artigo 280 (4) do TCE, que preclui a adoção de um ato legislativo na área do direito penal, deve-se notar que a exceção não se refere a todo o direito penal em geral, mas especificamente a dois aspectos dele, isto é, 'aplicação do direito penal nacional' e 'administração nacional da justiça'. Já que, em princípio, o artigo 280 (4) cobre todas as medidas na área de prevenção e controle das fraudes, é neste contexto que a segunda sentença especifica exceções a isto, assim, dado o propósito geral do artigo, a segunda sentença não pode senão ser interpretada restritivamente. As palavras e o contexto legal do artigo não precluem a adoção de medidas visando a certos objetivos de harmonização de caráter criminal, desde que eles não 'digam respeito à aplicação do direito penal nacional ou à administração nacional da justiça'".[37]

Apesar do tom dogmático deste trecho do memorando explicativo da Comissão Européia, estas assertivas, em verdade, carecem de fundamento. As exceções às quais se refere a sentença em questão estão colocadas de forma bastante elaborada. A "aplicação do direito nacional" é uma expressão ampla. Mesmo permitindo um certo grau de flexibilidade cognoscitiva, é difícil sustentar que aí não esteja incluída a formulação de normas de direito penal nacional. O mesmo se pode dizer, *a fortiori*, da exceção concernente à administração nacional da justiça. Qualquer intento de aproximar as normas de direito criminal nacional e obrigar os Estados membros a introduzir sanções penais para certas condutas acaba

belangen van de Gemeenschap tegen fraude" (O direito penal de proteção dos interesses financeiros comunitários contra a fraude), (2000) p. 972-988.

37. Memorando Explicativo p. 6, COM (2001) 272 final. Este o texto na versão francesa: "Ces mesures ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres".

envolvendo, no final das contas, a administração nacional da justiça. A medida proposta relaciona-se, certamente, à aplicação do direito penal nacional e à administração nacional da justiça e, conseqüentemente, acaba limitando a liberdade dos Estados membros de estabelecer que certos atos não são puníveis e para combatê-los por outros meios que não o direito penal. Em síntese, as limitações contidas na parte final do artigo 280 (4), para dizer o mínimo, estão em oposição à proposta da CE. Como observa J. Spencer: "Creio que este período final foi inserido no artigo exatamente com o propósito de deixar claro que o dispositivo não conferiria à Comunidade um poder de legislar em matéria criminal, o qual anteriormente já não existia".[38]

Qual é, portanto, a posição relativa ao "contexto legal" invocado pela Comissão? Este contexto, como mencionado diversas vezes, é o de que o primeiro pilar da UE sempre se manteve afastado do direito penal, símbolo da soberania nacional. Não é por outra razão senão que uma convenção foi inicialmente escolhida como instrumento para a aproximação de normas de direito penal e um regulamento foi elaborado com as medidas de direito administrativo de combate às fraudes contra a CE.

No memorando explicativo, a Comissão invoca, ainda, as alterações feitas no texto do artigo 209A do TCE. Na antiga disciplina, a Comissão detinha um papel modesto no combate às fraudes que era, na verdade, atribuição a cargo dos Estados membros. O antigo texto tinha a seguinte redação:

"Os Estados membros tomarão, para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da Comunidade, medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros. Sem prejuízo de outras disposições do presente Tratado, os Estados membros coorde-

38. J. Spencer, em M. Delmas-Marty e J. A. E. Vervaele, ed., *The implementation of the Corpus Juris in the member States*, vol. 1 (Antwerp-Groningen-Oxford 2000), p. 380, o qual, desta forma, discorda do entendimento de K. Tiedemann expresso em um relatório, aparentemente não publicado, de 20.01.1998; cf. também o entendimento de Tiedemann na mesma publicação p. 385-387.

narão as respectivas ações no sentido de defender os interesses financeiros da Comunidade contra a fraude. Para o efeito, organizarão, com a ajuda da Comissão, uma colaboração estreita e regular entre os serviços competentes das respectivas administrações".

Uma comparação da redação do antigo artigo 209A do TCE com o novo artigo 280 mostra, de fato, que, anteriormente, os Estados membros detinham a responsabilidade principal no combate às fraudes contra a CE. Neste ponto, o texto atual é bastante diferente.[39] Enquanto a norma anterior classificava o combate à fraude como uma responsabilidade dos Estados membros, na atual esta responsabilidade é compartilhada com a Comunidade. Entretanto, um argumento baseado somente nesta diferença tem possibilidades limitadas, já que a última sentença do artigo 209A do TCE determinava que a Comissão tinha o dever de auxiliar os Estados membros. Além disso, pode-se indagar, então, sob qual fundamento foi introduzido o Regulamento comunitário antifraude de 1995, no entendimento da Comissão. A adoção de um regulamento demonstra que o combate à fraude comunitária, sob o regime do antigo artigo 209A do TCE, era considerado, pela própria Comissão, como responsabilidade a cargo da Comunidade. Tal assertiva encontra reforço, de fato, na circunstância de que vários regulamentos dedicados à disciplina do mercado traziam em seu bojo sanções para os casos de fraude.

Mais à frente, o memorando esclarece que o alinhamento "do direito penal substancial nos Estados membros no que tange à definição de fraude, corrupção e lavagem de dinheiro afetando os interesses financeiros da Comunidade, assim como à responsabilidade criminal e às sanções criminais aplicáveis" não diz respeito à aplicação do direito penal nacional ou à administração nacional da justiça. O argumento apresentado pela Comissão para sustentar tal posicionamento é o de que ambas, "a transposição das normas para o direito doméstico e a

39. Cf. E. Bacigalupo, em M. Delmas-Marty e J. A. E. Vervaele, op. cit., p. 370.

persecução penal e aplicação pelas autoridades nacionais relativamente aos crimes, são matérias para os Estados membros".[40] Coloca-se em evidência, assim, que a CE entende ter competência para adotar medidas normativas nestas áreas porque, tanto a transposição das normas como a persecução penal e aplicação das sanções penais pelas autoridades nacionais, serão de competência dos Estados membros. Mas, então, não se compreende por que a proposta de diretiva não vai além e não introduz, também, normas de direito processual penal e de disciplina da cooperação judicial em matéria penal. Caso em que, da mesma forma, tais medidas teriam de ser adotadas pelas autoridades nacionais. O raciocínio da Comissão não convence e parece estar baseado muito mais em um desejo político do que em uma abordagem respeitosa do texto do Tratado. Sequer se esclarece como tal abordagem poderia ser conciliada com o princípio da subsidiariedade, previsto no artigo 5 do TCE. No caso da proposta de diretiva ambiental, deve-se observar que se a CE já tem poderes para requisitar a introdução de sanções criminais para a fraude, a UE não terá poderes neste âmbito. Esta é uma conseqüência do disposto no artigo 47 do TUE. O que acaba pondo em questão o próprio propósito da Convenção contra as fraudes comunitárias.

5. Observações finais

A única conclusão possível é a de que o artigo 280 (4) do TCE impede o envolvimento da CE nas medidas de direito penal nacional de combate às fraudes comunitárias.[41]

Outra questão é a de se tal norma também constituiria um obstáculo ao estabelecimento de um projeto como o *Corpus Juris*.[42] Se se ponderar que a ado-

40. Memorando Explicativo, p. 6 e 7.

41. Cf. Grasso, em M. Delmas-Marty e J. A. E. Vervaele, op. cit., p. 377-379.

42. Cf. M. Delmas-Marty, ed., *Corpus juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne* (Paris 1997). O qual se consubstancia numa proposta para uma abordagem supranacional do tema da fraude comunitária.

ção do projeto resultaria na criação de um sistema de direito penal totalmente separado e independente do direito penal nacional (o que, de fato, não é o caso), o disposto no artigo 280 do TCE não se colocaria como obstáculo. Mas, então, outras questões surgiriam e seria necessária a emenda do Tratado para introduzir alterações da magnitude daquelas apresentadas no *Corpus Juris*.[43] Não posso, nesta oportunidade, analisar tal matéria com maiores detalhes.

Os Estados membros devem estabelecer um debate acerca da "comunitarização" do direito penal e decidir se desejam que os órgãos comunitários tenham voz nas discussões e no emprego do direito penal nacional.[44] Em primeiro lugar, é preciso examinar se é desejável, no atual estágio de desenvolvimento das Comunidades, que o controle da aplicação do direito penal seja colocado nas mãos dos órgãos comunitários, sem que se tenha, ainda, adquirido experiência na transferência de poderes em matéria penal para órgãos internacionais mediante o sistema, bem menos amplo, do terceiro pilar. Em segundo lugar, é necessário examinar se a implementação do direito penal através dos instrumentos do primeiro pilar ofereceria a perspectiva de melhorar esta implementação, tarefa muito importante para ser confiada, ainda que parcialmente, a órgãos supranacionais sob fundamentos empiricamente fracos. Em terceiro, deve-se dar atenção à questão da legitimidade. A UE, cujo elemento mais importante é a CE, não está completamente formada, o que significa que ela não pode se atribuir autoridade, que seria evidente por si, de velhos Estados-nações do oeste europeu. Tal autoridade deve ser adquirida. Qualquer partidário da unificação européia considerará importante fomentar este processo. Nesse sentido, um fator muito relevante é o do grande volume de recursos que circula nas instituições da CE e que deve ser corretamen-

43. Planos deste tipo mostraram-se fracassados em Nice.

44. O entendimento do governo holandês parece estar sofrendo uma silenciosa transformação: recentemente o Ministro das Relações Exteriores e o Secretário de Estado para Assuntos Internacionais anunciaram no programa político "O futuro da UE – uma nova contribuição para o debate" que eram a favor de "ulterior comunitarização da cooperação no campo da Justiça e assuntos interiores", Documentos Parlamentares II, 2000-2001, 27407, n. 9, p. 6.

te gerido. A confiança dos cidadãos na UE será solapada se notarem que parte deste dinheiro simplesmente desaparece em irregularidades e que poucas medidas são tomadas para prevenir tais comportamentos. Isto só poderia obstruir o caminho da UE no já difícil processo de aquisição de autoridade. É por essa razão que a investigação e persecução penal dos crimes envolvendo algum elemento comunitário, como a fraude e a corrupção, não podem ser deixadas para o "livre mercado" da investigação e persecução penal em Estados membros apartados. Uma estrutura mais visível é necessária. A escolha dessa estrutura deverá basear-se em fundamentos empíricos sólidos e ser resultante de um minucioso debate nos parlamentos nacionais.[45] Esta última forma de legitimidade também é essencial.

45. Cf. G.J.M. Corstens, "Europees strafrecht, een Europees O.M. en het subsidiariteitsprincipe" (Direito penal europeu, um promotor público europeu e o princípio da subsidiariedade), 27 *Justitiële Verkenningen* (2001) p. 103-111.

Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina?*

Jorge de Figueiredo Dias
Professor catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra, Portugal.

I

O direito penal médico (ou da medicina) constituiu para mim, desde os meus mais verdes anos de penalista, um motivo fascinante de espanto, um microcosmo onde se digladiam, às vezes extremamente potenciados, os mais árduos problemas da filosofia e da dogmática jurídico-penais, bem como da política criminal. Até a ponto de, muitas vezes, as soluções neste campo logradas terem servido e continuarem a servir de iluminação de problemas do direito penal geral, nomeadamente da chamada doutrina geral do crime. Se assim tem sido desde as primeiras décadas do século passado (pelo menos) até hoje, há boas razões para crer que assim continuará a ser – porventura de forma exponencial – no futuro próximo. Porque também o direito da medicina está em vias de mudança acelerada, exposto como se encontra à transformação social, aos avanços tecnológicos e, não por último, à afinação do sentimento individual dos direitos, liberdades e garantias de cada um. Mas, como sempre, a tentativa ora em curso de ajustamento de experimentados esquemas do

* Texto que serviu de guião à intervenção tida no Colóquio de Direito Penal médico em honra do Prof. Dr. Albin Eser, promovido pela secção de ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 20 e 21 de março de 2002 e, sob forma algo modificada, no II Congresso Internacional de Direito Penal e Democracia ocorrido em Salvador – Bahia, de 29 a 31 de outubro de 2003.

direito penal médico à realidade actual e às perspectivas futuras estão a constituir fonte de incontáveis dúvidas e hesitações, suscitadas por caminhos que, de tão novos e incipientes, se não pode saber ainda se virão a tornar-se em belas e rasgadas avenidas, ou apenas em outros tantos *Holzwegen* que não levam a parte alguma.

Na conferência inaugural de um colóquio recentemente promovido pela Secção de Ciências Jurídico-Criminais da minha Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – colóquio onde precisamente se debateram alguns dos maiores problemas trazidos ao direito penal médico pelo tempo de mudança que vivemos e se adivinha, já que viverão as gerações futuras -, Albin Eser fez questão de oferecer aos seus ouvintes uma comunicação que ficará certamente (tanto mais que os trabalhos vão ser publicados, na sua integralidade, tanto em Portugal como na Alemanha) como marco visível na evolução do direito penal da medicina. Albin Eser dispensa apresentações: trata-se de penalista eminente, até há bem pouco director do célebre *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, de Freiburg im Breisgau, cujo espírito vigoroso se reflecte numa obra que contribuiu, de forma decisiva, para uma compreensão mais exacta e uma renovação mais profunda do direito penal médico de que é desde há muito mestre universalmente reconhecido.

Qual a novidade do contributo apresentado por Eser em Coimbra? Com um vigor e uma fundamentação notáveis, ele procurou mostrar como muitos dos problemas tradicionais do direito penal médico devem ser a partir de agora tratados no contexto de um *paradigma* não sectorial, mas *integrado* e *global* de um "direito da medicina". De um direito onde o direito médico penal, civil, administrativo, laboral e mesmo económico surgem como partes integrantes de uma realidade nova e autónoma, dotada de um método próprio e exigindo um tratamento, uma investigação e um ensino autónomos; e mesmo uma nova e diferente atitude da parte dos seus cultores e aplicadores.

Não é este tema amplíssimo que me proponho reconsiderar: ele foi apresentado à comunidade jurídica internacional por Eser com uma clareza e uma concludência tais que dispensam comentaristas, glosadores ou epígonos. Mas à sua luz vou atrever-me a lançar – ainda no referido domínio sectorial, que não no âm-

bito global – a pergunta: "que caminhos para o direito *penal* médico"? Nos quadros modestos do que sempre pensei ser a função do universitário: não a de carregar certezas e oferecer respostas, mas a de dar testemunho das dúvidas que o possuem e tentar fazer perguntas fundamentais. Sob o mote das palavras de Saramago: "dispomos hoje de demasiadas respostas; falta-nos o tempo para fazer perguntas".[1]

II

1. O modelo clássico ou tradicional do direito penal médico, ainda hoje subsistente no essencial, constitui uma decorrência coerente, ao nível da actividade desenvolvida na relação médico/paciente, do *paradigma do direito penal geral* próprio das sociedades democráticas avançadas dos nossos dias.[2] Um paradigma que culmina toda uma evolução político-criminal e dogmática, cujas raízes devem procurar-se, no que respeita ao pensamento filosófico geral, no racionalismo cartesiano, no individualismo liberal e na mundividência humanista; e, no que toca ao direito penal em particular, na sua função exclusivamente protectiva no sistema social, na sua natureza secular e na sua submissão aos princípios da intervenção mínima e da necessidade. Paradigma este que, em meu modo de ver, se deixa consubstanciar em três teses fundamentais: na da supremacia da política criminal em face das ciências restantes que integram a *gesamte Strafrechtswissenschaft*, a "ciência global do direito penal"; na da função exclusiva do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais; e na das finalidades exclusivamente preventivas das sanções criminais.

Neste quadro de pensamento se compreende e aceita que o direito penal médico tenha tomado como seu ponto de referência e como seu núcleo proble-

1. José Saramago, *O memorial do convento*.

2. Mais de espaço Figueiredo Dias, "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 33/39-65, ano 9, 2001 (publicado também, com o mesmo título, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2002, p. 584).

mático de eleição (exprimindo deste modo como que a sua "parte geral") as chamadas "intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos", com a exigência, como condição da sua impunidade, de um tríplice requisito, avaliado segundo o estado dos conhecimentos e a experiência da medicina: 1) que elas sejam medicamente indicadas; 2) que sejam levadas a cabo, por um médico ou sob a sua direcção, de acordo com as *leges artis*; e 3) que possuam finalidade terapêutica, entendida esta num sentido amplo que engloba a prevenção, o diagnóstico ou o tratamento propriamente dito de uma "doença" na sua mais lata acepção. Como igualmente se compreende e aceita, noutra vertente, que continue a exigir-se como condição de impunidade que as intervenções sejam levadas a cabo com o consentimento do paciente ou de quem para o efeito o deva representar. Como finalmente – embora este aspecto contenda já com a "face externa" da intervenção – que toda relação médico/paciente enquanto tal se encontre recoberta pelo manto do sigilo profissional.

Tudo isto se compreende e se aceita à luz do paradigma penal referido. Porque, desde logo, é uma proposição político-criminal básica que preside a todo este modelo: a de que importa permitir a mais ampla acção terapêutica do médico, em consonância com o autêntico interesse e bem do paciente, tal como ele legitimamente o interpreta; uma proposição à luz da qual devem ser cunhados os conceitos operatórios e os meios dogmáticos necessários ao tratamento correcto e adequado dos casos concretos. Porque, em segundo lugar, são verdadeiros e essenciais bens jurídicos – e, na verdade, bens jurídicos *individuais* – aqueles a quem por esta via se procura oferecer protecção efectiva: a vida, o corpo, a saúde, a autodeterminação, a incolumidade da esfera de reserva da pessoa.[3] Porque, enfim, as sanções criminais que em *ultima ratio* devam ser aplicadas ao prevaricador assumem exclusivo entono preventivo, geral e especial, positivo e negativo.

3. Clara manifestação deste paradigma em Eser, "Medicina y derecho penal: panorama orientado en el bien protegido", *Estudios de derecho penal médico*, Peru, 2001, p. 15 et seq.

Claro que com este modelo jurídico-penal não se lograram a harmonia universal e o consenso unânime. Mas as divergências não afectam de forma essencial nem o paradigma jurídico-penal em que se inserem nem o modelo do direito penal médico de que participam: quer, por exemplo, o consentimento do paciente se considere ainda uma dimensão da integridade física e da saúde, ou apenas da liberdade de determinação;[4] quer se repute haver ou não razões político-criminalmente fundadas para estabelecer o que é o começo e o fim da vida em autónoma consideração jurídico-penal;[5] ou para estender ou encurtar a intervenção penal como forma necessária de protecção da esfera de reserva pessoal.[6]

2. Bruscamente, tudo entrou em fase de mudança acelerada e radical.[7] Assistimos ao advento de uma forma nova de sociedade – a "sociedade pós-moderna", "sociedade pós-industrial", "sociedade do risco", o nome não é importante – que assume o significado de uma ruptura epocal com um passado recente, em face da ameaça global causada por novos e grandes riscos, por *riscos globais* que pesam sobre a humanidade. Com ela, é um choque antropológico brutal que estamos a sofrer, devido sobretudo ao colapso anunciado dos instrumentos técnico-institucionais de segurança. Por isso se afirma já a necessidade de elaboração de uma nova ética, de uma nova racionalidade, de uma nova política, de um novo direito, produtos da consciência, porventura dolorosa, de que a crença na razão técnico-instrumental morreu.[8] De uma crença filha da racio-

4. Eser, Frisch e Costa Andrade, no referido Colóquio da Faculdade de Direito de Coimbra, em vias de publicação.

5. V. *supra* Koch e Faria Costa, no referido Colóquio da Faculdade de Direito de Coimbra, em vias de publicação.

6. V. *supra* Hünerfeld e Helena Moniz, no referido Colóquio da Faculdade de Direito de Coimbra, em vias de publicação.

7. Sobre o que se segue Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, 2002, p. 3 et seq., 53 et seq. e já o *meu* artigo (nota 2), p. 587-590.

8. Stratenwerth, "Zukunftssicherung durch die Mitteln des Strafrechts?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 105/688 et seq., 1993, e o mesmo, *Das Strafrecht in der Krise des Industriegesellschaft*, Rektoratsrede 26. November 1993, Basel, 1993.

nalidade que nos iluminou durante três séculos e que, sejamos justos, trouxe um progresso espiritual e material espantoso à humanidade e lhe deixou um legado irrenunciável de razão crítica, de secularização, de direitos humanos; mas que acabou por a colocar nos becos sem saída do mito do *homo œconomicus*, dos dogmas do mercado e do progresso material ilimitado, do reconhecimento da humana incontrolabilidade dos avanços e descobertas científicos e tecnológicos. Até a ponto de que aquilo que parece estar em causa é nada menos que a subsistência da vida no planeta – como a terrível "crise ecológica" parece mostrar à evidência –, e é preciso por isso, se quisermos oferecer uma *chance* razoável às gerações vindouras, que a própria humanidade se torne em *sujeito comum da responsabilidade pela vida.*

Este quadro esboçado a traço grosso tem sérias implicações com o direito penal da medicina. O seu ponto de enlace exprime-se paradigmaticamente no advento da *tecnologia genética* e dos novos e insuspeitados horizontes que ela abre, por um lado ao campo específico da actuação médica, por outro ao alargamento e reforço das expectativas do indivíduo sobre o seu corpo, a sua saúde, a sua vida. É neste contexto que pode perguntar-se, em face desta revolução copernicana (a tantos títulos comparável, na sua perspectivação jurídica, à "revolução ecológica" que mencionei e também Albin Eser não deixou de referir na sua conferência inaugural referida), se não nos deparamos já com um novo modelo de direito penal médico emergente, que a breve trecho substituirá ou, quando menos, complementará o modelo tradicional.

Fiel ao propósito que logo de início declarei, não me proponho dar resposta definitiva a esta pergunta. Mantendo-a em todo o caso no horizonte do meu pensamento, contentar-me-ei com buscar alguns elementos de análise e de meditação que, não se baseando em puras expectativas sobre o progresso da ciência, mas só naquilo que se encontra já cientificamente comprovado e realizado, me parecem relevantes para a determinação do direito penal da medicina do futuro próximo.

III

1. Toda mudança tecnológica profunda determina uma mudança social que, mais cedo ou mais tarde, tem de ser enquadrada e regulada pelo direito. Trata-se aqui de um processo de interacção[9] em que a tecnologia surge simultaneamente como produto e como instrumento de satisfação de necessidades, interesses e conflitos sociais. Este processo conduz a combinar e aliar as exigências individuais acrescidas com as novas possibilidades abertas pela tecnologia e assim – sem que eu precise enfatizar o relevo desta circunstância para uma consideração jurídica posterior – a funcionar como *processo de legitimação* da própria tecnologia.

É o que precisamente se está passando com a tecnologia genética médica. Com ela, são os próprios conceitos de "saúde" e de "doença" que se alargam e transformam no corpo social,[10] estabelecendo as bases para a *pública aceitação* da análise do genoma, da medicina preditiva, do diagnóstico pré-natal: passou o tempo em que a saúde era coisa dos deuses e do destino, para chegar o tempo em que ela é cada vez mais tarefa do cidadão responsável – responsável perante si, a sua descendência e a comunidade. Pública aceitação esta que pode tornar-se em exigência social (eventualmente tutelada pelo direito!) quando a saúde passe cada vez menos a ser questão da autodeterminação de cada um, para se tornar progressivamente em obrigação ou responsabilidade socialmente assumida. O que já não constitui hoje pensamento delirante ligado à utopia de um qualquer "admirável mundo novo", mas risco próximo; e risco fundado, por uma parte, nas exigências crescentes, postas a todos os governos do mundo, de protecção e melhoramento das condições do mercado de trabalho e, por outra parte, na incapacidade por

9. De um "processo como que de espiral" no dizer de Mettler-Meibom, "Mit High-tech zurück in eine autoritäre politische Kultur?", *Essener Hochschulblätter*, 1990, p. 61.

10. Elisabeth Beck-Gernsheim, "Gesundheit und Verantwortung im Zeitalter der Gentechnologie", *Ulrich Beck und Elisabeth Beck-Gernsheim* (Hrsg.), Riskante Freiheiten. Individualizierung in modernen Gesellschaften, Frankfurt, 1994, p. 316 et seq.

aqueles governos sentida de acorrerem aos custos exponencialmente crescentes com a realização das "promessas de saúde" oferecidas pela tecnologia genética ligada a uma medicina preditiva e preventiva.

2. O relevo que esta nova situação possa vir a assumir perante o modelo clássico do direito penal médico – e, de forma particular, sobre os problemas neste colóquio discutidos – parece indiscutível.

2.1 A pressão exercer-se-á, muito provavelmente, logo sobre o requisito da *finalidade terapêutica* (mesmo quando dela seja feito um conceito amplo, como no art. 150.º do CP português[11]) no sentido de uma sua muito mais acentuada ou mesmo integral *funcionalização*. No sentido, quero dizer, de o desligar da acepção tradicional de "procedimento visando a cura de uma doença", de um substrato somático ou psíquico patológico, para o aproximar do referido conceito social de saúde ou mesmo de "promessa de saúde". E onde certamente se inscreverão procedimentos como os dos testes, análises e diagnósticos genéticos requeridos pela medicina preditiva e preventiva, pelos diagnósticos pré-conceptivos, pré-implantatórios e pré-natais. Mas onde poderão também inscrever-se "terapias" genéticas que já não tomam por alvo exclusivo os genes malignos, mas visam fazer com que um corpo saudável se torne num outro ainda mais resistente, mais forte, mais rápido ou mesmo mais belo!

Se, uma vez consumado este alargamento, continuará a haver lugar para um tratamento jurídico-penal unitário de toda a actuação que caiba no conceito de intervenção médica, ou se, diferentemente, será necessário dualizá-lo consoante se trate de um tratamento clássico ou de uma intervenção genética, é coisa que não devo aqui decidir, mas que constituirá possivelmente um tema obrigatório para o futuro direito (penal) da medicina, aqui tomado no preciso e complexivo sentido em que Eser o propôs.

11. Costa Andrade, "Anotação ao art. 150.º", in: Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal.* Parte Especial, Coimbra, 1999, vol. I.

2.2 A pressão exercer-se-á provavelmente, por outro lado, sobre o estatuto do *consentimento* na impunidade da intervenção médica. Não que ele não deva, decerto, continuar a ser requerido em via de princípio. Mas parece poder contar-se com requisitórios em favor da sua cada vez maior limitação, naqueles casos – uma vez mais, directamente relacionados com a tecnologia genética e que virão a tornar-se frequentes – em que se faça sentir uma pressão crescente no sentido de a sociedade dever defender-se dos que recusam assumir a responsabilidade de conhecer o que dizem os seus genes ou, conhecendo, se recusem a fazer as opções mais favoráveis ao desenvolvimento social. Assim se ficará de novo, parece certo, perante o espectro de uma "eugenia negativa", mesmo que seja (e constitui isso novidade?) em nome de "deveres fundamentais" que devam pesar sobre o indivíduo enquanto membro da comunidade. Mas precisamente por isso será tarefa indeclinável do direito penal da medicina do futuro próximo redefinir, pormenorizadamente e de modo tanto quanto possível livre de preconceitos, a fronteira que separa intervenções socialmente indispensáveis daquelas que têm de ser proibidas porque ofendem em medida inadmissível a dignidade pessoal.

Decerto, ainda neste contexto se imporá velar por que o acordo ou consentimento continue, em toda a medida possível, a ser expressão da *auto*determinação de quem sofre as intervenções. Tem todavia de contar-se com que, permitindo a tecnologia genética evitar deficiências e incapacidades futuras, se verifique uma "compulsão social" no sentido de que as pessoas se submetam a toda espécie de testes e diagnósticos e sofram, se necessário, medidas de medicina preditiva e preventiva. Esta compulsão não tem de, por si e sem mais, excluir a voluntariedade e, nesse sentido, a liberdade do consentimento, mas também aqui haverá que redefinir as fronteiras para além das quais a compulsão exclui que possa falar-se de um consentimento "livre" como pressuposto da impunidade da intervenção médica.

2.3 A tecnologia genética médica põe igualmente em causa a definição jurídico-penal do momento do início e do término da vida, com as consequências que daí advêm para efeito dos crimes de homicídio, de ofensas à integridade físi-

ca, de aborto ou de interrupção ilegítima de uma gravidez. Desempenham aqui papel principal os testes e diagnósticos pré-conceptivos, pré-implantatórios e pré-natais, por um lado, os transplantes por outro. Não estou seguro de que seja este mais um caso em que um direito da medicina integrado, como o preconizado por Eser, possa lograr uma única definição teleologicamente válida para todas as disciplinas sectoriais de que aquele se nutre – a penal, a civil, a da assistência social etc. Mas, como quer que seja quanto a este ponto, tenho a certeza que também todas estas questões têm de ser reequacionadas à luz do tratamento genético de nascituros, de embriões ou de fetos,[12] operado através do corpo da grávida. No sentido, provavelmente, de se procurar alcançar uma sua mais efectiva protecção dentro dos limites que lhe devam ser postos pela vontade e pelo interesse da grávida na conservação da sua vida e da sua saúde, bem como na do feto.

2.4 Que, finalmente, as vias abertas à actividade médica pela tecnologia genética implicam graves e novos problemas em matéria de segredo, de protecção de dados e de circulação da informação é de tal modo seguro que me sinto dispensado de uma referência mais pormenorizada a este ponto.

IV

Chegados aqui, parece já admissível concluir que o advento da era da tecnologia genética não implica o abandono do modelo jurídico-penal da "intervenção médica", mas apenas o seu afeiçoamento a novas realidades socialmente condicionadas da própria actividade médica. Digamos, de forma aproximada, que muda e se alarga o objecto da valoração, mas não de forma necessária e radical os critérios de valoração do objecto. Creio que isto será assim quando se continua a reduzir a intervenção penal da era da tecnologia genética à tutela de *bens jurídicos individuais*: a vida, a integridade pessoal, a autodeter-

12. Cf. João Loureiro, "Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto", *Cadernos de Bio-ética* 14/3 et seq., 1997.

minação, o segredo e a reserva da vida privada. Mas pode duvidar-se (e espero que algumas das minhas considerações anteriores tenham servido já para o insinuar) que, com isto, se tenha fechado o círculo sobre os caminhos do direito penal da medicina do futuro próximo.

O que sucede é que a tecnologia genética (e, repito, tenho em mente só a tecnologia genética já cientificamente disponível neste momento) pode arvorar-se em exemplo paradigmático de fonte dos "riscos globais" da era da *Hochzivilization* de que falou Ulrich Beck:[13] de uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos sobre cujo potencial é impossível quer uma prognose minimamente justificada, quer uma delimitação temporal e espacial do início e do fim dos perigos criados, quer uma sua imputação segundo as regras estabelecidas da responsabilidade, nomeadamente da causalidade e da culpa. Com o que – como a doutrina da última década vem insistentemente sublinhando[14] – é o próprio paradigma jurídico-penal das sociedades democráticas avançadas que entra em crise e requer insistentemente, segundo alguns, a revisão profunda da função do direito penal no sistema social e, em definitivo, a substituição daquele paradigma por outro.

Estou absolutamente de acordo em que a racionalidade técnico-instrumental em que desde há muito nos movemos exige instantemente a sua superação, no exacto sentido da *Aufhebung* hegeliana. Sem esquecer o legado da modernidade e as suas conquistas irrenunciáveis – acentuou-o também, na Faculdade de Direito de Coimbra, Anselmo Borges numa conferência notável[15] –, importa assumir os seus equívocos e limites. E considerar sobretudo a circunstância de, com a pretensão de tudo dominar, a razão instrumental se ter revelado

13. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

14. Cf. de novo o meu estudo (nota 2), p. 588 et seq.

15. Anselmo Borges, "O crime económico na perspectiva filosófico-teológica", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 10/7, 2000.

profundamente reducionista, esquecendo precisamente aquilo que poderia contribuir para a sua superação: a liberdade do homem que se realiza no mundo e o obriga à participação na humanidade histórica, à "abertura" para *ser-com-os-outros* e *ser-para-os-outros*, através da qual não recuse o seu contributo pessoal para a humanização do mundo e da história. É preciso pôr fim à "cegueira ontológica" em que radica a já longa tentativa de substituir o transcendental ontológico pelo transcendental gnoseológico, como meio de domínio do mundo pela tecnociência. É preciso reconhecer que nada é neutro do ponto de vista axiológico-antropológico, a tudo estando subjacente uma determinada concepção de Homem – de um Homem como simultaneamente um *Selbstsein* e um *Mitsein*[16] – e um quadro de valores individuais e colectivos daquela imediatamente decorrentes. Um quadro axiológico, este, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos tecnológicos, têm de realizar um consenso alargado, que haverá depois de ser transposto e concretizado nas leis fundamentais e ordinárias.

Mas, sendo assim, importa então perguntar de novo se a necessária superação da razão técnico-instrumental, associada à emergência da chamada sociedade do risco, implica o abandono do modelo clássico do direito penal da medicina, quando não do próprio paradigma penal actual e a sua substituição por outro.

V

Não creio que razão assista àqueles que, em face dos problemas suscitados pelos novos e grandes perigos, advogam a necessidade de *guardar* (e se necessário *reforçar*) *o âmbito clássico de tutela do direito penal* (os direitos fundamentais do indivíduo) e os seus critérios experimentados de aplicação; sendo a protecção possível perante aqueles perigos deferida, essencial ou exclusivamente, a outros

16. Próxima desta concepção, agora, na esteira de Lévinas, Maria Fernanda Palma, "Crimes de terrorismo e culpa penal", in: Costa Andrade; Faria Costa; Anabela Rodrigues; Maria João Antunes (Org.), *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 244 et seq., especialmente 255 e 257.

ramos de direito não penal e, sobretudo, a meios não jurídicos de controle social. Esta concepção[17] – que, no que aqui importa, conduziria à manutenção exclusiva do modelo clássico do direito penal médico e ao cabimento do merecimento e carência de tutela penal exclusivamente a bens jurídicos individuais – minimiza a meus olhos, em medida inaceitável, a função do direito penal no corpo social e acaba por colocar o princípio jurídico-penal de subsidiariedade e de *ultima ratio* "de pernas para o ar"![18]

Tão-pouco consigo convencer-me, no outro extremo, de que a defesa possível perante os novos e grandes perigos só se logrará *funcionalizando completamente o direito penal às exigências próprias da sociedade do risco*,[19] estendendo a criminalização, antecipando a tutela penal até estádios de mera preparação, abandonando os princípios básicos que presidem à responsabilidade penal. O que mais choca aqui é a tentativa de levar ainda mais longe – até aos limites – os dogmas da razão técnico-instrumental, em vez de reconhecer a necessidade urgente da sua superação. A "pura eficiência" não pode constituir critério democrático de legitimação se descarnada do axioma ôntico-antropológico de todo o direito penal e de uma ordem axiológica mínima, mas nem por isso menos necessária.

De um ponto de vista *político-criminal*, a questão básica, tal como a vejo, reside em saber se os grandes riscos associados à nova medicina têm por força

17. Cujo manifesto costuma reconduzir-se a Hassemer, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 10.

18. Como já uma vez me exprimi a este propósito: nota 2, p. 596.

19. Interessantes e num certo sentido paradigmáticos a propósito muitos dos artigos inseridos na colectânea Pat O'Malley (ed.), *Crime and the Risk Society*, 1998, em particular o de Malcom Feeley/Jonathan Simon, "Actuarial Justice: the Emerging Criminal Law", ibidem, p. 375. De interesse, para uma apreciação crítica deste paradigma, Pedro Caeiro, "Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da 'justiça absoluta' e o fetiche da 'gestão eficiente' do sistema", *Revista do Ministério Público* 84/31 et seq., 2000 – resumindo, nesta parte, um *paper* não publicado que serviu de guião à sua intervenção no I Programa de Doutoramento (11.04.2000) da Faculdade de Direito de Coimbra, precisamente subordinado ao tema: "A relevância da 'gestão de riscos' na prevenção e repressão criminal. Em especial: a chamada Nova Penologia na experiência norte-americana".

de significar *o fim da protecção subsidiária de bens jurídicos*[20] como função exclusiva do direito penal. A esta questão básica julgo dever em definitivo responder-se que *não*, enquanto continuar a afirmar-se que – sem prejuízo do axioma onto-antropológico sobre o qual repousa toda a matéria penal –, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual *e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*, existem autênticos bens jurídicos *sociais*, *transindividuais*, *transpessoais*, *colectivos*, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito. Decerto, nada disto constitui novidade para a dogmática e para a legislação jurídico-penais: todos os Códigos Penais conhecem desde sempre, ao lado de bens jurídicos individuais, bens jurídicos supra-individuais; mas creio tornar-se urgente e importante que a dogmática proceda a uma reconsideração aprofundada do que repetidamente venho chamando[21] *bens colectivos jurídico-penais* e cujo relevo parece agora começar a ser tomado em conta pela dogmática jurídico-penal.

Se quiser conferir-se ao direito penal uma função de tutela perante os mega-riscos ameaçadores da subsistência da humanidade, ainda aí é preciso assentar em que o problema jurídico-penal é, modestamente, um problema de *ordenação social*, concretamente o de saber como é possível promover ou conservar os bens públicos relativos aos fundamentos naturais da vida; face, nomeadamente, à natureza trágica da relação entre o agente racional em seu próprio proveito e os bens colectivos.[22] A criminalização é aqui legítima e pode afigurar-se necessária. *Legítima*, porque tais bens encontram refracção legitimadora expressa na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais. *Necessária*, de um ponto de vista de prevenção geral *negativa*, porque será razoável esperar que

20. Coloca nestes precisos termos, em geral, a questão do destino do direito penal Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1997, § 2, VII.

21. Desde o meu estudo citado (nota 2), p. 57.

22. Kuhlen, "Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", *ZStW* 105/720 et seq., 1993.

a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral *positiva*, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito (de reforçar, talvez eu pudesse dizer, parafraseando a alusão que *Eser* usou como final da sua conferência coimbrã, a *sittenbildende Kraft des Strafrechts*[23]).

Os bens colectivos devem por conseguinte ser aceites como *autênticos bens jurídico-penais*. Certamente, existe neles uma *relação difusa* com os usuários, que porém não significa o carácter difuso do bem jurídico universal como tal; como neles se verifica – há que reconhecê-lo – uma certa *funcionalização* da noção de bem jurídico, quando comparada com aquele "monólito jurídico corporizado"[24] que formou a concepção acirradamente liberal e me parece ver agora reeditada (*volente, nolente*!) pela referida "Escola de Frankfurt".

Nada disto servirá porém para condenar a categoria dos bens jurídicos colectivos. Existem, em conclusão, bens jurídico-penais individuais e bens jurídico-penais colectivos, não tendo estes, para serem legítimos, de se reconduzir por força àqueles ou se reduzir a uma sua mera soma, da mesma ou de diferentes espécies.[25] Nesse sentido os bens jurídicos colectivos gozam, em face dos bens jurídicos individuais, de verdadeira *autonomia.* Autonomia que não é afectada mesmo que deva concluir-se que não existem bens jurídicos colectivos que não possuam um qualquer suporte em legítimos *interesses* individuais. A relevância dos bens jurídicos colectivos – generosos e em nada egoístas – provirá precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de quaisquer pessoas, se bem que não individualizáveis em concreto.

23. Eser, *supra*, nota 3.

24. Como lhe chamou Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1991.

25. Em data recente Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002, e Marinucci; Dolcini, "Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità", *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, 1, Milano, 2000, p. 211 et seq.; cf. já a interessante discussão entre Hirsch, Wohlers e Hefendehl, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 2 et seq.

VI

Que relevo possui esta canhestra e simplificada meditação sobre os bens colectivos jurídico-penais para a tentativa de determinação dos caminhos do direito penal médico? Eu creio que o maior, e porventura decisivo.

As acções que podem já hoje ser praticadas no genoma humano, a partir da sua descodificação, nomeadamente as manipulações e a engenharia genéticas, revelam que, tenham embora elas por objecto – como sempre se suporá no autêntico "acto médico" – indivíduos concretos e a eles afectem em primeira linha, encerram em si mesmas a susceptibilidade de afectarem do mesmo passo a própria espécie humana na sua *integridade, identidade, inalterabilidade* e *diversidade*.[26] Por isso elas trazem consigo um risco *global* para a humanidade. A pergunta que, deste ponto de vista, há que fazer é se aqueles perigos para a espécie humana – ou os eventuais danos que a partir deles se concretizem – podem ser erigidos em bens jurídicos colectivos dignos e carentes de tutela penal.[27] Com a plena consciência de que se torna ainda necessário aprofundar as questões específicas aqui implicadas e saber muito mais sobre elas – sobre elas e sobre outras com elas directamente conexionadas, como são nomeadamente as da liberdade da investigação científica genética e as da experimentação genética sobre seres humanos –, e da dúvida radical que a acompanha, atrevo-me a dizer que sim.

Penso firmemente que com isto se contribuirá para uma protecção mais efectiva e consistente da inalterabilidade da espécie humana – e, no limite, da sua própria *sobrevivência* –, bem como da sua pluralidade e variedade genéticas, pe-

26. Sobre isto e o que se segue v. a importante obra de Romeu Casabona, *Do gene ao direito*, São Paulo, 1999, especialmente p. 224 et seq., 312 et seq.; e agora P. V. Sporleder de Souza, *Bem jurídico e engenharia genética humana, contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, dissertação de doutoramento, Coimbra, 2002.

27. Sendo certo que já o art. 26.º, n. 3, da Constituição da República portuguesa tutela a "identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica". Cf. João Loureiro, "O direito à identidade genética do ser humano", *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica* 40/263 et seq., Coimbra, 1999.

rante pretensões eugénicas ou análogas feitas valer por meio da manipulação ou da engenharia genéticas. O grande problema (se bem que não o único!) sobre o qual o jurista terá de reflectir ainda profundamente reside em que ao direito emergente de herdar um património genético *inalterado* – a famosa "herança genética" – pode opor-se uma não menos legítima expectativa de herdar um património genético *sadio*. Ora, sobretudo se ao qualificativo "sadio" for conferida a enorme extensão e exigência que atrás referi caber hoje à "saúde",[28] receio então que a mencionada oposição possa ser em muitos casos real e não apenas aparente, e se torne extremamente complexo para o jurista ou o reformador legal encontrar, à luz dos conhecimentos de que a medicina hoje dispõe, o indispensável ponto de concordância prática ou de conciliação de interesses conflituantes dignos e carentes de protecção penal.

VII

Já não faltam hoje tentativas – vazadas em recomendações e convenções internacionais, em projectos de leis e mesmo em leis vigentes, dirigidas nomeadamente à protecção dos embriões e à medicina reprodutiva e de que é exemplo a Lei brasileira 8.974, de 05.01.1995[29] – de tratamento legal, com claras implicações jurídico-penais, das matérias relacionadas com a medicina genética. Tomando-as em consideração, creio poder predizer que os caminhos do direito penal da medicina passam possivelmente pela coexistência, nos tempos vindouros próximos, de dois modelos. O modelo clássico ou tradicional, voltado essencialmente para a tutela de bens jurídicos individuais, subsistirá no essencial, encorporando em todo o caso as afinações dos princípios gerais hoje aplicáveis que sejam determinadas, por um lado pelo progresso dos conhecimentos e da

28. *Supra* Ponto III.1.

29. Sobre ela, criticamente, Alberto Silva Franco, in: Silva Franco; Rui Stocco (Coord.), *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 2001, vol. II, p. 2.631 et seq.

actividade da medicina, por outro lado pelos contributos recebidos de uma visão integrada ou global do direito da medicina como a aqui preconizada por Albin Eser. Ao lado deste modelo, porém, erguer-se-á um outro, vocacionado para a tutela de bens jurídicos colectivos ou de projecção supra-individual autónoma, que visam proteger, em última instância, a *espécie humana como tal* e terão um campo de aplicação por excelência nas "novas medicinas" (genéticas, reprodutivas, preditivas, preventivas).

Não é no entanto minha opinião que este direito penal das "novas medicinas" tenha (ou deva) que significar um corte com o paradigma penal próprio das sociedades democráticas avançadas. Decerto, nele se deparará com problemas dogmáticos complexos e difíceis, que têm ainda de ser resolvidos da forma mais consensual possível. Mas, se puder aceitar-se que os eventuais tipos penais que venham aqui a ser erigidos são iluminados por autênticos bens colectivos jurídico-penais, ter-se-á ganho, do meu ponto de vista, o essencial: ter-se-á ganho a questão da legitimação. Serão já então-só questões dogmáticas de segunda ordem as de saber se aqueles tipos devem ser construídos como delitos de mera actividade ou antes de resultado, como crimes de dano ou antes de perigo (concreto, abstracto, abstracto-concreto ou *Eignungsdelikte*).[30]

Numa perspectiva *substancial*, julgo fundado afirmar que no direito penal referido a bens colectivos deparamos, seja qual for a estrutura formal-dogmática que apresentem, com delitos que, segundo o seu *conteúdo material de ilícito*, possuem uma natureza *análoga* à dos crimes de perigo abstracto,[31] nos quais, bem se sabe, a relação entre a acção e o bem jurídico tutelado surge as mais das vezes longínqua, nebulosa e particularmente débil. Deve, apesar disso, aceitar-se a legiti-

30. Sobre isto e o que se segue já Figueiredo Dias, "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – Um quarto de século depois", *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, 2001, vol. I, p. 389 et seq.

31. Já Figueiredo Dias, in: Figueiredo Dias; Ireneu Barreto; Teresa Beleza; Paz Ferreira, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, 2001, vol. I, p. 389 et seq.

midade constitucional desta espécie de delitos, suposto que se encontrem respeitados os parâmetros constitucionais de determinabilidade do tipo de ilícito e a referência ao bem jurídico que em último termo se visa proteger.[32] É então ao legislador ordinário e só a ele que pertence ponderar e decidir a questão de saber se, para uma eficaz tutela dos bens jurídicos colectivos implicados pelo direito penal das novas medicinas, se torna necessário punir certos *comportamentos como tais*. Uma vez tomada a decisão legislativa de criminalização relativamente a certos (ou a certas espécies de) comportamentos, parece-me supérfluo excogitar ou acolher estruturas anómalas ou atípicas de imputação, objectiva e subjectiva, da responsabilidade penal: resultados dogmaticamente aceitáveis podem ser conseguidos, com maior ou menor dificuldade, com estruturas já dogmaticamente consolidadas, desde as da teoria da adequação às da criação de um risco não permitido, desde as do dolo e do erro às da negligência. E isto ainda mesmo quando se tenha em conta que as ofensas a bens colectivos aqui em causa constituem, como assinalei, exemplos paradigmáticos dos "grandes e novos perigos" característicos da "sociedade do risco", que põem em questão os fundamentos da própria humanidade e da sua subsistência.

Talvez que nesse sentido eu acabe por me aproximar da ideia de Günther Stratenwerth segundo a qual a tutela jurídico-penal perante os grandes e novos riscos – e, assim, perante as gerações futuras – passa pela assunção de um "direito penal do comportamento referido ao futuro" em que são penalizadas e punidas *relações da vida como tais*.[33] Mas esta afirmação não a tomo eu – diversamente do que me parece suceder com o autor referido – como uma espécie de dobrar dos sinos por um direito penal do bem jurídico. Ainda aqui se tem de tornar suficientemente clara a referência ao bem jurídico (colectivo) que com a incriminação se

32. Como o decidiu o Tribunal Constitucional português no seu Ac 213/95, de 20 de abril: *Acórdãos do Tribunal Constitucional* 30/985, 1995.

33. Stratenwerth, *ZStW* (nota 7), p. 685 et seq., 692 et seq. Criticamente, situando-se na vertente da "Escola de Frankfurt", Stella (nota 6), p. 419 et seq.

pretende tutelar, só assim se encontrando a sua legitimação. Também isto deverá continuar válido, creio, para o direito penal da medicina da era da tecnologia genética e é nesse contexto que julgo dever meter-se ombros à tarefa inevitável de reforma legislativa. Tarefa difícil, esta, porque não sabemos ainda o suficiente sobre a matéria de regulamentação e porque é dificílimo a qualquer legislador acompanhar a rapidez com que se processa a evolução científica e tecnológica. Talvez por isso em Portugal – como em outros países – o legislador venha procurando refrear a impaciência pública, e em particular da classe médica, pela edição de novas leis reguladoras neste campo. Ainda aqui de acordo com a sábia advertência de Heráclito, que em momento algum o investigador, o cientista, o professor e o legislador devem esquecer: "Não nos apressemos – proclamou o filósofo de Éfeso – a formar juízos sobre as coisas essenciais".

La política antidrogas en Colombia y el control constitucional*

Mauricio Martínez Sánchez

Profesor de Derecho Penal y de Política Criminal en la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá. Doctor en Derecho de la Universidad de Roma. Magíster en Política Criminal de la Universidad del Saarland, Alemania. Magistrado del Consejo de la Judicatura Colombiana en Bogotá. Dirección Electrónica: Unmartis.

Sumario: 1. El rol esperado de la jurisdicción en los Estados constitucionales – 2. La política antidrogas en Colombia: el efecto globo o el éxito mentiroso – 3. La "provisionalidad" permanente del derecho penal de excepción: la Constitución se puede desconocer temporalmente – 4. La despenalización de la dosis personal de drogas: la Corte Constitucional protege la autonomía personal – 5. Las fumigaciones con químicos letales y el desastre humano y ambiental: la Corte se sale por la tangente – 6. Conclusión.

Resumen: La situación que ha vivido Colombia como consecuencia de la política antidrogas impulsada por los Estados Unidos y por la ONU demuestra el fracaso del tratamiento por medio del derecho penal de un problema económico, político y social. Todos los plazos impuestos por ellos han vencido y el problema de la droga sigue latente; Colombia ha sido utilizado como laboratorio de experimentación de una política que solo ha servido para que los cultivos se desplacen a otras áreas del continente, se creen mafias y ejércitos irregulares financiados por el tráfico de drogas, se destruya la biodiversidad amazónica y de la

* Conferencia dictada para un público extranjero: Seminario de Justicia Penal y Política Criminal en Sao Paolo, Brasil, del 1.º al 04 de Octubre de 2003.

Orinoquía que el país comparte con Brasil, Perú o Venezuela. Una guerra que ha desolado al país en materia de normas y garantías penales y constitucionales, pero sobre todo en materia de derechos humanos.

1. El rol esperado de la jurisdicción en los Estados constitucionales

La situación de guerra y de desangre que ha vivido Colombia, como país productor de drogas, sirve de ejemplo paradigmático del fracaso de la política antidrogas implementada por Estados Unidos para toda la región. Dicha política ha contado, en su mayor parte, con el aval de la Corte Constitucional colombiana; sin embargo algunas decisiones de este alto tribunal, han sido también representativas de la independencia judicial que requiere en nuestro continente la construcción de los Estados constitucionales de la que hace tiempo estamos en mora de construir. Analizaremos, en consecuencia, las posiciones relacionadas con a) la política antidrogas en Colombia, b) el derecho penal de excepción codificado, c) la despenalización del consumo de la dosis personal de drogas; d) las fumigaciones con químicos letales y el desastre humano y ambiental.

En el garantismo penal y constitucional contemporáneo,[1] o de primacía de los derechos sobre abstractas razones de Estado y de defensa social-perspectiva desde la que intentaremos realizar este trabajo–, la legitimidad de los jueces en general, y en especial de quien debe ejercer la guarda de la Constitución, se sustenta en la defensa de los derechos fundamentales y en el control permanente de la actividad de los otros poderes. En la política antidrogas y antisubversiva si que es necesaria esta actitud de la jurisdicción, cuando sabemos que aquella es trazada en la actualidad por poderes mundiales hegemónicos, principalmente por el poder norteamericano, subordinando el derecho y los derechos a necesidades de

1. Cf. la defensa de este modelo en: FERRAJOLI, Luigi. "Jurisdicción y democracia". *Jueces para la Democracia*, 1991. n. 29, p. 3-7.

política y de relaciones de dominación. Es en este sentido en que se evidencia la necesidad de que los jueces dejen de estar al servicio de la política, es decir decidiendo según las necesidades del poder y del estado de la manipulación del consenso de la opinión pública y más bien se dediquen a judicializar las decisiones políticas en el sentido de someterlas a los principios y derechos constitucionales.

En tema de drogas y en general en la política de orden público no siempre la Corte constitucional colombiana ha asumido aquella posición garantista. Como es sabido, la Corte Constitucional nuestra es expresión de las fuerzas que integran el Senado; es esta Cámara quien los elige y por ello la presencia de tendencias distintas a las de los partidos tradicionales (liberal-conservador) ha sido excepcional. Podemos resumir diciendo que en la materia que analizamos en el alto tribunal constitucional colombiano ha prevalecido el pragmatismo político en el sentido en que sus decisiones han dependido de la situación político-social y de crisis institucional que ha vivido el país en el momento de la decisión; por ello su doctrina ha sido muy inconsistente. O como bien se sostuvo en una investigación del Ministerio de Justicia y de la Universidad Nacional,[2] "la Corte tiene, en general –y no sólo en materia de Conmoción Interior– enormes dificultades para construir una dogmática consistente. Se tiene, en este sentido, la impresión de que la Jurisprudencia de Principios y el 'Constitucionalismo Metodológico' –que no sustantivo– hoy hegemónicos, practicados en ausencia de una cultura y de un consenso axiológico mínimos y en condiciones de alta conflictividad socio-política, se disuelve fácilmente en diletantismo, si no en simple oportunismo tópico y, lo que es peor, tiende a estabilizarse, en beneficio de la Razón de Estado en mayorías decisorias proclives a la prevalencia abstracta y estructural del interés

2. La investigación fue realizada por: OROZCO, Iván; GOMEZ, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal.* Bogotá, 1997. En el estudio hecho sobre los precedentes judiciales de la Corte Constitucional colombiana Diego Lopez también concluye que la Corte ha preferido los temas "libertarios" sacrificando los "niveladores": "Con ello la Corte Constitucional conserva para sí la imagen heterodoxa que quiere mantener, al tiempo que pacta las paces con los intereses centrales del *status quo*". Cf. *El derecho de los jueces*, Bogotá: Uniandes, 2002, p. 203.

general que ha habita el orden público, sobre el interés particular que expresan los Derechos Fundamentales".

No obstante lo anterior, decisiones como las que extienden la Acción de Tutela a sentencias judiciales, sobre todo contra las altas Cortes –que no se acostumbran a la existencia de un control constitucional superior– o a la protección de derechos sociales, o que declaran inexequibles actos de los otros poderes, han bastado para que, desde que nace la Corte Constitucional, los sectores económico-políticos con ellas afectados, intenten recortarle facultades y hasta eliminarla.

2. La política antidrogas en Colombia: el efecto globo o el éxito mentiroso

Por tradición milenaria los pueblos indígenas de la región andina han utilizado productos naturales para soportar las largas jornadas de trabajo, o simplemente por entretenimiento, así como la población de origen europeo o africano ha utilizado sus propios productos. No obstante que la Constitución colombiana desde 1991 consagra que somos un país pluriétnico y pluricultural la política antidrogas impuesta por los sectores hoy dominantes racial, política y culturalmente abarca también los territorios indígenas. Sin embargo la Corte Constitucional ha diferenciado el uso tradicional de la hoja de coca por los pueblos indígenas de la siguiente manera: "No se puede colocar en el mismo plano la planta de coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer, y la utilización de la misma como materia prima para la producción de cocaína. Esta diferenciación entre la hoja de coca y la cocaína es necesaria puesto que numerosos estudios han demostrado no sólo que la hoja de coca podría tener formas de comercio alternativo legal y precisamente podrían evitar la extensión del narcotráfico, sino que además el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos".[3] La paradoja reside en que el art. 246 de nu-

3. Cf. Sent. C-176 de 1994; igualmente, la C-756 y 853 de 2001 y la C-420 de 2002.

estra Carta autoriza a los pueblos indígenas a tener su propia justicia en sus territorios pero, "siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República"; es decir se respeta su autonomía jurisdiccional por una parte, pero se autoriza a la justicia "civilizada" a intervenir, por la otra.

En la historia reciente, el congreso de la República en 1993, aprueba la Convención de Viena de 1988 (Convención de las naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes), reconociéndole entonces a la ONU competencia para fiscalizar al país en la materia y compartiendo las promesas de dicho organismo de acabar con el problema en un plazo determinado: Con la Convención Única de la ONU de 1961 se le prometió al mundo eliminar el opio en 15 años y la coca y marihuana en 25; más recientemente en sesión especial de 1998 en Nueva York, ante el evidente fracaso de la política y el incumplimiento del plazo fijado, se prometió uno nuevo: en el año 2008 se eliminarán completamente los cultivos ilícitos![4]

Las Naciones Unidas, para mantener a nivel mundial su política prohibicionista trazada por EE.UU. recurre –entre otros– a los pretendidos éxitos de dicha política en Colombia, evidenciados en la erradicación de miles de hectáreas cultivadas; país que, por el contrario, es muestra del fracaso de dicha política, como lo demuestran: a) la extensión de los cultivos ilícitos; b) la conversión del país en primer productor y exportador mundial de cocaína; c) la consolidación de numerosos y adinerados carteles del negocio que son hoy en día los propietarios de la mitad del territorio colombiano cultivable; d) los altísimos niveles de corrupción por dicho dinero en las esferas oficiales; e) los miles y miles de muertos con que tiene que pagar la nación a su utilización como laboratorio de experimentación de la política etc.

4. Igualmente la embajadora de EE.UU. en Colombia fijó el plazo de un año para erradicar la coca del país, cuando se le preguntó sobre la duración de la fumigación del Plan Colombia: "Este año ya hemos fumigado más de 70.000 hectáreas de coca. Creo que vamos a acabar con la coca el próximo año. Pero eso no implica que no necesitemos un programa de fumigación, porque vamos a fumigar al nivel de mantenimiento (...)". Cf. Entrevista en el periódico bogotano *El Tiempo*, 29.06.2003, p. 1-3.

Los datos oficiales sobre erradicación de cultivos a través de las fumigaciones que muestran tanto el representante de la ONU para el efecto, como el mismo gobierno colombiano no son expresión de éxito alguno como lo demuestran expertos en la materia o el mismo PNUD; ello representa mas bien "ignorar las consecuencias indeseables conocidas como *efecto globo* y el efecto *ampliación del paraguas de la ilegalidad*", se sostiene en una investigación de este organismo. Es decir que como sucede al inflar un balón, la presión del aire empuja en todas las direcciones; así mismo las políticas antidrogas basadas en reprimir la oferta, la desplazan de un lugar a otro, pero no la erradican.[5]

Lo mismo ha sostenido el experto internacional Martin Jelsma del *Transnacional Institute*, quien ha reiterado en el Foro Social Mundial Temático realizado en Cartagena en junio de 2003:[6] "La historia de los mercados de la coca y la cocaína, y del opio y la heroína, nos enseña que muchos declives locales se traducen en incrementos en otros lugares. Así pues el mercado se autorregula. Si bien se han observado algunas fluctuaciones, la producción total ha mostrado una notable estabilidad durante la última década (...) dichas fluctuaciones nunca han durado mas de dos años y, normalmente, se han compensado desplazando la producción a otros lugares. A principio de los 90, por ejemplo, fuimos testigos de la tremenda caída de la coca en el Perú, mientras la producción se trasladó a Co-

5. Cf. PNUD, *Desnarcotizar el conflicto: la lucha contra la droga*, informe nacional de Desarrollo Humano-Colombia, 2003. *El conflicto, callejón con salida*, Bogotá, 2003. p. 305-319.

6. Cf. Igualmente la apreciación de periodistas extranjeros como Salud Hernandez, coinciden en que no sólo no se ha terminado la coca, sino que el país se ha convertido ahora en el segundo proveedor de heroína de los EE.UU.: "Cuando llegué a Colombia hace cinco años y medio, el Putumayo era el demonio cocainómano y el Guaviare regresaba al paraíso, por lo que sus raspachines emigraban al sur o al Catatumbo. Ahora dice un Ministro que no hay maticas en el Putumayo, pero ¡oh sorpresa!, reaparecieron en el Guaviare, se multiplicaron en Nariño y aún siguen firmes en el Catatumbo y en el Vichada (y en el Putumayo). Y, por si fuera poco, aparecieron los de amapola en el Tolima, con tanta fuerza que, unidas a las de Perijá y a alguna otra que habrá por ahí, y no sabemos, han convertido a Colombia en segundo proveedor de heroína de USA. Es decir, se confirma la vieja teoría de que las fumigaciones no acaban con los cultivos, simplemente los trastean (...)". Por ello termina argumentando que la única salida, antes que fumigación, es la legalización de las drogas: "Es la legalización, ¡estúpido!", en *El Tiempo*, Bogotá, 29.06.2003, p. 16.

lombia; hemos visto cómo las fumigaciones aéreas han desplazado la coca del Guaviare al putumayo. Las fumigaciones aéreas ahora han desplazado el cultivo del putumayo a Nariño; en parte otra vez al Guaviare e incluso a algunas nuevas zonas más recónditas de la Amazonía. Hace cinco años, aquí en Colombia, sólo se cultivaba coca en 10 de los departamentos en los que se divide el país. Hoy en día se cultiva en 23. Se desconocen las cifras exactas del aumento reciente de cultivos especialmente en los departamentos de Nariño, Cauca, Boyacá y la selva más adentro. Ciertos informes indican así mismo que el cultivo de la coca está aumentando en el Perú y Bolivia, e incluso que se está extendiendo a Venezuela y Ecuador. En Asia se ha dado un fenómeno parecido durante años. En ese continente, el cultivo del opio se desplazó de Tailandia a Birmania, y de Turquía e Irán a Pakistán y posteriormente a Afganistán. Ello pone de manifiesto que las reducciones en una zona determinada no se pueden considerar de ningún modo como un indicio de logros reales (...) la única realidad hay que encontrarla en que, a pesar de los esfuerzos dedicados a mermar el cultivo ilícito y acabar con el tráfico, la producción y la oferta mundial de cocaína y heroína destinada al consumo no ha disminuido (...)".

Efectivamente, según datos de las Naciones Unidas-oficina Drogas y Crimen,[7] para el año 2003, el total de hectáreas con plantaciones ilícitas ha disminuido, pero la presencia de ellas se ha extendido en todo el territorio nacional de la siguiente manera:

Año	Hects. Cultivadas	Coca	Departamentos	Cobertura
Marzo	1999	160.000	12	12%
Diciembre	2002	102.000	21	100%

7. Cf. Informe de United Nations Office on Drugs and Crime, en *Colombia, Coca Survey for 2002, preliminary report*, Bogotá, 2003.

El traslado de los cultivos ilícitos de los años 2000 a 2002 y de unos departamentos hacia otros según la misma fuente- se muestra en el siguiente cuadro:

Año	Departamento	Hects.cultivadas
2000	Nte de Stder	6.280
2002	Nte de Stder	8.041
2000	Guaviare	17.619
2002	Guaviare	27.381
2000	Nariño	9.343
2002	Nariño	15.131
2000	Antioquia	2.547
2002	Antioquia	3.030
2000	Arauca	978
2002	Arauca	2.214
2000	Putumayo	66.000
2002	Putumayo	13.725
2000	Caquetá	26.603
2002	Caquetá	8.142

El mismo efecto globo lo podemos apreciar en el siguiente esquema realizado por las Naciones Unidas, correspondiente al área andina en hectáreas cultivadas:

País	2000	2001	2002
Colombia	162.300Hs.	144.800Hs.	102.000Hs.
Bolivia	14.600	19.900	24.400
Perú	43.400	46.200	46.700

La política no solo no ha dado resultados para la erradicación de las drogas ilícitas, sino que tiene sumido al país en una guerra en la que todos los actores armados se han beneficiado de las utilidades del narcotráfico, como lo demuestran algunos episodios: a) la CIA norteamericana negoció con el cartel de Medellín de Pablo Escobar para respaldar a la contra nicaragüense en su lucha contra el régimen sandinista; b) numerosos miembros de los partidos tradicionales han sido condenados por financiar sus campañas con dichos dineros y numerosos miembros de las Fuerzas Armadas han sido investigados, condenados o expulsados de la institución por enriquecimiento ilícito; c) se han constituido escuadrones paramilitares que participan directamente del narcotráfico para librar su lucha contrainsurgente, como la contra en Nicaragua; d) la guerrilla ha consolidado su poder militar y económico, con dineros provenientes del impuesto a narcotraficantes o del apoyo de los campesinos cultivadores, entre otras fuentes, lo cual, sumado a la negativa de los sectores privilegiados por negociar políticamente, continua estimulándola para perpetuar la guerra.[8] Lo peor es –como lo viene sosteniendo Antonio Caballero– que es una guerra de EE.UU. librada fuera de su territorio, como en Irak, financiada por ellos en todos los flancos: los EE.UU. financian al ejército colombiano y los consumidores norteamericanos financian a la guerrilla y a los paramilitares.[9] Colombia es entonces un país en guerra por virtud de la política antidrogas, con las tasas más altas de homicidios en el mundo y el segundo país con desplazamientos forzados: desde 1985 se han desplazado de

8. La guerrilla niega cualquier participación el tráfico de drogas, pero reconoce su apoyo al campesino que posee cultivos ilícitos, así como el cobro de un impuesto (gramaje) a quienes la comercializan. Las Farc cobran entre 10 y 20 U.$ por cada hectárea de coca; si el cultivo posee más de 5 hcs. Cobran por kilo de hoja de coca recogida o por kilo de pasta producida; por ejemplo, por 22 hcs. El gramaje era de 3 kilos de pasta de coca por cosecha. Cobran igualmente por el uso de pistas para aeronaves clandestinas: Cf. PNUD, op. cit. Los paramilitares, en el sentido contrario, han reconocido su abierta participación en el negocio y el apoyo recibido de los carteles de la droga.

9. Según Naciones Unidas en el mundo hay 200.000.000 de personas que consumen drogas ilícitas. Por ejemplo, de los 14.000.000 que consumen cocaína, 6.3 son norteamericanos y 20.000.000 de los 163.000.000 que consumen marihuana.

sus tierras 2'900.000 personas, siendo hasta ahora el año de 2002 el que registra el mayor número.[10]

Hoy se puede seguir estimando, como hacen los expertos en finanzas que, no obstante todo el arsenal de la política antidrogas, el sistema penal solo logra incautar un 10% de lo que produce el negocio y que el sistema penal frente a semejante boyante empresa sigue siendo una simple telaraña para cazar moscas: en efecto sólo en Septiembre de 2003, no obstante los gritos de victoria del gobierno colombiano por "estarse acabando el delito de narcotráfico", se descubrió una red entre Colombia e Inglaterra con un depósito de dinero en Londres de 7.000.000.000 U.$. Así mismo, por la misma época, la Contraloría General de la República (organismo que vigila las finanzas del Estado) denunciaba que cerca de la mitad de las tierras productivas del país está en manos de los narcotraficantes, o sea 4.000.000 de hectáreas fértiles con un costo de 2.400.000.000 U.$. De estas, con la actual política antidrogas, se han incautado sólo cerca 321.00 hectáreas.[11]

Claro, no todo ha sido un fracaso, pues siguiendo a Foucault, a propósito de la historia de las prisiones, los éxitos y los fracasos se califican según el beneficiario: si bien no se ha erradicado el narcotráfico, hay actores muy satisfechos; *el capitalismo* que se ha beneficiado de la concentración del capital, sin hacer diferencias entre dinero lícito e ilícito; *las grandes mafias* del negocio que han logrado condicionar muchos gobiernos y retardado la construcción del Estado constitucional; *el poder norteamericano* que con el pretexto del narcotráfico interviene en todos los ámbitos de la vida nacional, por ejemplo a través del "Plan Colombia" etc. ¿No será esto suficiente para mantener la actual política antidrogas?

10. Cf. Codees, Consultoría para los Derechos Humanos y el desplazamiento, "La respuesta gubernamental al desplazamiento forzado", *El embrujo autoritario. Primer año del gobierno de Álvaro Uribe*, Bogotá, 2003.

11. Cf. Diario *El Tiempo*, Bogotá, 02.09.2003.

3. La "provisionalidad" permanente del derecho penal de excepción: la Constitución se puede desconocer temporalmente

Con el pretexto de la lucha contra las drogas, nuestro país ha vivido en permanente "estado de excepción"; las leyes penales, violatorias de las garantías constitucionales y de los tratados internacionales, se han expedido con el argumento de la "provisionalidad", pero luego, sin importar su eficacia real, han entrado a formar parte de la "normalidad y permanencia". La lucha contra las drogas, ha sido entonces, el mejor pretexto para que el sistema penal viva en perenne emergencia y por tanto con autorización para que los derechos fundamentales sean desconocidos. Pero independientemente de la perversión de la justicia penal, aunque más bien pareciera que gracias a ella, Colombia se convirtió en el primer país exportador de marihuana y luego de cocaína, y primer productor de su planta básica, la coca, desplazando en ello al Perú; igualmente en país de primer orden en la exportación de heroína, gracias a la extensión de los cultivos de amapola. Pero como la legislación "de excepción" ha estado dirigida no solo "contra las drogas", sino también contra "la subversión y el terrorismo", sea porque así lo declaren las normas, o porque con la presión norteamericana drogas y subversión son la misma cosa, los efectos de la excepcionalidad son inocultables al respecto: los frentes de la guerrilla aumentaron en forma alarmante y se crearon los grupos paramilitares con el pretexto de combatirla, desembocando Colombia en una guerra sanguinaria, nunca antes vista en país latinoamericano alguno. En materia estrictamente judicial la perversión del sistema penal ha sido igualmente evidente: desbordante inflación normativa, acusaciones contra los funcionarios, principalmente contra el ente acusador, la Fiscalía; innumerables acciones de tutela por violación de términos legales y garantías procesales,[12] negación del eventual efec-

12. Cf. La investigación hecha por la Universidad Nacional de Colombia, *La justicia sin rostro. Estudio sobre la Justicia Regional*, (Ricardo Nemogá, director), Bogotá, 1996, p. 154.

to disuasivo de la pena ante la posibilidad de negociarla; sobrepoblación carcelaria y conversión de las prisiones en estanques de contención de los conflictos sociales y de la lucha armada etc., al punto que la Corte Constitucional las declaró en "estado de cosas inconstitucional", ante la situación aguda y generalizada de violación de los derechos humanos;[13] diferenciación del tratamiento penitenciario, entre cárceles ghetto para la mayor parte de la población carcelaria y cárceles-hotel para quienes tienen poder de negociación en las organizaciones del narcotráfico, así como para los políticos financiados por ellos.

Para lograr lo anterior los gobiernos han importado la legislación de excepción que también han tenido países como Alemania o Italia: en efecto normatividad como la del Estatuto antiterrorista, el Estatuto para la defensa de la Democracia, la Ley de Beneficios por colaboración, la Política de Sometimiento entre otras, vigentes en las décadas de los 80 y 90, tuvieron como fuente inspiradora instituciones que rigieron en los años 70 y 80 en aquellos países, tales como la *Notstandgesetz*, la *Berufverbot*, la *Terroristengesetz*, o la *Kronzeuge* en Alemania, así como la política del *patteggiamento*, del *pentimento* y otras del llamado *diritto premiale italiano*.[14]

Durante la década del 80 se expidieron varios de dichos estatutos de "excepción"; posteriormente, con la Constitución del 91, se autorizó al ejecutivo para convertirlos en decretos-ley con carácter permanente. El comienzo de la perversión del proceso penal en nuestro medio coincide con la expedición del estatuto antidrogas en 1986, en gran parte aún vigente[15] con decretos con carácter

13. Cf.: MARTINEZ, Mauricio. *La crisis de la justicia penal:* promesas constitucionales incumplidas. Bogotá, 1998.

14. Véase al respecto: HASSEMAR, Rudolf. *Komentar sur Strafprozessordnung, Alternativ Komentare.* Darmstadt, 1988; FERRAJOLI, Luigi. "II caso '7 Aprile". Lineamenti di un processo inquisitorio', *Dei delitti e delle pene 1 de 1983*; MARTINEZ, Mauricio. *Estado de derecho y política criminal. La política de sometimiento.* Bogotá, 1995.

15. Las medidas fueron tomadas con base en Decretos como los ns. 2.265, 2.266 y 2.271, de 1991 que adoptaron como legislación permanente Decretos expedidos desde 1986 hasta 1991; además

de ley con vigencia temporal, pero que posteriormente se "normalizaron" entrando a formar parte de los Códigos Ordinarios. Las medidas tomadas tuvieron, entre otras los siguientes objetivos y características: 1) Fueron expedidas por el ejecutivo, desplazando al organismo que por naturaleza debe expedir las leyes, el parlamento; 2) se expidieron prometiendo "provisionalidad" para justificar la violación de mandatos constitucionales; 3) se expidieron decretando primero el "estado de conmoción" con el pretexto de "evitar la salida de delincuentes peligrosos", ante el incumplimiento de los términos procesales y la obligatoriedad consiguiente de su excarcelación; 4) se justificaron las medidas violatorios del debido proceso en un Estado constitucional, para "salvaguardar los intereses de la justicia": así se admitió la falta de publicidad y de identidad de funcionarios y testigos, la supresión de audiencias, la negación del debate contradictorio, la prolongación ilimitada de medidas provisionales etc.; 5) admitían la aplicación diferenciada y desigual de la ley penal por tratarse de "delincuentes peligrosos", los implicados en delitos de competencia de aquella justicia, llamada de orden público, sin rostro, especializada o regional; 6) la colaboración con la justicia convierte automáticamente al procesado declarado peligroso y enemigo de guerra en fase precedente, en amigo resocializado del Estado y de los "buenos"; 7) la detención preventiva se generaliza y se convierte en pena anticipada; 8) la pena impuesta por el juez es modificada posteriormente por autoridades administrativas, según la actitud del prisionero, desconociendo el principio de cosa juzgada; 9) el procesado es convertido en un instrumento de prueba y el Estado renuncia a su obligación de desvirtuar la presunción de inocencia; 10) el procesado no participa libremente, sino que es coaccionado con la violencia de las promesas de ser beneficiado en caso de colaboración y de acusación contra terceras personas etc. etc.

Estas instituciones, aprobadas supuestamente para combatir "las drogas y el terrorismo", se extendieron en 1993 (ley 81) a todos los delitos y asumieron

los ns. 1.156, 1.833 y 2.110, de 1992, 264 y 1.496, de 1993, 874, de 1993 o Leyes como los ns. 15, de 1992 y 81, de 1993.

carácter permanente al ser incorporadas al Código de Procedimiento Penal, vigente para la época; de la misma manera se codificaron en el 2001 con el nuevo estatuto procesal. De esta manera se ha causado un gravísimo daño al derecho penal demo-liberal: la cultura de la emergencia y la excepcionalidad se ha tornado en normal y permanente y acomodadamente en constitucional. Igualmente con la política de sometimiento se demostró que la criminalización del narcotráfico ha servido para consolidar un poder con capacidad de negociar las reglas de juego del sistema penal: en la aprobación de la ley 81 de 1993, que "normalizó" las instituciones de la emergencia, estuvo presente el poder de los carteles de la droga; la política de sometimiento fue pactada y en consecuencia pactado el sometimiento de la jurisdicción a la excepcionalidad.

La Corte Constitucional respecto de dichas medidas ha asumido generalmente una actitud muy política, como tribunal de control jurisdiccional, pero de origen político que es; ha decidido la constitucionalidad según la coyuntura y el estado del conflicto. Ha sido consciente de la violación de los principios clásicos del derecho penal y de las garantías constitucionales, pero lo ha admitido con el argumento de que ello es válido por ser de "carácter provisional";[16] en ocasiones, declaró la inexequibilidad de alguna norma por meras formalidades, sin adentrarse en el fondo perverso de la institución estudiada, como cuando rechazó los llamados beneficios por colaboración con la justicia, cuando es un fiscal y no un juez quien los concede. Admitió igualmente violar la Constitución "por factores objetivas", o sea, por la "peligrosidad de los delincuentes". Con la siguiente argumentación, por ejemplo, se admitió la aplicación desigual de la ley penal, así como,

16. Por ejemplo en la Sent. T-561 de 1993 admitió el trato como "delincuentes" a los procesados, para que los organismos de seguridad pudieran ofrecer recompensas por sus capturas. En la Sent. C-396 de 1994 admitió que los jueces concentraran funciones de acusación y juzgamiento; en los siguientes términos admitió la violación de la Constitución, *siempre y cuando no se haga de manera permanente:* "sería contraria a la Constitución la norma que pretendiera trasladar semejantes atribuciones en forma permanente a quien tiene a su cargo la tarea del juzgamiento; pero ello no acontece cuando la legislación señala con carácter excepcional y estricto (...) que ello ocurra de manera transitoria (...)".

que los funcionarios de la llamada justicia de orden público o regional[17] pudieran ejercer sin ser identificados (justicia sin rostro): "el tratamiento diferenciado que ellos contienen se justifica plenamente dada la gravedad y el enorme perjuicio social que representan los hechos punibles de competencia de los jueces regionales (...) que demandan una mayor severidad normativa".[18]

Pero el alto tribunal constitucional tampoco ha sido consecuente con una misma posición; comparemos por ejemplo la anterior declaración desafortunada con la siguiente, en la que se declara inconstitucional un decreto del ejecutivo que declara la conmoción interior para evitar la excarcelación de detenidos por drogas, rebelión o terrorismo, y en la que, por el contrario, sobrepone la Constitución al orden público y a peligrosidad: "El principio de seguridad pública no puede interpretarse con desconocimiento del principio de efectividad de los derechos y garantías fundamentales, ni el sindicado o procesado ha de soportar indefinidamente la ineficacia e ineficiencia del Estado", o una posterior en la cual declara que no por tratarse de la sindicación de determinados delitos (los de la guerra contra las drogas) se presume mayor peligrosidad: la privación de la libertad, sin fundamento fáctico, de determinados delitos, por el solo hecho de su sindicación "equivaldría a una masiva aprehensión y retención de sindicados de atentar contra la paz pública que en su versión del art. 28 de la pasada Constitución fue suprimida (...)".[19]

Obsérvense igualmente las incoherencias en decisiones como esta: En 1993 declara, a propósito de los jueces sin identificación o "sin rostro", que no es necesario identificar públicamente al juez para la lograr el fin de administrar justicia, pues la actuación de aquel seria, de todas formas, pública y debidamente fundamen-

17. Por medio del Dec. 1.631, de 1987 se crearon los llamados Jueces de Orden Público, con el correspondiente Tribunal de Orden Público; luego se les denominó Jueces Regionales y Tribunal Nacional. A los Jueces de Orden Público se les asignó el conocimiento de los delitos contra la Seguridad del Estado (delitos políticos) y más tarde por virtud del Dec. 474, de 1988 se les asignó los delitos de narcotráfico.

18. Cf. Sent. C-394 de 1994; igualmente la Sent. C-053 de 1994.

19. Cf. Sent. C-301 de 1993.

tada;[20] además aceptó la falta de identidad de los funcionarios para preservar de manera especial "bienes jurídicos de alto valor"; todo ello por ser dicha justicia de carácter "transitorio". Sostuvo entonces la Corte que "reglas como las de protección de la identidad de los servidores públicos que intervienen ante los jueces regionales o de los testigos que declaran dentro de esos procesos adquieren el carácter de indispensables para asegurar que los delitos van a ser investigados y castigados (...)" etc. Y así funcionó la justicia sin rostro sin que la Constitución importara. Sin embargo, cuando se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal en 1999, que también autorizaba la reserva de identidad de los fiscales durante la investigación previa y la instrucción y de los testigos en los procesos de la ahora llamada Justicia especializada, la Corte Constitucional[21] declaró inexequibles las normas correspondientes, pues consideró que el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el art. 29 de la Carta " implica el conocimiento por las partes de quien actúa como funcionario del Estado para instruir y para fallar el proceso, así como cuáles son las actuaciones que se surten en éste, pues, de otra manera no podría hacerse efectivo el derecho a la imparcialidad de los funcionarios judiciales, ni podría tampoco ejercerse el de impugnar las providencias que consideren contrarias a la ley. Así se priva al sindicado del conocimiento de la identidad del funcionario a cuyo cargo se encuentra la instrucción o el juzgamiento, aún cuando existieran causales para recusarlo si no se declara impedido, el sindicado se vería impedido para plantear siquiera la recusación (...) para que las transparencia de las actuaciones de estos gane para las decisiones judiciales confiabilidad y respetabilidad (...)". Consideró igualmente, en relación con los testigos con reserva de identidad, que "cuando se ignora la identidad de las personas que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional al debido proceso público, en la medida en que se des-

20. Sent. C-300 de 1994.

21. Cf. las Sent. C-053 de 1993 y C-392 de 2000.

conoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, de imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad". En la misma decisión consideró violatorio del principio de igualdad la negativa a que los procesados de la justicia especializada gozaran de la detención domiciliaria o en el lugar de trabajo.

La política engañosa del ejecutivo en materia judicial respecto de los delitos de la llamada "guerra contra las drogas y el terrorismo" quedó mucho más desvelada con su pretensión de convertir la Justicia Regional en permanente, al querer desconocer el plazo de su vigencia previsto inicialmente y establecido luego por la Ley Estatutaria de la Justicia hasta el 30 de Junio de 1999, creando mediante el proyecto de Ley 138 de 1998 el llamado Tribunal Superior Nacional, con sus respectivos juzgados especializados, que funcionaría en forma paralela a la llamada justicia ordinaria. Esta vez el ejecutivo justificaba su pretensión reconociendo el fracaso en la "lucha contra las drogas", al pedirle al parlamento la aprobación de la reforma, "en razón de que las condiciones que inspiraron su nacimiento no han desaparecido totalmente (...)" (Exposición de motivos). Pero esta vez la Corte Constitucional asumió una posición garantista y le dio un duro golpe al ejecutivo al declarar inexequible apartes del proyecto por los siguientes motivos:[22] 1) Con el Tribunal propuesto se consagraba un sistema de administración de justicia penal paralelo al ordinario y de carácter permanente, cuando la convalidación (juicio de exequibilidad) de dicha justicia especial y sin rostro se había hecho condicionada a su provisionalidad; sostuvo entonces el organismo de control: "Del hecho de que haya sido aceptada como exequible la llamada justicia regional, por las circunstancias excepcionales que se vivían cuando fue puesta en vigencia, con carácter expresamente transitorio, no puede deducirse ahora que también sea exequible su prolongación, con otro nombre y de modo definitivo (...)". 2) Con la nueva ley se violaba el principio de igualdad al seguir sometiendo

22. Sent. C.392 de 2000.

solo a unas personas (las procesadas en la lucha antidrogas) a una jurisdicción especial, mientras las otras seguían bajo la jurisdicción de la llamada justicia ordinaria. Aquí se evidencia la inconsecuencia de la Corte Constitucional, pues no se explica porqué dicho argumento no fue tenido en cuenta cuando la justicia regional se creó, también para procesar sólo ciertos delitos. 3) Con el nuevo Tribunal propuesto se violaba el principio de desconcentración y autonomía de la justicia exigido por la Constitución, pues su carácter nacional implicaba concentración de la justicia penal y por tanto negación del derecho fundamental de acceso a la justicia.

Esta última posición de la Corte Constitucional no sólo es importante porque desmonta la "justicia excepcional", sino porque representa un tácito reconocimiento a la violación de la Constitución, principalmente del principio de igualdad por parte de aquel sistema de justicia; así funcionó la llamada justicia sin rostro, programada teóricamente contra las "grandes organizaciones criminales" de "la droga y el terrorismo", pero aplicada realmente contra los sectores más desprotegidos de la población, principalmente campesina, contra los sectores que nunca tuvieron poder de negociación con el poder constituido. Así la constató la primera Universidad del país:[23] "las personas sindicadas y juzgadas bajo los rigores de la justicia regional están lejos de poder ser descritas como miembros de tenebrosas organizaciones criminales capaces de desestabilizar el orden institucional y someter a la población a condiciones de 'zozobra' y 'terror'. Al mismo tiempo podría decirse que los autores de graves delitos como violaciones de derechos humanos, desapariciones, asesinatos colectivos, atentados terroristas y magnicidios entre otros, no forman parte de la población que la justicia regional investiga y juzga (...)".

4. La despenalización de la *dosis personal* de drogas: la Corte Constitucional protege la *autonomía personal*

Tal vez las decisiones más importantes tomadas hasta el momento por el tribunal constitucional colombiano en materia de drogas están relacionadas con

23. Sent. C-393 de 2000.

la despenalización del consumo de drogas limitadas a la llamada dosis personal. En efecto, la Corte, al realizar el juicio de exequibilidad en 1994[24] de algunos artículos de la Ley 30 de 1986 o Estatuto de Estupefacientes, vigente hoy en gran parte, consideró que la norma que criminalizaba el consumo de drogas en cantidades mínimas violaba el precepto constitucional vigente desde 1991, que protege el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, derecho que comprende la posibilidad de ingerir libremente sustancias que comprometen exclusivamente a la persona que lo realiza.

Esta vez se impuso la tendencia de la Corte que defiende nuestra Constitución como carta de derechos, libertaria y democrática; que rechaza la intervención del Estado como dueño y señor de la vida de las personas y que se entromete en asuntos de la moral personal. Consideró el alto tribunal de control que es parte de la autonomía personal, y por tanto parte de la dignidad humana, la decisión de curar la salud o de morirnos, pues la persona no es un instrumento de la comunidad. Se fundamentó, así mismo, en el principio de igualdad, pues no es posible tolerar unas sustancias que representan igual o peor daño, como las que producen colesterol o cáncer. En fin recomendó al Estado colombiano, utilizar medidas educativas, antes que represivas, para orientar a las personas a elegir su propia forma de vida.[25]

Pero la posición de la Corte Constitucional tampoco representa una posición antiprohibicionista; ella más bien podría ubicarse en lo que se ha denominado como posición intermedia entre el prohibicionismo y la legalización, o sea, la de la reducción del daño, que implica reducir la punibilidad del consumo, fortalecer los programas preventivos, reducir las fumigaciones aéreas y aumentar la erradicación manual, promocionar alternativas rentables para los cultivadores etc. Es la misma posición que ha asumido recientemente el PNUD,

24. Cf. Universidad Nacional de Colombia, cit.

25. Sent. C-221 de 1994. Con base en esta sentencia, que deja sin vigencia el art. 51 de la Ley 30, de 1986, se despenaliza, en consecuencia, el consumo de marihuana, hasta 20 gramos, hachis, hasta 5 gramos, cocaína, hasta 1 gramo y metaculona, hasta 2 gramos.

pero que ha causado malestar en el gobierno, defensor a ultranza de la política prohibicionista de los EE.UU.

Las reacciones contra la Corte no se hicieron esperar y en esta, como en otras decisiones de los jueces que defienden simplemente derechos fundamentales, se lanzaron propuestas de reforma contra el poder de control que ejerce el organismo. Incluso el Ministro de Justicia del actual gobierno ha acusado al tribunal constitucional, por haber tomado la anterior decisión, por cuanto, supuestamente con el dinero que se compra la droga de la dosis personal se financian actos terroristas. Y ante la prohibición constitucional vigente de expedir una ley contrariando una decisión como la que comentamos, por iniciativa del actual gobierno se ha intentado repenalizar el consumo de las mismas sustancias pero esta vez mediante un referendo, para someter un derecho fundamental al mercado electoral.

Aquí la misma Corte, aunque con magistrados diferentes, controló oportunamente los tentativos del ejecutivo y del legislativo, declarando inconstitucional parte de la convocatoria al referéndum.[26] En efecto, en el referendo que el gobierno presentara "para luchar contra la corrupción" había introducido una pregunta sobre el narcotráfico y la drogadicción con la cual pretendía ganarse la opinión pública, para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad protegido constitucionalmente y poder criminalizarlo desde la Carta Política. La pregunta sensacionalista decía:

Para proteger la sociedad colombiana particularmente su infancia y su juventud contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?

26. En sentido contrario, la posición minoritaria de la Corte Constitucional consideró que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto y que no puede ejercerse en perjuicio de los demás, como lo son el entorno familiar y social; que la drogadicción es una forma de esclavitud que atenta contra la dignidad humana y que es deber del Estado y de las personas conservar la vida etc. Esta posición de la minoría de la Corte fue aprovechada por los "empresarios morales", incluido el presidente de la época, César Gaviria, para lanzarse en ristre contra el alto tribunal; hubo incluso tentativas de desobedecimiento de la decisión, pero el enfrentamiento terminó con un Dec. 1.108, de 1994 del ejecutivo limitando y reglamentando el uso de las sustancias despenalizadas.

Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas, como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis y otros similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción. El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción... etc.

La Corte constitucional declaró inexequibles las notas introductorias de todas las preguntas del referéndum por ser manipuladoras e inductivas de la voluntad del ciudadano; por utilizar un lenguaje con carga emotiva y por no ser valorativamente neutro. Para el caso de la pregunta sobre la repenalización del consumo de drogas se utilizaba la expresión para "proteger a la juventud" que, "al asociar una situación socialmente deseable e incluso urgida, con la opción política de aceptar la aprobación del contenido normativo del artículo, implica entonces, una inducción al elector (...)". Y como el gobierno quería hacer entender al elector que para proteger al ciudadano de las drogas había que criminalizar su consumo, la Corte determinó que la nota introductoria y el contenido del artículo por aprobar desconocía la libertad del sufragante, "pues existen muchos análisis críticos de esas estrategias de penalización, según los cuales, este tipo de políticas, lejos de proteger, tiende a agravar la situación de los consumidores, en la medida en que los margina socialmente (...)".

Con todo, el artículo correspondiente del referendo para repenalizar el consumo de drogas fue declarado inconstitucional por motivos de forma, pues no había sido incluido en el texto original del gobierno presentado al parlamento y en consecuencia no fue publicado oficialmente con su exposición de motivos, antes de dársele curso en la comisión parlamentaria debida.

En nuestro parecer la decisión despenalizadora de la Corte, arriba señalada, no resuelve el problema del consumo o del tráfico de drogas definidas ilícitas, pues ella está limitada a lo que define la ley como dosis personal y la salud de los consumidores sigue expuesta al peligro del mercado clandestino, pues el

comercio, incluido el de las cantidades definidas como "dosis personal", sigue siendo delictiva. De todas formas, la despenalización ha servido, entre otros, a salvar de las drogas a miles de personas que ingresaban a los mayores centro de su distribución, las cárceles; a limitar los efectos simbólicos logrados con la presentación de los consumidores criminalizados como los trofeos en la "lucha contra el narcotráfico", haciéndole sombra a los narcotraficantes; a abrir el debate en Colombia sobre la legalización también del negocio: hoy defienden esta posición el diario más importante del país, *El Tiempo*, el premio Nóbel de literatura Gabriel García Márquez, periodistas como Antonio Caballero, Daniel Samper, el Ex Fiscal General de la Nación De Greiff, y hasta la guerrilla más grande del país.

Igualmente ha servido para demostrar que no por la despenalización mencionada el país se convirtió en el gran consumidor de drogas advertido por la clase dirigente. En efecto, Colombia no es un país consumidor de drogas ilícitas; por el contrario, como sucede en la mayor parte de países del mundo, las muertes se causan en la lucha cotidiana por la supervivencia; se producen en convivencia con las drogas lícitas como el alcohol o el cigarrillo, o en accidentes de tráfico de automotor; en sentido contrario en la llamada guerra contra las drogas, que convirtió a nuestro país en, lo que García Márquez ha llamado el laboratorio experimental de la política internacional antinarcóticos, en las dos décadas anteriores se producían cerca de 100.000 muertos al año, lo que contrasta con los 7000 muertos, que según las estadísticas oficiales, produce el consumo de drogas ilícitas en los EE.UU.

5. Las fumigaciones con químicos letales y el desastre humano y ambiental: la Corte se sale por la tangente

Uno de los componentes del plan antidrogas en Colombia lo constituye la fumigación de los cultivos en los territorios indígenas y campesinos, lo que ha causado no sólo inmensos daños a la biodiversidad que caracteriza a Colom-

bia, sino a la salud de la población, con los consecuentes desplazamientos de las comunidades.[27] En efecto el denominado Plan Colombia, que incluye la "guerra contra las drogas" contiene dos estrategias al respecto: la erradicación forzosa de cultivos por medio de químicos y el "desarrollo alternativo".

Como es sabido, el programa de fumigaciones aéreas con químicos, se inaugura por parte del gobierno de EE.UU., en 1975 en México contra la marihuana a través del herbicida Paraquat. En Colombia la "guerra química contra las drogas" comienza a finales de los años 70 en el gobierno de Turbay Ayala, mediante el uso experimental de Roundup contra la marihuana en la Costa Caribe, extendiéndose a gran escala desde 1994.

Según la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional colombiana, con el Plan Colombia las fumigaciones se han incrementado de la siguiente manera:

Año	Hectáreas fumigadas
1999	43.111
2000	58.074
2001	72.380
2002	130.364

27. La decisión fue tomada en Sent. C-551, de 9 de Julio de 2003 para que el referendo de todas forma se realizara en Octubre de 2003 por el resto de preguntas que incluían temas disímiles referentes al presupuesto, la Según la Defensoría del Pueblo, sólo en el Putumayo, departamento en el que se ha concentrado en los últimos años la guerra antidrogas, se registraron en el año 2000 la cantidad de 7.247 desplazados; en el año 2001, 17.143 personas fueron expulsadas; entre Octubre de 2001 y junio de 2002 se habían presentado ante el gobierno ecuatoriano (país limítrofe del Putumayo) un total de 1.227 solicitudes de refugio. Igualmente la entidad oficial de registro, como consecuencia de las fumigaciones, miles de quejas relacionadas con problemas respiratorios, gastrointestinales, dérmicos, sicológicos etc. Cf. Defensoría del Pueblo, *Comunicado de prensa No. 771*, Bogotá, 9 de octubre de 2002, organización territorial, la composición del Congreso etc.

Pero, como afirmamos anteriormente, esta política de erradicación forzosa a través de la "guerra química", ha generado, por una parte, un desastre humano y ecológico de grandes magnitudes, pero igualmente, en relación con los cultivos prohibidos, su desplazamiento de unos departamentos a otros, así como de Colombia a los países vecinos.

En relación con el desastre ecológico la "guerra contra las drogas" está afectando directamente el llamado "pulmón de la tierra", la Amazonía, en el cual está ubicado también Colombia, junto con Brasil, Perú, Ecuador y Venezuela. Por su ubicación geográfica, Colombia es uno de los países, junto con Indonesia y Brasil, de mayor biodiversidad en el mundo, como lo ilustran algunos datos: el área total de la Amazonía colombiana es de 40 millones de hectáreas y 25 millones de la Orinoquía; en sus bosques se encuentran 55.000 especies vegetales, 471 especies mamíferas, el 15% de los primates de la tierra y el 18% de sus aves etc.

Se considera que para sembrar exitosamente una hectárea de coca es necesario talar una y media o dos hectáreas de bosque. Para el año 2000 el gobierno colombiano estimaba que sólo para el cultivo de la coca se había desforestado la cantidad de entre 160.000 y 240.000 hectáreas de bosque en la Amazonía y Orinoquía, mientras que para el cultivo de otra planta prohibida, la amapola, fuente de la heroína, se habían destruido entre 60.000 y 100.000 hectáreas de bosques andinos.[28] La política de fumigaciones con productos químicos es también responsable de esta tragedia: las fumigaciones áreas con cultivos ilícitos, y junto a ellos los lícitos, impulsa a los campesinos a desforestar nuevos territorios; en suma, los campesinos destruyeren el bosque para sembrar lo que les representa alguna ganancia y si el gobierno con las fumigaciones destruye los cultivos, los campesinos destruyen repetidamente, mientras existan bosques, nuevos territorios, en un círculo vicioso del cual resulta afectada la humanidad entera.[29]

28. Cf. Indepaz, "Cultivos proscritos y política antidrogas", *Revista Documentos*, Bogotá, Junio, 2003, n. 14.

29. Cf. Jelsma Martín, *El círculo vicioso. La guerra química y biológica a las drogas.* Ámsterdam, 2001.

Las consecuencias de las fumigaciones para la salud de las comunidades han sido igualmente catastróficas: además de los efectos sobre la salud humana, la guerra química ha causado cuantiosos desplazamientos, los cuales, sumados a los que produce el conflicto armado interno, han hecho de Colombia uno de los países de mayor trashumancia en el mundo.

Con respecto a este tema de las fumigaciones también la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de intervenir controlando al ejecutivo; sin embargo esta vez adoptó también una posición muy pragmática: relativamente a favor de las victimas de las fumigaciones pero sin contrariar los planes del gobierno, ordenando proteger el derecho a la participación de las comunidades indígenas en dichas políticas, la diversidad e integridad étnica y cultural y el libre desarrollo de la personalidad, aunque sin suspender las letales fumigaciones como ellas exigían. En otras palabras se salió la tangente, continuando con su línea jurisprudencial de protección de derechos individuales, para no tener que enfrentar la política antidrogas del gobierno nacional y norteamericano. La decisión se tomó dentro de una acción de tutela que interpuso la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, durante el año 2002, contra la Presidencia de la República y otras entidades.[30]

En dicha acción constitucional la Defensoría del Pueblo[31] jugó un papel determinante en la defensa de los pueblos indígenas, demostrando los efectos nocivos que las fumigaciones causaban en la salud de las comunidades indígenas y campesinas: neumonía, alteraciones cardiacas, fallas renales, afecciones al sistema gastrointestinal y respiratorio, visión borrosa y conjuntivitis etc., así como en su entorno, tales como contaminación de aguas, emigración de fauna, destrucción de cultivos permitidos etc.

30. La acción constitucional de tutela fue presentada ante el Juez 15 Civil del Circuito de Bogotá, autoridad que en primera instancia decidió no acceder a la protección solicitada; a su vez, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo anterior, para luego ser seleccionado por la Corte Constitucional para Revisión, oportunidad en la que sentó la posición señalada.

31. En Diciembre de 200 la Defensoría del Pueblo había recomendado al Consejo Nacional de Estupefacientes ordenar la suspensión inmediata de las fumigaciones de cultivos ilícitos; igualmente lo exhortaba a que velara "por el respeto al derecho de los pueblos indígenas a los usos tradicionales de la coca, fundamentales para su integridad física y cultural, y en este sentido, a que las fumigaciones no obstruyan estos usos". Cf. Resol. 4, de 2000.

La Corte Constitucional ordenó entonces al Gobierno Nacional, al Consejo Nacional de estupefacientes, entre otros, consultar a los pueblos indígenas de la Amazonía colombiana sobre las determinaciones a tomar, relativas al Programa de erradicación de cultivos ilícitos en sus territorios. Sin embargo el alto tribunal constitucional negó la suspensión de las fumigaciones, como solicitaron los accionantes, pero algunos de los magistrados en posición minoritaria invocaron el *Principio de Precaución*, típico del derecho ambiental y según el cual cuando hay dudas sobre los efectos de un método o la utilización de una sustancia sobre la vida humana, animal o vegetal, debe optarse por la protección del medio ambiente.

6. Conclusión

La situación de guerra civil que ha vivido Colombia es la mejor muestra del fracaso de la política antidrogas implementada en el mundo entero por la política prohibicionista instrumentada por los EE.UU. La conversión de aquel país en laboratorio experimental de esta política ha dejado consecuencias catastróficas en todos los ámbitos. Ellas se manifiestan en la crisis de derechos humanos derivada de la guerra civil, en los niveles de corrupción en las altas esferas de la política y de la economía que ha dejado el negocio del narcotráfico, en la destrucción de la biodiversidad y sus repercusiones en todo el planeta, en particular en la región andina y amazónica etc.

La Corte Constitucional colombiana que ha sido ejemplo de desarrollo de la doctrina en materia de derechos sociales y en la construcción de la dimensión social del Estado constitucional, por su posición pragmática y estratégica, ha sacrificado la dimensión democrática y por ello al optar por la "defensa social" en temas de justicia penal ha permitido que la política antidrogas pervierta el ordenamiento jurídico o que la Constitución Política haya sido desconocida con el pretexto de la provisionalidad y la emergencia. No obstante, su opción por la construcción del Estado social y en contadas oportunidades en defensa de derechos individuales, le ha servido para que la vieja clase gobernante –incluida la judicial–, en defensa de los privilegios que redujo la Constitución del 91, haya pretendido eliminarla o restarle poder.

Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas

Pilar Gómez Pavón

Abogada. Profesora de Derecho Penal y Coordinadora del Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Sumário: 1. Introducción: 1.1 El principio de legalidad: 1.1.1 Concepto y fundamento; 1.1.2 Fundamento político; 1.1.3 Fundamento jurídico. Consecuencias de doble fundamentación. – 2. La reserva de ley: 2.1 Breve referencia a la decadencia de la ley; 2.2 La reserva de ley en sentido formal; 2.3 La reserva de ley en sentido material. La exigencia de determinación o taxatividad – 3. Las leyes penales en blanco y las remisiones normativas: 3.1 Las leyes penales en blanco y remisiones normativas. Posibles criterios de diferenciación; 3.2 Leyes penales en blanco, remisiones normativas y cláusulas de autorización: su relación con el principio de legalidad; 3.3 La tesis del Tribunal Constitucional; 3.4 Las cláusulas generales – 4. Conclusiones.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo, que en esencia se corresponde con la Ponencia presentada en las IV Jornadas de Profesores y Alumnos de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Uned en abril de 1999, pretende analizar cuestiones pertenecientes a la denominada parte general del derecho penal, básicas antes de adentrarnos en el objetivo final de la investigación, que no es otro que el campo de los delitos socioeconómicos.

Las necesidades sociales de protección han hecho aparecer nuevos intereses considerados dignos de la tutela penal, en cuanto se consideran esenciales para el mantenimiento de una determinada forma de Estado, consagrado en los diversos textos constitucionales, y que en parte dan lugar a lo que se denomina el derecho penal "accesorio", como contraposición al "nuclear", tradicional. En la práctica totalidad de los casos, estos intereses, encuentran ya protección en otros sectores del ordenamiento jurídico; la remisión a ellos aparece en la mayoría de los tipos penales, al igual que, por lo menos en parte de estos delitos, debe tenerse en cuenta la legislación comunitaria e internacional.

Objetivo de este trabajo es intentar establecer las bases para que, en la regulación de estos hechos, se respeten las garantías de uno de los principios básicos en los ordenamientos penales, como es el de legalidad.

1.1 El principio de legalidad

1.1.1 Concepto y fundamento

Mientras el enunciado del principio de legalidad se mantiene desde prácticamente sus inicios, su fundamento ha sido objeto de debates y diferentes teorías; desde las que consideran que es la previsibilidad de la reacción estatal, la sujeción del juez a la ley, hasta las que lo fundamentan en el principio de igualdad, o la legitimidad democrática.

En el análisis del fundamento de este principio, parece conveniente, tal como hace un importante sector doctrinal diferenciar entre el fundamento político y el jurídico, aunque, como veremos en las líneas siguientes no exista una separación tajante entre ambos.

1.1.2 Fundamento político

El principio de legalidad aparece hoy como uno de los fundamentales en un Estado de Derecho. Es lugar común fijar su origen en la ilustración, descar-

tando otros posibles antecedentes,[1] y de ese momento histórico deriva su fundamento. Tal como se mantiene en la actualidad, sólo "cuando el pueblo pasa de ser instrumento o sujeto pasivo del poder absoluto del monarca, cabe hablar de principio de legalidad en su acepción política correcta".[2]

El principio de legalidad, en su actual formulación (no hay delito sin una previa ley que así lo establezca; no hay más pena que la prevista en la ley para cada delito), supone la supremacía de la ley como única fuente creadora de delitos y penas, y se encuentra recogido, por lo menos a un nivel formal, en la práctica totalidad de los ordenamientos.

Un correcto entendimiento de este principio, supone no olvidar sus orígenes, su fundamento político, evitando un entendimiento meramente formalista.[3] Los intentos de señalar los antecedentes en la Carta Magna, carecen de sentido, ya que sólo cabe hablar de principio de legalidad cuando la ley responde a la voluntad de la mayoría.[4]

Fijarse, exclusivamente, en el sometimiento del Poder Judicial, o incluso del Ejecutivo, es sólo una visión parcial. En el establecimiento del poder absoluto era necesario también, la sujeción del juez a la ley, emanada de la voluntad del soberano: "esta reivindicación de la ley como forma exclusiva de regulación social constituía de una parte, la culminación del Estado absoluto en su largo caminar hacia el monopolio del poder, pero también, de otra, el anuncio del Estado Liberal empeñado en la garantía de un ámbito seguro de inmunidad en favor de sujetos privados y jurídicamente iguales".[5]

1. Sobre ello ver García-Pablos de Molina, *Derecho penal.* Introducción, Madrid, 1994, p. 231-232. Rodríguez Mourino. "Principios de legalidad". *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Seix, XIV, p. 882 y ss. Manuel Debesa. *La legalidad del delito.* Valencia, 1983. p. 8. Muñoz Conde. *Introducción.*

2. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 232.

3. Ídem, ibídem, p. 233.

4. Mir Puig. *Derecho penal.* Parte general. Barcelona, p. 83-84. Fulgêncio Madrid Conesa. *La legalidad del delito.* Universidad de Valencia, 1983. p. 29 y 39. García-Pablos. Op. cit., p. 232.

5. Prieto Sanchis. *Ley, principios, derechos.* Madrid, 1998. p. 8; También Madrid Conesa, op. cit., p. 32-33, al señalar que el reconocimiento formal se contempla en el artículo 1 de la Ley General

No cabe, por tanto, caerse en el error de considerar al principio de legalidad como una mera garantía de seguridad o previsibilidad, aunque es indudable que origina una mayor seguridad jurídica para el ciudadano, al evitar el arbitrio judicial. No se trata tanto, o sólo, de un juez racional, sino de un legislador racional.[6] Legislación racional que responda a intereses de la mayoría, no a los del "soberano" o determinado grupo. Sólo cuando el principio de legalidad deja de garantizar exclusivamente el sometimiento del juez a la ley, y constituye la salvaguarda del interés del pueblo, podemos hablar de la verdadera vigencia del mismo.

Así, se ha podido fundamentar este principio en la igualdad de todos ante la ley; el sometimiento de todos a la misma ley, desterrando privilegios y excepciones.[7] Supone una consecuencia necesaria del respeto a la dignidad humana, enlazando así con el derecho natural.[8] De opinión contraria parece ser Silva Sánchez, al afirmar el origen en el "refuerzo de una política criminal pre-

sobre los delitos y su punibilidad de Austria y en el derecho territorial general para los Estados prusianos; en ambos se consideraban delitos sólo aquellas acciones declaradas como tales por una ley actual. Se trataba del establecimiento de un límite al juez, que no podría considerar delito algo no previsto como tal; pero la sujeción no se extendía al legislador (monarca); era un medio más de salvaguardar el poder absoluto, "en aquel tiempo era inconcebible una autosujeción del legislador a la ley por él promulgada.

6. Prieto Sanchis. Op. cit., p. 8.

7. Ver en este sentido Prieto Sanchis, ídem, ibídem, para quien "el tiempo del legalismo quiso representar una especie de traslación al orden positivo de los esquemas propios del derecho natural racionalista.

8. Ver en este sentido Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal.* Parte general, Barcelona, 1981, p. 42: "El principio de legalidad no era simplemente una necesidad impuesta por él la pena, sino una consecuencia del iusnaturalismo racionalista". Para este autor, como para la mayoría de la doctrina, aún arrancando el principio de legalidad de la idea de Rosseau y la ilustración su formulación actual se debe a Feuerbach, aunque a diferencia de otros autores, considera que para el principio de la legalidad no constituía un presupuesto necesario de la pena, orientada a la percepción general a través de la coacción psicológica; Feuerbach "creyó en el imperio del derecho natural frente al derecho positivo (...)" que "emanaba de la recta razón". "En su constitución jurídica era esencial (un imperativo de razón) una escala sistemática unida a una precisa formación de los conceptos". En contra, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, 3. ed., Madrid, 1985, p. 162; Carbonell Mateu, *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales, Valencia, 1996, p. 104, conectando la teoría de la coacción psicológica con la de motivación.

ventivo-general, a la que aportaría el requisito de la certeza del castigo, con la consiguiente mayor efectividad de la norma correspondiente".[9]

En contra de lo manifestado por este autor, en relación con las tesis de Beccaria y Feuerbach, para Prieto Sanchis[10] el absolutismo iluminista encerraba la contradicción de defender al tiempo "la limitación del Poder Judicial y la carencia de límites del poder político"; misión del príncipe ilustrado era "desentrañar" los principios de derecho natural, "y hacer de ellos una realidad operativa": "la justicia de la ley viene asegurada por su conformidad con la ley de la naturaleza, y ésta prácticamente se resume en los derechos del hombre".[11] La contradicción apuntada, se resuelve en el iluminismo liberal-democrático y la Revolución Francesa, al afirmar que la ley emana de la voluntad soberana del pueblo, no de "una voluntad despótica".[12]

Aparece, pues, como consustancial al principio de legalidad su entendimiento como garantía de todos frente al poder que, a su vez se encuentra limitado por la ley, emanación de la voluntad popular, que, precisamente por ello se corresponde con las exigencias del derecho natural y la razón. En palabras de Madrid Conesa,[13] siguiendo a Siniscalco,[14] el principio de legalidad debe calificarse como "externo al sistema penal", "que lo informa y caracteriza en un sentido determinado"; "es un principio político que dotado de su más puro sentido garantiza al sistema penal".

Características de la ley son: 1.ª ética; 2.ª sencilla; 3.ª promulgada; 4.ª no secreta; 5.ª redactada en lengua vulgar; 6.ª concluyente y fácil de entender; 7.ª sobre

9. Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 252.
10. Prieto Sanchis. Op. cit., p. 12.
11. Ídem, ibídem, p. 11-12.
12. Ídem. Cattaneo. *Illuminismo e lagislazione*. Milano, 1966. p. 23.
13. Madrid Conesa. Op. cit., p. 37.
14. Siniscalo. *Giustizia penale e Constituzione*. Turín, 1968. p. 33.

todo abstracta y general, "ya que la ley sólo puede ser justa cuando la materia que se regula es general, lo mismo que la voluntad que la establece".[15]

De este fundamento político en el principio de igualdad, se deriva su función garantista, que cumple incluso en regímenes totalitarios, aunque en estos no puede predicarse una total vigencia del principio de legalidad, en cuanto no garantiza que la ley sea emanación de la voluntad general, pero sí un límite al poder estatal, en mayor o menor medida, "ya que por lo menos el injusto permanece reconocible".[16]

En cualquier caso, el principio de legalidad, hijo de las ideas de la ilustración, sólo puede alcanzar plena vigencia en un Estado Liberal y Democrático.[17] Aunque es lugar común acentuar el aspecto de certeza y seguridad jurídica que conlleva este principio, no puede olvidarse que el mismo, por lo menos en su formulación actual, responde al clásico sistema de división de poderes; no se trata sólo de limitar el arbitrio judicial, sujetando a sus órganos a la ley, sino de que ésta sea igual para todos: un mayor arbitrio judicial conduce, de forma casi obligada, a un trato diferenciado de supuestos iguales, frente a la generalidad y abstracción de la ley, triunfa la especialidad y adecuación al caso concreto de la decisión judicial.

Por tanto, en una primera aproximación, el fundamento político del principio de legalidad, sería garantizar la igualdad; igual ley para todos, igual trato para todos. Pero, y tiene en este aspecto razón Silva Sánchez,[18] el sometimiento del juez a la ley todavía no garantiza los derechos individuales. La descripción de la conducta considerada delito, el carácter único de la ley como fuente del derecho

15. Prieto Sanchis. Op. cit., p. 8 y bibliografía allí citada.

16. Madrid Conesa. Op. cit., p. 36-37.

17. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 232 y 239. Madrid Conesa, Op. cit., p. 36. Cerezo Mir. Op. cit, p. 162. Mestre Delgado. "Límites constitucionales a las leyes en materia penal". *A.D.P.C. C.P.P.*, 1988, p. 510. Lamarca Pérez. "Formación histórica y significado político de la legalidad penal". *La Mancha* 2/35 y ss., 1987.

18. Silva Sánchez. Op. cit., p. 252.

penal, puede servir a finalidades preventivas, o ser instrumento necesario en la evolución del Estado absoluto.[19] Es más, colocar el acento sobre la prevención conduciría a recortar el aspecto garantista.[20]

Por ello, no puede olvidarse que en puridad, sólo puede hablarse de vigencia del principio de legalidad cuando la norma deja de ser emanación de la voluntad del soberano, o de quien detente el poder en su caso; cuando el pueblo pasa a ser "partícipe" del poder, "controlando su ejercicio, exigiendo unas garantías y el imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular", se llega a la "acepción política correcta" de este principio.[21]

Así entendido, el principio de legalidad no sólo garantiza el derecho a no ser condenado por un hecho no previsto como delito en la ley, ni a pena diferente a la señalada para ello, sino que legitima el ejercicio de este poder. Va también más allá de un mero respeto al principio de igualdad, entendido como la prohibición de tratos diferentes en supuestos iguales, para convertirse en uno de los pilares del Estado de Derecho: la ley como producto de la representación de los ciudadanos. Se garantizaría así el derecho de participación, expresado en la elaboración de la ley, al hacer que esta responda a la voluntad de la mayoría, con respeto de las minorías. Con ello, como hemos dicho líneas más arriba, se produce una "legitimación democrática" de la norma que establece delitos y penas.

Igualmente, en el derecho a la participación, se fundamentarían las prohibiciones de retroactividad, analogía y utilización del derecho consuetudinario. Para Madrid Conesa, sólo estas dos últimas – analogía y derecho consuetu-

19. Prieto Sanchis. Op. cit., p. 9: "Las exigencias de la razón se conjugan, pues, con las pretensiones del poder: la calidad de las leyes representa la proyección el Iluminismo sobre el derecho, pero también la cabal realización del absolutismo político". Silva Sánchez. Op. cit., p. 252. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 232.

20. Silva Sánchez. Op. cit., p. 253; Madrid Conesa. Op. cit., p. 5. El origen del doble fundamento del principio de legalidad, según este autor, debe atribuirse a Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 20 y 22, que lo veía en la teoría de la división de poderes de Montesquieu. Señalar este doble fundamento ha sido y es postura seguida por gran parte de la doctrina.

21. Silva Sánchez. Op. cit., p. 253; Quintero Olivares. Op. cit., p. 43.

dinario –, tendrían igual fundamento que el principio de legalidad,[22] en lo que estamos de acuerdo, ya que al tratarse de la aplicación de una norma prevista para un caso similar, o de una costumbre no penalizada, se estaría atentando contra la voluntad de la mayoría que, en el momento legislativo no contempló ese hecho, o esa posibilidad; mediante su empleo se invadiría el terreno exclusivo del legislativo, como órgano de representación ciudadana, vulnerándose los principios del Estado de Derecho.

Para el citado autor, por el contrario, la retroactividad encontraría su fundamento, descartada la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach,[23] en la protección frente a la arbitrariedad de los poderes estatales, "es pues, un principio político garantista".[24] Sin entrar a profundizar en el tema, el más mínimo respeto a la dignidad humana, así como a la libertad, llevan de forma necesaria a mantener como norma general la irretroactividad de las leyes penales.

Establecer el fundamento político del principio de legalidad, no es cuestión baladí; según como lo entendamos llegaremos a una u otra conclusión sobre una serie de cuestiones, como puede ser, entre otras las leyes penales en blanco y las remisiones normativas. Si sólo señalamos la seguridad jurídica, certeza y taxatividad, no existen argumentos que, seriamente, puedan oponerse a la regulación por normas sin rango de ley, e incluso podría decirse lo mismo en relación con el principio de igualdad, más teniendo en cuenta, como luego veremos la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

22. Madrid Conesa. Op. cit., p. 6.

23. Ídem, ibídem, p. cit. y 81-89.

24. El ámbito temporal de la ley penal excede de este trabajo, por lo que no nos detendremos en su fundamento, sólo apuntar en este momento, tal como hace Madrid Conesa, op. cit., ps. cits., su relación con el principio de legalidad, del que es una consecuencia. Piénsese que la limitación por la ley del *ius puniendi*, sería incompleta si se permitiera una aplicación retroactiva con la quiebra que produciría de la seguridad jurídica, y la vulneración de la libertad. Resaltando la seguridad jurídica como fundamento Cerezo Mir, op. cit., p. 178-179; para este autor, la retroactividad general de las leyes supondría "una ofensa a la dignidad humana"; en igual sentido Casabo, *Comentarios al Código Penal*, II, p. 35. Madrid Conesa. Op. cit., p. 7-8.

Aunque brevemente, nos vamos a referir a otras posibles fundamentaciones de este principio sustentado por la doctrina.

En un primer momento, y fundamentalmente fuera de Francia, se concibió como una garantía de seguridad jurídica frente al poder absoluto del soberano. Debe tenerse en cuenta que, como dijimos en páginas anteriores, la consideración de la ley como única fuente del derecho penal, venía a reforzar este poder absoluto, sometiendo a los jueces a ella, fruto de la voluntad del soberano; es decir, se evitaban interferencias en el ejercicio del poder.

Mediante leyes "ciertas" la persona libre puede saber que esta prohibido y que permitido, adecuando su conducta a tal conocimiento: es previsible la reacción estatal frente a tales hechos, y en ese sentido debe entenderse esa seguridad jurídica.

Siguiendo a Madrid Conesa,[25] la tesis de la previsibilidad, de gran aceptación en Alemania, deja sin resolver dos aspectos básicos en la misma, como son los conceptos de previsibilidad y seguridad jurídica.

Con relación al primero de ellos, se ha ido evolucionando hasta hacerlo equivalente a la idea de protección frente a la arbitrariedad. En cuanto a la seguridad jurídica, no se aclara si estamos ante un "interés de libertad", o un "interés de protección": si se trata de proteger una esfera de actuación libre, o de realizar la protección brindada por el derecho.

Por otra parte, y como dijimos en líneas anteriores, la previsibilidad puede lograrse por normas sin rango de ley, y posiblemente de forma más detallada, a lo que debe añadirse que, difícilmente el ciudadano conoce la ley, conocimiento dificultado por la interpretación.

También se ha intentado fundamentar el principio de legalidad en el de culpabilidad. Representante máximo de esta postura es Sax.[26] Para este autor,

25. Madrid Conesa. Op. cit., p. 13-17.

26. Sax. *Die Grundrechte*. 2. ed. 1972, III, p. 998 y ss. Bacigalupo. *Principios del derecho penal*. Parte general, p. 34-35.

la evolución histórica demuestra que la libertad individual no se garantiza por la previsibilidad de la respuesta estatal, tal como demostró el derecho del nacionalsocialismo; el verdadero fundamento del principio de legalidad, y el sentido actual de la libertad debe extraerse de la inviolabilidad de la dignidad humana. El principio de legalidad es una concreción del de culpabilidad: es preciso que el autor conozca o haya podido conocer la norma antes de infringirla, es necesario que esté contemplada en la ley.

A esta tesis, sin gran aceptación en España, puede objetársele lo mismo que a la previsibilidad: debe conocerse la prohibición, o es preciso el conocimiento del concreto tipo y pena. La respuesta ofrece idénticos problemas que la tesis anterior, e igualmente, no puede explicar la razón de la reserva de ley en materia penal.

Se ha criticado también que, mientras el principio de culpabilidad no requiere del conocimiento de las consecuencias jurídicas, el de legalidad sí.[27]

Una tercera postura considera que el fundamento del principio de legalidad, es la protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad; se trataría de instrumentar un sistema penal que evite la arbitrariedad estatal. El origen de esta tesis se encuentra en la lucha por someter al juez a la ley, expulsando, incluso, la interpretación del ámbito penal.[28] En un primer momento el legislador quedaba fuera de este control; la ley se erigía en un mito, fruto de las ideas inspiradoras de la Revolución Francesa, de la voluntad popular, y por tanto racional y justa, sólo cuando se da paso al Estado Constitucional aparece el

27. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 238; Bacigalupo. Op. cit., p. 34-35; Jakobs. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, tras Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 81, al hablar de la protección de la confianza, que no puede sustentarse sólo en el principio de legalidad, ya que de una parte no existe correspondencia entre la confianza del ciudadano fiel al derecho y la de aquel que no lo es; prueba de ello es la no exigencia de conocimiento de la punibilidad. Por otra parte, no todas las condiciones precisas para considerar el Estado como de Derecho, son "objeto de la confianza de autores potenciales".

28. Beccaría. *De los delitos y de las penas*, p. 20.

control del legislativo,[29] aunque paradójicamente suponga devolver al juez un mayor protagonismo.

Por último se ha considerado que el principio de legalidad se fundamenta en el propio sistema democrático, ya que sólo la representación de la ciudadanía estaría legitimada para establecer limitaciones de derechos fundamentales. A esta tesis se ha opuesto que no puede explicar la prohibición de retroactividad,[30] ni las leyes de contenido indeterminado.

En relación con esta última crítica, consideramos que supone desconocer, en primer lugar, que el principio de legalidad tiene un doble aspecto, jurídico (técnico) y político. Por otra parte, que no se trata de mantener o establecer garantías meramente formales, sino también materiales, directamente relacionadas con el principio de determinación de la ley penal.[31]

Si de verdad consideramos que el respeto a la dignidad humana, supone al mismo tiempo el de su libertad, y por tanto su posibilidad de elegir, el contenido de su opción se materializa en el órgano representativo (Legislativo). Por tanto, sólo el Poder Legislativo podrá considerarse representativo de esa voluntad general, pero además, como ya se ha puesto de manifiesto,[32] sólo el proceso de elaboración legislativa puede garantizar esa representatividad, al tener en cuenta la opinión de las minorías.

Por último, el propio respeto a la dignidad y libertad, requieren de la determinación legal, sin perjuicio de volver sobre ello mas adelante.

Contrariamente, fundamentar el principio de legalidad exclusivamente en un trato igualitario, no conduce, como consecuencia necesaria a la reserva de ley en materia penal; tampoco el principio de determinación lleva a dicha

29. Sobre ello Prieto Sanchis, op. cit., p. 31-45.

30. Madrid Conesa. Op. cit., p. 21; García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 239.

31. En este sentido Silva Sánchez, op. cit., p. 253.

32. Madrid Conesa. Op. cit, p. 40.

conclusión. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/87, se limita, a nuestro juicio, a señalar el aspecto de seguridad jurídica de los ciudadanos, la prohibición de la arbitrariedad, el imperio de la ley como presupuesto de la acción estatal, y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales. Todo ello precio en un Estado como el actual, sigue sin contestar a la cuestión de la necesidad de reserva de ley, porque sigue sin contestar al fundamento del principio de legalidad en un Estado Democrático de Derecho.

1.1.3 Fundamento jurídico. Consecuencias de doble fundamentación

Tal como dijimos al inicio de este trabajo, es lugar común señalar junto al fundamento político, otro jurídico o técnico. En este aspecto, el principio de legalidad supondría una garantía de seguridad jurídica, permitiendo el conocimiento de las conductas permitidas y prohibidas, las penas que pueden imponerse, condiciones para su imposición y ejecución.

Constituiría, así, un límite "formal" al *ius puniendi* estatal, en palabras de García-Pablos, "porque afecta no tanto al contenido mismo del poder punitivo del Estado como a sus presupuestos y condiciones de ejercicio"[33] las exigencias de claridad, certeza y límites precisos en la intervención estatal, serían sus consecuencias.[34]

A pesar de este doble fundamento, no parece correcto desvincular esta segunda faceta de su vertiente política. Tal como dice Silva Sánchez, acentuar su necesidad para lograr la seguridad jurídica de los ciudadanos, lo convierte en una garantía frente al poder estatal, con un claro significado político.[35] En similar sen-

33. Madrid Conesa. Op. cit, p. 232.

34. Ídem, ibídem, p. 233; En sentido similar, Carbonell Mateu, *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales, Valencia, 1995, p. 105; Silva Sánchez. Op. cit., p. 252; Cerezo Mir. Op. cit., p. 164.

35. Silva Sánchez. Op. cit., p. 252, nota n. 301: "Ello significaría, a mí juicio, no obstante, que la vertiente denominada técnica tiene asimismo un inequívoco significado garantístico y, por ello, en definitiva, político", citando al respecto a Calliess, *NJW*, 1989, p. 1.342.

tido, Quintero Olivares considera al principio de legalidad "como un derecho constitucional indiscutible, en su doble dimensión de expresión precisa de la decisión colectiva y de defensa del ciudadano frente al poder del Estado".[36]

La denominada vertiente técnica o jurídica del principio de legalidad, ha experimentado una paulatina evolución, a la par que el fundamento del propio principio. Mientras que, en un primer momento, como ya expusimos, la exigencia de ley se predicó como algo necesario para la consecución del poder absoluto, limitando el arbitrio judicial, iniciándose el camino hacia el imperio de la ley,[37] sólo con la Revolución Francesa y las ideas que la inspiran, pasa a considerarse emanación de la soberanía popular. Precisamente, a nuestro entender, en este momento cobra importancia el aspecto garantista del principio de legalidad, en cuanto somete, o inicia la vía para ello, al poder a la ley, que obliga a todos por igual.

Visión garantista que se atenúa en tesis, como la defendida en su momento por Feuerbach, donde el establecimiento de penas y delitos en la ley, de forma clara, precisa e inequívoca, seria el medio necesario para conseguir la finalidad del derecho penal y de la pena, ya que la persona sólo puede sentir la coacción psicológica que este ordenamiento persigue, sin conocer aquello que está permitido o prohibido.[38]

Estas, como las tesis antes enunciadas de la previsibilidad de la reacción estatal, o incluso de la culpabilidad, inciden más en el aspecto preventivo del principio de legalidad que en el garantizador, con la merma que de este último suponen.[39]

36. Quintero Olivares. Op. cit., p. 43.

37. Ver a este respecto Prieto Sanchis, op. cit., ps. cits.

38. Para Quintero Olivares, op. cit., p. 42, en Feuersach el principio de legalidad significaba, además, una consecuencia del iusnaturalismo racionalista, "porque es fruto de la razón, la ley ha de ser esencia y fundamento del sistema jurídico.

39. Silva Sánchez. Op. cit., p. 252, "desde perspectivas preventistas, pues, se trataría de recortar el alcance del principio de legalidad".

A pesar de ello, y tal como señala Silva Sánchez,[40] "tan pronto como la legalidad se convierte en un dato preexistente, la misma pasa a ser, al menos teóricamente, una barrera infranqueable, un instrumento protector del delincuente, una garantía de la libertad individual frente a las intervenciones del Estado". En estos momentos, este aspecto garantizador de la libertad individual debe ser destacado: las exigencias de ley escrita, estricta y cierta, no constituyen sólo un instrumento preciso para la consecución de los fines del derecho penal,[41] son sobre todo condiciones imprescindibles para la salvaguarda de la libertad; sólo conociendo de la forma más precisa posible aquello no permitido, podrá la persona optar libremente por una determinada forma de conducta. De otra parte, no podrá ver restringido su actuar más allá de lo previsto en la ley penal.[42]

De este fundamento jurídico se derivan las cuatro clásicas garantías del principio de legalidad: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, de las que derivarían a su vez, la reserva de ley, prohibición de analogía e irretroactividad.[43]

40. Silva Sánchez. Op. cit., p. 252.

41. A pesar de ello, no cabe desconocer la función preventiva del derecho penal, por cuanto con sus normas intenta evitar comportamientos peligrosos para los intereses jurídicos que tutela. Pero no debe confundirse esta función, hasta cierto punto inherente al sistema, con la finalidad del principio de legalidad, que no debe ser posibilitar la sanción, sino garantizar los derechos de los ciudadanos.

42. Esto supone el entendimiento del derecho penal como protector de la libertad, en vez de configurarlo como un ordenamiento represivo; mediante la provisión de hechos punibles, el Estado se compromete a no ir mas allá en su actividad de lo contemplado en la ley, de tal forma que, excepto en lo previsto como delito, la persona puede actuar libremente. Por otra parte, el establecimiento de delitos constituye una forma más de proteger dicha libertad. Aunque no vayamos a entrar en este momento en ese problema, significaría el entendimiento conjunto y coordinado de todos los límites al *ius puniendi* estatal. Ver en el sentido de destacar esta garantía, Carbonell Mateu, op. cit., p. 36; destacando la defensa del ciudadano frente al Estado Quintero Olivares, op. cit., p. 43.

43. Para Quintero Olivares, op. cit., p. 44 y 50, la irretroactividad de las leyes deriva de la garantía criminal, y constituye un elemento básico del principio de seguridad jurídica, integrado por el cumplimiento del principio de legalidad de una parte, y de otra "a la contracción de la intervención punitiva a un hecho concreto y anterior". Para Luzón Peña, *Curso de derecho penal.* Parte general, Madrid, 1996, I, p. 81, la exigencia de ley previa, escrita y estricta, seria una repercusión material, una

2. La reserva de ley

2.1 Breve referencia a la decadencia de la ley

Tal como hemos venido diciendo a lo largo de estas páginas, la necesidad de ley en la materia penal, tras ese primer momento reforzador del poder absoluto, se convierte en una garantía individual, en un límite extrapenal al poder del Estado. Por otro lado, al conferirse la competencia al Poder Legislativo, se convierte en la emanación de la voluntad general, garantizando que el derecho penal no se convierta en un instrumento en manos de intereses sectoriales, o de aquellos que detentan el poder. Se fija así el camino para la absoluta primacía de la ley, dentro del Estado Liberal de Derecho:[44] aunque la declaración de derechos, una vez proclamada, queda sin ningún control o defensa ajeno al propio Poder Legislativo, sólo con el pensamiento de ser la ley la emanación de la voluntad popular, que no puede actuar de forma injusta, de acuerdo con la racionalidad, puede mantenerse esta confianza ciega en la propia ley.[45] Todo este proceso tenía como expresión máxima lo que se denomina el proceso codificador: una ley única, sencilla, general y abstracta. Y se asentaba sobre una "armonía en apariencia perfecta entre la razón y voluntad, entre ciencia y política" que, "fue basculando en favor del segundo de los elementos enunciados".[46]

técnica legislativa obligada por la garantía formal que representa el principio de legalidad, que "se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano". Según este autor, "encaja" también en las exigencias de un Estado Democrático, señalando que el Poder Legislativo es "la única instancia legitimada" para decidir sobre el establecimiento de la responsabilidad penal; legitimidad que, a su vez reforzaba "la eficacia de la prevención general", "por la legitimidad que para la mayoría de los ciudadanos supone que las leyes penales hayan sido aprobadas o modificadas por la representación parlamentaria del pueblo". Así, el principio de legalidad podría también "derivar, indirectamente, del fundamento funcional de la necesidad del derecho penal.

44. Para Prieto Sanchis, op. cit., p. 13, la paradoja que encierra la Declaración de Derechos del Ciudadano de 1798, se resuelve en la respuesta de Fioravanti, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las Constituciones, trad. Martínez Neira, Madrid, 1996, p. 73, "el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo".

45. Ver en este sentido Prieto Sanchis, op. cit., p. 6-17.

46. Ídem, ibídem, p. 17.

La ley sigue siendo expresión de la voluntad popular, pero ya no tiene que necesariamente suponer esto la racionalidad de la misma. El derecho se concibe como "un fenómeno social, histórico y cambiante, y sobre todo, representa la manifestación de una voluntad, no la cristalización de una razón abstracta e intemporal".[47]

Este alejamiento de la fe ciega en la ley produce un rebosamiento de la figura del juez, interprete de la primera; los códigos se muestran incapaces de dar respuesta a los nuevos problemas sociales, su propia vocación de permanencia y exhaustividad, propician su envejecimiento. Se produce así un desplazamiento de la ley en favor de la interpretación. Para Kantorowic,[48] los jueces "desde luego, tienen más madurez que la mayoría de los miembros de los partidos que hacen las veces del legislador", lo que unido al juramento de los jueces, avalaría la mayor garantía de las sentencias frente a la ley.[49]

47. Prieto Sanchis, op. cit., recordando la famosa frase de Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, 1847, ed. de A. Truyol Serra, CEC, Madrid, 1983, p. 29, "tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura". Para Prieto Sanchis, op. cit., p. 19, "en líneas generales, la transición del iusnatauralismo al positivismo supone el desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho", ver Bobbio, "La razón en el derecho (observaciones preliminares)", *Doxa*, n. 2, 1985.

48. Kantorowicz, *La lucha por la ciencia del derecho*, 1906, trad. Goldschmidt, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1949, p. 370.

49. Para Prieto Sanchis, op. cit., p. 20, lo que suele denominarse antiformalismo, constituye una "amplísima y no del todo homogénea corriente de pensamiento que tal vez pueda hacerse partir del segundo Ihering y que pasando por la jurisprudencia de intereses de Heck, el pragmatismo de Duguit, el derecho libre o el realismo norteamericano alcanza hasta nuestros días en posiciones como las de la tópica y la hermenéutica". La referencia a Ihering es a "La jurisprudencia en broma y en serio", 1861, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933, existe traducción de Banzhaf, con el título de "Bromas y veras en la jurisprudencia", Buenos Aires, 1974. Prieto Sanchis. Op. cit., p. cit., señala cuatro características comunes a estas tesis: 1.ª M envejecimiento del derecho legal, hace aparecer lagunas y provoca el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias, y deviene inútil para solucionar los nuevos conflictos; 2.ª El derecho no tiene un carácter sistemático o coherente, lo que deja de nuevo en manos del juez la resolución del caso concreto; 3.ª El derecho no puede quedar sujeto a la ley del Estado, ya que existen fuentes sociales que compiten con ella, y deben ser tenidas en cuenta por el juez o interprete; 4.ª La letra de la ley es "necesariamente" insuficiente, al latir tras sus enunciados un fin o interés social que remite a una serie de valores, que deben ponderarse en la resolución judicial.

Este proceso se corresponde con una realidad; la multiplicación de leyes, la frecuencia de las modificaciones, las regulaciones sectoriales, y las experiencias a lo largo de este tiempo, hacen que las virtudes que se predicaban de la ley se pongan en cuestión. A ello debe sumarse la invasión por el sector del derecho público de zonas antes consideradas privadas. A pesar de ello, no con la confianza ciega de los revolucionarios franceses, la ley, y en concreto el principio de legalidad penal, sigue constituyendo un pilar básico en el actual sistema punitivo. Por ello, y para evitar que este principio se convierta en un arma contra los propios ciudadanos, debe insistirse en su carácter garantista de la libertad, a través del derecho a la participación y pluralismo político, a la legitimidad democrática que supone el proceso de elaboración de las leyes por la representación de los ciudadanos. El resto de los aspectos de este principio (certeza, ley escrita, irretroactividad...), pueden conseguirse a través de disposiciones normativas, no necesariamente emanadas de dicha representación. Quedarse en ellos es, a nuestro entender, optar por una configuración "meramente formal" del principio de legalidad.[50]

2.2 La reserva de ley en sentido formal

Lo dicho en el anterior apartado tiene importancia en el análisis y evolución del principio de legalidad, y de una de sus consecuencias, la denominada reserva de ley.

"Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es en ningún caso una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenética donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley". Este autor, en p. 21, señala la unión de los planteamientos del derecho libre con la doctrina jurídica del nacionalsocialismo: "La tesis de que existe un derecho por encima de las leyes cuya definición corresponde idealmente al pueblo, pero que en la práctica se encomienda a un personaje esclarecido, conduce a la sustitución del Rechtsstaat por el Fhrerstaat", recordando la frase de Carnelutti, "L'equit (...) nel diritto penale", *Revista di Diritto processuale civile*, 1935, p. 116, "no existe ninguna verdadera razón por la cual un acto socialmente dañoso no expresamente previsto en la ley penal no pueda ser castigado".

50. Resaltando la "expresión de la voluntad general", Silva Sánchez, op. cit., p. 253: "Así se señala que sólo por ley, e incluso por ley cualificada, en tanto que expresión de la voluntad general, podrán introducirse las restricciones del ámbito de libertad de los ciudadanos que se expresan en las definiciones de delitos y penas".

El análisis sería falso, carente de utilidad, si perdiéramos de vista la evolución de las necesidades sociales, la mayor complejidad de las relaciones, y consecuentemente de tutela penal; lo que ha hecho cuestionar la suficiencia de la ley para dar cumplimiento a la función protectora.

Siguiendo a Silva Sánchez,[51] distinguiremos la reserva de ley en dos aspectos: formal y material.

El primero de ellos, hace referencia al rango de las normas reguladoras de la materia penal, y ha sido predominante en la doctrina penal durante los años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución.[52]

No vamos a extendernos en la exposición y análisis de este primer aspecto, suficientemente debatido en la doctrina y objeto de decisiones del Tribunal Constitucional.

La Constitución garantiza en su artículo 9, 3 el principio de legalidad, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica. Para Carbonell Mateu,[53] se trata de una declaración de intenciones, del sometimiento del Estado a la norma, pero no colma las exigencias del principio de legalidad penal.

Para el Tribunal Constitucional se contemplarían en el artículo 25, 1, de la Constitución,[54] en el que se contendrían tanto la reserva de ley en materia penal, como la exigencia de taxatividad, interpretando "legislación" como ley,[55] en contra de un importante sector doctrinal, para quien sería equivalente "no sólo a las leves formales, sino a la totalidad de las normas estatales".[56]

51. Silva Sánchez, op. cit., p. 253.

52. Para Silva Sánchez, op. cit., p. 253 "Ello es natural, pues se trataba de examinar las consecuencias de la entrada en vigor e inicial aplicación de los preceptos constitucionales sobre el ordenamiento jurídico-penal".

53. Carbonell Mateu. Op. cit., p. 106-107.

54. Sentencias del Tribunal Constitucional 141/88, de 29 de junio, y 38/97, de 27 de febrero.

55. Sentencia del Tribunal Constitucional 25/84, de 23 de febrero (Cuestión de inconstitucionalidad 333/83).

56. Cobo del Rosal; Vives Antón. *Derecho penal*. Parte general. Valencia, 1984. p. 70-71; Cobo del Rosal; Boix Reig, "Garantías constitucionales del derecho sancionador". *Comentarios a la*

Tampoco para Carbonell Mateu,[57] podría encontrar acomodo la reserva absoluta en el artículo 53, debiéndose acudir al 81 y ss del Texto Constitucional.[58]

El principal problema, en este tema, sigue siendo el ámbito de la reserva de ley: toda la materia penal debe ser regulada por ley orgánica, o sólo aquella que "afecte" al derecho a la libertad.

Se puede distinguir tres posturas fundamentales:

1. Vendría representada por Rodríguez Devesa, y no tiene prácticamente seguidores. Para este autor el concepto de ley abarca "determinadas disposiciones que se consideran a todos los efectos como una ley penal, aunque no reúnan sus requisitos. Son las leyes delegadas y las ordenanzas de necesidad o leyes de urgencia". Los argumentos son, en primer lugar que, según el autor citado, en la Constitución no existe ningún precepto que limite "taxativamente" las fuentes del derecho penal, ni siquiera a la ley ordinaria. Sobre la inconsistencia de estas afirmaciones no hace falta extenderse, basta leer los artículos 53. 1, 81.1 y 86 del Texto Constitucional. El segundo argumento seria, en palabras del propio autor: "la precisión de hacer frente a cambios sociales y económicos, *v.g.*: que no pueden ni deben esperar el dilatado procedimiento que implican, no ya las leyes orgánicas, sino las ordinarias". Para este autor, la reserva de ley seria "reserva de actos con fuerza de ley".[59]

Esta tesis, situado en uno de los extremos del abanico interpretativo, consideramos es inadmisible: no tiene respaldo constitucional y, además ignora la

Legislación penal. Madrid, 1982. I, p. 194 y ss.; Cobo del Rosal; Vives Antón. "Sobre la reserva de Ley Orgánica y Ley Ordinaria en materia penal y administrativa". *Comentarios a la legislación penal.* Madrid, 1984. III, p. 9-10; Carbonell Mateu. Op. cit., p. 107.

57. Carbonell Mateu. Op. cit., p. 111.

58. En igual sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/86, de 11 de noviembre. En contra, Cerezo Mir, op. cit., p. 152; Madrid Conesa. Op. cit., p. 55.

59. Rodríguez Devesa. *Derecho penal.* Parte general, p. 170 y ss.; del mismo, "Una visión aberrante de las fuentes del derecho penal", *Revista de Derecho Público* 87/241 y ss., abril-junio 1982.

primacía de la Constitución y sus mandatos y previsiones sobre cualquier otro tipo de normas.[60] Las repercusiones sobre el derecho penal en general, y sobre los delitos socioeconómicos en particular, podrían llevar a una despenalización completa, atendiendo a esos cambios sociales y económicos: no habría hecho falta esperar a una modificación penal, mediante ley orgánica, para regular de nuevo la materia medioambiental, introducir los delitos societarios etc., mas a la vista de casos relativamente recientes.

En el otro extremo se encuentra la tesis, defendida inicialmente por Cobo del Rosal y Vives Antón, que afirma la necesidad de ley orgánica para toda la materia penal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución, ya que "todo delito y toda pena supone una limitación de alguno o de varios derechos fundamentales y, por consiguiente un desarrollo legal de los mismos". Entre estos derechos se encuentra el honor, que resultara afectado por cualquier delito o penal, continuando que, a lo anterior "se añadirá la reserva formal en virtud del principio de contrario *actus* o congelación del rango".[61]

Para Álvarez García, toda sanción penal "conlleva, directa o indirectamente, privación de libertad; bien por la vía del arresto sustitutorio, bien a través del quebrantamiento de condena y posterior arresto sustitutorio – artículo 468 CP[62] –; y siguiendo a Carbonell Mateu,[63] lo decisivo para establecer la necesidad de ley orgánica no debe ser, a diferencia de lo mantenido por el Tribunal Constitucional, la sanción, sino la tipificación de una conducta, entendida como restricción de la esfera de libertad.[64]

60. Ver una crítica en Madrid Conesa, op. cit., p. 47-49.

61. Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 76 y ss. El vigente Código Penal publicado por LO 10/95, de 23 de noviembre, en su Disposición Final Sexta establece el carácter de ley ordinaria del Título V del Libro I y de los artículos 193, 212, 233.3 y 272, las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, la Transitoria Duodécima y las Finales Primera y Tercera.

62. Álvarez García. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia, 1999. p. 23.

63. Carbonell Mateu. Op. cit., p. 113.

64. Luzón Peña. Op. cit., p. 81, parece ser partidario también de esta tesis, aunque no lo dice claramente: "Pero además, en una sociedad democrática el respeto a las normas penales y por tan-

La tercera postura, que podríamos considerar intermedia, está representada por la mantenida por el Tribunal Constitucional, que considera obligada la ley orgánica cuando la materia objeto de regulación penal afecta al derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución, excluyendo los casos en que la sanción prevista no sea privativa de libertad. La crítica a esta tesis formulada por Carbonell Mateu, y seguida por Álvarez García, ya ha sido expuesta anteriormente.

Esta postura tiene partidarios también en la doctrina española. Para Madrid Conesa, aún cuando la defendida por Cobo del Rosal y Vives Antón "es convincente, han de hacérsele algunas observaciones que necesariamente van a limitar su alcance". Admitiendo que en el ámbito del artículo 81.1 del Texto Constitucional, debe comprenderse la definición de delitos y penas, "que se refieran a estos derechos y libertades",[65] la reserva de ley orgánica sólo lo será en estos casos, siguiendo la tesis de Cerezo Mir.[66]

Para este último autor, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 25/84, de 23 de febrero, la necesidad de ley orgánica no dependerá de la naturaleza de la sanción: "El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere ley orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas

to a la eficacia de las dos facetas de la prevención general se verán indudablemente favorecidos por la legitimidad que para la mayoría de los ciudadanos supone que las leyes penales hayan sido aprobadas o modificadas por la representación parlamentaria del pueblo (y más aún si se exige una mayoría cualificada para la aprobación de tales normas, como sucede con nuestras leyes orgánicas)"; Mir Puig. *Derecho penal.* Parte general, p. 88 y ss.; Boix Reig. "El principio de legalidad en la Constitución". *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal.* Deusto, 1983. p. 53 y ss.; Arroyo Zapatero. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional*, § 8, p. 9 y ss.

65. Madrid Conesa. Op. cit., p. 53.

66. Cerezo Mir, op. cit., p. 154, quien, de acuerdo con la afirmación del Tribunal Constitucional en Sentencia 25/84, de 23 de febrero, manifiesta: "Con arreglo a este criterio, creo que sólo aquellas leyes penales que por el bien jurídico protegido afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas reguladas en la Sección 1 del Capítulo II del Título I de la Constitución (derecho a la vida, integridad física, libertad y seguridad, honor, de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, de reunión, asociación etc...) tendrán que tener el carácter de orgánicas.

sancionadoras los derechos fundamentales un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar". La sentencia, de sobra conocida, decidía sobre la constitucionalidad de la Ley 40/79, de 10 de diciembre sobre régimen jurídico de control de cambios, que mediante ley ordinaria establecía penas privativas de libertad para los delitos más graves.

Se distancia, de esta forma Cerezo Mir de aquellos autores, que como Madrid Conesa,[67] requieren ley orgánica cuando la sanción es privativa de libertad. Coincide en este punto, el primero de los autores citados, con aquel sector de la doctrina que considera que la necesidad o no de ley de este rango, no debe hacerse en función de la pena, sino de la configuración de delitos,[68] en contra de lo manifestado por Mir Puig:[69] "Lo que niega esta sentencia es que la aprobación de una ley penal no orgánica constituya desarrollo del principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución". Para este último autor, el artículo 81.1 del Texto Constitucional obliga a la utilización de ley orgánica para regular toda la materia penal, "aunque sólo se imponga penas pecuniarias y la propiedad no se prevea por la Constitución entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección I.ª del Capítulo II del Título I, siempre cabrá el arresto sustitutorio en caso de impago, el cual afecta ya a la libertad prevista en dicho lugar constitucional".[70]

67. La cita de Madrid Conesa, op. cit., p. cit., lo es en referencia a la segunda edición de la obra de Cerezo Mir, p. 181, donde consideraba necesaria la ley orgánica cuando la sanción es privativa de libertad, postura mantenida, también por Casabo Ruiz, "La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente", *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1982, p. 255-256.

68. Ver en este sentido Álvarez García, op. cit., p. 23, y Carbonell Mateu, op. cit., p. 113, aunque para estos dos autores, el Tribunal Constitucional sólo se fija en la naturaleza de la sanción para decidir sobre la exigencia de ley orgánica.

69. Mir Puig. *Derecho penal.* Parte general. 2. ed., p. 66 cita n. 14.

70. Ídem, ibídem.

Pero a pesar de la coincidencia en el razonamiento, la conclusión a la que llega Cerezo Mir es diferente a la sostenida por autores como Cobo del Rosal y Vives Antón, ya que mientras para éstos el derecho penal siempre afecta a un derecho fundamental, para el primero no siempre ocurre así. En la segunda edición de su *Curso de derecho penal español*[71] mantiene que algunos delitos "constituyen conductas irrelevantes desde el punto de vista de la óptica social o cuya relevancia ético-social es escasa, pero suponen una infracción grave del orden político o económico de la sociedad".

Esta idea, utilizada por Madrid Conesa para rebatir lo afirmado por Cobo del Rosal y Vives Antón, que toda pena afecta al derecho al honor,[72] posiblemente suponga una concepción del honor como autoestima: es decir, el autor no piensa que la comisión del delito le suponga ningún deshonor.[73] Utilizar la relevancia ético-social para establecer la necesidad de ley orgánica no nos parece argumento contundente. Es posible, no es momento de entrar aquí a discutirlo, que algunas figuras delictivas tengan una escasa relevancia ético-social, pero ello no varía en nada la discusión; en estos casos lo cuestionable es el empleo del derecho penal.[74] Por otra parte, si constituyen "una infracción grave del orden político o económico de la sociedad", con independencia de la entidad del interés protegido, resulta claro que se trata de imponer limitaciones a la libertad, tal como manifiestan Carbonell Mateu y Álvarez García,[75] por tanto

71. Mir Puig. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, 1994. p. 39, cita n. 37. Utilizando un argumento similar Álvarez García, op. cit., p. 23, cita n. 76. Cerezo Mir. Op. cit., p. 181.

72. Madrid Conesa. Op. cit., p. cit.; Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 76 y ss.

73. Así lo afirmado por Casabo Ruiz, op. cit., p. cit.: "Por otra parte, no sólo hay personas para quienes la condena no les supone deshonor alguno, sino que incluso puede convertirse en un honor, como ocurre en muchas condenas por delitos políticos". En relación con ello, consideramos que estos casos, más que supuestos donde no se afectan derechos fundamentales (el honor), se tratan de hechos no merecedores de la protección penal.

74. En torno a los principios como vehículo de la moral en el derecho ver Prieto Sanchis, op. cit., p. 66-68.

75. Carbonell Mateu. Op. cit., p. cit.; Álvarez García. Op. cit., p. cit.

afectarían a un derecho fundamental.[76] Mantener lo contrario, supondría negar la necesidad de ley orgánica para todos los delitos contra el orden constitucional o socioeconómico, comprendiendo entre otros los medios ambientales y societarios, por poner algunos ejemplos.[77]

Pero, además, cualquier delito y desde luego la ejecución de una pena, requiere vulnerar, en mayor o menor medida, el derecho a la intimidad.[78] En conclusión, toda la materia penal requiere de ley orgánica para su regulación, no tanto por la clase de pena impuesta, como porque cualquier definición de un hecho como delito, supone una restricción de derechos fundamentales. En contra de lo mantenido por Carbonell Mateu y Álvarez García,[79] no toda pena supone, o puede llegar a convertirse en una privación de libertad; así, por ejemplo cuando sólo se establecen privaciones de otros derechos, como ocurre en el artículo 398[80] del CP. Por tanto, aun llegando a una respuesta contraria a la alcanzada por el Tribunal Constitucional y el sector de la doctrina que la sigue, la reserva de ley orgánica lo es por la restricción de derechos fundamentales que supone la definición del delito, y el propio empleo del derecho penal.[81]

76. Lo que supone, necesariamente, ir más allí del orden político y económico.

77. La cuestión consiste, mas bien, en una correcta selección de intereses dignos de tutela penal, y una vez realizada, de forma clara la regulación debe ser mediante ley orgánica.

78. Piénsese que, ciertas manifestaciones vertidas en el curso de un procedimiento penal, se justifican por el ejercicio legítimo de un deber o el cumplimiento de un deber.

79. Carbonell Mateu. Op. cit., p. cit.; Álvarez García. Op. cit., p. cit.

80. Artículo 398 CP: "La autoridad o funcionario público que librare certificación falsa ser castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos añosa. En el anterior Código Penal la suspensión afectarla también a un derecho fundamental, como es el de sufragio, limitando la participación en la vida pública (artículo 39), al igual que en la inhabilitación especial para el derecho de sufragio (artículo 37), o la inhabilitación absoluta (artículo 35). En el actual Código Penal, el artículo 39 b) establece la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, el 41 lo contempla dentro de la inhabilitación absoluta, pero no así para la pena de suspensión.

81. Partidario también, de exigir ley orgánica sólo cuando las penas y medidas de seguridad afecten a derechos fundamentales García-Pablos de Molina, op. cit., p. 237.
En contra, además de los ya citados, Zugaldía Espinar, *Fundamentos de derecho penal*, p. 207 y ss.

2.3 *La reserva de ley en sentido material. La exigencia de determinación o taxatividad*

Tal y como manifiesta Octavio de Toledo,[82] "de nada sirve el acogimiento constitucional y legislativo del principio de legalidad, si la ley penal se limita a su formal observancia y no atiende a la exigencia material de precisión en sus normas".

Resulta paradójico que, precisamente, cuando el principio de legalidad ha encontrado consagración en las Constituciones europeas, y no se discute su vigencia en prácticamente ningún ordenamiento jurídico, la indeterminación de la norma penal haya aumentado.[83] Tal como se ha puesto de relieve por la doctrina, la evolución de estos dos últimos siglos han dado al traste con el utópico ideal revolucionario de convertir a los jueces en, "la boca que pronuncia las palabras de la ley".[84]

Ciertamente, como dice Silva Sánchez, reducir al juez a ese papel no resulta satisfactorio desde perspectivas materiales.[85] Para este autor, el hecho de que las leyes penales "constituyan sólo el marco en el que se produce la obtención judicial del derecho", no significa que "se pueda prescindir de formularlas con precisión".[86] Siguiendo al citado autor, en el fondo late la tensión entre las diversas finalidades del derecho penal, por un lado conseguir la deseable seguridad

82. Octavio de Toledo; Ubieto. *Sobre el concepto de derecho penal*, p. 307.

83. Ídem, ibídem.

84. Sobre este proceso, ver Prieto Sanchis, op. cit., p. 31-45, poniendo de relieve que el paso del Estado Liberal al Estado Constitucional supone necesariamente una revitalización del juez.

85. Silva Sánchez. Op. cit., p. 255.

86. Ídem, ibídem, p. 256; Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 263, el hecho de que las leyes al lado de un núcleo delimitado tengan, un "campo conceptual" difuso, no puede servir de pretexto para introducir en ellas conceptos indeterminados, o poco claros: "El rigor absoluto no puede, ciertamente, alcanzarse, pero no por ello hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose cada vez como meta a alcanzar, cotas más elevadas de seguridad y certeza.

jurídica, y por otro ser un instrumento de solución de conflictos, cambiantes en función de las circunstancias, lo que requiere mayores niveles de oportunidad y flexibilidad legal.[87]

La taxatividad, o determinación absoluta parece un objetivo difícil de conseguir; no puede olvidarse que, como acabamos de decir y señalan Cobo del Rosal y Vives Antón,[88] las leyes tienen como finalidad la resolución de conflictos sociales, imposible de conseguir con una determinación absoluta.[89]

Frente a las tesis que fundamentan el mandato de determinación en la seguridad jurídica, a través del conocimiento de la ley, consideramos que, al igual que el principio de legalidad, éste debe ser, de nuevo, la legitimidad democrática. Tal como hemos venido diciendo, la definición de delitos comporta siempre restricciones de esferas de libertad privadas, que sólo la voluntad general puede adoptar, en tanto se consideren necesarias para garantizar precisamente esa libertad. Competencia que, en un Estado como el nuestro corresponde al Poder Legislativo, representante de esa voluntad general.[90] A ello cabría sumar la defensa del principio de igualdad, impidiendo soluciones diversas para casos iguales.[91]

No debe, por tanto, considerarse correcta la tesis que apunta como fundamento conseguir el conocimiento de las leyes por los ciudadanos, pretensión de una parte utópica, ya que difícilmente puede lograrse un conocimiento completo, incluso para los propios profesionales del derecho: "Dado que los mecanis-

87. Silva Sánchez. Op. cit., p. 257.

88. Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 263.

89. En el mismo sentido Silva Sánchez, op. cit., p. 256; también García-Pablos de Molina, op. cit., p. 249, conectándolo con la seguridad jurídica.

90. En igual sentido Silva Sánchez, op. cit., p. 257; García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 249.

91. Para Madrid Conesa, op. cit., p. 162-163, éste sería el único fundamento del mandato de determinación, "*conditio sine qua non* para poder realizar el mandato constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley", "que de esta forma no es simplemente un corolario de las restantes exigencias del principio de legalidad", que aparecería de forma "muy clara" constitucionalizado en el artículo 9.2 de la Constitución Española.

mos que ponen en contacto al ciudadano con las normas son indirectos, y, en cierta medida, deformadores, a lo más que se puede aspirar es a un conocimiento aproximado y, por ello, impreciso".[92]

Así concebido, sería un mandato al legislador, que debe dictar normas claras, inequívocas, estableciendo de forma clara el contenido de la prohibición, y que violaría "la doctrina de la división de poderes (...) si emplease una técnica legislativa oscura o imprecisa, remitiendo indebidamente al juez o tribunal la decisión última sobre el alcance de la norma".[93] Debe tenerse en cuenta, además, que remitir la decisión a instancias diferentes a las legislativas, comporta de forma casi necesaria, una quiebra del principio de igualdad, aparte de la legitimidad democrática, ya que el juez no ostenta la representación de la voluntad general. En conclusión, la seguridad jurídica que comporta el principio de determinación lo es en un doble sentido: en primer lugar porque la ley es emanación del órgano que ostenta esa representación general, y en segundo lugar, porque por ello garantiza una solución igual para problemas iguales.

Principio de determinación dirigido al legislador, y que obliga al juez a sujetarse a la ley;[94] quien debe cumplir el mandato es el propio legislador, elaborando leves que garanticen su correspondencia con la voluntad general, y soluciones iguales ante casos iguales.[95]

92. Silva Sánchez. Op. cit., p. 254; en igual sentido García-Pablos de Molina, op. cit., p. 248; una exposición detallada de los diversos fundamentos formulados por la doctrina, sobre todo la alemana, en Madrid Conesa, op. cit., p. 97-164.

93. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 249.

94. Para Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, p. 36, siguiendo a la doctrina alemana, el mandato iría dirigido al legislador y al juez; también Silva Sánchez, op. cit., p. 254.

95. Si consideramos que la determinación o taxatividad, tiene su fundamento en el sistema de división de poderes, confiriendo sólo al Legislativo la potestad de dictar normas restrictivas de derechos fundamentales y libertades públicas, es obvio que la obligación de cumplirlo compete al propio Legislativo; el juez deberá aplicar la ley en sus propios términos, no pudiendo extenderla a supuestos no previstos. El artículo 4 del CP establece la obligación de aplicar la ley, tanto cuando el hecho está previsto, como cuando no se contempla como delito; de acuerdo con este precepto, en tanto no se derogue el artículo en cuestión, los jueces y tribunales deberán aplicarlo, aun cuan-

Lo anterior no significa, ni puede significar, negar toda posibilidad de interpretación, tal como pretendían los revolucionarios franceses. Además de, como hemos dicho en páginas anteriores, ser necesaria para adecuar la ley a las cambiantes circunstancias y necesidades sociales, la evolución del Estado Constitucional conlleva el control judicial de la legalidad,[96] característica de este tipo de Estado, donde, además, de la proclamación de derechos y libertades, se contempla "un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes".

La importancia que éste tiene no necesita de mayores comentarios; por encima, incluso de la ley, existe una norma jurídica superior, integrada en gran parte por derechos fundamentales, que los ciudadanos pueden hacer valer frente a la propia ley.[97] Los textos constitucionales "ya no informan sólo acerca de quien y como se manda, sino en gran parte también de que, puede o debe mandarse. Es la forma de combinar todos estos elementos lo que da lugar a un panorama lo suficientemente nuevo como para merecer un nombre propio donde el protagonismo ya no queda reservado al legislativo, sino que aparece, cuando menos, compartido con la figura emergente del juez: el Estado Constitucional".[98]

do consideren que "no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva". Es decir, la ley como emanación de la voluntad general, no puede tornarse inaplicable aun cuando ante un hecho concreto resulte excesiva, hasta que esa misma voluntad general no la derogue.

96. Ver al respecto Prieto Sanchis, op. cit., p. 31 y ss. Para este autor, el Estado Constitucional puede considerarse equivalente al de derecho con la matización hecha en el texto, y citando textualmente a Aragón, "El control como elemento inseparable de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional* 19/52, 1987, afirma: "Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitados o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización; ocurre, simplemente, que no hay Constitución". Hasta el punto de afirmar Fioravanti, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las Constituciones, trad. Martínez Neira, Madrid, 1996, p. 113 y 120, que sólo "existe un derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado".

97. Prieto Sanchis. Op. cit., p. 34.

98. Ídem, ibídem, p. 35. Con relación a esto y citando a Guastini, "Specificit (...) dell'interpretazione costituzionale?", *Analisi e diritto*, Turín, 1996, p. 170, observa que mientras en las Constituciones que sólo limitan u organizan poderes, "están llamadas" a tener un interprete político, "los propios órganos supremos que son objeto de regulación", las que "pretenden modelar las relaciones sociales mediante principios, derechos y directrices están llamadas a ser objeto de interpretación judicial" (cit. 118).

Dentro de estas coordenadas, resulta claro que negar la posibilidad interpretativa iría en contra del propio texto constitucional, y de las necesidades efectivas de tutela penal, pero, al mismo tiempo, que incumplir el principio de determinación o taxatividad constituiría una violación de la Constitución.[99]

Planteada así la cuestión, el problema sigue siendo la forma de conseguir la plena vigencia del principio de determinación. Para el Tribunal Constitucional la ley debe contener "el núcleo esencial de la prohibición", o "la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisad", logrando "la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada".[100]

Tradicionalmente se ha venido exigiendo por la doctrina una "*lex* cerca" y "estricta".[101] La exigencia de esta certeza, vinculada a las técnicas legislativas, implica que la descripción del hecho prohibido en la ley, se haga de forma clara, inequívoca y expresa, determinado con exactitud el ámbito de lo prohibido. Debe, pues, intentarse la mayor exhaustividad y concreción posible.[102] Se trataría de conseguir el mayor grado posible de determinación en la ley, limitando el arbitrio judicial, "la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe".[103]

99. Para Madrid Conesa, op. cit., p. 162-163, este principio se encontraría recogido en el artículo 9.2 de la Constitución; debe tenerse en cuenta que, para este autor, el principio de determinación estaría fundamentado y garantizaría la igualdad. Como ya hemos dicho en el texto, se fundamentaría en el derecho a la participación, expresada a través del órgano representativo, lo que a su vez posibilitaría la efectiva vigencia de la igualdad. Es por tanto, necesario para conseguir la garantía del n. 3 del artículo 9 del Texto Constitucional.

100. Sentencia del Tribunal Constitucional 24/96, de 13 de febrero en relación con las leyes penales en blanco.

101. Para la doctrina alemana, la primera dirigida al legislador, y la segunda al juez, ver Silva Sánchez, op. cit., p. 254.

102. Rodríguez Mourullo. *El principio de legalidad*, p. 888 y ss., exige la precisión y exhaustividad penal.

103. Bacigalupo. Op. cit., p. 36.

Pero ese ideal, como ya hemos dicho, no es más que una utopía, y como todas de imposible realización. El propio instrumento que, necesariamente debe utilizar el legislador – el lenguaje –, imposibilita su consecución, "porque el idioma es siempre un medio de expresión que cambia con el tiempo y las circunstancias, poco preciso, imperfecto".[104] Pero además, tal como afirma García Pablos, la ley "padece una permanente tensión entre dos necesidades antagónicas, generalizar y concretar, justicia material y seguridad jurídica, describir y valorar; entre la matemática penal y el arbitrio judicial".[105] En el fondo, entre la necesidad de dictar leyes generales y abstractas que garanticen el principio de igualdad y la seguridad jurídica, y el cumplimiento de otra de sus finalidades, otorgar la necesaria tutela a intereses dignos de ella, previniendo posibles ataques.

Admitiendo la imposibilidad de conseguir esa meta, y la "necesidad" de una cierta indeterminación, el problema radicaría en establecer cuando puede considerarse satisfecha la obligación de taxatividad por el legislador.[106] Madrid Conesa[107] señala hasta siete criterios elaborados, fundamentalmente por la doctrina alemana, para resolverlo. A riesgo de extendernos en exceso, vamos a exponerlos lo más brevemente posible por la importancia que, en el ámbito del derecho penal económico tiene el principio de determinación: proliferación de leyes penales en blanco, remisiones normativas, cláusulas generales etc.[108]

104. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 249.

105. Ídem, ibídem, p. cit.

106. Para Zugaldía Espinar, op. cit., p. 282, esta exigencia es mayor en el ámbito de la garantía criminal, que en el de la penal, donde necesidades de prevención especial permiten una mayor indeterminación de la pena. En igual sentido García-Pablos de Molina, op. cit., p. 250. Parece necesaria que, a la vista de las finalidades de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, y en el propio texto constitucional, sea correcta una relativa indeterminación de la pena, permitiendo adecuar la sanción a las circunstancias del autor y del hecho en el caso concreto, cumpliendo así, de otra parte, con el principio de culpabilidad.

107. Madrid Conesa. Op. cit., p. 99-156.

108. Objetivo de este trabajo es establecer las bases para una correcta regulación en ese sector del derecho punitivo, que permita con estricto cumplimiento del principio de legalidad, atender a las necesidades de protección.

La primera de las tesis es la que establece el alcance de la exigencia de determinación como resultante de la necesidad de compaginar, dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, los ideales de justicia y seguridad jurídica.[109] E incide fundamentalmente en la relación Constitución-Derecho penal. Sus partidarios constatan la paradoja que, cuando a partir de la II Guerra Mundial, el principio de determinación alcanza un reconocimiento constitucional, el número de conceptos valorativos e indeterminados en las leyes penales aumenta; no sólo se mantienen algunos introducidos en el periodo nacionalsocialista, sino que se incorporan otros.[110] Por parte de la doctrina alemana se señala el peligro para la seguridad del individuo y los propios intereses estatales, pero no existe acuerdo sobre los tipos penales que devendrían inconstitucionales, "es más, se intenta salvar la inconstitucionalidad de la mayor parte de estas disposiciones". La jurisprudencia no se ha manifestado de forma directa, excepto en contadas ocasiones, aunque mantiene el respeto al principio de determinación, que es posible siempre que en el tipo se limite a lo esencial.[111]

Para Seel,[112] la solución no es declarar la inconstitucionalidad de todos estos tipos, sino llegar a un nuevo entendimiento del principio de legalidad, partiendo de tres premisas: la imagen del ser humano que se contempla en la ley fundamental; la idea del derecho de la misma ley; la posición del juez en dicha norma. Sobre la idea de que la ley fundamental se encuentra a mitad de camino entre el indivi-

109. Madrid Conesa. Op. cit., p. 99-117; el propio autor en p. 99 cit. (3) advierte que, dada la similitud constitucional entre España y Alemania, "parece que no hay problemas en que la mayoría de las afirmaciones y, sobre todo, las críticas que, en relación con la misma, se manifiestan puedan trasladarse a nuestro país".

110. Seel. *Unbestimmte...*, p. 29: "Si las fórmulas, que hablan sido introducidas como tópicos del Estado injusto fueron sustituidas por otras, fueron sustituidos por conceptos no menos indeterminados y necesitados de integración valorativa, como por ejemplo el sano sentimiento popular en el párrafo 240 por el término reprobable", cit. Madrid Conesa. Op. cit., p. 101.

111. Madrid Conesa. Op. cit., p. 103. La cercanía de esta tesis con algunas decisiones del Tribunal Constitucional español es evidente, ver, por ejemplo, la Sentencia de este tribunal 24/96, de 13 de febrero, ya citada.

112. Seel. Op. cit., p. 107 y ss.

dualismo y el colectivismo, que el fin primordial del derecho es la realización de la justicia en el campo estatal, otorgando relevancia al principio de oportunidad, aunque subordinado a la justicia y seguridad jurídica, y que el principio de separación de poderes consiste en que cada uno debe respetar el núcleo esencial de los demás, llega a la conclusión de que, siempre que la quiebra de la función de garantía de la ley penal venga exigida por razones de justicia o bienestar general, no podría considerase el precepto constitucional.

Lenckner, tras examinar las causas por las que se llega a esta situación, concluye que sólo podrá mantenerse la conformidad con la Constitución cuando las ventajas para la realización de la justicia, pueden justificar la quiebra de la seguridad jurídica, "mediante consideraciones comprensibles".[113]

Las objeciones a esta tesis resultan claras. Justificar la vulneración del principio de legalidad y la seguridad jurídica en aras al principio de oportunidad, como instrumento para conseguir la justicia material, es simplemente peligroso, más cuando se introduce el "interés general", aún cuando deba hacerse "mediante consideraciones comprensibles", que habría que preguntar para quien.

Llevado esto al campo de los delitos socioeconómicos, supone abandonar la exigencia de determinación, adoptando tipos abiertos, cláusulas generales, que permitan en cualquier momento adecuar la ley a necesidades siempre cambiantes en este ámbito.

Para Sax,[114] el principio de determinación es compatible con la existencia de tipos penales con conceptos indeterminados y necesitados de valoración, siempre que el principio de legalidad se entienda en un "sentido moderno", fundamentado en la culpabilidad, en el reconocimiento de la dignidad humana por

113. Ver una detallada crítica en Madrid Conesa, op. cit., p. 110-117, a la que nos adherimos.

114. Sax. *Grundsätze...*, p. 1.008 y ss., citado por Madrid Conesa. Op. cit., p. 118-122: "La sede de la garantía jurídico-penal de la libertad no se halla en la descripción exterior del tipo, sino en la lesión inmediata o mediata de los valores reconocidos como vinculantes en la comunidad tipificada a través de la descripción de la conducta típica-penal".

los poderes estatales. Se cumpliría con el principio de determinación cuando anterior al delito exista un tipo de lesión al valor, determinado de forma clara en cuanto a su contenido.[115] La tesis expuesta es, ella misma indeterminada, se limita a cambiar de lugar el problema, desde la conducta a una lesión al valor. Por otra parte, la exigencia lo es en relación con el hecho. Para Madrid Conesa,[116] la tesis expuesta tiene el mérito de señalar la relevancia de la voluntad del legislador en la interpretación: "Parece claro que si se logra determinar que, es lo que el legislador quiere proteger mediante la prohibición de una determinada conducta, la interpretación que de la ley ha de realizar el juez se ve sensiblemente facilitada y asegurada".

Es cierto que dicho conocimiento facilita la labor del intérprete (judicial o doctrinal), pero no consideramos que la interpretación del sentido de la ley deba basarse en la voluntad del legislador, ni siquiera cuando este introduce valoraciones en la norma. Tal como dice Cerezo Mir,[117] mantener una teoría objetiva (averiguar el espíritu de la ley), frente a una subjetiva (la voluntad del legislador), tiene la ventaja de permitir adecuar el derecho a las necesidades cambiantes de la sociedad; la pregunta es "que, juicio valorativo del actual estado de cultura ha hallado expresión en el precepto jurídico-positivo". Para el citado autor los riesgos de esta teoría se pueden evitar mediante la vinculación al tenor literal de la ley, y sobre todo, "el intérprete no podrá utilizar como pauta cualquier concepción (ética, jurídica, política o económica) que sea sustentada en el momento actual, sino sólo aquellas que sean dominantes en nuestra sociedad".[118]

115. Este autor pone como ejemplo de cumplimiento, el tipo de injurias, en el que el término reprobable, se interpreta como referencia al carácter reprobable de la coacción, teniendo en cuenta la relación medio a fin; seria indeterminado el anterior párrafo 170 d: "el bienestar total de un niño", p. 1.010 y ss.

116. Madrid Conesa, op. cit., p. 120-122, señala la semejanza del artículo 25.1 de la Constitución española y el 103, II, de la alemana.

117. Cerezo Mir. Op. cit., p. 59-60.

118. En igual sentido, en cuanto a la preferencia de una teoría objetiva, Luzón Pena, op. cit., p. 162, que señala, además, la dificultad de hablar de voluntad del legislador, en cuanto no es única:

También por la doctrina alemana, en un intento de clarificar que debe considerarse ley indeterminada, se ha propuesto la clasificación en tres grados,[119] teniendo a la vista la opción de la libertad, y la necesidad de la mayor previsibilidad posible de la respuesta estatal. De acuerdo con ello, el legislador debe usar, siempre que pueda, elementos descriptivos, en su defecto normativos con significado jurídico, añadiendo aclaración cuando sea preciso, e incluso excepcionalmente, el método ejemplificador; el último grado serían los elementos normativos extrajurídicos, que sólo deberán utilizarse cuando no exista otra posibilidad, procediéndose de manera obligatoria a su precisión o aclaración, mediante una definición legal, o en último término, el mito ejemplificador. Una ley será indeterminada, cuando el legislador no respete este orden, sin que exista una necesidad real para ello.

Formulaciones para marcar la diferencia entre ley determinada e indeterminada, son aquéllas que consideran la ley penal como marco, la determinación de la ley penal en relación con el principio de proporcionalidad, la teoría de la evidencia de la indeterminación, y la del criterio cuantitativo de la indeterminación.

La primera de las tesis, parte de la premisa de la relatividad de la sujeción del juez a la ley penal; la decisión del juez no es sólo una premisa lógica del contenido de la norma, sino que constituye un juicio de valor. La uniformidad, y con ella la seguridad jurídica, se conseguiría mediante decisiones, discutidas por la doctrina, a las que la jurisprudencia vuelve a recurrir, dando lugar a la formación de una opinión común.[120] Los nuevos conocimientos metodológicos obligan, según esta

"el legislador es realmente algo plural", añadiendo, lo que es lugar común en la doctrina, que el legislador puede haberse equivocado al escoger las palabras, pero la ley, una vez aprobada, se independiza de su "autor". Teoría objetiva defendida por la mayoría de la doctrina.

119. Kohlmann. *Der Begriff...*, p. 275 y ss., citado por Madrid Conesa. Op. cit., p. 122-133.

120. Lemmel. *Unbestimmte...*, p. 131 y ss., traslada al campo penal la teoría de los institutos jurídicos, propia del derecho civil; argumenta que, en el ordenamiento jurídico punitivo existen "abreviaturas", y remisiones de leyes penales. Las primeras son conceptos que las leves utilizan sin de-

tesis, a considerar la ley penal como un marco que debe ser rellenado a través del proceso de institucionalización: la seguridad jurídica se logra, no por la ley que no puede conseguirla de forma satisfactoria, sino por los institutos jurídicos.[121]

Para Madrid Conesa, la tesis expuesta sólo soluciona los casos que nunca han presentado problemas, ya que el supuesto de hecho de la norma está suficientemente determinado. Por otra parte, acudir al "expediente de afirmar que en la práctica las cosas suceden de este modo y que el legislador favorece este proceso" no constituye un argumento serio; eso, además de que la Constitución declara la sujeción del juez únicamente a la ley, y no a la doctrina o jurisprudencia anterior.[122]

Quizás la objeción más importante que puede hacerse a esta teoría, es que más que solucionar el problema de las leyes indeterminadas, lo aumenta ya que, a través de este expediente –son la jurisprudencia y la doctrina las que, en último término, determinan la ley–, se proporciona al legislador una "coartada" para incumplir aquello a lo que viene obligado constitucionalmente.[123]

Para el Tribunal Constitucional alemán, "la ley debe determinar los presupuestos de la punibilidad de forma tanto más precisa cuanto más grave sea la pena amenazada".[124] Realmente, con esta teoría nada se consigue en orden

finir expresamente, pero concretados por una jurisprudencia constante, así el término injurias. Las remisiones lo son a costumbres sociales u otras ramas del ordenamiento jurídico, cit. Madrid Conesa, op. cit., p. 136-138.

121. Para Lemmel, op. cit., p. 149 y ss., las funciones de la ley son dos: la social pedagógica y la de control. Mediante la primera, la ley fija las prohibiciones y obligaciones derivadas de normas de cultura, vehículo por el que realmente el ciudadano conoce la prohibición. Igualmente, mediante una "decisión" fija esas normas en aquellas áreas, donde por su íntima relación con la ética, no existe una norma única, dado el carácter pluralista de la sociedad. La función de control la cumpliría la ley junto con los institutos jurídicos.

122. Madrid Conesa. Op. cit., p. 141-143. Para España, la sujeción del juez a la ley se establece en los artículos 117.1 de la Constitución, y 6 de la Ley 50/81, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en relación con el artículo 27 del mismo texto legal.

123. En igual sentido Madrid Conesa, op. cit., p. 144.

124. BVerfG E, tomo 14, p. 251. Para Schroeder, "Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Biespiel des groben Unfugs", *JZ*, 1969, p. 778, esta tesis constituye una "peculiar perversión del principio de proporcionalidad", cit., Madrid Conesa, op. cit., p. 145, ver la crítica a esta tesis.

al problema estudiado, más bien lo contrario, puede provocar una mayor indeterminación legal sobre todo en el momento actual, en el que las leyes penales contemplan hechos "poco significativos", conminados, y esto es importante, con penas diferentes a la privación de libertad, y que, por tanto, podríamos considerar menos grave. Ello aparte de la peculiar forma de entender el principio de proporcionalidad que supone.

Para la teoría de la evidencia de la indeterminación,[125] hay tipos penales en que la indeterminación es tan evidente que devienen inconstitucionales, sin dejar lugar a dudas; evidencia que se produciría cuando el legislador traspasa la parte fundamental de la construcción de las normas penales al juez. La tesis constituye una correcta exposición del problema, al que no da ninguna solución real.

Por último, según Schünemann,[126] el criterio delimitados entre ley penal determinada e indeterminada debe ser cuantitativo; el legislador debe determinar por lo menos el 50% de las conductas que intenten abarcar por el tipo. Para ello divide los elementos del tipo en cuatro grupos, de mayor a menor grado de determinación: 1. Numéricos (absolutamente determinados); 2. De clasificación (descriptivos); 3. De función (normativos); 4. Puros de valor (cláusulas generales). Ninguno de los tres primeros supondría un ataque directo al principio de determinación.

La tesis de este autor, aparte del subjetivismo que puede significar, plantea como problema básico la idea de que el legislador sólo esta obligado a describir "el caso normal de punibilidad", delegando en el juez el tratamiento de los casos excepcionales, lo que, obviamente iría en contra del sistema de división de poderes y del principio de igualdad.[127]

125. Ver su exposición en Madrid Conesa, op. cit., p. 148-150; Stöckel, *Gesetzesurngehung...*, p. 139 y ss.

126. Schünemann. "Nulla poena...", p. 29 y ss., cit. Madrid Conesa. Op. cit., p. 150-156.

127. Para Madrid Conesa, op. cit., p. 156, la tesis de Schünemann tiene a pesar de las críticas expuestas, el mérito de resaltar la necesidad, para la consecución de la determinación, que el

Ninguna de las tesis expuestas proporcionan un criterio definitivo para lograr establecer el concepto de ley determinada, frente a su opuesto ley indeterminada. En algunos casos se limita a exponer el problema y la situación actual, los medios utilizados son incorrectos, o conducen a una ambigüedad que favorece, más que impedir el paulatino proceso de indeterminación legal. Proceso que parece irreversible, dada la proliferación de nuevos campos de intervención penal; muchos de ellos ya regulados en otros sectores del ordenamiento, sujetos a cambios, ya no sólo sociales, sino técnicos y científicos que el legislador debe recoger.

Consideramos que la solución del problema no puede ser separar el tratamiento del principio de legalidad y el de determinación; intentar buscar diferentes fundamentaciones, conduce de forma inexorable a una atenuación del segundo. Por ello, mantener que éste responde a exigencias de previsibilidad de la reacción estatal, está condenado al fracaso.

Tienen razón los autores que han puesto de manifiesto la imposibilidad de conseguir la seguridad jurídica, mediante el conocimiento de la ley por el ciudadano. A pesar de la necesidad de publicación, éste es difícil incluso para el jurista, cuanto más para el lego. Igualmente, y esto es más importante, como se ha señalado por un sector de la doctrina, el conocimiento es mayor cuanto mayor sea la gravedad del hecho, y debería añadirse, cuando el delito pertenece o está cercano al denominado derecho penal nuclear o tradicional. Por el contrario, lo que se conoce por derecho penal accesorio es, en muchos casos, ignorado por la generalidad, desconocimiento que, en algunos supuestos, aumenta por el de las remisiones normativas que integran el tipo en cuestión, y de otra parte, precisamente la regulación extrapenal puede llevar a pensar en su carácter no delictivo.

Por ello, el análisis del principio de determinación, y sus quiebras, debe hacerse a la luz de idénticos criterios que el principio de legalidad: la legitimidad democrática y la igualdad. Una ley será indeterminada cuando confiere un ámbito de discrecionalidad al juez que pone en peligro esta fundamentación, o cuando se delega la competencia por el Legislativo.

3. Las leyes penales en blanco y las remisiones normativas

Por toda la doctrina, y desde hace largo tiempo, se ha destacado el peligro que para la vigencia del principio de legalidad, suponen las leyes penales en blanco y las remisiones normativas, a lo que debe añadirse el empleo de tipos abiertos y cláusulas generales.

El problema se plantea, como ya hemos adelantado, por la imposibilidad de conseguir la absoluta vigencia del principio estudiado; aun cuando la meta sea conseguir el máximo de concreción legal, el instrumento del que el legislador tiene que valerse –el lenguaje–, es de por si impreciso y cambiante.

A esta primera dificultad deben sumarse los derivados de otros fines del derecho penal, la consecución de la justicia y la prevención de lesiones a intereses jurídicos. Como ya hemos dicho, una norma excesivamente determinada, la opción por un método casuístico, impediría las anteriores finalidades, en cuanto devendría de forma necesaria, inútil al poco tiempo de su promulgación.[128] Partiendo de la imposibilidad de taxatividad absoluta,[129] se trataría de alcanzar el máximo posible y la "real vinculación del juez al tenor de la ley".[130] Para ello es preciso que se determine en la ley, de la forma más inequívoca posible, la materia de prohibición.

legislador se plantee como primer paso cual es el campo del ilícito que quiere conminar con una pena: "En efecto, ha de darse toda la razón a este autor cuando afirma que si de la ley no puede extraerse una delimitación de este campo, la ley penal no ser en absoluto determinada. Y para que esta delimitación sea posible es necesario que antes de formularla el legislador tenga claro cuáles son los bienes que mediante la misma se van a proteger y frente a qué tipos de agresiones deben protegerse".

128. Quintero Olivares. Op. cit., p. 46, poniendo en relación los fines del derecho penal, en un Estado como el actual, y el principio de legalidad, afirma: "La sumisión al principio de legalidad hoy, no puede pues conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la *lex stricta et scripta*" y demás garantías: ha de ir más allí y llegar al ideal de justicia materia que el derecho positivo dice perseguir".

129. Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 263, poniéndolo en relación con la finalidad del derecho penal, como medio de resolver conflictos sociales.

130. Silva Sánchez. Op. cit., p. 256; para este autor, p. 258, "se hace preciso dirigir el debate doctrinal hacia la obtención de una síntesis de los fines en conflicto, en la que la necesaria consecución de

3.1 Las leyes penales en blanco y remisiones normativas. Posibles criterios de diferenciación

El concepto de ley penal en blanco no es nuevo en la doctrina; su nombre se debe a Binding,[131] y pueden en principio definirse como aquellas normas en las que falta parte al menos del presupuesto o supuesto de hecho, regulado en otra norma de rango inferior. A partir de Mezger se añaden otras dos modalidades: cuando se encuentra el complemento en la misma ley, o en otra de igual rango, aunque para este autor era esencial que el complemento se encontrara en instancia legislativa diferente. Para García Pablos[132] se trata de un "genuino problema de jerarquía de fuentes, propio de los sistemas federales", que rebasa "los cauces estrechos de la problemática de la ley penal", con importantes implicaciones en todo el ámbito del derecho penal.

Un sector de la doctrina ha distinguido entre leyes penales en blanco en sentido propio, o impropio. Las primeras serían cuando el complemento se encuentra en una instancia diferente; impropias cuando está en la misma ley u otra de igual rango. También, dependiendo de si el supuesto de hecho se encuentra en una norma penal o de otra naturaleza.[133]

En cuanto al rango, la discusión tiene importancia cara, por ejemplo, al tratamiento del error. A pesar de todo y aún a riesgo de ser reiterativos, el problema fundamental se plantea con el principio de legalidad.

otras finalidades de derecho penal no redunde en una pérdida de las garantías formales y materiales de la legalidad".

131. Surgen en Alemania para explicar la autorización o delegación de ley del Reich, para que los Lander o municipios determinaran o complementaran el supuesto de hecho típico. Sobre su origen histórico ver, Stampa Braun, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953; Muñoz Conde. *Introducción al derecho penal*. Barcelona, 1975. p. 18-27; Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona, p. 47-51.

132. García-Pablos de Molina. Op. cit., p. 175-177.

133. Luzón Peña, op. cit., p. 147, para quien sólo sería ley penal en blanco aquella en que el complemento está en una norma no penal.

Junto a las tradicionalmente denominadas leyes penales en blanco, los elementos normativos del tipo pueden suponer, también, una quiebra del principio de determinación, y consecuentemente del de legalidad. Podrían definirse como aquellos que requieren de una valoración, a diferencia de los descriptivos.[134]

La diferencia entre ley penal en blanco y elemento normativo se ha establecido, por un sector de la doctrina, en el carácter explícito o implícito de la remisión; en el primer caso estaríamos ante leyes penales en blanco, en el segundo ante elementos normativos. Para Tiedemann, la diferencia radicaría en el rango de la norma de remisión; la ley penal en blanco se caracteriza porque el presupuesto se encuentra en otra norma emanada de una instancia no legislativa, que sería en definitiva quien ejerce la amenaza legal,[135] para Tiedemann sería "situar el problema en el ejercicio de sus competencias por las distintas instancias con capacidad normativa". Según Cramer, la diferencia consistiría en la función que cumplen en cada uno de los distintos tipos: cuando estamos ante una invocación a otras normas en la valoración de las características típicas, es un elemento normativo; por el contrario, cuando existe una remisión a otras disposiciones, estaremos ante una ley penal en blanco. Mientras los elementos normativos desempeñan una función interpretativa, la ley penal en blanco complementa o conforma el supuesto típico.

Característica, pues de estas últimas, es la delegación en otra instancia del elemento típico. Para García Arán,[136] este constituye un criterio material de

134. Ver Suay Hernández, "Los elementos normativos y el error", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991. p. 102 y ss.

135. Tiedemann. "Blankettstrafgesetz". *Handwörterbuch des Wirtschafts-und Steuerstrafiechts*, 1990. p. 1, para García Arán, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1993, XVI, p. 69, para Tiedeman sería "situar el problema en el ejercicio de sus competencias por las distintas instancias con capacidad normativa". Cramer, en Schöncke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, comentario al párrafo 15, cit. García Aran. Op. cit., p. 70.

136. García Aran, *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, ECP, 1992/1993, p. 71.

diferenciación, que supera los meramente formales antes dichos; lo importante no es el rango de la norma de remisión, o si ésta es explícita o implícita, sino la función que cumple; interpretativa o constitutiva de la tipicidad.

Cara al principio de legalidad, y consecuentemente al de determinación, aun considerando correcta la afirmación de la autora antes citada, debe insistirse en la importancia de la jerarquía de la norma de remisión, lo que, de alguna manera ella misma admite: "porque el legislador deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico"; es decir, el legislador "delega" su exclusiva competencia en otras instancias no "legislativas" en sentido estricto. El problema, pues, de este tipo de normas radicaría, en relación con nuestro trabajo, en su conformidad con el principio de legalidad, no entendido en su faceta de previsibilidad de la reacción estatal, o garantizador de la seguridad jurídica, sino en el de la legitimidad democrática que supone.[137]

De acuerdo con García Arán, y en la línea seguida en este trabajo, habría que distinguir entre las remisiones en bloque, y las interpretativas; en las primeras "la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico", en las interpretativas, "la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico".[138] Dentro del sector del derecho penal socioeconómico no podemos olvidar que las remisiones no son sólo a normas administrativas, pudiendo ser a normativa comunitaria, o incluso de derecho privado.[139]

Dentro de los primeros (en bloque) todavía sería posible distinguir entre totales y parciales, según la ley penal se limite a establecer la sanción, delegando la delimitación del ámbito de lo prohibido, o la remisión sea únicamente de algunos aspectos del tipo.

137. García Aran. Op. cit., p. cit.

138. En este sentido, aunque sin referirse a la legitimidad democrática, tiene razón García Arán, op. cit., p. cit., cuando dice que la importancia de la distinción se sitúa "en la individualización de los problemas que aparecen en las distintas remisiones".

139. Martínez-Buján Pérez. *Derecho penal económico.* Parte general. Valencia, 1998. p. 123.

Otras clasificaciones son: estática y dinámica, de primer y segundo grado, expresa y concluyente.[140] Se habla de remisión estática cuando lo es a una concreta disposición, tal como la normativa extrapenal la contempla en ese momento. Dinámica cuando la remisión lo es a la redacción vigente en cada momento. La importancia, cara al ámbito temporal de la ley penal es clara: en el primer caso, una modificación de la normativa de remisión no afecta al tipo penal, aunque si puede plantearse problemas en relación con la vigencia de la ley penal.

Remisión de primer grado es cuando la ley penal remite a otra norma directamente. De segundo grado, cuando a su vez, la disposición no penal, remite a otra, estableciendo una cadena de remisiones; cuanto más amplia sea, mayor podrá ser la vulneración del principio de legalidad.

Se denomina remisión expresa, cuando la ley penal fija con claridad los preceptos que complementan la determinación típica. Concluyente cuando la remisión es tácita, a través de la introducción de un elemento valorativo-jurídico.[141]

La distinción entre elementos normativos jurídicos[142] y leyes penales en blanco se ha relativizado, al menos para un sector de la doctrina.[143] Es cierto que pueden establecerse distinciones y clasificaciones, pero consideramos que los problemas básicos en esta materia son dos: su relación con el principio de legalidad y sus consecuencias, y el tratamiento que deba darse al error en estos casos.

140. Ídem, ibídem, p. 123-124, citando a Silva Sánchez, *La ley penal en blanco, concepto y cuestiones jurídicas* (inédito), Barcelona, 1990, p. 24 y ss.

141. Para Silva Sánchez, op. ult. cit., p. cit., apud Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 125, aunque la doctrina no se ha preocupado en profundidad de ello, esta clasificación es de importancia para destacar la vinculación entre los elementos normativos jurídicos y las leyes penales en blanco.

142. Para Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 125, caso distinto son aquellos elementos normativos sociales, en los que la ley remite a una norma social "que radica en la sociedad". Tiene razón este autor al afirmar que, esta técnica no tiene relación con la de las leyes penales en blanco, aunque, indudablemente, la vulneración el principio de determinación, y por tanto de legalidad, es mayor. No vamos a entrar en el análisis de estos elementos, por cuanto dentro del derecho penal económico, la remisión es, casi en la totalidad de los casos, a normativa jurídica extrapenal.

143. Ver sobre ello, además de lo ya citado, Luzón Pena, op. cit., p. 149.

Obviando el segundo problema, que no constituye el objeto del trabajo, vamos a fijarnos en el primero de ellos.

3.2 Leyes penales en blanco, remisiones normativas y cláusulas de autorización: su relación con el principio de legalidad

Tal como acabamos de decir, el problema en relación con el principio de legalidad, obliga a relativizar la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos. Lo importante, como mantiene en nuestra doctrina Silva Sánchez, entre otros,[144] es que la remisión sea prescriptiva, es decir, se establezcan prohibiciones o mandatos en la norma no penal, o descriptiva, definiciones contempladas en la norma no penal.[145] Con la única salvedad, en el primero de los casos que no constituyan "elementos de valoración global del hecho".[146]

La expresión "elementos de valoración global del hecho", proviene de Roxin,[147] para quien no es posible hablar de tipos abiertos, por cuanto suponen negar que la tipicidad sea ya un indicio de la antijuricidad; para este autor, lo que existe son circunstancias que fundamentan la valoración global del hecho, y que forman también parte del hecho. Frente a esta tesis, otro sector de la doctrina considera que es posible que algunos tipos penales exigen expresamente la antijuricidad de la conducta, utilizando "elementos especiales de la antijuricidad", o "elementos del deber jurídico". En estos denominados tipos abiertos, la remisión sería a la totalidad del ordenamiento, frente a los cerrados que lo serían a normas

144. Silva Sánchez. Op. cit., p. cit.; Martínez-Buján Pérez. Op. cit., p. 126.

145. Lo que en cierto modo es coincidente con lo manifestado por García Arán, op. cit., p. 68 y ss., y Tiedemann, op. cit., ps. cits., sobre la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos jurídicos, en función del papel que la remisión cumple en la determinación del tipo: lo importante es si conforma la tipicidad, o es un mero elemento interpretativo.

146. Sobre la diferenciación, ver Luzón Peña, op. cit., p. 352-356.

147. Roxin. *Teoría del tipo penal.* Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Trad. Bacigalupo. Buenos Aires, 1979; también Offene, *Tatbestende und Rechtsplichtmerkmale*, 2. ed., Hamburgo, Gram de Gruyter, 1959, Berlín, 1970, citado por Luzón Peña, op. cit., ps. cits.

concretas; en los primeros se obliga "al juez a completar de este modo la descripción típica, con lo cual se remite a la totalidad del ordenamiento jurídico".[148]

Los problemas que esta técnica jurídica suponen, versan fundamentalmente sobre el tratamiento del error, ya que si se consideran integrantes de la antijuricidad, debería apreciarse un error de prohibición, diferencia salvada por un sector de la doctrina actual, que se inclina por otorgarles igual trato que al resto de los elementos del tipo.[149] Pero, a pesar de ser esta opinión mayoritaria, consideramos que la inclusión de estos elementos de valoración global del hecho, siguen, al igual que los restantes, planteando problemas en relación con el principio de determinación. En uno de los ejemplos propuestos por Luzón Peña,[150] el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 312, "los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra", admitiendo que ilegal es una remisión a la totalidad del ordenamiento jurídico, no cabe más remedio que concluir que el margen de inseguridad es alta, o por lo menos puede propiciarlo, ya que, en cierta medida lo que se considera ilegal dependerá de lo prohibido en otras normas, como todas cambiantes en el tiempo.[151]

148. Luzón Peña. Op. cit., p. 352 y bibliografía allí citada. En sentido crítico a esta categoría, Cobo del Rosal; Vives Antón, op. cit., p. 313.

149. Sobre ello, y en relación con los delitos socioeconómicos, ver Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 177 y ss., y bibliografía allí citada. Para Luzón Peña, op. cit., p. 355, a pesar de mantener esta categoría, la distinción "tampoco tiene tanta transcendencia práctica", ya que, desde la teoría de los elementos negativos del tipo, también en los abiertos, "debe distinguirse el conocimientos de los presupuestos de la valoración negativa global y consiguiente prohibición, que es siempre necesario para el dolo y cuya ausencia lo excluye como error del tipo (ya que, como hemos visto, tales presupuestos son por remisión elementos del tipo), y conocimiento de la propia desvaloración global y prohibición jurídica de la conducta, que no es necesario para el dolo, sino para la plena culpabilidad, por lo que el desconocimiento de la desvaloración misma no es sino un error de prohibición que sólo afecta a la culpabilidad". Lo característico de estos tipos, op. cit., p. 354, para el citado autor es la inversión de "la relación regla-excepción", de forma que la realización de los restantes elementos típicos no supone aún una perturbación de bienes jurídicos.

150. Luzón Peña. Op. cit., p. 354.

151. Piénsese que, de acuerdo con la concreta política laboral de cada momento, la normativa puede ser mas o menos restrictiva de una actividad, el tráfico de mano de obra, en principio lícita. En cualquier caso, el tipo recogido en el artículo 312. 1 del CP parece pretender abarcar todos

Con todo, en el aspecto que nos ocupa, la distinción fundamental de hacerse a la vista de la jerarquía de la norma de remisión. Cuando tenga igual rango, ley orgánica, no se plantearan problemas, en principio, con el principio de legalidad, ya que puede seguir manteniéndose la legitimidad democrática; supuesto inexistente en el ámbito de los delitos socioeconómicos, donde la remisión es a normas de rango inferior.

Dentro de este sector del derecho penal, las remisiones son a leyes ordinarias, de comunidades autónomas, reglamentos, actos administrativos, tratados y disposiciones internacionales y comunitarias. Debemos recordar que, cuando hablamos de reserva de ley en materia penal, nos estamos refiriendo a algo diferente a la previsibilidad de la reacción estatal y al conocimiento de la norma. Fundamentar esta reserva en ello, responde a una visión preventiva; el principio de legalidad no pretende, y es así desde sus inicios, meramente informar al ciudadano de las consecuencias de sus actos, y limitar la función del juez, por el contrario, la seguridad jurídica debe cifrarse, además, en que las restricciones de libertad que comporta el empleo del derecho penal, emanen del Poder Legislativo, como órgano representativo de la voluntad general, lo que a su vez garantiza la igualdad de todos ante la ley.[152]

A pesar de lo anterior, la técnica de las leyes penales en blanco, o las remisiones normativas se emplea por el legislador con frecuencia, sobre todo en materias como el derecho penal económico, sujetas a necesidades cambiantes. Centrar sólo el problema en una concreta, exhaustiva descripción del hecho que permita su conocimiento, significa obviar uno de los aspectos fundamentales, como acabamos de decir.

aquellos no contemplados en el Título XV, lo que todavía puede aumentar mas la inseguridad jurídica, y en relación con ello basta pensar en los actuales problemas planteados con las empresas de trabajo temporal.

152. García Aran. Op. cit., p. 82. "La reserva de ley y la garantía material contenida en el principio de legalidad pretenden, además, que las conductas punibles predeterminadas por el legislador lo sean de modo general y uniforme para todos los sujetos destinatarios de la ley en el territorio de vigencia (...)".

Tal como afirma García Arán,[153] aun cuando el mantenimiento absoluto del principio de legalidad obliga a negar la viabilidad de remisión a normativa de rango inferior, en España las posiciones de la doctrina son diversas. Desde autores, como Cobo del Rosal y Vives Antón,[154] que rechazan cualquier utilización de esta técnica, pasando por la "resignada" aceptación de la doctrina mayoritaria,[155] hasta aquellos que la consideran aconsejable.[156]

En este punto es aconsejable retomar las clasificaciones efectuadas por Silva Sánchez y García Arán, distinguiendo según la remisión sea en bloque o parcial, establezca la prohibición o mandato, o bien defina el supuesto típico. Y de acuerdo con ello, abandonar en este aspecto la distinción de ley penal en blanco, remisión normativa. Lo importante sería por un lado la jerarquía normativa, y por otro si la norma penal a pesar de todo, cumple el mandato de determinación o taxatividad.

En relación con la jerarquía, como ya hemos dicho, sólo la ley penal en blanco en sentido propio (remisión a norma de menor rango), infringiría el principio de legalidad, al producirse una delegación en instancias no competentes en

153. García Aran. Op. cit., p. 82.

154. Cobo del Rosal; Vives Antón. Op. cit., p. 119.

155. Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal.* Parte general. Barcelona, p. 74; Casabo Ruiz. Op. cit., p. 260; Luzón Peña. Op. cit., p. 150.

156. Rodríguez Ramos. Op. cit., p. 306, para este autor una remisión normativa proporciona una mayor seguridad, que el empleo de cláusulas generales, donde se deja a la interpretación judicial la determinación del carácter punible del hecho. Aunque ello pueda ser cierto, no debe olvidarse que significa un abandono del principio de legalidad, por lo menos tal como aquí se ha defendido. Por otra parte, como manifiesta García Aran, op. cit., p. 82, algunas remisiones indiscriminadas a reglamentos "obligan en ocasiones a debatirse en auténticas selvas normativas, que no por publicadas y vigentes dejan de ofrecer dificultades para precisar el ámbito exacto de la punición". Para Bacigalupo, *Curso de derecho penal económico*, Madrid, 1998, p. 40, las leyes penales en blanco, "pueden, sin embargo, adquirir significado constitucional cuando la norma complementados proviene de una instancia que carece de competencias penales". Para este autor, la discusión en torno a este tipo de leyes, es "puramente nominalista y de reducido interés dogmático". A pesar de ello, al admitir la significación constitucional en los casos dichos, que conecta con la legislación autonómica fiscal, de alguna manera, se cuestiona la adecuación de estas técnicas a las exigencias constitucionales, ya que en España, de acuerdo con la Constitución, sólo el Poder Legislativo tendrá competencia penal.

materia penal, con lo que ello significa para la legitimidad democrática de la norma. Admitida por la mayoría de la doctrina la "amarga necesidad" de estas técnicas penales, la cuestión se ceñiría a establecer sus límites constitucionales.[157]

3.3 La tesis del Tribunal Constitucional

La tesis mantenida por el Tribunal Constitucional puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1. Reserva absoluta de ley en la materia penal, recogida en el artículo 25. 1 de la Constitución (Sentencias 30 de marzo de 1981, 7 de mayo de 1981, 23 de febrero 1984 y 11 de noviembre de 1986, entre otras).

2. Sólo será necesaria ley orgánica cuando resulte afectado el derecho a la libertad del articulo 17 de la Constitución (Sentencias de 3 de febrero de 1984, 11 de noviembre de 1986 y 16 de diciembre de 1986).

157. Para Mestre Delgado, "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 509, los argumentos empleados no permiten afirmar la conformidad o contrariedad con la Constitución de esta técnica normativa. Aunque el concepto democrático de la reserva de ley debería haber encontrado acomodo en el texto constitucional, "es difícil, de esta manera, sostener que alguno de los argumentos expuestos, permita, por sí, declarar en su día la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco", op. cit., p. 511. Para este autor, la justificación de las leyes penales en blanco seria, en primer lugar el propio artículo 25.1 de la Constitución, que no establece una reserva de ley, deficiencia señalada también por Lamarca Pérez, "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española", *Revista española de Derecho Constitucional* 20/102, 1987, y Cobo del Rosal y Boix Reig, "Garantía penal", *Comentarios a las leyes políticas*, dirigido por Alzaga Villamil, T. III, Madrid, 1983, p. 67-68, aunque estos últimos no admitan la constitucionalidad de las leyes penales en blanco. En segundo lugar, no parece, para Mestre Delgado, posible sostener la reserva de ley cuando la pena impuesta no es privativa de libertad. Por último, "la intervención de la administración en la configuración de los tipos penales se debe, no a la fuerza expansiva del Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo, sino precisamente, a una autorización que se otorga a aquel, en ejercicio de la soberanía popular que encarna". Ver en este sentido Rodríguez Ramos, op. cit., p. 85. Debe recordarse que el artículo 82 de la Constitución prohíbe la delegación sobre materias incluidas en el artículo anterior. La posibilidad apuntada por Mestre Delgado, conlleva, obligatoriamente, entender que no toda la materia penal esta sujeta a la reserva de ley orgánica. En relación con la necesidad de la ley penal en blanco, ver Bustos Ramírez, op. cit., p. 85; Mena Álvarez, "La ecología como bien jurídico protegido", *Revista Jurídica de Cataluña*, n. extraordinario, 1980, p. 141; Rodríguez Ramos, "Protección penal del ambiente", *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, p. 274; Lamarca Pérez, op. cit., p. 112-113.

3. La ley es la única fuente en materia penal, única que vincula la juez, consecuencia de un concepto democrático de ley (Sentencias de 24 de julio de 1984, 17 de febrero, 7 de abril de 1987 y 9 de julio de 1984).

4. Consecuencia de lo anterior es el principio de tipicidad: fijación de las conductas y sanciones, para de esta forma conseguir la seguridad jurídica (Sentencias de 15 de octubre de 1982, 2 de noviembre de 1983, 27 de mayo de 1985, 7 de abril de 1987, 21 de enero de 1988, 30 de enero de 1981, 20 de marzo de 1981, 30 de noviembre de 1982, 21 de julio de 1987 y 8 de junio de 1988).

5. Esta reserva de ley es compatible con la "colaboración reglamentaria" (Sentencia de 21 de enero de 1988), justificándolo la Sentencia de 17 de julio de 1985, en que puede ser "debida y obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada de normas reglamentarias".

Criterio seguido por la mayoría de la doctrina, o como dice Carbonell Mateu, "cabe decir que desgraciada pero necesariamente, hemos de conformarnos con que la ley contemple el núcleo esencia de la conducta".[158] Quedaría, pues, por determinar que constituye el "núcleo esencial de la prohibición", que para la Sentencia 127/90, de 5 de julio, debe vincularse con la exigencia de certeza, y "la remisión al reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado" (en igual sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 29 de julio de 1985). Núcleo esencial que vendría dado por el establecimiento en la ley de las conductas permitidas y prohibidas;[159] la Sentencia 24/96, de 13 de febrero considera satisfecho el principio de legalidad, cuando "se da la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada".

158. Carbonell Mateu. Op. cit., p. 119.

159. Ídem, ibídem, p. cit.; Mestre Delgado. Op. cit., p. 515.

La remisión debe, además ser expresa, según la sentencia antes citada, y justificada por el bien jurídico protegido en la norma penal, reduciéndose a ser "un complemento indispensable".[160] Como consecuencia, el Tribunal Constitucional ha establecido la inconstitucionalidad de la delegación de competencia legislativa, "transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar siquiera cuales son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

Así, se cumpliría con la reserva de ley, siempre que la remisión al reglamente, fuera expresa, estuviera justificada por el interés protegido, o la naturaleza de las cosas, y el núcleo esencial de la prohibición se encontrara en la ley, admitiendo como necesaria la colaboración reglamentaria. A pesar de ello, como manifiesta al menos un sector de la doctrina,[161] la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional es imprecisa, y puede conducir a vaciar de contenido las propias garantías establecidas por la jurisprudencia de él emanada.

Para Bacigalupo,[162] la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de octubre de 1990, en relación con la materia fiscal, adopta la "teoría de la esencialidad", que exige una decisión del legislador sobre todas las cuestiones "esenciales que afecten ámbitos normativos básicos y sobre todo en materia de derechos fundamentales". Para este autor, no sería posible, a pesar de la anterior sentencia, mantener la constitucionalidad de una autorización genérica, requiriéndose que sea pormenorizada.

160. Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984.

161. García Aran. Op. cit., p. 85 y ss.

162. Bacigalupo. Op. cit., p. 41-42. Para este autor, op. cit., p. 41, el artículo 81 de la Constitución consagra la reserva de ley orgánica para las penas que afectan derechos fundamentales, "si se trata de otros derechos constitucionales sólo se exige una ley (art. 53.1 CE). El artículo 81, no se pronuncia en cambio, "sobre las exigencias que debe cumplir el precepto complementado. De todos modos, es evidente que si el precepto importa una limitación de derechos fundamentales, serán de aplicación las mismas reglas y la limitación deberá ser autorizada por ley orgánica". Se aproxima así este autor a la tesis que mantiene la necesidad de ley orgánica por la pena impuesta o la afectación de derechos fundamentales en el presupuesto de la sanción, pero no haciendo extensiva esta necesidad a toda la materia penal.

Para García Arán,[163] "el ámbito de lesión o puesta en peligro del bien jurídico debe ser seleccionado por la ley penal y deben serlo también, las conductas mediante las cuales se lleva a cabo tal afectación del bien jurídico".[164] Deberían, pues, declararse inconstitucionales remisiones genéricas a la reglamentación, donde lo ilícito se determina en la norma de remisión, limitándose la ley penal a contemplar una conducta, en principio no prohibida.

También siguiendo a la autora antes citada, la distinción entre lo que, para el Tribunal Constitucional, constituye "núcleo esencial", y lo que podría considerarse "accidental" resulta ambigua y artificiosa. Por estos últimos debe entenderse cualquiera no necesario para conformar la tipicidad; los contemplados en el actual artículo 14.2 del CP, cuya virtualidad ser cualificar o agravar el hecho, el resto debe considerarse esencial, y esta naturaleza tienen, en principio, las remisiones normativas, como por ejemplo la prevista en el artículo 364 del Texto Punitivo: "El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados (...)". La ausencia de autorización administrativa no es un "elemento accidental", aun cuando el tipo requiera que, además, sean "susceptibles de causar daños a las personas". Es cierto que, en este caso, el ámbito de protección penal no coincide con el administrativo, al exigirse la potencialidad del daño, pero ello no significa que la remisión prevista no deba considerarse incluida en el núcleo de la prohibición.

Debe, a este respecto tenerse en cuenta además que, frente a lo mantenido tradicionalmente, en relación con la más adecuada tutela que proporcionan estas remisiones, es posible el efecto contrario. En el ejemplo propuesto, por muy nociva que resulte la adulteración, no será constitutiva de delito, siempre que el aditivo o agente utilizado este autorizado, aún cuando el autor conozca la nocividad, el grave riesgo que supone para la salud de las personas.

163. García Aran. Op. cit., p. 85 y ss.

164. Ídem, ibídem, p. 85, para esta autora el "legislador debe configurar claramente lo que conocemos como desvalor de acto y desvalor de resultado".

De acuerdo con lo anterior, los denominados por García Arán, remisiones en blcque, totales o parciales, devendrían inconstitucionales, sin que sea posible una interpretación que salve esta tacha, ya que seria conceder tan amplio margen de arbitrio judicial que, necesariamente, sufriría la seguridad jurídica.

Si cumplen, por el contrario con la reserva de ley, las denominadas remisiones interpretativas o descriptivas, con una mera función aclaratoria, no conformadora de la tipicidad, significado establecido además por el legislador, aunque en una norma diferente a la penal.[165] Conformidad con el principio de legalidad que faltará cuando no exista un "parámetro objetivo" que dote a este elemento de un significado unívoco.[166]

3.4 Las cláusulas generales

Queda por último dentro de este apartado, referirnos a las denominadas cláusulas generales, utilizadas por el legislador en el campo de los delitos socioeconómicos con mayor frecuencia que la deseada.[167] En ellas, se renuncia al establecimiento de reglas para la valoración de conductas, y se priva al juez de la posibilidad de acudir a "un método firme para la aplicación de la norma", debiendo juzgar "con arreglo a sus propias convicciones subjetivas".[168]

165. Aunque para García Aran, op. cit., p. 85, "ello plantea, obviamente los conocidos problemas sobre el grado de conocimiento que cabe exigir respecto a los mencionados elementos y su relación con el problema del error". Sobre esto último ver, entre otros Muñoz Conde, *El error en derecho penal*, Valencia, 1989, p. 57 y ss. En referencia con el derecho penal económico y los términos normativos jurídicos, Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 177 y ss., y bibliografía allí citada.

166. Madrid Conesa. Op. cit., p. 190. Puede citarse como ejemplo, en la legislación actual, los elementos "vehículo de motor", "ciclomotor" o "vía pública", dentro de los delitos contra la seguridad del tráfico, definidos en la reglamentación del sector.

167. Para Madrid Conesa, op. cit., p. 191-192, el origen de la expresión "cláusulas generales", "las mas de las veces sin una aclaración más próxima sobre su contenido, esté en que ésta fue la expresión que utilizo Hedemann como título de su muy citada obra *Die Flucht in die Generalklauseln*, en donde calificaba el problema planteado por la penetración de las mismas en el mundo jurídico como "probablemente la cuestión más importante que hay para los juristas del siglo veinte", Tübingen, 1953.

168. Ídem, ibídem, p. 193.

Consistirían, pues, en la utilización de una técnica legislativa en exceso amplia, mezclando supuestos que, penalmente, deberían recibir tratamiento diverso, obligando al juez a realizar la tarea diferenciadora, competencia del legislativo; son conceptos sin límites exactos, aunque de naturaleza normativa, donde la valoración debe hacerse con criterios extrajurídicos. Para Madrid Conesa, la libertad para la decisión subjetiva del juez, hace que constituyan una "laguna *intra legem*, lo que equivale a decir que no existe norma para el caso concreto".[169] Para este autor, siguiendo a Grasso,[170] uno de los motivos de la proliferación de estas cláusulas generales serían "las tentativas del Estado de sostener mediante sanciones penales la acción de intervención pública en la economía, (...) aunque quizá de esta forma lo que se pretende es dar un margen para la actuación discrecional de la administración y no tanto de los jueces".[171]

Parece fuera de toda duda que, el empleo de estas cláusulas generales suponen una vulneración del mandato de determinación, derivado del principio de legalidad. En ellas se delega en instancia diferente a la legislativa el establecimiento de los supuestos épicos, que deberá hacerse de acuerdo con normas o reglas no jurídicas, en último término con la valoración subjetiva del juzgador.

Esta deplorable técnica legislativa, se opone en ocasiones al método casuístico, sólo admisible cuando el legislador quiere tomar en cuenta diferencias

169. Madrid Conesa. Op. cit., p. 192-196.

170. Grasso. *Il principio nullum crimen sine lege nena Constituzione italiana*. Milán, 1972. p. 173.

171. Madrid Conesa. Op. cit., p. 200. El resto de los motivos para la introducción de las cláusulas generales serian, para el citado autor: 1. La tendencia a restablecer formas de jurisdicción libre y equitativa, relativizando la exigencia de determinación para conseguir la justicia material; 2. Tendencias de inspiración política absoluta o totalitaria, que en el caso de régimen democráticos, siguiendo a Grasso, existirían cuando se pretende proteger intereses jurídicos, sobre todo determinadas concepciones morales o en derecho penal político, de forma totalitaria, sin las distinciones que impone la naturaleza fragmentaria del derecho penal; 3. Concepciones antropológicas y criminológicas, que ponen en primer lugar la valoración comprensiva de la personalidad natural y biopsíquica.

importantes, "y cuando esté seguro, y esto es importante, de haber encontrado los criterios correctos para un tratamiento diferenciado".[172] El que sea preferible una regulación general, no supone sustituir el método casuístico por cláusulas generales, de arbitrio.

En derecho penal económico español, expresiones tales como, "que el beneficio posea especial trascendencia económica", "que el daño causado revista especial gravedad" (art. 271), "revistan especial gravedad (...) o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados" (art. 276.1), "que el beneficio obtenido sea de notoria importancia", "que se cause grave daño a los intereses generales" (art. 286, 2.ª y 3.ª), entre otras, suponen dejar un margen de arbitrio en manos del juez incompatible con el principio de legalidad. Aunque como ocurre en el artículo 286, el beneficio de notoria importancia deba superar los setenta y cinco millones de pesetas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 285, queda en el aire la duda de si, a partir de dicha cantidad se puede considerar aplicable el artículo 286, 2.ª, o por el contrario el beneficio debe exceder en mucho a esa cifra. Por otra parte, no se entiende muy bien, porque sólo se agrava por la notoria importancia del beneficio, y no del perjuicio, mas cuando en la circunstancia 3.ª del mismo precepto, la agravación lo es por el perjuicio a los intereses generales, donde de nuevo se plantea la duda: ¿cuándo es grave?, y además, ¿cuándo afecta a dichos intereses?, mas si pensamos que un delito socioeconómico debe hacerlo mediata o inmediatamente siempre.[173]

Estas cláusulas generales pueden provocar, por lo menos hasta la formación de una decisión mayoritariamente asumida, diversos tratamientos para supues-

172. Ídem, ibídem, p. 220.

173. Los problemas se agravan cuando se considera la cuantía (setenta y cinco millones) resultado del delito. En igual sentido, en cuanto a la vulneración del principio de legalidad Madrid Conesa, op. cit., p. 221. Manteniendo que la cuantía forma parte del tipo de injusto, ver entre otros Martínez-Buján Pérez, op. cit., p. 141 y ss.; Valle Muñiz, *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Barcelona, 1996, p. 782; Gómez Rivero, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996, p. 183. En contra, Bacigalupo, "El nuevo delito fiscal", *Actualidad penal*, n. 45, 1995, p. 890, entre otros.

tos iguales, quebrantándose de esta forma el principio de igualdad y seguridad jurídica, al perderse la certeza en la aplicación de la ley. Es posible que su empleo responda a la necesidad de adecuar la ley a las circunstancias sociales,[174] e incluso a la diferente gravedad del hecho; no es lo mismo defraudar dos millones que doscientos. Pero tampoco esta justicia material se consigue con el empleo de estas técnicas legislativas: la jurisprudencia en relación con la mayor gravedad de la estafa, por la cuantía del perjuicio, ha venido señalando los límites, cambiantes en el tiempo, pero a pesar de ello, por encima de esa cantidad la pena no varía, posiblemente de igual trescientos que tres mil millones.[175]

4. Conclusiones

Como conclusión de todo lo expuesto, se puede decir que el principio de legalidad, ya superado un primer momento, otorga legitimidad democrática al derecho penal, al vincular la legislación punitiva a la voluntad general, garantizada tanto por provenir del órgano que ostenta su representación, como por el proceso de elaboración de las leyes, al permitir tomar en cuenta la opinión de las minorías.

En un Estado Constitucional, como el nuestro, la ley sin dejar de ser la expresión suprema de esa voluntad general, no por eso deja de estar sujeta al control de constitucionalidad, lo que potencia la función jurisdiccional.

Por todo lo anterior, la ley es la única fuente creadora de delitos y penas; la reserva de ley debe ser absoluta en toda la materia penal, que al afectar en todo caso, a derechos fundamentales deberá tener el rango de orgánica. Afección que se produce por la restricción de la libertad que supone la tipificación de conductas como delictivas, y no por la naturaleza de la pena impuesta.

174. Son de sobra conocidos en la antigua regulación del delito de estafa, al no permitir diferenciar, a efectos de pena, en función de la diversa gravedad.

175. A pesar de ello, no deja de sorprender el amplio margen de arbitrio en la individualización de la pena previsto en el artículo 250, 1, del CP, de uno a seis años de prisión. En cualquier caso, de no concurrir circunstancias agravantes, la pena con independencia de la cuantía, no puede sobrepasar los tres años.

Además, sólo la ley garantiza la igualdad y seguridad jurídica, en los términos expuestos en este trabajo: la previsibilidad de la reacción estatal no puede fundamentar la vigencia y necesidad del principio de legalidad. Tampoco intereses preventivos, por cuanto supondrían una merma de su función garantista.

El mandato de determinación tiene idéntico fundamento que el principio de legalidad, del que es consecuencia. La taxatividad de las leyes penales garantiza el respeto a esa voluntad general, y por tanto el derecho al pluralismo y participación de todos. Remitir la descripción del supuesto típico a otras instancias, no vulnera la certeza, sino la legitimidad democrática.

Consecuentemente, las remisiones normativas, no podrán efectuarse en bloque, ni ser prescriptivas, la delimitación de hechos subsumibles debe efectuarse por la propia norma penal. La distinción entre núcleo esencial y accidental de la ley, mantenida por el Tribunal Constitucional y un importante sector de la doctrina, es ambigua; elemento accidental es sólo el previsto en el artículo 14.2 del CP, y debe estar, también, determinado en la norma penal.

No plantean, por el contrario, problemas con el principio de legalidad, las remisiones interpretativas o descriptivas, siempre que exista un parámetro objetivo claro de interpretación.

Tampoco son acordes con la vigencia de este principio, las remisiones no expresas, efectuadas al conjunto de normas que rigen un sector o actividad, como ocurre, entre otros casos, en los delitos contra los derechos de los trabajadores.

El mandato de determinación obliga a renunciar al empleo de las cláusulas generales, por el amplio margen de arbitrio judicial que comporta, sin establecer criterios objetivos claros de valoración. Además de la inseguridad jurídica que producen, en términos de certeza, significan delegar la competencia legislativa en otra instancia, la judicial, quebrando la legitimidad democrática. Tampoco, como solución, es conveniente acudir al método casuístico, por lo que significa o puede significar de lesión al principio de igualdad; sólo cuando las diferencias estén suficientemente fundamentadas, encontraría justificación esta técnica legislativa.

Como resumen final, sólo cuando existan razones suficientes que hagan imprescindible la remisión normativa, podrá utilizarse, y siempre que en la ley se contenga de forma clara e inequívoca el contenido de la prohibición y la sanción, sin que puedan prevalecer en contra supuestas razones de justicia material. En definitiva, se trata de encontrar una síntesis entre las distintas finalidades del derecho penal, no limitadora de garantías constitucionales.

El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financiero (art. 4.º de la Ley 7.492/86)

Raúl Cervini

Profesor de Derecho Penal en la Universidad Mayor de la República y Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Secretario General para América Latina y 2° Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

Sumario: 1. Planteamiento – 2. El referente de los principios de garantía – 3. A modo de resumen.

1. Planteamiento

Nos proponemos realizar algunas consideraciones generales sobre el art. 4 de la Ley 7.492, de 16 de junio de 1986, en particular, si con la fórmula legal "geris fraudulentamente instituição financeira" se da la existencia de una norma incriminatoria, *suficientemente determinada*, que pueda operar instrumentalmente para discernir lo que Welzel llamaba la *materia de la prohibición*, esto es, el aspecto de conducta humana que el legislador pretende *visualizar* y *reprimir*. Este aspecto atañe a la concreción del principio de legalidad en leyes suficientemente determinadas.

Estamos ante un tema verdaderamente relevante y en varios sentidos. Es, en un todo, una cuestión de constitucionalidad, en la medida en que la competencia del legislador debe ser respetada a partir del legislador mismo.

Pero es también, en el hipotético supuesto de un habeas corpus, una cuestión que involucra el análisis de la idoneidad del instrumento mismo, que es el tipo legal, para concretar suficientemente la materia de la prohibición; la *tipicidad determinable* de la conducta prohibida. Con ello se llega a lo medular de las garantías, portada general del Estado Democrático del Derecho.

2. El referente de los principios de garantía

1. Nos debemos remontar a la fomentadora época de transición, entre los siglos XVIII y XIX, cuando Feuerbach, tal vez haya expresado por primera vez el principio de legalidad (cuya formulación actual y más sencilla parece ser "no hay delito sin previa ley que lo establezca") dentro del contexto de una teoría del delito.[1]

El principio aparece directamente relacionado con su doctrina de la prevención general negativa, o de la intimidación: el hombre busca en el delito satisfacer los impulsos de su sensualidad, ya sea en la realización de los actos mismos o en sus resultados; como forma de anulación del impulso de sensualidad aparece la pena, la que se constituye en la expectativa de un daño, de un gravamen que la persona sufriría y que sería necesariamente mayor que el perjuicio o gravamen derivado de la represión de ese su impulso de sensualidad. En otras palabras: el hombre racional hará una suerte de tasación entre lo que pierde por abstenerse de delinquir y lo que perdería por no hacerlo y, como saldo de dicho balance, adver-

1. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach: *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 64, parágrafo 21: "El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un *crimen*. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado".

tirá como mayor el gravamen derivado de la pena que el de la represión del impulso de sensualidad, y la tendencia será a abstenerse de delinquir.[2]

2. Por cierto, esta visión germinal del principio de legalidad, que básicamente reclamaba la determinación legal de la conducta como soporte de conocimiento para que funcionara adecuadamente la intimidación de la pena (para que cada quien supiera a qué atenerse y cuál era la conducta, la prohibición de cuya realización se le conminaba) trascendió desde su marco originario dentro de una específica teoría de la pena (por otra parte, y en sí misma, tan cuestionable y cuestionada), para convertirse en el fulcro sobre el que asienta y se posibilita la libertad. Nadie sabría a qué atenerse ni cómo actuar si, como ocurría bajo el Absolutismo, pudiera ser castigado por cualquier hecho (es paradigmático en tal sentido el art. 105 de la Carolina, que sometía al Consejo Imperial la decisión sobre la criminalidad de aquellos casos no expresamente previstos por dicho Código) o por cualquier motivo.

Los procesos de constitucionalización, legislación y aportes doctrinarios que acompañaron y subsiguieron a la enunciación del mencionado principio extrajeron de él conclusiones absolutamente trascendentes para la libertad: la prohibición de recurrir a la analogía en materia de interpretación de la ley penal (lo que significa que no hay hechos "parecidos" a delitos: o encajan perfecta y no aproximadamente en la descripción legal o, directamente, no son delito); la prohibición de retroactividad y, en lo que al caso interesa –y entrando en materia– la prohibición de dictar leyes *indeterminadas*.

Tanto en su origen como en su estructuración, el principio de legalidad es la más plena expresión de los principios revolucionarios de 1789, según los cuales, el capricho y la arbitrariedad, son sustituidos por la regularidad de la ley.

3. El planteamiento de Feuerbach, entonces, si bien apuntado a la eficacia del derecho penal para animar la prevención general negativa, fue fecundo en su

2. Véase ampliamente Feuerbach, op. cit., parágrafos 13 a 20.

resultado de tutela de la libertad (cosa que, por otra parte, y para hacer justicia a Feuerbach, a éste no se le escapaba) en la medida en que sólo a la ley se reserva la potestad de distinguir entre los comportamientos lícitos y los ilícitos, lo que debe hacer con el grado suficiente de nitidez como para que quienes actúan y quienes juzgan, sepan atenerse en todo momento a pautas precisas de delimitación entre lo justo y lo injusto.

4. El principio de legalidad expresa dos cosas fundamentales:

a) Sólo el legislador es el encargado de valorar los comportamientos de las personas desde el punto de vista penal, lo que excluye las valoraciones personales independientes de quienes se sientan por encima o por debajo de los mandatos de la ley. Bajo este aspecto, el principio de legalidad impide que determinado comportamiento sea sometido, con vistas a su penalización, a la valoración personal, al arbitrio, a la estimación, al cálculo o al capricho, no ya tan sólo del tirano, sino, también y fundamentalmente, de quien debe aplicar el derecho, porque ningún ciudadano sería libre si sus actos se juzgaran por pautas personales, ajenas e impredecibles.

b) En consecuencia, las leyes deben ser suficientemente claras, completas y plenas como para impedir que, a pretexto de su interpretación, se incorporen a su sentido los propios, personales y subjetivos criterios de valoración del juzgador, que desvirtuarían la competencia exclusiva del legislador y la trasladarían por vía indirecta, pero de todos modos claramente inconstitucional, a quien no lo es.

En otras palabras: si la Constitución dispone que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, al mismo tiempo que afirma la competencia exclusiva del legislador sobre la libertad, prohíbe que ella se traslade a otro magistrado, ya sea de modo directo o indirecto.

Es una competencia que no sólo debe defenderse de los caprichos del tirano o de los impulsos del juez, sino, también y ante todo, del propio legislador, a quien se prohíbe la abdicación, la delegación de esa su competencia privativa, que es regular la libertad en función de principios de interés general.

En consecuencia, las descripciones legales de los comportamientos que constituyen delito deben hacerse con el propósito (no siempre logrado) de describir la conducta delictuosa del modo más objetivo posible, aunque no siempre lo sea una descripción nítida que decida, con un corte limpio, la separación entre lo lícito y lo ilícito.

5. Esta dificultad es especialmente patente en los casos en que el legislador libra al intérprete la concreción de un ente contenido en la descripción típica que no es determinable sino por mediación del propio mundo valorativo del juzgador. Así ocurre, por ejemplo, con la referencia al "acto obsceno", al concepto de corromper sexualmente a una persona, a lo pornográfico.

Es muy claro que la determinación de la obscenidad de un acto, de un discurso o de un espectáculo se traslada desde el legislador al juzgador, quien, con sus *propias pautas* valorativas determinará qué es obsceno y qué no lo es. Al delegar esta tarea de valoración, el legislador abdica simultáneamente de su competencia para depositarla dentro del propio mundo ético, religioso y experiencial de una persona, con lo que, a la vez de constituir al juzgador en legislador, decreta que la libertad se verá sometida a la limitación de la incertidumbre derivada de no saberse si la conducta propia, que se estima adecuada, será o no valorada como tal por un tercero o si será calificada como obscena, pornográfica o corruptora por éste, con la responsabilidad penal consiguiente. Inclusive, el criterio basado en lo que Jescheck llama "conceptos valorativos *generalmente admitidos*"[3] no deja de ser un cuestionable y, en muchos casos, inverificable criterio de mayorías, que, de todos modos constituiría al juzgador más en intérprete de la opinión, que de la ley, usurpando, por delegación de segundo grado, aquella potestad que se había atribuido originaria y privativamente al legislador.

3. Hans Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal.* Parte general. Traducción de Muñoz Conde y Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1981. t. I, p. 176.

El riesgo endémico que ha corrido la apreciación de la obra de arte es un ejemplo eminente en el sentido de esta peligrosa delegación valorativa.[4]

Roxin concede enfáticamente razón a la expresión de Welzel: "¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes indeterminadas!".[5]

En el mismo sentido, Jakobs:[6] "El empleo de cláusulas generales en la determinación de los tipos delictivos de la parte especial es señal de deficiente legitimación del legislador, lo que no cabe explicarlo del todo recurriendo a la lejanía entre la ley y el caso concreto, ya que el legislador debería poder compensar el haber descuidado las peculiaridades del caso concreto con la ventaja de una regulación con mayor seguridad jurídica. No está determinado que a la deficiencia de legitimación del legislador le corresponda un realce de legitimación del juez; puede que se trate simplemente de una incapacidad o inoportunidad general de formular con precisión la *Magna Charta* del delincuente".

6. La doctrina está conteste en que es inevitable un cierto grado de indeterminación en la descripción de los tipos penales, en la medida en que los términos empleados por el legislador admiten interpretaciones diversas. Pero, una vez más y con Roxin, el "punto neurálgico lo constituyen sobre todo los 'conceptos

4. En tal sentido: Claus Roxin. *Derecho penal.* Parte general. Tomo Y. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Traducción y notas de Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Diaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. "Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad" (p. 169, número marginal 65).

5. Roxin. Op. cit., p. 170, numero marginal 66.

6. Günther Jakobs. "Derecho penal, parte general". *Fundamentos y teoría de la imputación.* Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995. p. 99.

necesitados de complementación valorativa', que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo".[7]

7. Las soluciones conciliatorias a la antinomia libertad-prohibición están lejos de haberse alcanzado. Al respecto, Roxin establece la tendencia: los principios de interpretación en derecho penal indican que "un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación".[8]

El art. 4.º de la Ley 7.492/86, dentro del contexto de la ley y según su sentido explícito (protección de la economía), parece cumplir con el primer requisito señalado por Roxin, en el sentido de entenderse un fin de protección relevado por la voluntad del legislador. Pero ocurre que el modo en que esa protección sucede adolece de una deliberada imprecisión, como se verá más adelante, tanto en lo que concierne a la configuración fraudulenta como a la temeraria, de la gestión gerencial incriminada.

8. El jurista argentino Sebastián Soler, comentando una disposición de la ley uruguaya de idéntica imprecisión, el art. 76 de la Ley 2.230, de 2 de junio de 1893 (que castiga la conducta de un director o administrador de sociedad anónima que cometiera, fraude, simulación, violación de leyes o estatutos o de una ley de orden público), hacía las consideraciones que transcribimos en extenso por ser, a nuestro criterio, íntegramente trasladables al presente caso:

"Desde luego, todas las figuras que hoy integran un Código Penal, en definitiva, son formas recortadas dentro del ámbito de las grandes fuentes del delito: la violencia, el fraude y la injuria; pero ciertamente que están por fortuna superados los tiempos en que el derecho penal albergaba en su seno a esos monstruos sueltos y no domesticados, a los cuales era posible apelar cuando no se encontraba delito alguno".

7. Roxin. Op. cit., p. 170, número marginal 67.

8. Ídem, ibídem, p. 172, número marginal 73.

"Pues bien, en este caso, se ha venido a afirmar que además de la quiebra fraudulenta, cuando no hay sociedad liquidada, el art. 76 servirá también para castigar con la pena del quebrado fraudulento al que cometa fraude, simulación infracción a estatutos o a una ley cualquiera de orden público."

"Como si el principio *nullum crimen sine lege* no hubiese sido proclamado para siempre, hasta en la Declaración Universal de Derechos; como si no hubiese existido la larga obra de tipificación de los delitos iniciada en las leyes de Feuerbach y llevada a culminación científica por Beling; como si ese principio no hubiese salido reforzado de su negación descarada por el nazismo y como si no hubiesen debido ser abandonados por Rusia, en el Código Penal de 1960, los viejos métodos de castigar delitos por analogía. Henos aquí, con que en una República cuya constitución es absolutamente clara en la protección de las personas contra los actos de autoridad arbitraria, a esta altura de los tiempos, se ha venido a descubrir, dentro de una antigua ley de contenido y fin perfectamente claros, típicos y precisos, una frase genérica que arbitrariamente leída y separada de su contexto, de ahora en adelante, ochenta años después de su sanción, podrá ser empleada para cubrir todos los intersticios dejados por las figuras de delito del código Penal, siempre incómodamente estrechas, como si el rigor y la estrictez de esas figuras no fuera la garantía básica de las libertades ciudadanas".

Y un párrafo más adelante: "El error básico en que la doctrina examinada incurre deriva del solo hecho de leer ese texto con independencia de su contexto legal, pues a causa de ello resulta fatalmente que el art. 76 castigará el fraude, la simulación y la ilegalidad, con una pena uniforme y muy grave, sin necesidad de especificación, tipificación o definición alguna".

"Basta enunciar la tesis para advertir con alarma sus amenazantes proporciones. Desde luego, el concepto de fraude es un concepto muy genérico cuyos rasgos generales consisten en una intención de engañar o perjudicar (*consilium fraudis*) y un daño real o eventual (*eventus damni*). Es decir, el fraude, como la violencia, no es un crimen en sí; es uno de los grandes criterios que pueden ser-

vir para clasificar delitos. 'El legislador no considera abstractamente el fraude (...) indica los elementos constitutivos cada vez que lo castiga como medio para consumar una particular infracción' (Tancredi Galimberti. *Dizionario di Criminologia*, vol. II, p. 1.043)".

"Son numerosos los delitos de fraude, así como lo son los de violencia; pero no hay ni un delito de violencia ni un delito de fraude. Esta tesis no es una novedad, por cierto. Autores tan antiguos como Morin, al explicar el tema (1851) dicen: 'Después de haber previsto varios crímenes de los cuales el fraude es un elemento esencial y todos los hurtos que se cometen por sustracción fraudulenta de la cosa ajena, el Código penal incrimina ciertos fraudes diferentes en los seis párrafos de la sección que tiene por título Bancarrotas, estafas y otras especies de fraude' (Morin, *Répertoire*, vol. II, p. 151)."[9]

9. Si tales reproches, y con tanta razón, puede hacerse a la descripción de una gestión cuya única concreción se agote en el simple adjetivo de "fraudulenta", ¡qué no podrá decirse de una figura delictiva que establezca el fulcro de la criminalidad en la pura "temeridad" de la gestión!

La convocatoria es aquí, en este segundo caso, ya ni siquiera, y como ocurre en el caso de gestión fraudulenta, al mundo ético del juzgador, un mundo que, en definitiva, parece mostrarse como más propicio a nutrirse de principios generalmente aceptados, que el puramente pragmático, que pueda caracterizar a una gestión como temeraria. La referencia a la temeridad, en efecto, no alude ya, siquiera, a un universo valorativo, sino a una apreciación de carácter instrumental, utilitario, esencialmente opinable, cual es la calificación del riesgo dentro de una materia, como la de la gestión empresarial financiera, donde precisamente éste es el protagonista permanente del escenario profesional.

9. Sebastián Soler. "La responsabilidad penal de los directores y administradores de sociedades anónimas en la Ley 2.230, de 2 de junio de 1893". Apartado de *La Justicia Uruguaya*. Montevideo, 1973. p. 55 a 57.

10. Con agudeza, ha señalado José Roberto Securato:[10] "El ejecutivo financiero está constantemente tomando decisiones dentro de un ambiente de cambios, donde el riesgo y la incertidumbre preponderan en términos de coyuntura económica, política y social".

Agrega más adelante:[11] "En el área financiera el riesgo y la incertidumbre están presentes en un gran número de decisiones del ejecutivo que, en su conjunto, pueden llevarlo al fracaso o al suceso, y con él, a la propia empresa.

11. De modo que, siendo el riesgo parte de la esencia de la empresa –y con especial énfasis, la empresa financiera– es fácil advertir que no se requiere del juzgador siquiera una apreciación *cualitativa*, esto es, de apreciar, para juzgar acerca de la temeridad de una gerencia cuándo existe riesgo, porque el riesgo existe en todo momento. La apreciación que se reclama es puramente *cuantitativa* y referida a decidir cuál sería el punto o momento, a partir del cual el riesgo, que es el elemento *constante* de todo gerenciamiento empresarial (aun del que se pueda considerar prudente), pasaría a constituirse en la *variable* determinante de la temeridad calificada en clave de punibilidad.

12. Es evidente que tal criterio no existe, ni podría existir, así viniera el propio Diogenes, con su famosa linterna, para ayudar en la búsqueda. La ley ha sido absolutamente imprecisa y, a juzgar por sus antecedentes, ello ha ocurrido deliberadamente, como avala con nitidez Manoel Pedro Pimentel: "Es sabido que el hecho social siempre camina delante de las leyes. Es justamente el reclamo de la realidad que impulsa al legislador a dictar normas para impedir abusos que atentan contra bienes o intereses dignos de protección. Difícilmente el legislador puede prever todas las hipótesis que surgirán. El criminal astuto camina siempre un paso adelante de la ley, valiéndose del principio de reserva legal".

10. José Roberto Securato. *Decisões financeiras em condições de risco*. Sao Paulo: Atlas, 1993. p. 11.

11. Securato. Op. cit., p. 21 y ss.

Si ello es así, como parece que es, dado que de la referencia a los antecedentes legislativos surge que se desestimó el enunciado de situaciones específicas de gestión temeraria, parece obvio que el legislador, fiel a su intención de alcanzar al delincuente con la pena, lo hizo con plena asunción del fuero de éste y abdicando del propio, al colocar la tipicidad de la conducta un paso adelante de la ley, lo que, en otras palabras, supone decir que, en función de la previsible habilidad del sujeto para sustraerse a la previsión expresa y taxativa del marco legal, la ley ha dispuesto más allá de sí misma la identificación de la conducta conminada.

De modo que el art. 4.º de la Ley 7.492/86 no sólo es indeterminado, sino que lo es deliberadamente, como podría decirse usando una expresión parecida utilizada por el magistrado uruguayo Nelson García Otero[12] en un celebrado voto de discordia.

13. Y por si ello fuera poco, la delegación estimativa se hace hacia un criterio necesariamente cuantitativo de la temeridad, que termina por arrasar todo marco de confiabilidad y precisión.

14. Por otra parte, es claro y admitido que la conducta castigada se ha erigido en delito de resultado, en su modalidad de resultado de peligro concreto, esto es, se incrimina la gestión temeraria en sí, con independencia de que haya o no causado perjuicio a la economía, bastando que la hubiera puesto en peligro, que lleva de suyo, como inherencia de la modalidad, que tal peligro concreto haya existido.

Esta circunstancia, la de que debe determinarse una situación de resultado de peligro concreto, para incriminar la gestión como temeraria, parece

12. El Dr. García Otero, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, fundó así su discordia respecto del fallo que declaró la constitucionalidad de la denominada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, la que, según el texto legislativo, habría operado por la "lógica de los hechos", vinculados a las negociaciones entre civiles y militares. Como la ley tan sólo declara que es esa lógica de los hechos la que ha conducido a la caducidad, la cuestión de constitucionalidad aparece como evidente.

acarrear un albur adicional, pero igualmente claro, y es que la conducción de una empresa pueda dirimirse, bajo mecanismos de coerción penal, no ya por la dirección natural de la misma sino, directamente, por la magistratura penal, que, naturalmente, jamás desearía semejante competencia. De todos modos, tal competencia judicial y anexa a la natural de la empresa existiría, con el alcance de determinar cuándo y bajo qué circunstancias el gerenciamiento pudiera ser peligroso, que ya en ello, en el simple peligro concreto, estaría el resultado del delito. Y ello no sería cosa distinta que yuxtaponer, a la dirección natural de una empresa, una suerte de dirección tutorial de parte del sistema judicial, precisamente, en atención a determinar la hipotética peligrosidad de la gestión.

Parecería que, el hecho de que tales contralores yuxtapuestos no se ejerzan, ni puedan seriamente implementarse, habla claramente de la imprecisión de los posibles criterios a emplearse para calificar a una gestión determinada como prudente o temeraria.

15. Se advierte, entonces, que la única forma en que podría apreciarse como temerario un giro que, en su ocurrencia objetiva no era considerado como tal, sería mediante el procedimiento de iluminarlo ahora con la luz fraudulenta que escondidamente dicho giro tenía. Y este parece ser un procedimiento radicalmente ilegítimo de complementar, a los fines de la valoración, lo desconocido de entonces con lo conocido de ahora, para fundamentar un eventual reproche penal a una persona a quien, por hipótesis, no se ha incriminado conocimiento del engaño. El modo, entonces de imputarle la forma subsidiaria de punibilidad, sólo podría viabilizarse mediante el intento de refractar lo fraudulento en lo temerario. Intento imposible, puesto que la osadía, el arrojo, la extrema imprudencia de una gestión (que eso se ha interpretado como temeridad) sólo sería posible bajo la hipótesis de un conocimiento exhaustivo de la real situación económico financiera de la empresa. Cualquier reproche, aun dentro de los imprecisos límites de fraude o de temeridad, sólo puede serlo bajo supuesto de conocimiento de la real situación de la misma.

3. A modo de resumen

1. La cuestión de si existe determinación suficiente de una conducta incriminada, si bien se reconduce en primera y última instancia a preguntarse por la constitucionalidad de la norma, por la obediencia del legislador hacia el constituyente, tiene, también, un alcance más concreto y delimitado, ejemplo, en materia de habeas corpus: al magistrado le alcanzará con preguntarse si el hecho que se imputa al paciente *está suficientemente determinado* como conducta punible, por una ley penal. En otras palabras: si el instrumento que le proporciona la ley tiene la suficiente nitidez y concreción como para distinguir aquello que se quiere punir.

2. Tras el examen de la norma del art. 4.º de la Ley 7.492/86, la conclusión es que no es posible lograr un criterio confiable que permita separar, con resguardo de garantías para la libertad, lo prudente de lo temerario en la gestión empresarial, donde el riesgo es una inherencia de todo gerenciamiento. El concepto de temeridad no es preciso ni determinable de acuerdo a parámetros mínimamente confiables y vinculados a la seguridad jurídica en un Estado de Derecho. Ello sucede porque, deliberadamente, y en función de una opción de tener la represión un alcance mayor del que legítimamente puede, se optó por una fórmula de suficiente indeterminación que, colocando a la ley más allá de sí misma (y, consecuentemente, del derecho), permitiera también acompañar ese paso más adelante del delincuente, para alcanzarlo con la pena. Esta finalidad se traduce en el haberse desestimado fórmulas concretas de tipificación del delito. A mayor abundamiento, el concepto de temeridad parece ser meramente cuantitativo, esto es, el de evaluar cuánto riesgo puede aceptarse para discriminar la conducción prudente, de la temeraria y de la fraudulenta. Y esto, precisamente, en una materia, como la empresarial financiera, donde el riesgo es una inherencia.

3. Parece obvio que la determinación se deja librada, como antes señalamos, a un criterio de estimación cuantitativa del riesgo, de parte del juzgador, que podría,

inclusive, constituir al sistema penal en un usurpador involuntario e indeseado, de la gestión empresarial, toda vez que, en función de tales criterios cuantitativos inverificables, se entendiera que ésta afronta riesgos audaces, o que sobrepasa los límites de la prudencia; o que es hecha sin la prudencia ordinaria, con demasiada confianza en el éxito, u otras conjeturas más o menos indemostrables.

4. Estructurada, se reitera, como delito de resultado en la modalidad de peligro concreto, la gestión de toda empresa podría, entonces, ser examinada preventivamente, en vía judicial, con cualesquiera de los criterios doctrinarios esbozados en el párrafo precedente (que no hacen, a nuestro juicio, sino confirmar la imprecisión del concepto), a fin de establecerse si se está aceptando más riesgo del debido, si se ultrapasa los límites de la prudencia, si se tiene demasiada confianza en el éxito, si se traduce en impetuosidad en la conducción de los negocios, etc. Habría una suerte de inadmisible calificación de grado del riesgo empresarial por parte del sistema penal.

5. El hecho de que ello no ocurra así, ni pueda, razonablemente ocurrir, parece ser la prueba concluyente de la ausencia de un criterio viable para distinguir aquello que el legislador, deliberadamente no quiso hacer por sí.

6. De modo que la norma incriminatoria demuestra su ineptitud instrumental en la propia fisiología del sistema en que, como tipificación preventiva, de delito de resultado de peligro, pretende insertarse: si los criterios gerenciales de enfrentamiento del riesgo fueran evidentes *ictu oculi*, parece evidente que serían aptos para impedir el daño a la economía. El dato de la realidad es el contrario y echa de verse que la gestión sólo se pretende temeraria cuando aparece el elemento escondido para todos, que la revela inequívocamente enderezada al engaño y al perjuicio.

7. Se estima, como corolario de todo lo expuesto, que con un texto como el art. 4.º de la Ley 7.492/86 el magistrado brasileño no tiene una disposición legal que determine en modo suficientemente preciso el comportamiento que pretende incriminar. Por el contrario: el instrumento legal es, a la vez, deliberada

y suficientemente, impreciso, al punto de operar una completa delegación valorativa hacia criterios cuantitativos, probadamente ambiguos e indemostrables, tanto en técnica financiera como jurídica.

Empezamos con un autor clásico y terminamos con otro. Hace casi cuarenta años, Roberto Lyra advertía sobre la existencia de un abanico de formas de delincuencia muy perfeccionadas, de enorme dañosidad social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la ley penal. Agregaba este autor, que en el hipotético caso de ser tipificadas, ello se solía hacer de modo totalmente inapropiado, recibiéndose la sensación de que las autoridades responsables no podían o no querían alcanzarlas.[13] Pensamos que el art. 4.º de la Ley 7.492/86 es un acabado ejemplo de ello.

13. Roberto Lyra. *Criminologia.* Río de Janeiro: Forense, 1965. p. 59 y ss.

As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal

Carmen Silvia de Moraes Barros

Procuradora do Estado em exercício na Vara das Execuções Criminais da Capital. Especialista em direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Fadusp. Mestre em direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão de Monografias.

Em homenagem ao Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

Resumo: A nova redação dada aos arts. 6.º e 112 da LEP, pela Lei 10.792/2003, não obsta de forma alguma a individualização da pena na execução penal. Com tais modificações passou-se, apenas, a exigir para a progressão de regime de cumprimento de pena e livramento condicional um mérito de conotação mais objetiva do que exigia a Lei de Execução Penal – LEP anteriormente.

A progressão fundada na aferição de mérito objetivo tampouco afeta a execução penal jurisdicionalizada, pois, ainda que objetivo o mérito, sua aferição deve ser feita pela autoridade judicial a quem compete conceder ou não o pedido, in-

clusive, podendo, quando entender necessário para julgá-lo, pedir esclarecimentos da autoridade administrativa. Portanto, a nova redação dada à LEP atribui ao juiz da execução maior responsabilidade e torna especialmente relevante o controle do ato administrativo pela autoridade judicial.

Palavras-chave: princípio constitucional; mérito objetivo; execução penal; progressão; autoridade judicial.

Vimos presenciando o questionamento, por parte de alguns operadores do direito, sobre a constitucionalidade das modificações introduzidas pela Lei 10.792/2003 nos arts. 6.º e 112 da LEP. É que segundo entendem referida Lei violaria o princípio da individualização da pena, bem como a jurisdicionalização do processo de execução penal.

Sobre tais questionamentos, entendemos necessária séria análise, não sem antes, entretanto, esclarecer que muito nos apraz a demonstração de preocupação com o princípio da individualização da pena – não poucas vezes totalmente ignorado pelos mesmos operadores do direito. Afinal, é sempre bom saber que se dá a devida relevância à garantia constitucional.

A princípio é necessário anotar, no entanto, que não deixa de causar espécie o entendimento de que a lei de crimes hediondos – que impede a progressão de regime de cumprimento de pena – não viole o princípio da individualização da pena e que a nova redação dada pela Lei 10.792/2003 aos arts. 6.º e 112 da LEP viole. É que, diversamente daquela, esta não obsta de qualquer forma a progressão de regime de cumprimento e a individualização da pena na execução penal. Princípios constitucionais devem ser tratados com seriedade sempre, e não conforme o conceito pessoal de bem e de mal, como se lhes pudesse atribuir interpretação diversa de acordo com interesses ou posições ideológicas pessoais ou institucionais em dado momento.

Por oportuno, saliente-se que é incompatível falar em individualização da pena na execução penal e ao mesmo tempo afirmar que na execução penal

vige o *in dubio pro societate*, eis que esta afirmação é exatamente a negação daquela. Só a falta de prática com o trato do princípio constitucional da individualização da pena permitiria a um operador do direito fazer tal afirmativa. Quando se passa a assumir a individualização da pena como garantia constitucional é preciso fazer uma revisão geral de discurso para que não se torne escandalosamente contraditório.

Dar por prevalentes os interesses sociais na execução penal é negar vigência ao princípio da individualização da pena e às garantias constitucionais e usar o preso para dar satisfação à sociedade, ignorando sua individualidade e dignidade. Dessa forma, falar que na execução penal vige o *in dubio pro societate* é ignorar por completo que os princípios consagrados na Constituição se estendem à execução penal.

Assim, na execução da pena também vige o princípio da individualização da pena, que, como garantia constitucional, é irrenunciável. E individualizar a pena na execução penal é ter em vista o sentenciado e seu necessário retorno ao convívio social e ao mesmo tempo impedir que sua individualidade sirva de exemplo para alcançar fins que não lhe dizem respeito (por exemplo, interesses sociais em determinado momento). Assim não fosse e tampouco se poderia falar em respeito à dignidade do preso.

No que tange ao mérito, há de se afirmar que não há qualquer dúvida de que o art. 33, § 2.º, do CP, exija mérito para a progressão de regime de cumprimento de pena, como também não há dúvida de que com as modificações introduzidas na LEP, mérito continue a ser exigido tanto para a progressão quanto para o livramento condicional. Com tais modificações, passou-se apenas a exigir mérito de conotação mais objetiva do que anteriormente, quando havia uma carga muito maior de subjetivismo. Agora, o critério da aferição de mérito é mais objetivo, mas, no entanto, mérito não deixou de ser...

Nesse sentido:

"Progressão para o regime semi-aberto – boa conduta carcerária – deferimento.

A notória incapacidade do sistema penitenciário na recuperação de sua clientela, mercê de conhecida limitação e precariedade de ordem material, técnica e pessoal, recomenda critérios de razoabilidade na apreciação de requisitos subjetivos reclamados à progressão. Assim é que a par da impossibilidade de se exigir ideais de saúde física e psíquica do detento, avulta a importância da valorização, a título de mérito, da disciplina" (rel. Sérgio Pitombo, *RJDTACRIM* 7/34, jul.-set. 1990).

Como se vê, a idéia de que se pode aferir mérito por meio de análise de requisito objetivo não é nova e já aceita logo após a entrada em vigor da LEP. Não se pode, portanto, ter por base o art. 33 do CP para indeferir pedido de progressão baseado na nova redação da LEP até porque, ainda que o § 2.º do art. 33 do CP fizesse expressa referência à necessidade de preenchimento de mérito subjetivo para a progressão de regime de cumprimento de pena o que – frise-se – não faz, não teria mais aplicabilidade, pois, como sabido, *legis especialis derrogatis legis generalis* e, como também sabido, a Lei de Execução Penal é especial em relação ao Código Penal.

Tampouco se pode alegar que a execução penal jurisdicionalizada fique afetada pela progressão fundada no mérito objetivo. A uma porque cabe ao juiz da execução decidir sobre a progressão, deferindo ou indeferindo, por meio de sentença, o pedido do preso. A duas, porque a necessidade de preenchimento de requisito objetivo é forma de delimitar o mérito do pedido (de progressão de regime de cumprimento de pena ou de livramento condicional), o que, por óbvio, não subtrai a aferição de tal mérito da autoridade judicial.

O fato é que se elegeu, com a reforma introduzida pela Lei 10.792, em vigor desde 03.12.2003, o mérito objetivo e com tal fato não se pode afirmar que a reforma subtraiu quer da LEP quer do Poder Judiciário a análise de mérito para a progressão de regime de cumprimento de pena e para o livramento condicional.

Ora, o mérito objetivo também exige, para o preenchimento, a análise de uma série de circunstâncias, além do preenchimento do lapso temporal. Dessa

forma, os dispositivos que determinam que o preso deverá submeter-se às normas da execução da pena e estabelecem os seus deveres (arts. 38 e 39 da LEP) objetivam viabilizar o cumprimento da pena, de forma a possibilitar o gradual retorno do condenado ao convívio social. Assim, para que sejam alcançados os fins da execução penal, o preso deve mostrar-se adaptado às regras impostas. Obviamente, não necessita demonstrar conformismo, arrependimento e transformação. Como já afirmado, são regras objetivas, basta ao preso a elas aderir. Em razão do respeito devido à dignidade do preso, a exigência possível – mas não imprescindível – é a da sua mudança exterior.

Demonstra, pois, mérito o preso que trabalha (art. 31 da LEP), que respeita os deveres estabelecidos na Lei (art. 39 da LEP), que participa de cursos educacionais e de formação profissional, enfim, que tem boa conduta carcerária. É a avaliação dessas circunstâncias, "da sua adesão voluntária ao conjunto de regras e medidas que venham a possibilitar seu retorno ao convívio social" (José Eduardo Goulart. *Princípios informadores sobre direito de execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 80), que tem que servir de fundamento para a concessão do livramento condicional e a progressão de regime de cumprimento de pena, seja para o semi-aberto, seja para o aberto.

O livramento condicional e a progressão de regime de cumprimento de penas não são – e nunca foram – prêmio, são direitos do sentenciado. Carece de sentido, portanto, que o livramento condicional, a progressão e a regressão de regime de cumprimento de pena se fundem no grau de submissão do interno ao "tratamento", porque desse modo se está induzindo o recluso a aceitá-lo, com toda sua conotação ideológica e de recuperação. Se novas oportunidades de integração social forem oferecidas, só podem ter conotação voluntária, caso contrário transformar-se-iam em imposição, em limitação aos direitos do preso e à sua dignidade.

Tendo em vista a realidade dos nossos presídios, no entanto, temos de admitir que sequer oferta existe, e o sistema penitenciário brasileiro tem sido o grande fator de dessocialização de condenados. "O que ressalta no sistema pe-

nitenciário brasileiro – de forma indiscutível – é sua inépcia para se adequar a qualquer teoria que busque a humanização da reprimenda. Não há reeducação, condições dignas de sobrevivência, assistência física ou psicológica, envolvimento sério com laborterapia ou formação profissional. Em suma, com raras exceções, a prisão serve para conter as populações marginalizadas, econômica e moralmente. A desigualdade das ruas aplica-se ao sistema penitenciário: apenas os absolutamente desvalidos, também com raríssimas exceções – é que acabam encarcerados. Se a decisão em feitos desta natureza deve se louvar em superficiais análises, uma vez que o sistema nada mais oferece que tenha um resquício de cientificismo, ao magistrado resta o exame destes elementos e proferir decisão. Mas de nada servem eles sem a consciência dos anteriormente elencados. A se acreditar na impiedosa e superficial análise psicológica do agravante, teremos uma trágica conclusão: é ele delinqüente por natureza e está irremediavelmente condenado a permanecer *fechado*! Só faltou esclarecer como deverá a sociedade reagir quando terminar a pena deste irrecuperável. Contrapondo-se estas considerações aos limites do pedido, verifica-se que o presidiário preenche os requisitos objetivos para a progressão pretendida. Quanto àqueles de índole subjetiva (...) não se confundem com a inadaptação pessoal. Não há pena que impeça o homem de reincidir. (...) O agravante cumpriu durante anos o que o sistema lhe impôs; não lhe resta, assim, nenhuma outra condição salvo a da progressão, eis que é a concretização da promessa do sistema com a qual contribuiu através de seu comportamento. Em local algum está dito que o preso terá direito à progressão de regime se estiver com sua personalidade, conduta e mérito adequados aos padrões da estrita normalidade. (...). Do exposto, *dá-se provimento ao agravo*, deferindo a progressão (...)" (TACrimSP, Agravo em Execução 1.046.927/8, rel. Juiz Lagastra Neto).

Isso, entretanto, não quer dizer que não se deva investir na humanização e na melhora do sistema penitenciário e na não-dessocialização do preso, estas sim, exigências do Estado de Direito, mesmo porque não se justifica que ao cum-

primento da pena seja acrescentado um sofrimento a mais, não previsto em lei, em razão do descaso com que é tratado o sistema penitenciário. Sob esse aspecto, e diante da necessária minimização da incidência do direito penal e das penas privativas de liberdade, sempre foi exigível a transformação em direitos de todos os benefícios concedidos como "prêmios".

Pelas razões expostas, os prazos de 1/6, 1/3 e 1/2 estabelecidos na LEP devem ser respeitados, ou melhor, cumpridos tais lapsos de pena deve ser o sentenciado progredido de regime ou liberado condicionalmente, até porque, no sistema constitucional vigente, não há explicação que justifique a manutenção de alguém por maior tempo no regime fechado. O único sentido seria a vingança pura – não mais vigente.

A criminalidade não será contida (como até hoje não foi) em virtude da manutenção de alguns criminosos presos a perder de vista. É sabido que a grande maioria daqueles que praticam crimes jamais será presa ou passará pelo sistema penitenciário. Ademais, os prazos não foram estipulados pela LEP aleatoriamente, por óbvio, estão diretamente ligados aos fins da pena no Estado de Direito. A manutenção de presos em um único regime por período superior ao legalmente estipulado inevitavelmente leva à dessocialização e à prisionalização (como vimos nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, a permanência de presos por longo tempo no regime fechado acabou levando à organização dentro dos presídios, culminando com a criação das temidas facções criminosas, produtos típicos da cultura do cárcere, efeito direto da prisionalização).

Aa facções surgidas dentro dos presídios são prova cabal de que quanto mais afastado se mantiver o condenado do convívio social, maior será seu envolvimento com a cultura do cárcere e sua dessocialização. Dessa maneira, atendendo aos fins que tem a pena no Estado de Direito, a permanência nos regimes mais rigorosos deverá ser a mínima necessária.

Armida Bergamini Miotto ensina que para retornar à sociedade não basta que o preso tenha reconhecido sua culpabilidade ou que se disponha a fazer um

grande esforço para não tornar a delinqüir, pois "enquanto ele esteve na prisão, o mundo fora dela teve sua evolução da qual ele não participou, tendo tido a sua própria, conforme a vivência prisional, e o convívio com os outros presos e o pessoal do estabelecimento. Daí resulta que ao mesmo tempo que ele se desajustava da sua família, da sua comunidade, e se desintegrava do convívio social, se ajustava à vivência prisional e se integrava no convívio prisional. Esse fenômeno é conhecido como *prisionalização*. Para não ocorrer prisionalização, é preciso que o preso tenha contatos com a comunidade externa, não só recebendo, ele, manifestações dela, como correspondência, visitas, notícias (pelos meios de comunicação), mas indo ele à comunidade (...)" (*Temas penitenciários*. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 186).

É de anotar, também, que o lapso temporal, em si, já é fator de individualização da pena na execução penal, eis que o cumprimento de 1/6 da pena não é igual para todos, depende do *quantum* da pena aplicada e esse *quantum* foi estabelecido pelo juiz do processo de conhecimento ao individualizar a pena com fundamento na culpabilidade do fato.

Nesse sentido em Agravo em Execução 1.101.591-3-SP, assim constou: "O escarmento foi a conseqüência sofrida pelo agente por prática de um delito. Este não pode continuar a surtir efeitos para impedir ao sentenciado a fruição de direitos a ele assegurados pela normatividade fundante. Assim como as faltas disciplinares do encarcerado não podem continuar a produzir efeitos depois da reabilitação. Assim fora e o sistema penitenciário estaria alicerçado numa ficção e não em ordem legal cogente para todos os encarregados da execução da pena. O juízo da execução é um *locus* de prognose, não de diagnose. Nele, há de se alterar a temporalidade própria do processo-crime – sempre reconstrutiva do passado – e se ingressar no tempo do cumprimento da pena, voltado para o enfoque prospectivo. É o *futuro* do sentenciado, não seu passado que está a interessar quando da apreciação de seus pleitos de progressão e outros" (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. "Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico". *RT* 583/314 São Paulo: Ed. RT, maio 1984).

Aliás, é de anotar que a forma como o crime foi praticado, a maneira de execução, a gravidade, a crueldade etc., são fatores que não tem a ver – nunca tiveram – com a individualização da pena na execução penal, mas, sim, com a individualização da pena no processo de conhecimento. Eis que são fatores que dizem respeito à culpabilidade do fato, e análise de culpabilidade cabe exclusivamente ao juiz do processo de conhecimento que nela fundado estabelecerá a quantidade da pena necessária e proporcional ao caso concreto. Ao juiz do processo de execução, pois, não cabe análise de culpabilidade, até porque sequer de elementos suficientes para fazê-la dispõe e, ainda que de tais elementos dispusesse, não poderia fazer análise de culpabilidade, eis que se o fizesse estaríamos diante de evidente duplo julgamento pelo mesmo fato.

Da mesma forma que não se pode contestar que as modificações introduzidas na LEP não afetam o princípio da individualização da pena, também não se pode contestar a jurisdicionalização da execução penal em razão da vigência da Lei 10.792/2003, a não ser que se lhe veja de forma simplória. A nova redação da LEP não retira do juiz da execução a decisão sobre a progressão de regime de cumprimento de pena ou o livramento condicional e lhe atribui maior responsabilidade para analisar e colher elementos, junto à autoridade administrativa, quando entender necessário para verificar a ocorrência de abuso de poder na imputação de faltas aos presos ou a ocorrência de favorecimentos por eventuais maus funcionários. Na verdade, com a nova redação da LEP, o controle do ato administrativo pela autoridade judicial passa a ter especial relevância.

Portanto, afirmar que com a nova redação da LEP passa a ser o magistrado mero ratificador das informações prestadas pela autoridade administrativa no atestado de conduta é uma bobagem. É o mesmo que afirmar que, antes da reforma, o magistrado era mero ratificador do parecer da CTC.

Aliás, ser ou não o magistrado mero ratificador de seja lá o que for depende exclusivamente do próprio magistrado. Assim é que na vigência da antiga redação da LEP magistrados havia que se limitavam a deferir e indeferir pedidos

de progressão de regime de cumprimento de pena exclusivamente em função do parecer favorável ou desfavorável da CTC, por mais medíocres que fossem tais pareceres e, assim agindo, se tornavam "meros ratificadores do parecer da CTC". Da mesma forma poderão ou não se transformar em meros ratificadores do atestado de conduta, isso depende mais da atitude do magistrado do que da lei.

Assim, dizer que com a reforma da LEP a execução deixou de ser jurisdicionalizada é o mesmo que dizer que o preso passou das mãos exclusivas dos técnicos da CTC para as mãos exclusivas da autoridade administrativa... Até porquê, que os pareceres da CTC eram uma verdadeira farsa, ninguém questiona.

Não se pretende aqui responsabilizar os técnicos que elaboravam tais pareceres, pois, devido a má interpretação dada à LEP pouco tempo depois de sua entrada em vigor, tais técnicos foram empurrados para a mediocridade, sendo incumbidos de analisar personalidade de seres humanos em poucos minutos de entrevista; devendo em conseqüência dessa insólita análise emitir palpites sobre suas vidas e personalidade, bem como fazer previsões adivinhatórias sobre seu futuro. Nunca lhes foi dado exercer a nobre função que a LEP lhes atribuiu, mas, agora, poderão. O que fez a Lei 10.792/2003 foi, portanto, corrigir uma distorção das disposições desde sempre existentes na LEP.

Assim é que agora os técnicos da CTC poderão se ocupar com a imprescindível elaboração de exame criminológico inicial, de classificação e programa individualizado de cumprimento de pena, com o devido e necessário acompanhamento. Tais exames, essenciais à correta individualização da pena na execução penal, foram postos de lado; em seu detrimento, priorizou-se o famigerado e sem nenhum cientificismo parecer da CTC. Com os infindáveis pareceres ficaram ocupados os técnicos das comissões técnicas de classificação dos mais diversos presídios. Agora, nada disso mais terá razão de ser. Os técnicos da CTC dispensados da infindável produção de pareceres para progressão de regime de cumprimento de pena e livramento condicional poderão exercer a função que lhes foi reservada – desde sempre – pela LEP e que realmente influi no resultado da

privação de liberdade: acompanhamento do preso desde o início do cumprimento da pena de forma a "proporcionar sua harmônica integração", como desde sempre objetivou a LEP já – mas não somente – em seu art. 1.º.

Assim é que agora, dispensada a CTC da realização dos insólitos pareceres para progressão de regime de cumprimento de pena e LC, poderá levar a cabo a verdadeira individualização da pena com realização de exame de classificação; de personalidade; criminológico inicial e, conseqüentemente, propor programa individualizado de cumprimento de pena, acompanhando o preso.

Conseqüentemente, poderá a CTC dispensar ao preso o necessário acompanhamento individualizado na execução da pena privativa de liberdade tendo em vista seu futuro. Para tanto, deverão os técnicos da CTC – por não serem os estabelecimentos penitenciários para um único recluso e tampouco para grupos homogêneos de delinqüentes – buscar a adequação de cada condenado ao regime geral do estabelecimento a que é destinado, tendo em vista as diversas fases que serão percorridas durante a permanência em presídio, de modo que todos possam aproveitar ao máximo o que houver para ser oferecido.

Para que seja adequada e se torne efetiva a individualização da pena privativa de liberdade, imprescindível se torna o exame de classificação.

A LEP, no art. 5.º, estabelece que "os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal". O art. 6.º especifica que "a classificação será feita pela Comissão Técnica de Classificação que elaborará programa individualizado da pena privativa de liberdade adequada ao condenado e ao preso provisório".

Na exposição de motivos da LEP, no item 26, esclarece-se que "a classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva".

Não deixa dúvidas o legislador quanto à obrigatoriedade da individualização da pena privativa de liberdade. Tampouco deixa dúvidas quanto à imprescindibilidade do exame de classificação fundado nos antecedentes e per-

sonalidade do condenado. E, frise-se, com as mudanças da LEP, nada disso foi alterado.

Por sua vez, ainda visando a individualização da pena, o art. 8.º da LEP determina a obrigatoriedade da realização de exame criminológico para o condenado que for iniciar o cumprimento em regime fechado. Trata-se de exame criminológico inicial, que sempre diferiu do parecer da Comissão Técnica de Classificação – CTC, referido no antigo art. 112 da LEP, eis que este deveria servir – mas nunca foi assim – para a instrução de pedido de progressão de regime de cumprimento de pena e era relativo ao mérito objetivo do sentenciado para a obtenção da progressão ou do LC, tendo em vista o acompanhamento individualizado – que nunca existiu – do cumprimento da pena.

Dessa forma, podemos afirmar que, conforme o estabelecido na LEP, a análise do preso, visando à individualização da pena, será realizada em momentos distintos: no exame de classificação, no exame criminológico e no exame de personalidade. Diferente também será o conteúdo desses exames.

O exame de classificação visa a obter dados do agente além do crime cometido, pela análise de sua personalidade (conforme Exposição de Motivos, item 34). Já o exame criminológico refere-se ao diagnóstico e prognóstico criminológicos. Visa, partindo-se do binômio delito-delinqüente, ao entendimento das causas do delito e da motivação do agente.

Esses exames têm a finalidade de individualizar a pena a ser executada (ou em execução) de acordo com as características de cada condenado e a eles não pode ser atribuído qualquer caráter de tratamento, ou de diferenciação que implique desrespeito à individualidade do preso ou ao princípio da igualdade. Inadmissíveis, portanto, programas que digam respeito às características psicofísicas ou às demais causas de inadaptação social. Tampouco podem ser admitidas decisões fundadas na "observação científica da personalidade". A individualização da pena em execução não tem o fim de transformar ou readaptar

o preso ao modelo de "normalidade social", mas, apenas, o fim de não torná-lo pior, de não dessocializá-lo.

Dessa maneira, a individualização executória deve promover a adequação da pena às características pessoais de cada preso. Para tanto, utiliza o sistema de classificação que servirá para agrupar pessoas com características semelhantes e oferecer-lhes o que houver de mais adequado ao seu perfil. Pelo exame de classificação promove-se a necessária adaptação da pena à pessoa individualmente considerada e efetiva-se a garantia de proporcionar ao preso, durante o cumprimento da pena, o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O exame de classificação atende ao princípio da personalidade da pena (art. 5.º, XLVI, da CF). Refere-se, portanto, ao direito que tem o condenado de cumpri-la de acordo com as suas possibilidades e características pessoais, respeitando-se a sua personalidade e o seu desenvolvimento. Individualizar, na via executória, "é especializar a execução tendo em vista a personalidade do sentenciado".

René Ariel Dotti frisa o papel da CTC no exame de classificação: "A classificação, atendendo aos antecedentes e à personalidade para orientar a individualização, é procedida por Comissão Técnica adequadamente constituída e responsável pela elaboração de um programa científico e humano que acompanhará a execução das penas privativas de liberdade (e também as restritivas de direitos). Entrevistando pessoas, requisitando dados e informações sobre o sujeito da execução e realizando outras diligências e exames necessários, a Comissão Técnica de Classificação cumpre a missão profundamente importante de atendimento do interesse social e dos direitos e garantias do condenado" (*Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 100).

O exame de classificação visa à análise da personalidade do preso e a ele estará sujeito todo aquele que iniciar o cumprimento de pena privativa de liberdade (arts. 5.º e 9.º da LEP). A classificação tem por objetivo nortear a forma do

cumprimento da pena, bem como servir de parâmetro para a observação do desenvolvimento do preso durante a execução. Deve ser técnica e científica, pois implica dar a cada preso as oportunidades que tem direito como ser individual e distinto dos demais. Sem a classificação não há plano de execução e, por ignorância das necessidades e características do preso, não se lhe assegura acesso aos meios que possibilitem seu livre desenvolvimento.

Portanto, é possível afirmar que sem exame classificatório inicial e sem acompanhamento do preso durante o cumprimento da pena não se pode falar em pena individualizada na execução penal. A falta de exame de classificação afronta as garantias individuais dos condenados à pena privativa de liberdade.

Por sua vez, a exame criminológico será submetido todo aquele que for iniciar o cumprimento da pena em regime fechado e, facultativamente, os condenados a cumprir pena, inicialmente, em regime semi-aberto (art. 8.º e par. ún., da LEP). "O exame criminológico deverá ser orientado no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios do preso, para determinar sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da pena. O exame de personalidade visa conhecer-lhe a estrutura, enquanto conformação física ('tipo morfológico'), disposição emocional básica ('tipo temperamental') e o conjunto das experiências vividas ('caráter'). Diversificam-se pela diversidade e extensão. O exame criminológico investiga o delito e o delinqüente, o exame de personalidade busca perquirir, mediante metodologia específica, sobre o comportamento do agente, mas 'para além do crime cometido'". "A perícia criminológica e a da personalidade conjugadas 'tendem a fornecer elementos para a percepção das causas do delito'". Assim ensinou, sempre com indignação diante das injustiças, sabedoria e dignidade inesquecíveis, o Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (*Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. RT* 583/314, São Paulo: Ed. RT, maio 1984), quando entrava em vigor a LEP, da qual foi um dos autores do anteprojeto. Infelizmente nem todos tiveram acesso às lições do grande mestre, fonte constante de conhecimento científico e questionamentos. As-

sim não fosse e não se teria perdido tanto tempo dando relevância aos simplórios pareceres da CTC...

Frise-se, porém, que nenhum dos exames citados refere-se à análise de periculosidade – vista como provável possibilidade de volta à delinqüência – e têm como fim exclusivo a correta individualização da pena, como forma de propiciar o retorno mais breve possível do preso ao convívio social.

Efetivamente a individualização da pena não pode ser entendida como medida levada a efeito tão-somente no início do cumprimento da pena e estanque a determinado regime prisional, mas também e principalmente pela passagem de um regime prisional a outro. Ora, a progressão foi de forma inconteste adotada (confirmada) pela reforma trazida pela Lei 10.792/2003, que de forma alguma pretende tornar a execução da pena estanque a um único regime, diversamente, aliás, do que fez a lei de crimes hediondos.

Portanto, se a Lei de Crimes Hediondos, que impede a progressão de regime de cumprimento de pena, é considerada constitucional, não há qualquer inconstitucionalidade (ilegalidade) em lei que de forma alguma cerceia ou impede a individualização da pena por meio da forma progressiva de cumprimento.

As penas privativas de liberdade só guardam cabência quando dotadas de movimento, daí surgirem três possíveis regimes de cumprimento de pena. A individualização executória diz, pois, respeito às modificações que pode sofrer a pena privativa de liberdade no decorrer de seu cumprimento; tal fato não se altera, pois, se a progressão se dá por análise de mérito objetivo. Realiza-se a individualização da pena com a progressão de regime de cumprimento de pena, ou seja, desde que não se impeça a progressão, preenchidos os requisitos legais.

Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano*

Paolo Tonini
Professor titular de Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Florença.

Sumário: 1. Considerações preliminares – 2. As variáveis que incidem na matéria: 2.1 As modificações ocorridas no sistema processual; 2.2 A evolução do conceito de ciência; 2.3 A evolução do princípio do contraditório – 3. Sistema processual e prova científica – 4. O direito à prova científica – 5. As investigações científicas públicas e particulares: 5.1 Investigações e poderes coercitivos sobre coisas; 5.2 "Exames" (Rilievi) que não comportam investigações técnicas não passíveis de repetição; 5.3 Investigações técnicas não passíveis de repetição e direito à prova; 5.4 Um novo instituto: a investigação técnica que não pode ser repetida realizada pelo defensor.

Resumo: O artigo trata da relação existente entre o direito de defesa e a prova científica no processo penal italiano. A matéria é analisada levando em consideração contemporaneamente três variáveis: a) o tipo de sistema processual; b) o conceito de ciência; c) a noção de direito de defesa. Após dar o conceito de direito de defesa e de prova científica, o autor procura demonstrar que aquele assume conteúdos diferentes de acordo com a variação do conceito de ciência. Por conseguinte, a transformação do conceito de ciência acarreta modificações na estrutura processual da prova científica e, como resultado, o direito de defesa deve ser reformulado.

* Palestra apresentada no IX Seminário Internacional do IBCCRIM, São Paulo, 1.º.10.2003, traduzida por Alexandra Martins e Daniela Mróz.

É feita, ademais, uma breve exposição da reforma legislativa processual ocorrida na Itália nos últimos quinze anos, salientando-se que a maior inovação refere-se justamente à regulamentação da prova científica e à possibilidade de serem realizadas investigações científicas públicas e particulares.

Palavras-chave: prova científica; direito de defesa; investigações científicas; ciência; contraditório.

1. Considerações preliminares

O objeto de minha palestra é a relação existente entre o direito de defesa e a prova científica. A noção de "direito de defesa" compreende não só o direito de defesa contra uma acusação judiciária mas também o direito de investigar e de produzir as provas que demonstrem os fatos alegados pela parte.[1] Em seu significado mais amplo, o direito de defesa se traduz na "participação da formação da prova" como, por exemplo, por meio do exame cruzado (*cross examination*); neste caso, o direito de defesa se traduz em um aspecto do princípio do contraditório.

"Prova científica" é a prova que, partindo de um fato já demonstrado, vale-se de uma lei científica para comprovar um fato "desconhecido" ao juiz. Tem tal característica a lei extraída por meio "científico", ou seja, pelos métodos e experiências que individualizam a margem de erros e que são submetidos às críticas da comunidade de *experts*.[2]

O objetivo da palestra é demonstrar que o direito de defesa assume conteúdos diferentes de acordo com a variação do conceito de ciência. Com o intuito de demonstrar a relação entre o conteúdo do direito de defesa e o conceito de ciên-

1. G. Vassalli. "Il diritto alla prova nel processo penale". *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 12, 1968; na doutrina brasileira, vide: A. Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

2. P. Tonini. *La prova penale*. 4. ed. Padova, 2000. p. 38; Vide também do mesmo autor: *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002. p. 57.

cia, daremos o exemplo da reforma ocorrida na Itália nos últimos quinze anos. O processo penal italiano foi objeto de uma brusca transição de sistemas processuais. Partiu-se de um sistema misto de tipo napoleônico para um sistema acusatório "limitado", com base em um modelo diferente do anglo-americano. Foi uma experiência difícil; nos últimos quinze anos, o legislador italiano tentou adotar soluções diametralmente opostas; procurou remediar os erros cometidos e, desde 1999, está procurando adotar soluções equilibradas que tendam a atenuar o princípio dispositivo, típico do sistema acusatório puro, e a acentuar o controle exercido pelo juiz. A maior novidade, em minha opinião, refere-se à regulamentação da prova científica. É neste ponto que se encontra o aspecto de originalidade das soluções adotadas pelo ordenamento italiano.

Qual é o sentido da minha exposição? Não pretendo exportar certezas nem verdades; pretendo tão-somente ilustrar o fruto de uma experiência que ainda não se concluiu.

Devo ainda fazer uma consideração de caráter geral. Nos últimos tempos a prova científica transformou-se num dos temas centrais para os estudiosos do processo penal italiano.[3] Isto ocorre não tanto para ostentar modernidade ou conhecimento de novas técnicas, mas existe uma razão mais profunda.

Atualmente, o direito penal tem a tendência de tutelar bens fundamentais como a saúde e o meio ambiente, com a conseqüente incriminação tanto de condutas de resultado quanto de condutas de perigo. A tutela de tais bens jurídicos requer a realização de investigações complexas que, por sua vez, necessitam de provas científicas, da verificação do evento e do nexo de causalidade. Isto comporta, no campo processual, a aplicação pelo juiz não somente de ciências tradi-

3. O. Dominioni. "In tema di nuova prova scientifica". *Diritto penale e processo*. 2001, p. 1.061; A. Scalfati. "Item Consulenza tecnica (dir. proc. pen.)". *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1997, vol. VIII; F. Stella. *Giustizia e modernità*. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. Milano, 2001; G. Canzio. "Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale". *Diritto penale e processo*. 2003, p. 1.193; F. Focardi. *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*. Padova, 2003.

cionais, mas também de outras matérias objeto de divergência e de contínua evolução também em âmbito científico. Neste contexto, é necessário que todas as partes possam verificar o procedimento cognitivo e decisório do juiz. Referida exigência colide com as lacunas do sistema processual, o qual não prevê um satisfatório contraditório entre as partes. Este é o motivo pelo qual a prova científica adquire uma nova relevância no processo penal.

2. As variáveis que incidem na matéria

A matéria deve ser analisada levando em consideração contemporaneamente três variáveis: a) o tipo de sistema processual; b) o conceito de ciência; c) a noção de direito de defesa. Estas variáveis são interligadas e, por conseguinte: a) a variação do sistema processual altera o conteúdo do contraditório; b) a mutação do conceito de ciência acarreta modificações na estrutura processual da prova científica e c) como resultado, o direito de defesa deve ser reformulado.

2.1 As modificações ocorridas no sistema processual

Na Itália, foi adotado um sistema misto com um contraditório tutelado de modo atenuado (1955-1987); posteriormente, adotou-se um sistema prevalentemente acusatório com o contraditório tutelado de modo mais acentuado (1988-2000). Passamos a analisar essa evolução com mais detalhes.

Até 1987, a prova era formada durante a fase de instrução por iniciativa de um juiz instrutor nos moldes de um sistema misto; tratava-se de um juiz que investigava e produzia as provas. Os atos contidos nos autos de instrução podiam ser lidos durante a fase de debates (*dibattimento*) e utilizados pelo juiz na decisão final.

Na fase de debates, as partes tinham o direito de verificar uma prova formada durante a fase de instrução e as perguntas às testemunhas eram formuladas

por intermédio do juiz. As partes (Ministério Público, defensor do acusado e da parte civil) podiam somente requerer ao juiz que formulasse perguntas à testemunha; em seguida, o juiz podia ou não concordar com o pedido ou reformular a pergunta. O direito de defesa, portanto, era garantido de modo atenuado: tratava-se de um contraditório a respeito de uma prova que em grande parte havia sido formada na fase de instrução por iniciativa do juiz instrutor. A fase de debates não dava condições para que as partes pudessem verificar a idoneidade do quanto tinha sido produzido em segredo, sob a pressão psíquica realizada pela polícia e pelo Ministério Público.

Em 1988, na Itália, adotou-se um sistema prevalentemente acusatório.[4] Não existe mais a figura do juiz instrutor de tipo napoleônico. As provas são investigadas somente pelas partes. O juiz pode somente "decidir"; não tem mais o poder de buscar as provas. Foi adotado o princípio da separação de funções. Por exemplo, na fase de debates (*dibattimento*) foi instituído o exame cruzado (*cross examination*), segundo o qual Ministério Público e defensor formulam perguntas diretamente às testemunhas e o juiz deve limitar-se a verificar a admissibilidade das perguntas, ou seja, verificar se as perguntas são pertinentes, relevantes e não vetadas pela lei.

Na fase de investigações preliminares, antes da fase de debates, as partes (Ministério Público, polícia judiciária, defensores) têm a função de investigar e as declarações, em regra, não podem ser utilizadas na fase de debates, mas servem para preparar o exame cruzado que ocorrerá nesta sede. Por fim, foi adotado o princípio do contraditório na formação da prova de conteúdo declaratório sobre a qual o juiz deve decidir na fase de debates (art. 111, inc. 4, da Constituição) Os aspectos mais inovadores do novo sistema são as investigações da defesa, o exame cruzado e a impossibilidade de utilização na fase judicial das declarações prestadas antes na fase de investigação.

4. P. Tonini. *Manuale di procedura penale*. 5. ed. Milano, 2003. p. 34.

2.2 A evolução do conceito de ciência

Ilustramos sinteticamente as modificações concernentes ao princípio do contraditório. Inseriremos a seguir a variável que depende do conceito de ciência. Em síntese, até a metade do século passado, foi adotada uma concepção positivista de ciência. A partir de então, começou-se a aceitar uma concepção denominada pós-positivista. A análise deve ser realizada em linhas gerais, ainda que isso acarrete necessariamente algumas simplificações de importantes conceitos.

Com base na filosofia positivista, a ciência é *ilimitada, completa, infalível.* É *ilimitada* porque se considera que somente uma lei científica é idônea a explicar o mecanismo de um fenômeno. É *completa*, pois a lei permanece imutável porque essa é a característica que se atribui ao fenômeno observado. É *infalível*, pois a ciência é única e não se engana; no máximo, podem se equivocar os cientistas.

Por volta de 1955, Popper e outros estudiosos questionaram essa concepção. Constatou-se que a ciência é *limitada*, pois de um fenômeno[5] é possível extrair um número limitado de aspectos e representá-los por meio de uma lei científica. A ciência é *incompleta*, pois, quando outros aspectos do mesmo fenômeno são conhecidos, a lei científica deve ser ampliada para representar também esses outros aspectos. A ciência é *falível*, ou seja, toda lei científica tem uma margem de erros que deve ser pesquisada e, ademais, o conhecimento da margem de erros é o índice de que uma teoria foi testada seriamente. Portanto, hoje é difundida a concepção da filosofia da ciência denominada pós-positivista.

2.3 A evolução do princípio do contraditório

Quais são as conseqüências que recaem sobre a estrutura da prova de tipo técnico em razão de se adotar um específico conceito de ciência?

5. Considerado em seu sentido grego de τὸ φαινόμενον: "aquilo que aparece".

Se a ciência é *ilimitada, completa e infalível*, é suficiente que o juiz nomeie um perito e lhe imponha o dever de agir de acordo com a verdade. Assim, no sistema misto, o juiz instrutor determinava a realização da perícia, nomeava um perito e lhe formulava os quesitos, sem ouvir as partes. Considerava-se suficiente que o perito, assim como a testemunha, tivesse o dever de dizer a verdade. Como a prova era de propriedade do juiz, a perícia era realizada em segredo. O perito individuava a lei científica, a aplicava ao caso concreto e apresentava a avaliação do elemento probatório. Os resultados da perícia eram levados ao conhecimento das partes e podiam fundamentar a decisão final do processo penal.

O mecanismo processual mencionado foi colocado em questionamento por uma simples constatação: o juiz e o perito são seres humanos e, portanto, podem equivocar-se. Torna-se necessário realizar um controle sobre a atividade por eles desenvolvida. O contraditório deve ser atuado, ao menos de modo "atenuado": trata-se da possibilidade de conhecer as premissas sobre as quais o juiz fundamentou a sua decisão. Por conseguinte, deve ser permitido ao acusado e à vítima a nomeação de assistentes técnicos e eles devem ter o direito de estarem presentes durante a perícia.

Esta solução passou a ser adotada na Itália em 1955 quando o direito de defesa foi tutelado na fase de instrução. Na verdade, com a Lei 517, de 18.06.1955, foi conferido ao acusado e à parte civil o poder de nomear assistentes técnicos particulares que tinham o direito de assistir a realização da perícia e podiam, eventualmente, redigir "memoriais" para ilustrar eventuais erros ou deficiências da atividade que tinha sido realizada pelo perito. Os assistentes particulares eram apenas auxiliares técnicos das partes e não eram "meios de prova". Todavia, um contraditório de tipo "atenuado" existia, pois as partes tinham conhecimento das premissas com base nas quais o juiz decidia.

Atualmente, a noção de ciência mudou e esta evolução coloca em crise o conceito de contraditório "atenuado". Como foi mencionado, o pós-positivismo afirma que a ciência é *limitada, incompleta e falível*, por conseguinte, todas as par-

tes do processo penal têm o direito de questionar as hipóteses formuladas pela parte contrária ou pelo perito nomeado pelo juiz.[6]

Portanto, a primeira conseqüência é que: cada uma das partes deve poder demonstrar que são aplicáveis ao fato histórico diferentes regras que dão uma explicação alternativa do ocorrido. Vale dizer, é necessário que as partes possam verificar se, no momento dos fatos, havia outras causas idôneas a provocar o evento. Disso decorre que as partes devem ter a possibilidade de buscar a prova de outros fatos que conduzam a outros antecedentes causais.

Uma segunda conseqüência: é necessário poder aplicar o método "falsificacionista" elaborado por Popper.[7] Se, na verdade, a causa era aquela identificada, com base em regras notórias, deveria gerar determinadas conseqüências. Portanto, faz-se necessário indagar se todas as conseqüências se verificaram. Quando se constata que apenas *uma dessas não se verificou*, coloca-se em dúvida a validade da lei científica naquele caso concreto.

Procuraremos fazer a interação da concepção pós-positivista de ciência com as dinâmicas do direito à prova. Referido direito, em nossa opinião, implica no poder de realizar investigações sobre os mencionados fatos "falsificativos". Para

6. A respeito do valor do contraditório como método de conhecimento, v. K. R. Popper, *The poverty of historicism* (1944-1945), tradução italiana *Miseria dello storicismo*, Milano, 1997, p. 120, segundo o qual "a descoberta dos exemplos que convalidam uma teoria vale pouquíssimo se não tentarmos, sem conseguir, encontrar os exemplos que a negam. Porque, se temos pouco senso crítico, encontraremos sempre aquilo que desejamos: procuraremos e encontraremos as confirmações; desviaremos o olhar daquilo (e portanto não o veremos) que poderia colocar em perigo as teorias que nos são caras. Neste mundo é facílimo obter provas, aparentemente irrefutáveis de uma teoria que, caso fosse analisada com um ânimo crítico, teria sido negada".

7. O pensamento falsificacionista de Popper é reconhecido como um dos vetores da moderna epistemologia. O autor nega a idéia de que se possa descobrir a verdade irrefutável por meio da análise de um número finito de casos específicos: se é verdade que um certo número de verificações não pode garantir a verdade de uma proposição universal, é igualmente verdade que basta apenas um caso contrário para demonstrar a sua falsidade.

Conclui-se que o modo melhor de avaliar uma hipótese não é tanto a pesquisa de dados que a confirmem (comportamento de verificação), mas sim a constatação da sua sobrevivência às tentativas de colocá-las em crise. Vide: K. R. Popper. *Congetture e falsificazioni*. Tradução italiana, Bologna, 1972.

que o direito de defesa seja realmente garantido, ele deve ser enriquecido com novos conteúdos. As modalidades de exercício, as quais o legislador pensava originariamente, devem ser modificadas.

O conceito de defesa, extraído da Constituição italiana de 1948, deve ser ampliado em seu conteúdo com o intuito de compreender novas garantias. Atualmente, aceitamos uma concepção pós-positivista da ciência e, portanto, a exigência de atuar o direito de defesa impõe a introdução de novos instrumentos. O "direito de defender-se provando" deve ser estendido ao tipo específico da prova científica.

Uma vez que a perícia é um meio de prova "gerenciado" pelo juiz e não facilmente acessível às partes, o direito à prova deve poder ser exercido também fora do âmbito da perícia.

Em extrema síntese, faremos menção ao princípio do contraditório nos termos do art. 111 da Constituição. Este novo artigo sedimentou referido cânone tanto em seu aspecto objetivo, que consiste no "método de investigação" dos fatos, quanto em seu aspecto subjetivo, ou seja, como uma garantia individual. A primeira parte do inc. 4 estabelece que o processo penal deve ser regulamentado pelo princípio do contraditório na formação da prova. O dispositivo enuncia, assim, uma prescrição de natureza objetiva. Trata-se de uma norma que visa a tutelar o processo penal, e a garantir o contraditório como *método de conhecimento*.

Por sua vez, o inc. 3 do art. 111 reconhece ao acusado a faculdade de inquirir, na presença do juiz, as pessoas que prestaram declarações contra ele. A norma claramente estabelece uma prescrição de natureza subjetiva, apta a tutelar o acusado. Vale dizer, este dispositivo visa a garantir o denominado "direito de confrontar-se com o acusador", ou seja, o princípio do contraditório como *garantia individual*.[8]

8. O princípio do contraditório em sentido subjetivo é complementado pela regra segundo a qual a culpa do acusado não pode ser provada com base nas declarações prestadas por quem, voluntária e livremente, sempre se subtraiu ao confronto com o acusado. Referida regra é também constitucional, conforme inc. 4, segundo período do art. 111. Para ulteriores informações sobre o princípio do contraditório na Constituição, v.: C. Conti. "L'imputato nel procedimento connesso". *Diritto al silenzio e obbligo di verità*. Padova, 2003, p. 93 e seguintes.

Também em modo subjetivo deve ser interpretado o direito, reconhecido ao acusado no mesmo inc. 3, de dispor "do tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa".

Nota-se, assim, a consagração legislativa das duas concepções imprescindíveis do contraditório e, naturalmente, ambas devem encontrar aplicação na disciplina da prova científica. Não deve ser acolhida a tese, sustentada por alguns estudiosos, segundo a qual o contraditório para a investigação e aquisição da prova opera somente em relação à prova "oral e declaratória".[9] Seria anômalo um sistema no qual o direito de defesa não é atuado justamente no âmbito de provas que são aquelas que mais podem incidir em relação ao acusado presumido inocente e cuja culpabilidade deve ser provada acima de toda e qualquer dúvida razoável.[10]

3. Sistema processual e prova científica

Uma vez feitas essas breves considerações sobre as noções de contraditório e de ciência, é oportuno analisar como os dois conceitos podem ser traduzidos em um determinado mecanismo processual.[11] Também neste caso é necessário levar em consideração a pluralidade dos sistemas jurídicos. O legislador italiano de 1988 poderia ter utilizado o exemplo do sistema acusatório puro de matriz anglo-americana, mas decidiu não adotar referido modelo.

No *sistema acusatório puro* não existe uma "prova do juiz"; todas as provas são das partes, no sentido de que incumbe unicamente a elas a investigação das provas, a apresentação de requerimento de admissão ao juiz e a formulação de

9. Vide, ainda que dentro de um quadro problemático, G. Canzio, *Prova scientifica*, cit., p. 1.200.

10. As seções unidas da Corte de Cassação têm aplicado a regra da dúvida razoável na verificação da responsabilidade por culpa médica. Assim, Cass., seç. un., 10 de julho – 11 de setembro, rel. Canzio, ric. Franzeze, *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50.

11. A respeito da relação entre sistema probatório e investigação dos fatos, v.: P. Ferrua. "Il giudizio penale: fatto e valore giuridico". *AA. VV., La prova nel dibattimento penale*. Torino, 1999. p. 195-196; G. Ubertis. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano, 1979.

perguntas na fase de debates. As partes podem arrolar "testemunhas especializadas" (*experts*) que podem realizar suas tarefas em sigilo, formulam um parecer e são submetidos ao exame cruzado em audiência. O juiz tem o poder de indeferir a oitiva dessa testemunha que se baseia em uma ciência que não é confiável;[12] mas não pode nomear um perito de ofício nem mesmo a requerimento das partes. O sistema acusatório puro tem a vantagem do contraditório na formação da prova; mas, em contrapartida, tem a desvantagem de que o juiz deve submeter-se à iniciativa das partes e, portanto, fica ainda mais vinculado à conclusão do *expert*; com a ulterior desvantagem de que se trata de um parecer parcial.

O Código de Processo Penal Italiano de 1988 adotou o princípio do contraditório na formação da prova, mas não deixou o juiz à mercê da mera iniciativa das partes; vale dizer, não adotou o princípio dispositivo "forte", segundo o qual são admitidos somente os meios de prova requeridos pelas partes. A manobra realizada pelo legislador foi complexa e levou cerca de uma década. Não sendo possível, nesta sede, examinar detalhadamente a evolução histórica, preferimos fornecer-lhes os resultados alcançados que caracterizam o atual sistema italiano.[13]

No Código de 1988, o juiz manteve o poder de nomear um perito quando existe a necessidade de se obter uma avaliação que requeira uma competência técnica, científica ou artística. Todavia, este poder somente pode ser exercitado de ofício durante a fase de debates. Nesta fase, o juiz pode nomear o perito mediante pedido das partes, ou de ofício, mas pode, se quiser, valer-se apenas dos conhecimentos científicos que emergem do exame cruzado dos assistentes técnicos das partes, nomeados pelo Ministério Público, pelo acusado ou pela vítima que se constituiu "parte civil".

Durante a fase de investigações preliminares, o juiz não tem poderes de iniciativa probatória, portanto, somente pode nomear um perito com o prévio

12. Rule 702 F. R. E., sob este ponto v.: G. Canzio. *Prova scientifica*, cit., p. 1.194.

13. Vedi, amplius, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 262 e 485. Sobre os efeitos que as recentes modificações legislativas têm causado no nosso sistema processual, v.: E. Amodio. "Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema". *Ind. pen.*, p. 7, 2003.

requerimento de uma das partes e apenas quando a perícia for urgente, ou seja, no caso em que a prova se refira a uma pessoa, coisa ou lugar, cujo estado está sujeito a modificações inevitáveis (art. 392, inc. 1, *f*, do CPP).[14]

Por sua vez, as partes dispõem de um instrumento mais rápido e flexível que o requerimento de nomeação de um perito. Desde a fase de investigações preliminares, o Ministério Público, o investigado e a vítima podem nomear diretamente um assistente técnico, com o intuito de realizar investigações além da perícia e também quando não foi determinada a realização da perícia (art. 233 do CPP).[15]

4. O direito à prova científica

Neste ponto se encontra o aspecto mais interessante da legislação italiana: primeiramente, foram regulamentados os poderes do assistente técnico do Ministério Público (arts. 359 e 360 do CPP); em seguida, com a Lei 397/2000, foram regulamentados os poderes dos assistentes técnicos do acusado e da vítima (arts. 233, inc. 1-*bis*, 391-*sexies* e 391-*decies*, do CPP). Na base dessa regulamentação encontram-se dois princípios não expressos, mas que decorrem do sistema.[16]

Com base no primeiro princípio, todas as partes têm o direito à prova técnico-científica. Disso decorre que as partes têm o direito de investigar as fontes e elementos de prova; têm o direito de apresentar os dados científicos ao juiz; têm o direito de nomear assistentes técnicos e de requerer a sua admissão; têm o direito de inquirir os assistentes técnicos próprios e os da parte contrária.

14. O incidente probatório poderia ser requerido também quando a perícia, se fosse realizada na fase de debates, causasse uma suspensão do processo superior a sessenta dias (art. 392, inc. 2, do CPP).

15. E. Amodio. "Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale", *Cass. pen.*, p. 170, 1989; R. E. Kostoris. *I consulenti tecnici nel processo penale*. Milano, 1993. Sustenta a unidade da figura do assistente técnico na perícia e nas investigações da defesa F. Focardi, *La consulenza tecnica extraperitale*, cit., p. 47.

16. F. Focardi. *La consulenza tecnica extraperitale*, cit., p. 132.

Com base no segundo princípio, nenhuma parte pode modificar ou alterar a fonte ou elemento de prova sem que tenha sido instaurado o contraditório com a parte contrária; é necessário enviar um prévio aviso à parte contrária ou a seu defensor, se esse já tiver sido nomeado. A parte contrária pode estar presente na realização da investigação técnica com um próprio assistente.

Importante salientar que o sistema assim delineado não é favorável apenas ao acusado; trata-se de um instrumento dialético que é útil a todas as partes, inclusive ao Ministério Público e à vítima. Certamente, tendo em vista que o ônus da prova incumbe àquele que acusa, é possível afirmar que o sistema garante o direito de defesa do acusado.

Com base nesses princípios, foi construída a regulamentação das investigações públicas e particulares. Em relação a estas últimas, em grande parte, a fonte das normas é a lei, mas também são fontes as normas deontológicas que a ordem dos advogados redigiu. Trata-se, primeiramente, das regras da União das Câmaras Penais (1996, modificadas em 2001) e, em segundo lugar, do Código Deontológico que foi aprovado pelo Conselho Nacional Forense (1997, modificado em 1999 e em 2002).[17]

5. As investigações científicas públicas e particulares

A regulamentação das investigações técnico-científicas considera o fato de que o Ministério Público e a polícia judiciária são órgãos públicos, vinculados sob as penas da lei a perseguir o interesse de justiça; eles têm o dever de investigar também os fatos favoráveis ao acusado (art. 358 do CPP).

Em contrapartida, o defensor que conduz uma investigação é um sujeito privado que tem o dever, sancionado disciplinarmente e penalmente, de investigar e de levar ao conhecimento do juiz apenas os elementos que são "a favor do próprio assistido" (art. 327-*bis* do CPP).

17. *Foro It.*, 2003, vol. I, p. 248.

No sistema acusatório, o defensor é um antagonista da acusação no âmbito de um processo dialético, e não tem o dever de contribuir com a busca da verdade contra o próprio assistido. O único limite está no fato de que ele não pode introduzir no processo provas falsas e tampouco pode perder ou esconder as provas,[18] sob pena de ser incriminado pelo crime de favorecimento pessoal (art. 378 do CP) ou por outros crimes específicos.

Feita esta premissa, existem diferenças entre o Ministério Público e as partes privadas (acusado e vítima) na regulamentação das respectivas investigações. As diferenças concernem principalmente aos poderes coercitivos, os quais são reservados ao Ministério Público e à polícia judiciária; sob outro aspecto existe um paralelo surpreendente, apesar de não estar ainda totalmente aperfeiçoado.

5.1 Investigações e poderes coercitivos sobre coisas

Em síntese, ao conduzir investigações sobre uma *notitia criminis*, o Ministério Público e a polícia judiciária têm poderes coercitivos sobre coisas e, assim, podem determinar a realização de buscas, apreensões e inspeções probatórias com base no fato de que existem indícios da prática de um crime. Os sujeitos passivos dos poderes do Ministério Público podem ser tanto o investigado como um terceiro não acusado (por exemplo, o detentor de um objeto que deve ser apreendido).

Diferentes são os poderes da vítima e do investigado. Os defensores destes, quando realizam investigações particulares, não têm poderes coercitivos e, por isso, podem colher informações na medida em que o titular do direito o consinta. Em caso de dissenso, o defensor pode somente fazer requerimentos à autoridade judiciária por meio de um dos seguintes modos:[19]

18. Art. 14. I del Codice deontologico forense, *Foro It.*, 2003, p. 248.

19. Vide, amplius, G. Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 288 et seq.; P. Tonini. *Manuale di procedura penale*, cit., p. 485 et seq.

a) O defensor tem o direito de entrar em lugares públicos e privados. Em caso de discordância do proprietário, o defensor requer ao juiz autorização para a realização das investigações preliminares, o qual especifica as modalidades de ingresso (art. 391-*septies*) também de tipo coercitivo.

b) O defensor tem o direito de intimar uma pessoa para obter informações e, caso ela não se apresente, ele pode requerer ao juiz que ela seja ouvida em incidente probatório (art. 391-*bis*, inc. 10).

c) O defensor pode requerer a apreensão de um objeto ao Ministério Público e, caso ele não defira o pedido, a decisão final incumbirá ao juiz das investigações preliminares (art. 368).

d) O defensor pode requerer ao Ministério Público que o próprio assistente técnico examine os objetos submetidos à apreensão; caso o Ministério Público indefira o pedido, o defensor pode apresentar oposição ao juiz (art. 233, inc. 1-*bis*).

5.2 *"Exames" (*Rilievi*) que não comportam investigações técnicas não passíveis de repetição*

Uma norma específica regulamenta os "exames". A necessidade de colher elementos probatórios também de tipo científico pode gerar a necessidade de se ingressar em lugares por meio de comportamentos que não modifiquem o material submetido a exame. As partes podem realizar atividades de documentação da situação de lugares e de pessoas, como, por exemplo, podem elaborar "exames" ou tirar fotos. Neste caso, as regras são diferentes para órgãos públicos e particulares.

A parte contrária pode intervir e pode assistir a realização dos "exames" sem ter, contudo, o direito de ser previamente avisada. Isto vale para a polícia que tem de ingressar nos lugares: o defensor do investigado tem o direito de estar presente sem ser previamente avisado (arts. 354 e 356 do CPP). Todavia, a mesma regra vale também para o defensor que tenha a iniciativa de ir até o local ou de realizar operações de "exame": neste momento se verifica um singular paralelismo

com os "exames" realizados por iniciativa da polícia judiciária. Quando o defensor vai ao local e está realizando atos que não podem ser repetidos, o Ministério Público tem a faculdade de assistir sem ter o direito de ser previamente avisado. O Ministério Público pode exercitar tal direito pessoalmente ou por meio da polícia judiciária (art. 391-*decies*, inc. 3, do CPP).[20]

Na verdade, o ato realizado pelo defensor dá lugar a uma espécie de inspeção similar àquela realizada pela autoridade inquiridora. Todavia, consideramos que exista uma regra não expressa pelo código: o Ministério Público e a polícia judiciária têm prioridade na condução das próprias atividades de investigação, podendo o defensor realizá-las somente em um momento sucessivo.

5.3 Investigações técnicas não passíveis de repetição e direito à prova

Quando uma pessoa dotada de conhecimentos específicos realiza uma investigação técnica que não será possível repetir dá-se uma situação peculiar. Isto ocorre quando o objeto a ser examinado está sujeito a sofrer modificações inevitáveis por diversos motivos, como, por exemplo, em razão do transcorrer do tempo. A não possibilidade de repetir o ato pode se verificar também quando é a própria investigação a causa da modificação do objeto examinado (por exemplo, análise de uma substância em quantidade ínfima). Nestes casos, vigora o princípio geral ao qual fizemos referência anteriormente: nenhuma das partes tem o direito de esconder das outras as fontes de prova, nem tem o direito de manipular ou alterar os elementos de prova unilateralmente, vale dizer, sem que tenha sido ativado o contraditório com a parte contrária. Caso uma das partes, ao realizar

20. "Il difensore ha la facoltà di redigere il verbale che documenta il rilievo e, di regola, sceglie se depositarlo, o meno, nel proprio fascicolo presso il giudice (art. 391-octies comma 3); ma quando il pubblico ministero assiste all'atto, il difensore ha l'obbligo di depositare il verbale (art. 391-decies comma 4)."

investigações, pretenda manipular ou alterar os elementos de prova, o deve fazer avisando previamente a parte contrária da realização do ato.

A regulamentação do direito à prova técnico-científica na fase anterior àquela de debates foi construída com base no princípio supramencionado. A investigação, não passível de repetição, pode ser determinada: a) pelo juiz; b) por iniciativa do Ministério Público; c) por iniciativa do defensor do investigado ou da vítima.

a) O Ministério Público ou o investigado podem requerer ao juiz das investigações preliminares a realização de uma perícia urgente em incidente probatório (art. 392). O ato é realizado em contraditório com as mesmas modalidades previstas para a fase de debates. O juiz deve avisar previamente o Ministério Público, o defensor do investigado e da vítima e eles podem nomear assistentes técnicos que têm o direito de assistir a realização da perícia. Trata-se de uma prova de tipo tradicional, ou seja, realizada sob a direção do juiz. A novidade em relação ao sistema misto encontra-se no fato de que a perícia, durante as investigações preliminares, é realizada apenas quando há o requerimento de uma das partes.

b) O Ministério Público pode determinar a realização de uma investigação técnica urgente e, nesta hipótese, nomeia um assistente técnico e intima o investigado, a vítima e o defensor, informando o dia em que apresentará os quesitos ao mencionado assistente. Investigado e vítima podem nomear assistentes técnicos que têm o direito de assistir o ato realizado pelo Ministério Público. O contraditório é assegurado, mas o assistente que realiza o exame técnico foi nomeado pelo Ministério Público. Por este motivo, o código reconhece ao investigado (e apenas a ele) o direito de fazer uma reserva de incidente probatório, ou seja, ele pode se opor à assistência realizada pelo Ministério Público e este último não tem outra alternativa a não ser requerer ao juiz que determine a realização de uma perícia em incidente probatório.

c) O Parlamento italiano, por meio da Lei 397/2000, reconheceu ao defensor um poder paritário àquele atribuído ao Ministério Público em 1988. Uma vez

que o direito à prova incumbe às partes processuais, o legislador reconheceu tal direito também no que se refere à prova científica. Por conseguinte, atribuiu ao defensor do investigado e ao da vítima o poder de realizar investigações técnicas que não podem ser repetidas. A reforma determinou o reconhecimento dos princípios do "justo processo"(*due process of law*) introduzidos no art. 111 da Constituição, pela LC 2/1999.[21] Entendeu-se, evidentemente, que o contraditório é uma modalidade indispensável de atuação da jurisdição também em matéria científica.

5.4 Um novo instituto: a investigação técnica que não pode ser repetida realizada pelo defensor

A investigação técnica realizada pelo defensor foi estruturada de modo similar àquela que pode ser realizada pelo Ministério Público nos termos do art. 360 do CPP. Especialmente, é importante considerar que as atas das investigações técnicas que não podem ser repetidas, realizadas pelo defensor, têm o mesmo regime de "utilização" estabelecido pelo código ao homólogo ato realizado pelo Ministério Público. Na verdade, as referidas atas são introduzidas nos autos da fase de debates (art. 431) e, por conseguinte, são "utilizáveis" na decisão final (art. 391-*decies*, inc. 4).

No que se refere às modalidades de realização do ato, o Código dispõe que o defensor (do investigado e da vítima) deve avisar previamente "sem atraso" o Ministério Público (391-*decies*, inc. 3); as normas deontológicas impõem ao defensor o dever de avisar previamente sem atraso "todos aqueles em relação aos quais o ato pode ter algum efeito e dos quais se tenha conhecimento (art. 15 das *Regras das Câmaras Penais*)".[22]

21. M. Chiavario. "Item Giusto processo (processo penale)". *Enc. Giur. Treccani, XAgg.*, Roma, 2001, p. 13; C. Conti. "Item Giusto processo (dir. proc. pen.)". *Enc. Dir., Agg. V*, Milano, 2001, p. 630.

22. O defensor que realiza o ato em questão tem o dever, e não a faculdade, de depositar a respectiva ata (art. 391-*decies*, inc. 4, do CPP).

Neste caso, o Ministério Público tem três possibilidades. Em primeiro lugar, pode assistir a investigação realizada pelo assistente técnico privado, pessoalmente ou mediante um assistente próprio. Em segundo lugar, pode realizar uma própria investigação técnica que não pode ser repetida, a qual è considerada prevalente sobre aquela realizada pelo defensor. Neste caso, o investigado pode apresentar pedido de incidente probatório, nos termos do art. 360, inc. 5, do CPP. Por fim, o Ministério Público pode exercitar as "faculdades previstas, desde que compatíveis, pelo art. 360" (art. 391-*decies*, inc. 3, do CPP).

Esta última possibilidade deve ser analisada mais profundamente. Com base em uma interpretação, sugerida pela introdução ao projeto de Lei 2.979, a cláusula de compatibilidade impõe a interpretação do art. 360 no sentido de inverter as partes, ou seja, atribuindo ao Ministério Público os poderes que tal norma reconhece à defesa no curso das investigações técnicas que não podem ser repetidas realizadas pela acusação pública. Portanto, o Ministério Público, uma vez avisado o defensor, pode formular reserva de incidente probatório. Nesse último caso, a defesa tem a possibilidade de realizar da mesma forma a investigação técnica, quando considerar que não pode adiar a realização do ato. Parece difícil sustentar que a defesa possa superar a vontade da parte pública de requerer a realização de uma perícia em incidente probatório. Todavia, é necessário imaginar também o caso de inércia do Ministério Público, ou seja, quando ele não faz mencionado requerimento ou não realiza uma eventual investigação técnica, nos termos do art. 360 do CPP. Diante do perigo de que um elemento de prova possa se deteriorar, consideramos que o defensor tenha legitimidade para realizar o ato que não pode ser adiado, já que a garantia constitucional o impõe.[23]

23. Para uma opinião análoga, ainda que dentro de um quadro problemático, v.: G. Ruggiero. *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 361; em sentido contrário: F. Focardi, *La consulenza tecnica extraperitale*, cit., p. 142 et seq. Para ulteriores aprofundamentos, C. Valentini, sub art. 391-*decies*, in: A. Giarda, G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2001, p. 367.

É necessário ressaltar a importância e a inovação do instituto de investigação técnica que não pode ser repetida que pode ser realizada pelo defensor do acusado ou da vítima. A solução elaborada pelo legislador italiano se distancia do sistema misto, bem como do sistema acusatório "puro". A norma tem uma dimensão revolucionária, pois pela primeira vez afirma que o Ministério Público não é o único sujeito legitimado a colher o elemento de prova e a destruir, se necessário, a sua fonte.

Contemporaneamente, é importante salientar que a transição do sistema misto para aquele acusatório "limitado" ainda não se concluiu. Por vários motivos, que passamos a enumerar, podemos afirmar que já percorremos mais da metade do caminho, mas o processo ainda não foi completado de modo coerente.[24]

Se a assistência técnica privada já se transformou em um meio de prova, é necessário que o legislador faça emergir as conseqüências desta importante mudança. Uma vez que foram concedidos relevantes poderes aos assistentes técnicos das partes, deveria existir a obrigação de escolhe-los entre os profissionais escritos nos órgãos de classe, capazes de assegurar a observância das regras deontológicas; mas infelizmente a lei assim não o dispõe.

Ademais, o assistente técnico privado "gerencia" uma fonte de prova ou um elemento que pode se deteriorar, portanto, ele deveria ter o dever de dizer a verdade e de lealdade penalmente sancionados, quando realiza uma atividade que não pode ser repetida. Todavia, isto também não foi regulamentado pelo legislador: o assistente técnico das partes não tem o dever de dizer a verdade nem mesmo quando é submetido ao exame cruzado (art. 501 do CPP). Por conseguinte, o acusado não tem o direito de confrontar-se com o seu acusador de tipo científico.

Por fim, deveria ter sido imposto ao defensor o dever de prévia comunicação dos resultados das investigações técnicas antes de determinadas fases do procedimento penal, como, por exemplo, antes da audiência preliminar, quan-

24. F. Focardi. *La consulenza tecnica extraperitale*, cit., p. 208 et seq.

do o acusado pretende requerer o rito abreviado. Todavia, nada disso foi previsto pelo Código.

Estes são os aspectos ainda não aperfeiçoados, os quais merecem ser destacados e levados ao vosso conhecimento. Os consideramos "defeitos", mas que, todavia, não ofuscam o passo adiante realizado pelo legislador italiano; passo adiante ainda mais admirável tendo em vista a situação de constante divergência ideológica ocorrida no mundo político desde 1992 e que está presente ainda hoje. É um passo adiante nas relações entre ciência e processo penal que respeita o papel desempenhado pelos operadores do processo (juiz, partes, peritos e assistentes técnicos). É uma solução que garante o processo dialético e o direito à prova sem restringir o juiz somente à iniciativa das partes. Sobretudo, é uma solução melhor comparada a outras, as quais estabelecem um liame maior entre o juiz e o cientista, sem levar em consideração as exigências do contraditório.

Apontamentos sobre o sigilo bancário*

Técio Lins e Silva
Advogado Criminal no Rio de Janeiro.

Marcela Lima Rocha
Advogada Criminal no Rio de Janeiro.

Sumário: 1. A inserção do direito ao sigilo bancário no patamar de direito fundamental. Breve histórico – 2. O caráter não absoluto do direito ao sigilo bancário – 3. As autoridades administrativas e a quebra de sigilo bancário – 4. O Ministério Público e a quebra de sigilo bancário – 5. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a quebra de sigilo bancário.

Resumo: O direito ao sigilo bancário, sem sombra de dúvida, foi erigido ao patamar de direito fundamental na Carta Política de 1988. A discussão sobre a possibilidade da quebra de sigilo bancário vem causando muitas polêmicas e a questão se ramifica em diversos pontos, ocasionando uma série de questionamentos que envolvem a possibilidade do requerimento direto de quebra do sigilo bancário por Comissões Parlamentares de Inquérito, membros do Ministério Público e autoridades administrativas, desprovido da prudente e vigilante avaliação prévia do Poder Judiciário.

Palavras-chave: requerimento; quebra; sigilo bancário; direito fundamental.

* Notas que serviram de roteiro à exposição de Técio Lins e Silva sobre o tema, apresentada no painel "Sigilo Bancário e Garantias Individuais", no IX Seminário Internacional do IBCCRIM.

1. A inserção do direito ao sigilo bancário no patamar de direito fundamental. Breve histórico

Durante algum tempo, o sigilo das operações bancárias foi estudado sob ponto de vista preponderantemente liberal, o que fazia com que a explicação quanto à importância dessas operações se restringisse apenas a uma condição de sobrevivência das instituições de crédito, assegurando-se, assim, o direito à livre iniciativa das operações envolvendo particulares e instituições financeiras.

Posteriormente, com a promulgação da Carta Política de 1988, o tema começou a ser ventilado de forma mais adequada, sendo inserido na seara dos direitos fundamentais, enfatizando-se o papel do sigilo bancário na proteção da intimidade e da vida privada.

Os direitos fundamentais, analisados a partir de uma conceituação formal, são aqueles direitos ou garantias constantes da Carta Magna. São valores que receberam o *status* mais elevado que pode ter uma garantia ou segurança, caracterizando-se pela sua imutabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Já quanto à concepção material, são os valores e princípios consagrados pela Constituição, de acordo com a ideologia predominante no Estado, que servirão de norte para todo o ordenamento jurídico, vinculando assim os demais Poderes do Estado.

Qualquer interpretação legislativa deverá embasar-se na premissa da superioridade jurídica da Constituição em relação aos demais atos normativos do Estado.

É possível afirmar-se que, atualmente, o desdobramento mais relevante do sigilo bancário seja a preservação do direito fundamental de cada cidadão à privacidade, sendo secundariamente resguardado o sistema bancário e creditício.

Tal direito possui duplo fundamento constitucional, estando concretizado nos incs. X e XII do art. 5.º, que dispõem, respectivamente, sobre o direito à vida privada e ao sigilo de dados, como podemos notar pelo abaixo transcrito:

"Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabi-

lidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".[1]

O STF já firmou entendimento no sentido de a preservação do sigilo bancário estar compreendida em nosso ordenamento jurídico como direito fundamental, como podemos verificar pelo trecho do voto do Min. Carlos Velloso proferido na Pet 577-DF, em 25.03.1992:

"O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5.º, X), além de atender 'a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito' registra Carlos Alberto Hagstrom (...)".[2]

Sem dúvida, a proteção à vida privada engloba diversos direitos que devem ser preservados no que se refere às intromissões decorrentes do progresso tecnológico e do crescimento do Estado. Entre eles, está o direito à preservação do sigilo bancário. A esfera de privacidade à qual todo cidadão tem direito só pode ser desrespeitada quando fundada em graves suspeitas de irregularidades e, mesmo assim, passando primeiramente pela criteriosa avaliação do Poder Judiciário.

1. Constituição Federal de 1988.
2. Brasil – STF – Pet 577-DF – rel. Min. Carlos Velloso – *DJU* 23.04.1993.

2. O caráter não absoluto do direito ao sigilo bancário

É maciço na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o direito ao sigilo bancário, entre outros direitos fundamentais, não é absoluto. Quando se traz à baila o referido tema, devemos sempre estar atentos para a dicotomia do direito à intimidade e a satisfação do interesse público, que não raro se chocam.

Assim, o sigilo bancário, apesar de direito fundamental, constitucionalmente garantido, coloca-se na esfera de conflito com outros direitos pertencentes ao sistema constitucional, o que acarreta, na solução do caso concreto, na utilização pelos operadores do direito, de um juízo de ponderação, a fim de que os valores conflitantes se quedem harmonizados.

Na tentativa de fixar garantias às liberdades individuais, em face dos interesses da Administração Pública, germinou-se na doutrina pátria a semente do princípio da proporcionalidade, que notadamente no direito alemão teve enorme repercussão. Este princípio foi desenvolvido na Europa e está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, amplamente difundido nos Estados Unidos da América.

Ambos os princípios têm como objetivo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público e suporte jurídico ao controle jurisdicional da atividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

A proporcionalidade e a razoabilidade devem ser utilizadas pelos operadores do direito a fim de sopesar a conveniência dos atos do Poder Público, que deve adotar medidas apropriadas ao alcance da finalidade que pretende cumprir.

O princípio da proporcionalidade vem sendo adotado, expressamente, pelo STF, em seus julgados. Um exemplo disso pode ser dado no julgamento do MS 21.729-4-DF, publicado em 19.10.2001, em trecho do voto do Min. Celso de Mello. Vejamos:

"Vários podem ser, dentro desse contexto excepcional de conflituosidade, os critérios hermenêuticos destinados à solução das colisões de direitos, que vão

desde o estabelecimento de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais mais tutelados, passando pelo reconhecimento do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, até a consagração de um processo que, privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição, viabilize – a partir da adoção 'de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito' (José Carlos Vieira de Andrade, op. e loc. cit.) – a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência".[3]

3. As autoridades administrativas e a quebra de sigilo bancário

Como já dito anteriormente, o sigilo bancário é um direito fundamental que, apesar de estar constitucionalmente protegido, pode ser violado, tendo em vista seu caráter relativo. Todavia, para tanto, deve ser respeitado o princípio do devido processo legal, bem como todas as garantias inerentes à proteção à privacidade, sendo as mesmas constitucionais ou infraconstitucionais.

A primeira questão a ser cogitada, e sem sombra de dúvida a mais importante, é a necessidade ou não da restrição ao sigilo bancário decorrer unicamente de decisão do Poder Judiciário. Este tema vem sendo amplamente discutido, em razão da promulgação das Leis Complementares 104 e 105/2001 e do Dec. 3.724/2001, que autorizam a autoridade administrativa requisitar informações a instituições financeiras sem o crivo do Poder Judiciário.

Importante frisar também que a LC 105/2001 revogou o art. 38 da Lei 4.595/1964, que estabelecia, até então, as normas de sigilo bancário que deveriam ser seguidas pelas instituições financeiras quando requisitadas a prestar informações.

A principal mudança trazida pela LC 104/2001 foi a alteração do art. 198 do CTN, que versava sobre o intercâmbio de dados sigilosos no âmbito da Administração Pública. Ao artigo foram inseridos novos parágrafos que conferem à

3. Brasil – STF – MS 21.729-4-DF – rel. Min. Marco Aurélio – *DJU* 19.10.2001.

autoridade administrativa a possibilidade de requerer diretamente dados sigilosos, impondo apenas a comprovação da instauração regular de procedimento administrativo.

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1.º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2.º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3.º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória".

A LC 105/2001 mostra a tentativa do legislador de deixar a cargo do Poder Executivo os critérios delimitadores de cada medida de afastamento do sigilo bancário. Vejamos esses dois artigos da referida lei:

"Art. 5.º O Poder Executivo disciplinará inclusive, quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Art. 6.º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

Os Decretos 3.724/2001 e 4.489/2002 regulamentam os arts. 6.º e 5.º da LC 105/2001, respectivamente, demonstrando como o servidor da Receita Federal deverá proceder a fim de requisitar as informações às instituições financeiras e de que forma tais informações devem ser prestadas pelas instituições.

Os artigos acima transcritos demonstram verdadeira afronta das Leis Complementares 104 e 105/2001 aos incs. X e XII do art. 5.º da CF, abstraindo completamente a necessidade de decisão judicial fundamentada para medidas de extrema relevância, como é o caso da devassa de informações financeiras de um cidadão.

As Leis Complementares 104/2001 e 105/2001 e o Dec. 3.724/2001 são alvo de cinco ações diretas de inconstitucionalidade,[4] todas sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Esses processos estão conclusos, com parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pelo não conhecimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade do decreto acima referido e, no mérito, pela constitucionalidade das citadas leis complementares.

Outra questão novel que não pode deixar de ser discutida é a que se refere à instituição, em 16.07.2003, através da IN 341/2003 da Secretaria da Receita Federal, da Declaração de Operações com Cartões de Crédito (Decred).

Tal instrução ordena que as administradoras de cartão de crédito prestem informações sobre as operações efetuadas, quais sejam, a identificação dos usuários de seus serviços e os montantes globais por eles mensalmente movimenta-

4. São elas: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406.

dos, desde que estes não sejam inferiores a R$ 5.000,00 (cinco mil reais) no caso de pessoas físicas e R$ 10.000,00 (dez mil reais) em sendo pessoa jurídica.

Não há como ser concebido que, em um Estado que se autodenomina democrático, tais regras possam vigorar, pois são verdadeiras afrontas a direitos que foram constitucionalmente consagrados e que já foram alvo de luta de milhares de pessoas que, muitas vezes, pagaram com sua própria vida a busca de um ideal de liberdade social.

Sendo assim, pode-se concluir que tais normas permitem que a autoridade fiscal haja com uma discricionariedade no mínimo perigosa, tendo em vista que, no caso das citadas leis complementares, apesar de ser necessária a existência de procedimento de fiscalização em curso para a requisição de informações, tal procedimento terá sido instaurado no âmbito da Receita Federal, ou seja, pelo mesmo órgão que posteriormente requisitará as informações relativas ao sigilo bancário.

Uma decisão dessa natureza não pode ser alijada da avaliação pelo Poder Judiciário, sendo inclusive um desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, que visa coibir exageros e manter harmônicos os três.

4. O Ministério Público e a quebra de sigilo bancário

Da mesma forma, discute-se a possibilidade dos membros do Ministério Público requisitarem diretamente informações atinentes ao sigilo bancário. Alguns juristas avaliam que o art. 129, VIII, da CF confere legitimidade ao Ministério Público para examinar todas as informações que entender necessárias, independentemente de autorização judicial.

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

(...)".

Os defensores da possibilidade do Ministério Público requisitar tais informações também trazem à baila a LC 75/1993 que dispõe em seu art. 8.º o seguinte:

"Art. 8.º Para o exercício de suas atribuições o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

(...)

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

(...)

VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

(...)

§ 2.º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado, ou do documento que lhe seja fornecido".

O Plenário do STF, em 05.10.1995, decidiu por maioria de votos no MS 21.729 que o Ministério Público teria legitimidade para requisitar informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário, a fim de instruir procedimentos de sua competência.

Vale ressaltar que esta não é a opinião uníssona da Corte Suprema. Alguns dos Ministros ainda adotam uma posição mais garantidora dos direitos fundamentais de cada cidadão. Sendo assim, a 2.ª T. do STF, julgando o RE 215.301, em 13.04.1999, manifestou-se no sentido da necessidade de autorização do juiz para a quebra do sigilo bancário pelo órgão ministerial. De acordo com o Min. Carlos Velloso, o sigilo bancário é um direito fundamental, pois está inserido no inc. X do art. 5.º da Constituição. Dessa forma, somente outra norma constitucional poderia prever a obtenção de documentos sigilosos diretamente pelo Ministério Público. Concluiu também que o Ministério Público não tem o dever da imparcialidade por ser parte interessada no deslinde do processo. Segue transcrito parte de seu voto:

"(...) por se tratar de um direito que tem *status* constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição? Lembro-me de que, no antigo Tribunal Federal de Recursos, um dos seus mais eminentes membros costumava afirmar que 'o erro do juiz o tribunal pode corrigir, mas quem corrigirá o erro do Ministério Público?' Há órgãos e órgãos do Ministério Público, que agem individualmente, alguns, até, comprometidos com o poder político. O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esses Brasis, se o direito das pessoas ao sigilo bancário pudesse ser quebrado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária, por representantes do Ministério Público, que agem individualmente, fora do devido processo legal e que não têm os seus atos controlados mediante recursos?".[5]

Uma das funções do Ministério Público é atuar como fiscal da lei; todavia, na maioria das vezes, em se tratando de matéria penal, o órgão ministerial atua como parte e, dessa forma, até por respeito ao princípio da isonomia, não pode requisitar diretamente informações sigilosas.

Os fatos cotidianos reforçam a inteligência desse entendimento. Afinal, atualmente, não é difícil nos depararmos com membros do Ministério Público concedendo entrevistas a diversos meios de comunicação, relatando apaixonadamente o andamento de processos rumorosos.

5. Brasil – STF – RE 215.301-CE – rel. Min. Carlos Velloso – *DJU* 28.05.1999.

O vazamento corriqueiro de informações processuais sigilosas foi inclusive comentado pelo Min. Gilmar Mendes, em 10.09.2003, quando do julgamento do Inquérito 1.879 que tratava da violação do painel do Senado. Em seu voto, o Ministro aduziu o seguinte:

"(...) o mesmo se dá em relação ao art. 325. Aqui é um tipo, inclusive, que muitos desses procuradores conhecem à saciedade, que praticam como agentes positivos. Toda hora nós temos notícia de fatos que são revelados à imprensa e a fonte sabe-se qual é. Mas aqui se trata de revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo ou facilitar-lhe a revelação. Tal como já foi destacado, não se tem ciência desse fato em razão do cargo. Não podia o senador, fosse ele presidente ou senador ou membro de comissão ter ciência desse fato. De novo nós temos aqui um desses impossíveis lógicos, um desses embaralhamentos mentais dignos de nota... dignos de nota, de modo que com essas observações, Sr. presidente, eu não tenho como não acompanhar a eminente relatora".[6]

5. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a quebra de sigilo bancário

Já está se solidificando o entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito podem requerer diretamente o acesso a documentos revestidos pelo manto do sigilo bancário. A maioria dos julgados do STF é no sentido de que, se estiver fundamentada e for aprovada pela maioria absoluta de seus membros, a requisição de quebra poderá ser feita pelas Comissões Parlamentares de Inquérito sem a análise prévia do Poder Judiciário.

Corroborando esta tese, podemos citar a edição da LC 105/2001, que faz menção aos poderes das CPIs no que tange ao requerimento de documentos sigilosos. O § 1.º do art. 4.º da mencionada lei assim prediz:

6. Decisão publicada no *DJU* 17.09.2003. O texto transcrito corresponde à degravação do voto do Min. Gilmar Mendes, proferido durante o julgamento e foi extraído da transmissão da TV Justiça, cujas imagens em fita magnética os autores possuem em arquivo.

"Art. 4.º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1.º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2.º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito".

O que deve ser discutido nesse caso é a constitucionalidade da lei complementar, ou seja, se estes novos mandamentos nela inseridos coadunam-se com o constante no § 3.º do art. 58 da Constituição, que menciona os "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" conferidos às CPIs.

Sem dúvida alguma, estamos diante de uma questão de interpretação. Porém, é certo que tal interpretação deve se espelhar em alguns princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o princípio da separação de Poderes e o princípio da legalidade.

Vale ressaltar a constante utilização das Comissões Parlamentares de Inquérito para fins eleitoreiros, transformando seus membros em verdadeiros "defensores da sociedade", que não titubeiam em veicular o conteúdo das investigações parlamentares para os meios de comunicação, colocando o investigado à mercê do que está sendo exposto pela imprensa e ao julgamento dos leigos "juízes" existentes em cada lar do nosso extenso país.

O STF só tem interferido em questões relativas ao requerimento de dados sigilosos por parte das Comissões Parlamentares de Inquérito quando o pedido é feito de forma não fundamentada.

Um exemplo desse entendimento se concretiza no MS 24.029, de relatoria do Min. Maurício Corrêa que assim dispõe:

"Se não fundamentado, nulo é o ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que determina a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. Meras ilações e conjecturas, destituídas de qualquer evidencia material, não têm o condão de justificar a ruptura das garantias constitucionais preconizadas no art. 5.º, X e XII, da CF. Segurança concedida".[7]

Dado todo o exposto, cabe salientar que, em razão do caráter de medida excepcional inerente à quebra do sigilo bancário e fiscal, bem como o fato de ser este um direito relacionado à vida privada, erigido em nossa Constituição como direito fundamental, seria razoável opinar pelo reconhecimento da via jurisdicional, como o único a ensejar a possibilidade de afastamento de sigilo bancário.

Cabe ao Poder Judiciário analisar a razão de ser de pedidos dessa natureza, estudando, no caso concreto, qual seria a melhor solução. Afinal, sempre que se defere um pedido de quebra de sigilo, os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada estão sendo sacrificados em prol do interesse público, o que, sem dúvida, só pode ser devidamente sopesado através dos órgãos jurisdicionais.

É de se ressaltar que o que há muito vem sendo esquecido é que determinadas medidas restritivas de direitos fundamentais, entre elas, a medida que afasta o sigilo das operações bancárias, só podem ser tomadas mediante indícios patentes de irregularidades, e não da forma que está gradativamente sendo feito, apontando-se como alvo toda a sociedade. Estamos vivendo a era do princípio da presunção de inocência às avessas, como se todos fossemos culpados até que se consiga provar o contrário.

7. Brasil – STF – MS 24.029-DF – rel. Min. Maurício Corrêa – *DJU* 22.03.2002.

E por isso a importância de repelirmos veementemente toda lei ou ato que se contraponha aos ideais que demoramos tantos anos para conseguir que ficassem imortalizados em nossa Carta Política. Após um longo período de escuridão, não podemos nos manter alheios às crescentes manifestações mutiladoras do principal alicerce do nosso Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano

Emilio Garcia Mendez
Profesor Asociado de Criminología en la en el Facultad de Psicología Universidad de Buenos Aires.

Resumen: El artículo comienza planteando un análisis histórico de las tres etapas posibles de identificar en las relaciones históricas de los menores de edad con el sistema penal. Se desarrolla en este contexto un análisis críticos de los nuevos modelos de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina, con especial énfasis en los sistemas de Brasil y Costa Rica.

A partir de este análisis de establecen los puntos de contacto y las diferencias entre ambos, tanto en términos de contenidos cuanto muy especialmente en términos de los procesos de su construcción. En este contexto, se desarrolla la hipótesis de una doble crisis del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil: la crisis de implementación y la crisis de interpretación.

Se concluye explicando la importancia y delicadeza del tema, en la medida en que el mismo debe resolver el delicado equilibrio entre las exigencias de libertades individuales y la exigencia de seguridad colectiva.

Palabras-clave: adolescentes; responsabilidad penal; discrecionalidad; seguridad ciudadana; derechos humanos.

1. El tema de la responsabilidad penal de los menores de edad no es nuevo en América Latina. Desde la constitución de los Estados nacionales hasta hoy, la percepción y el tratamiento de la responsabilidad penal de los menores de edad ha transitado por tres grandes etapas.

Una primera etapa que puede denominarse de carácter *penal indiferenciado*, que se extiende desde el nacimiento de los Códigos Penales de Corte netamente retribucionista del siglo XIX, hasta 1919. La etapa del tratamiento *penal indiferenciado* se caracteriza por considerar a los menores de edad prácticamente de la misma forma que a los adultos. Con la única excepción de los menores de siete años, que se consideraban, tal como en la vieja tradición del derecho romano, absolutamente incapaces y cuyos actos eran equiparados a los de los animales, la única diferenciación para los menores de 7 a 18 años consistía generalmente en la disminución de la pena en un tercio en relación con los adultos. Así, la privación de libertad por un poco menos de tiempo que los adultos y la más absoluta promiscuidad constituían una regla sin excepciones.

Una segunda etapa es la que puede denominarse de carácter *tutelar*. Esta etapa tiene su origen en los EE.UU. de fines del siglo XIX, es liderada por el llamado Movimiento de los Reformadores[1] y responde a una reacción de profunda indignación moral frente a las condiciones carcelarias y muy particularmente frente a la promiscuidad del alojamiento de mayores y menores en las mismas instituciones. A partir de la experiencia de los EE.UU. esta reforma influencio rápidamente todos los países de Europa Occidental. Comenzando en 1905 en Inglaterra, para 1920 prácticamente todo el resto de los países europeos ya había creado, no sólo una legislación especializada (las leyes de menores), sino también una administración especializada de la "cuestión minoril" (los Tribunales de Menores). Sin embargo, es a partir de Europa y no de la experiencia de los EE.UU., que la especialización del derecho y la administración de la justicia de menores se

1. Ver, sobre este movimiento, el ya clásico libro de Anthony Platt, *Los "Salvadores del Niño", o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI, 1982.

introduce en América Latina. En un arco de tiempo de 20 años, que comienza en 1919 en la Argentina con la aprobación de la ley Agote en 1919 (todavía hoy vigente), todos los países de la región terminaron adoptando el nuevo modelo.

Pero un análisis crítico permite poner en evidencia que el proyecto de los Reformadores, más que en una victoria sobre el viejo sistema, consistió en un compromiso profundo con aquel. Las nuevas leyes y la nueva administración de la justicia de menores nacieron y se desarrollaron en el marco de la ideología en ese momento dominante: el positivismo filosófico. La cultura dominante de secuestro de los conflictos sociales, es decir, la cultura según la cual a cada "patología" social debía corresponder una arquitectura especializada de encierro, sólo fue alterada en un único aspecto: la promiscuidad. La separación de adultos y menores fue la bandera victoriosa de los Reformadores norteamericanos, en menor medida de sus seguidores europeos y hasta hace muy poco, mucho más una expresión de deseos de sus emuladores latinoamericanos. En este último caso –donde todavía hoy la colocación de menores de edad en las cárceles de adultos persiste como un problema no poco importante en muchos países de la región– sólo el desentenderse de las consecuencias reales de las decisiones de la administración de justicia, así como el predominio de los eufemismos, permitieron "resolver" esta situación manteniendo "limpia" la conciencia.

No es el momento de reiterar aquí las vicisitudes y los motivos de sobrevivencia del modelo *tutelar* en América Latina desde 1919 hasta 1989, para lo cual remito a varios oportunamente escritos sobre el tema.[2] Me interesa mucho más registrar y caracterizar el nacimiento de una nueva etapa en 1989 con el aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante, CIDN).

La CIDN marca el advenimiento de una nueva etapa que puede ser caracterizada como la etapa de la *separación, participación y responsabilidad.* El concepto de *separación* se refiere aquí a la neta y necesaria distinción, para comenzar en el pla-

2. La mayor parte de ellos se encuentran reunidos en éste volumen.

no normativo, de los problemas de naturaleza social de aquellos conflictos específicos con las leyes penales. El concepto de *participación* (admirablemente sintetizado en el art. 12 de la CIDN) se refiere al derecho del niño a formarse una opinión y a expresarla libremente en forma progresiva de acuerdo con su grado de madurez. Pero el carácter progresivo del concepto de *participación* contiene y exige el concepto de responsabilidad, que a partir de determinado momento de madurez se convierte no sólo en *responsabilidad social* sino además y progresivamente en una *responsabilidad* de tipo específicamente *penal*, tal como lo establecen los arts. 37 y 40 de la CIDN.

La tercera y actual etapa es la etapa de la *responsabilidad penal de los adolescentes* que se inaugura en la región con el Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA) de Brasil aprobado en 1990. El ECA de Brasil constituye la primera innovación sustancial latinoamericana respecto del modelo tutelar de 1919. Durante más de setenta años, desde 1919 a 1990, las "reformas" a las leyes de menores constituyeron apenas variaciones de la misma melodía.

2. El modelo de *responsabilidad penal de los adolescentes* constituye una ruptura profunda, tanto con el modelo *tutelar*, cuanto con el modelo *penal indiferenciado*, que hoy se expresa exclusivamente en la ignorante o cínica propuesta de baja de la edad de la imputabilidad penal.

Por su parte, el modelo del ECA (Estatuto del Niño y del Adolescente) demuestra que es posible y necesario superar tanto la visión pseudo-progresista y falsamente compasiva de un paternalismo ingenuo de carácter *tutelar*, cuanto la visión retrógrada de un retribucionismo hipócrita de mero carácter *penal represivo*. El modelo de la *responsabilidad penal de los adolescentes* (de ahora en adelante RPA) es el modelo de la justicia y de las garantías.

El modelo de la RPA dispuesto por el ECA posee algunas características esenciales que vale la pena poner aquí en evidencia.[3] En primer lugar y a

3. Para un análisis de los sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes implementados en América Latina ver: BELOFF, Mary. "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina", En: MENDEZ, García; BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia en América Lati-*

pesar que la CIDN, sobre todo en su carácter de instrumento jurídico de carácter universal, define como niño a todo ser humano hasta los dieciocho años incompletos, el ECA parte por diferenciar jurídicamente situaciones que el sentido común y la psicología evolutiva ya distinguían hace mucho tiempo: que no es lo mismo un ser humano de cuatro años que uno de diecisiete. De esta forma el ECA define como niño a todo ser humano hasta los doce años incompletos y como adolescente a todo ser humano desde los doce hasta los dieciocho años incompletos. Inspiradas en el ECA, todas las nuevas legislaciones latinoamericanas sustancialmente adaptadas a la CIDN establecen la misma distinción, variando solamente y en forma leve la frontera entre las dos categorías, para trece o catorce años en algunos casos, o incluso colocando alguna distinción ulterior para mayores de quince años tal como lo dispone la ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica.

En todo caso, el principio general que interesa poner en evidencia es la diversidad del tratamiento jurídico con base en la faja etaria. Así, los niños no sólo son penalmente inimputables sino que además resultan penalmente irresponsables. En el caso de comisión por un niño de actos que infrinjan las leyes penales, sólo podrán corresponder –eventualmente– medidas de protección. Por contrario, los adolescentes, también penalmente inimputables resultan, sin embargo, penalmente responsables. Es decir, responden penalmente –en los exactos términos de leyes específicas como el ECA– de aquellas conductas pasibles de ser caracterizadas como crímenes o delitos. En la historia real del tratamiento de hecho y de derecho del "menor infractor" (y no en la historia corporativa y eufemística), la responsabilidad penal de los adolescentes por actos típicos, antijurídicos y culpables, constituye un avance y una conquista extraordinaria respecto de la "bondadosa" responsabilidad por "actos antisociales", construcción típica de las múltiples variables de la etapa tutelar.

na. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989-1999). 2. ed. aumentada y actualizada. Bogotá: Temis-Depalma, 1999.

No hace falta ser muy perspicaz para entender que la categoría de "actos antisociales" no constituye otra cosa que un eufemismo para legitimar el casuismo subjetivista de los distintos segmentos (judiciales o administrativos) responsables de la cuestión "minoril". En este contexto, el rechazo de la responsabilidad penal, constituye una hipócrita o ingenua reacción, en primer lugar corporativista, a la definición de los adolescentes como sujetos reales de derechos y responsabilidades.

El modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes de Brasil trascendió rápidamente las fronteras nacionales e influenció notablemente posteriores procesos de reforma legislativa en la región. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica (LRPJ) se inscribe en dicha tradición pero representa al mismo tiempo un salto cualitativo cuya importancia no puede desconocerse. Con excepción del art. 132 de la LRPJ, artículo absurdo, demagógico y flagrantemente violatorio del art. 37 inc. a) de la CIDN, la LRPJ constituye una visión superadora de la técnica jurídica que inspiró al ECA. Sin desconocer la sideral distancia que separa la realidad brasileña de la realidad costarricense, algunas semejanzas y discrepancias entre ambos casos merecen ponerse en evidencia.

Ambas leyes se caracterizaron por un alto consenso social, que en el caso de Brasil se configuró como un enorme proceso de movilización social y en el caso de Costa Rica por la ausencia absoluta de oposición a las transformaciones propuestas por la nueva ley. En el caso de Brasil, el ECA creó y fue al mismo tiempo el resultado de un proceso jurídico endógeno donde los grandes nombres del derecho en general y del penal en particular permanecieron ausentes o indiferentes. Por el contrario, en el caso de Costa Rica los nombres más significativos del derecho en general y muy particularmente del derecho penal, colaboraron y colaboran activamente tanto en el proceso de producción cuanto en el proceso de implementación. El derecho de la infancia- adolescencia en Costa Rica no es una cuestión de "especialistas" (de niñólogos para decirlo sin eufemismos). El derecho de la infancia-adolescencia es en Costa Rica una cuestión de derecho y sobre todo de *todos* los juristas democráticos y garantistas. Costa Rica no ha caído en la trampa-

falacia de la cacareada "autonomía del derecho de menores", otro eufemismo que esconde en este caso el intento de legitimar violaciones groseras al derecho de todos los individuos. No está de más reiterar aquí que de lo que ha sido autónomo el (no) derecho de menores, es sólo del derecho constitucional.

En todo caso (más allá obviamente de contextos socio-económicos diversos), las principales diferencias entre el ECA y la LRPJ de Costa Rica tienen que ver con los tiempos de aprobación y con la sofisticación de las técnicas jurídicas mucho más refinadas y garantistas, es decir, menos abiertas y discrecionales en el caso de la ley de Costa Rica. Pero, además, me parece importante ofrecer aquí algunos elementos de análisis a partir de los procesos diversos de resistencias que generaron ambas leyes.

En el caso del ECA de Brasil el carácter corporativo de las reacciones contrarias –me refiero especialmente aquí al período de su aprobación parlamentaria, así como al período inicial de implementación– quedó reducido a la resistencia político-cultural que generaron sectores pública y explícitamente identificados con el viejo Código de Menores (que había sido aprobado en el período de la dictadura militar en 1979) y con las prácticas tradicionales de institucionalización y criminalización de la pobreza.

En el caso de Costa Rica, las resistencias nacionales a la ley se limitaron a inexpresivas críticas marginales –en general de carácter oral– por parte de pequeños grupos del área de influencia de la cultura "alternativa". Lo que hace interesante el caso de la LRPJ de Costa Rica es que las resistencias significativas a ella se ubicaron sobre todo fueran de las fronteras nacionales. Escasos y ambiguos son los textos de rechazo a la ley. Las resistencias se expresaron mucho más en críticas veladas, casi vergonzantes, de carácter oral, que unieron a un conglomerado ideológicamente tan variado cuanto pintoresco y contradictorio.

El rechazo *tout court* al *derecho penal juvenil*, slogan adoptado por los opositores a la LRPJ de Costa Rica y a las disposiciones del ECA relativas al adolescente infractor, unió objetivamente los intereses corporativos de aquellos que con

funciones judiciales o administrativas resisten la pérdida de poder discrecional, con sectores "progresistas" cultores de las variadas formas del abolicionismo vernáculo.

Por eso las objeciones –siempre ambiguas y solapadas– incluían un arco temático que iba desde la necesidad de considerar los "aspectos positivos de la doctrina tutelar", hasta un alerta sobre el efecto inicial de reducción de la población privada de libertad en condiciones de aplicación de una LRPJ, pero su seguro aumento desmesurado posterior. Las cifras de la administración del sistema de justicia juvenil de Costa Rica, cuatro años después de entrada en vigencia de la ley, desmienten rotundamente dichas acusaciones.[4]

Paradójicamente, la oposición "progresista" latinoamericana a las leyes de RPJ acabó desembarcando en Brasil, fisurando el, por otra parte, heterogéneo movimiento de lucha por los derechos de la infancia. Brasil, tierra fecunda para diversos tipos de mesianismos, agregó uno más a su larga lista. En lo que sigue se presenta, para información del lector, un análisis critico del debate actual sobre la responsabilidad penal de los adolescentes en el Brasil.

3. Tal vez nada caracterice mejor los problemas actuales del "Estatuto da Criança e do Adolescente" (ECA) que aquello que podría denominarse su doble crisis: crisis de implementación y crisis de interpretación. En todo caso, si la primera crisis remite al reiterado déficit de financiamiento de las políticas sociales básicas, la segunda es de naturaleza político-cultural.

La crisis de implementación remite a las carencias en salud y educación, así como al (inútil) intento de sustituir la calidad y cantidad de políticas universales como la escuela y los servicios de salud con sucedáneos ideológicos, sean estos de corte social-clientelista (inadecuada focalización de políticas asistenciales), sean estos de corte represivo (ineficaces e ilegales políticas autoritarias de ley y orden, sin respeto por las libertades individuales y sin ningún aumento real de la seguridad

4. A cuatro años de vigencia de la Ley Penal Juvenil de Costa Rica el número de adolescentes privados de libertad en ese país no sobrepasa la cifra de 30. Al día de hoy (fin del año 2003) el número de menores de 18 años privados de libertad asciende a 35.

ciudadana). En este contexto, resulta paradójico que los costos de legitimidad de esta crisis no sean mayores para el sistema político en su conjunto, debido a las reiteradas denuncias y evidencias acerca del mal uso de los –casi siempre– escasos recursos dedicados al gasto social. Dicho en otras palabras, el mal manejo del gasto social opera como un factor que legitima su propia reducción: "Ya que gastan mal, que por lo menos gasten poco", es la expresión popular que mejor caracteriza esta situación. Por lo demás, conviene recordar que aunque la crisis de implementación remite al problema del bajo financiamiento de las políticas sociales, de ninguna forma se deja explicar únicamente por aquel. O dicho de otra forma, *en las condiciones actuales de las crisis de implementación e interpretación, no hay aumento del financiamiento del gasto social que permita resolver los problemas sociales que genera la primera crisis y amplifica la segunda.*

Pero la gravedad de la situación actual sólo puede comenzar a entenderse cuando se considera la existencia simultánea de las dos crisis. A la (recurrente) crisis de implementación es necesario agregarle la (relativamente novedosa) crisis de interpretación.

Mucho más compleja que la crisis de implementación es la naturaleza y, por consiguiente, la explicación de la crisis de interpretación. En primer lugar, quisiera dejar claro que de ninguna manera me parece que la crisis de interpretación sea de naturaleza *técnica* y que remita por ello, por ejemplo, a la complejidad de los nuevos tecnicismos jurídicos que posee el ECA. Es sabido que desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico cualquier legislación garantista es, como mínimo procesalmente, de carácter complejo. Es obvio que lo contrario no se verifica en forma automática, no toda legislación compleja resulta necesariamente garantista.

El carácter garantista de una legislación remite a una doble caracterización. Por un lado, al respeto riguroso por el imperio de la ley propio de las democracias constitucionales basadas en una perspectiva de los derechos humanos hoy normativamente establecidos y, por otro, a la existencia de mecanismos e

instituciones idóneas y eficaces para la realización efectiva de los derechos consagrados. Desde este punto de vista, no existen dudas acerca de que *la cara opuesta del garantismo es el subjetivismo y la discrecionalidad.*

La derogación del viejo Código de Menores de Brasil de 1979 por el ECA en 1990, no constituyó ni el resultado de un rutinario proceso de evolución jurídica, ni una mera "modernización" de instrumentos jurídicos. Existen hoy sobradas evidencias que demuestran que dicha sustitución resultó un verdadero (y brusco) cambio de paradigma, una verdadera revolución cultural.

Para quienes fueron conscientes de la verdadera profundidad y naturaleza de las transformaciones, era claro que no se trataba solamente de erradicar en forma definitiva las *malas* prácticas autoritarias, represivas y criminalizadoras de la pobreza. Se trataba (y se trata todavía), además y sobre todo, de eliminar las "buenas" prácticas "tutelares y compasivas". Se partía aquí de la constatación, lamentablemente confirmada por la historia en forma reiterada, acerca de que las peores atrocidades contra la infancia se cometieron (y se cometen todavía hoy), mucho más en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión. Se trataba (y todavía se trata) de sustituir la *mala*, pero también la *buena* voluntad, nada más –pero tampoco nada menos– que por la justicia. En el amor no hay límites, en la justicia sí. Por eso, nada contra el amor cuando el mismo se presenta como un complemento de la justicia. Por el contrario, todo contra el "amor" cuando se presenta como un sustituto, cínico o ingenuo, de la justicia.

Sin ignorar las profundas violaciones que todavía subsisten, especialmente en los "tratamientos" derivados de la ejecución de las medidas de privación de libertad (se deja de lado aquí el tema de la pertinencia jurídica de la medida, tema vinculado con la interpretación judicial de la ley), sería injusto desconocer la existencia de serios avances en la disminución de las *malas* prácticas. Las formas más grotescas y abiertas del "menorismo" (y sus exponentes) están no sólo en retroceso sino además en franco proceso de extinción. No caben dudas de que los problemas hoy son de una índole radicalmente diversa.

La crisis de interpretación del ECA se vincula hoy muy especialmente con las *buenas* prácticas tutelares y compasivas o, lo que es lo mismo, con la persistencia de una cultura –ahora supuestamente "progresista"– del mesianismo, el subjetivismo y la discrecionalidad.

Las bondades (y especialmente la excelencia técnico-jurídica) del ECA no son solo intrínsecas a aquel. En buena parte ellas se derivan de una correcta y sobre todo rigurosa interpretación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (especialmente de sus arts. 37 y 40), así como de otros instrumentos internacionales que en conjunto conforman la llamada Doctrina de la Protección Integral. De igual forma (aunque mucho más detalladamente) que la Convención, también el ECA reformula radicalmente, para comenzar desde el punto de vista normativo, las relaciones de niños y adolescentes con el Estado y con los adultos. Así, lo que especifica dicha reformulación es la sensible disminución (aunque no la eliminación) de los elementos que marcaron históricamente la relación del Estado y los adultos con niños y adolescentes: subjetivismo y discrecionalidad.

Por si aún faltaban evidencias, es precisamente en esta reformulación que está condensado lo que con justicia se ha denominado el cambio de paradigma. De este modo, los fundamentos filosóficos en la percepción y tratamiento de la infancia, se desplazan de la "bondad" discrecional a la justicia garantista.

A fines de la década de los '80 fueron los "excesos" del menorismo (en forma similar a los "excesos" de las dictaduras) los que provocaron y facilitaron la conformación de un amplio frente opositor (en lo político y en lo social) que aceleró sus caídas (del menorismo y de la dictadura). De forma similar que la oposición a la dictadura, la oposición al Código de Menores del '79 provocó la creación de un vasto y sobre todo heterogéneo frente de apoyo al ECA. Este vasto movimiento incluyó a aquellos que vieron –correctamente– en la transformación legislativa, en particular un instrumento para la mejora de las condiciones materiales de la infancia, y en general una extraordinaria posibilidad para aumentar la calidad y la

cantidad de la vida democrática. Pero este vasto movimiento incluyó también a aquellos que –incorrectamente– vieron en la potencialidad del proceso de transformaciones jurídicas una posibilidad para acceder a la revolución social por otros medios, una forma para canalizar diversos tipos de mesianismos personales o incluso un modo novedoso para intentar la relegitimación de viejos corporativismos. Esta visión no sólo era incorrecta, además era profundamente limitada. Para ella, de lo que se trataba era de la mera eliminación de los "excesos" minoristas hasta el día de las grandes transformaciones político-económicas (el alibi estructural en palabras de Antonio Carlos Gomes da Costa).

A la discrecionalidad y al subjetivismo *malo* era posible, pero sobre todo necesario, oponerle la discrecionalidad y el subjetivismo *bueno*. La transformación jurídica se convertía así en excusa y razón suficiente para lo que en realidad importaba: el mero cambio de personas. El cambio de las instituciones se produciría así por la ley de la buena voluntad, tan poderosa cuanto la ley de gravedad.

Las fisuras que se producen hoy dentro del vasto movimiento de lucha por los derechos de la infancia, no son arbitrarias ni superficiales. Responden a percepciones radicalmente diversas de la justicia y de lo social vinculado con la infancia. Por un lado, a la convicción de aquellos que piensan que sólo es necesario (y suficiente) cambiar los contenidos de los subjetivismos y las discrecionalidades y, por el otro, a la convicción de aquellos que piensan (entre los que me cuento) que no existen discrecionalidades y subjetivismos *buenos*. Tal como lo afirma sin ambigüedades el mayor teórico del garantismo penal contemporáneo –el Profesor Luigi Ferrajoli– la ausencia de reglas nunca es tal; la ausencia de reglas es siempre la regla del más fuerte. En el contexto histórico de las relaciones del Estado y los adultos con la infancia, la discrecionalidad ha funcionado siempre de hecho y de derecho en el mediano y en el largo plazo como un *mal* en sí mismo. Además de incorrecta, la visión subjetivista y discrecional es miopemente inmediatista y falsamente progresista.

La discrecionalidad y el subjetivismo se podrán amparar hoy en –distorsionadas– interpretaciones de carácter moral, político o religioso, aunque no (como es el caso del Brasil) en argumentos rigurosos de carácter jurídico. La normativa del ECA (especialmente en los temas vinculados con los adolescentes en conflicto con la ley penal) permite parafrasear a Norberto Bobbio cuando en su extraordinario libro *La era de los derechos* afirma que "en la era de los derechos humanos, el problema radica no tanto en su fundamentación, sino más bien en su implementación".

En qué medida en el subjetivismo y en la discrecionalidad se ocultan formas "nuevas" de menorismo está todavía por dilucidarse. En este contexto resulta urgente y necesario, para ambas partes, comenzar por entender la extensión y los términos reales de las discrepancias.

Hasta ahora, lo que podría denominarse como un movimiento de relectura discrecional y subjetivista del ECA (característica típica de la crisis de interpretación), se ha expresado mucho más en y con *slogans* que con argumentos: un –doblemente incomprensible, por cínico o por ingenuo– no al derecho penal juvenil (al que no se le suma, sin embargo, un no a la privación de libertad), una preferencia por medidas socio-educativas de carácter indeterminado, un favorecimiento del aumento de poder discrecional de la justicia y la administración en el proceso de aplicación de las medidas así como indicaciones claras en la dirección de mantener un alto nivel de "autonomía" científica respecto del resto derecho en general y de la letra del ECA en particular (eufemismo para designar a la discreción) parecen ser los componentes centrales que conforman lo que aquí he dado en llamar la crisis de interpretación del ECA. *La crisis de interpretación se configura entonces como la relectura subjetiva, discrecional y corporativa de las disposiciones garantistas del ECA y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Dicho de otra forma, la crisis de interpretación se configura en el uso en clave "tutelar" de una ley como el ECA claramente basada en el modelo de la responsabilidad.*

La negativa (y en algunos casos la imposibilidad) de entender, en primer lugar, al adolescente infractor como una precisa categoría jurídica, como sujeto

de derechos pero también de responsabilidad *penal* por las infracciones –culposas o dolosamente– cometidas, así como la miopía para entender la necesaria y respetuosa articulación entre el derecho de la sociedad a su seguridad colectiva y el derecho de los individuos (con independencia de su edad) al respeto riguroso de sus libertades individuales, constituye una respuesta no sólo equivocada, sino también peligrosamente irresponsable en la coyuntura actual. Por eso es necesario distinguir aquellas interpretaciones equivocadas acerca del sentido garantista de la responsabilidad penal, de aquellas interpretaciones guiadas por la demagogia ávida de aplauso fácil.

La construcción jurídica de la responsabilidad *penal* de los adolescentes en el ECA (de modo que fueran eventualmente sancionados solamente los actos típicos, antijurídicos y culpables y no los actos "antisociales" definidos casuísticamente por el juez de menores), inspirada en los principios del derecho penal mínimo, constituyó una conquista y un avance extraordinario normativamente consagrado en el ECA. Sostener la existencia de una supuesta responsabilidad *social* como contrapuesta a la responsabilidad *penal*, no sólo contradice la letra del ECA (art. 103), sino que además constituye –por lo menos objetivamente– una posición funcional a políticas represivas demagógicas e irracionales. En el contexto del sistema de administración de la justicia juvenil propuesto por el ECA, que prevé expresamente la privación de libertad para delitos de naturaleza grave, rechazar la existencia de un derecho penal juvenil es tan absurdo como rechazar la ley de gravedad. Si en una definición realista el derecho penal se caracteriza por la capacidad efectiva –legal y legítima– de producir sufrimientos reales, su rechazo allí donde la sanción de privación de libertad existe y se aplica, constituye una manifestación intolerable de ingenuidad o el regreso sin disimulo al festival del eufemismo que era el derecho de menores.

5. Este es el contexto en el cual –para bien o para mal– debe situarse el debate actual entre el subjetivismo discrecional y una posición consecuentemente garantista.

La urgencia del debate público se vincula sobre todo con la necesidad de clarificar posiciones. El bloque de los que rechazan la responsabilidad *penal* de los adolescentes es todo lo contrario a un bloque homogéneo. Es necesario distinguir la competencia y buena fe de aquellos que piensan que la utilización de un lenguaje descarnado pero sobre todo no eufemístico (me refiero al uso del término penal) podría incrementar y legitimar posiciones irracionalmente represivas, de la mala fe de aquellos profesionales de la injuria gratuita y la autopromoción.

Hace ya bastante tiempo que algunos medios de comunicación han sido sumamente "eficaces" en vincular en forma prácticamente automática el problema de la seguridad-inseguridad urbana con comportamientos violentos atribuidos a los jóvenes, muy especialmente con aquellos menores de dieciocho años. Sin embargo, no me parece que la iniciativa pueda atribuirse a los –incluso poco serios e irresponsables– medios de comunicación. Me parece en cambio, que la iniciativa ha surgido de políticos poco escrupulosos que antes que nada conciben a la política como espectáculo y trafican con necesidades y angustias legítimas de la población tal como el miedo y la inseguridad urbana. Esta posición, que invariablemente cobra fuerza durante los períodos electorales, consiste en realizar lo que ellos piensan como una sencilla operación de trueque en el mercado electoral: el cambio de votos seguros por la ilusión de la seguridad. La coyuntura electoral pasa, los votos quedan y la ilusión de seguridad se evapora. El efecto doblemente perverso de una situación como esta radica en que lejos de dirigir la indignación contra los políticos inescrupulosos, algunos sectores de la población y algunos medios de comunicación confirman su desprecio por soluciones serias en el marco de la ley y sobre todo su desprecio indiscriminado por la política, los políticos y las instituciones. No pocas barbaries de la justicia privada tienen su origen y "legitimación" en este tipo de procesos.

Sobre todo en los comienzos de estas campañas de alarma social, la falta de información cuantitativa confiable operaba como un elemento justificador de la impunidad con que se distorsionaba la poca y confusa información disponible.

Bueno es reconocer que mucho se ha avanzado en este terreno pero que también mucho queda por hacer. La obtención de información confiable es sólo en segunda instancia un problema de competencia técnica. En primer lugar, ella es el resultado de la prioridad y la voluntad política. Nadie juega hoy con los números de la inflación o de la desocupación; es de esperar que nadie juegue en el futuro con los números de los problemas sociales que afectan profundamente la vida de nuestras sociedades.

Para enfrentar con seriedad y responsabilidad el problema y por consiguiente el debate sobre el tipo de responsabilidad que debe atribuirse a los adolescentes, es necesario comenzar por colocarlo en su justa dimensión cuantitativa. Sin embargo, la dilucidación de la dimensión cuantitativa es y debe ser entendida como condición necesaria aunque no suficiente de una política socio-jurídica seria y responsable para los adolescentes en particular y para la sociedad en general. Me interesa entonces mencionar aquí un último aspecto de carácter político y conceptual.

La demanda social por seguridad ciudadana no sólo es real, además es legítima.

Desde el punto de vista de sus contenidos sustantivos, y quisiera que este punto quedara absolutamente claro, el ECA constituye una respuesta adecuada, eficiente y concordante con los más altos estándares internacionales de respeto a los derechos humanos. El ECA satisface el doble legítimo requisito de asegurar simultáneamente la seguridad colectiva de la sociedad con el respeto riguroso de las garantías de los individuos sin distinción de edad.

La necesidad de leyes reguladoras de las medidas socio-educativas, el área más oscura de la administración de la justicia juvenil, no se justifica ni legitima por imperfecciones técnicas del ECA y sí en cambio y sobre todo, para contrarrestar la sobrevivencia de una cultura de la "protección" subjetivista y discrecional. El debate, ojalá con todo el mundo del derecho y no sólo con los especialistas, continua abierto.

Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos da noção de violência contra mulher

Maria Filomena Gregori

Doutora em Antropologia pela Universidade de São Paulo. Professora de Antropologia no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de Campinas – SP. Pesquisadora do Pagu – Núcleo de Estudos de Gênero da Universidade de Campinas – SP.

Sumário: 1. Introdução – 2. A violência contra a mulher e suas atualizações nas noções usadas pelos atores das instituições políticas e judiciárias – 3. A importância da perspectiva relacional no tratamento da violência – Bibliografia.

Resumo: O objetivo desse artigo é discutir e analisar as noções que têm sido empregadas para qualificar a violência em relações interpessoais marcadas pela dissimetria de poder baseada em gênero: violência contra a mulher, violência conjugal, violência doméstica, violência familiar e, finalmente, violência de gênero. Trata-se de mapear o significado de cada uma dessas expressões e a sua rentabilidade para a análise social, tal como pensar sobre as limitações e os paradoxos que elas nos colocam. A primeira parte do texto será dedicada a uma reflexão sobre os desdobramentos semânticos que foram ocorrendo na arena institucional da noção de violência contra a mulher. A segunda parte incidirá sobre a substituição dessa noção por violência de gênero e será realizada uma reflexão sobre o interesse desse novo conceito.

Palavras-chave: violência contra a mulher; gênero; teorias feministas; movimento feminista.

1. Introdução

A discussão elaborada nesse texto tem como objetivo contribuir para a compreensão dos problemas envolvidos na distribuição de justiça e na consolidação dos direitos de cidadania na sociedade brasileira contemporânea.[1]

Como convenção, convicção ou carma, acreditamos que a cidadania no Brasil sofre intricado paradoxo: nossa Carta Constitucional é uma das mais avançadas do mundo – integrando temas, segmentos sociais e direitos segundo concepção inegavelmente progressista –, um conjunto de instituições governamentais, organismos da sociedade civil e movimentos sociais atuantes e, no entanto, vivemos em meio a uma persistente desigualdade social no acesso a justiça. Ponderações: segundo definições correntes, o Estado não é puramente o aparelho de estado (setor e burocracias públicas), mas também e, sobretudo, um conjunto de relações sociais que apresenta uma ordem sobre um dado território. "Tal ordem não é igualitária ou socialmente imparcial; tanto no capitalismo como no socialismo burocrático ela sustenta, e ajuda a reproduzir, relações de poder sistematicamente assimétricas." (O'Donnell, 1993:125.) O sistema legal é uma dimensão que constitui tal ordem e garante que as relações sociais, mesmo implicadas em tramas assimétricas, sigam um curso de aquiescência e compromissos mútuos. Tal sistema é baseado em leis que, no caso das democracias contemporâneas, têm no Congresso o lugar de debate e aprovação, no Judiciário, o lugar onde se expressam e se resolvem os conflitos de interesse, constituindo-se ambos no arcabouço organizacional mais amplo que pressupõe a efetividade social da lei.

1. A reflexão que está sendo proposta neste artigo faz parte de um conjunto de resultados da pesquisa "Gênero e cidadania: tolerância e distribuição de justiça", coordenada por Guita Grin Debert e por mim para o Pagu, Núcleo de Estudos de Gênero da Unicamp com financiamento da Fundação Ford. Essa pesquisa compreende a análise e avaliação do atendimento das Delegacias de Defesa da Mulher no Estado de São Paulo e Salvador e, recentemente, uma investigação sobre o atendimento dos Juizados Especiais Criminais e a violência doméstica.

Contudo, tal efetividade não pode ser apenas avaliada no sentido estrito e formal do conteúdo da lei e de sua aplicação em tese. Como afirma O'Donnell, a "cidadania não se esgota nos limites do político (estritamente definidos, como faz a maior parte da literatura contemporânea). A cidadania está em jogo, por exemplo, quando, depois de ingressar numa relação contratual, uma parte que pensa ter uma reclamação legítima pode ou não apelar a um órgão público legalmente competente, do qual pode esperar tratamento justo, para que intervenha e julgue a questão" (O'Donnell, 1993:127). A igualdade perante a lei não foi inteiramente alcançada por nenhuma nação (a que mais se aproxima de um certo ideal é a escandinava), mas, em determinados países, ela apresenta desigualdades acentuadas, atravessando o território nacional, bem como os variados extratos sociais ou diferenças concernentes a gênero e raça.

Esse parece ser o problema que padecemos: países como o Brasil apresentam essa desigualdade de modo acentuado e crônico, segundo O'Donnell, por sofrer crise aguda do seu estado, "do estado enquanto um conjunto de burocracias capaz de cumprir suas obrigações com eficiência razoável; da efetividade de sua lei; e da plausibilidade da afirmação de que os órgãos do estado normalmente orientam suas decisões segundo alguma concepção do bem público" (O'Donnell, 1993:127). Quadro paradoxal que acaba por determinar um tipo de estado que mistura características democráticas e autoritárias: os direitos políticos são respeitados, porém, "os camponeses, os favelados, os índios, as mulheres etc. não conseguem normalmente receber tratamento justo nos tribunais, ou obter dos órgãos do Estado serviços aos quais têm direito, ou estar a salvo da violência policial – e mais um extenso etc." (O'Donnell, 1993:134). Mistura essa que resulta numa espécie de truncamento do exercício pleno da cidadania, tão bem qualificado por expressões como "cidadania contraditória" (Santos, 1999), ou ainda cidadania em meio a uma "democracia disjuntiva" (Caldeira e Holston, 1998).

Se esse é o contexto mais amplo em que se delineiam dilemas de difícil solução, ele impõe aos estudiosos empreendimentos cada vez mais detalhados no sentido de entender os meandros concretos e as relações sistemáticas que compõem o campo da autoridade pública no que concerne à defesa de direitos garantidos pela lei, contudo, ainda não inteiramente assegurados na prática da cidadania. Este é o objetivo deste artigo: discutir a complicada trama de questões e demandas relativas ao atendimento dos direitos das minorias e, em particular, dos direitos das mulheres, focalizando os usos e implicações decorrentes da noção de violência contra a mulher.

Sem a pretensão de fornecer explicações muito ordenadas, o propósito é o de levantar problemas, questões e dilemas a partir de minha experiência pesquisando e atuando, já há quase duas décadas, sobre a violência em relações interpessoais marcadas pela dissimetria de poder. Nesse tempo todo, tenho me perguntado sobre o melhor modo de qualificar essas relações e se elas cabem nos conceitos de violência contra a mulher (noção criada pelo movimento feminista desde a década de 60), violência conjugal (outra expressão que especifica a violência contra a mulher no contexto das relações de conjugalidade), violência doméstica (aí incluindo manifestações de violência entre outros membros ou posições no núcleo doméstico e que passou a estar em evidência nos anos 90), violência familiar (categoria empregada atualmente no âmbito da atuação judiciária) ou violência de gênero (conceito mais recente empregado por feministas, como eu, que não querem ser acusadas de essencialismo). Ironias à parte, eu fico me perguntando o que significa o emprego de cada uma dessas noções e a rentabilidade que elas tem, tal como as limitações e paradoxos que elas nos colocam. Uma parte das colocações feitas, a seguir, corresponde a esse esforço de pensar as implicações dessas noções, como elas estão sendo empregadas e por quais atores no campo da intervenção sobre isso que genericamente se chama violência de gênero. De fato, trata-se de uma análise sobre os desdobramentos ou deslocamentos semânticos que foram ocorrendo na arena ins-

titucional da noção de violência contra a mulher. A outra parte da reflexão incide sobre os limites dessa noção e sua substituição para violência de gênero. Nesse caso, a pergunta recai sobre a validade e o interesse desse novo conceito.

2. A violência contra a mulher e suas atualizações nas noções usadas pelos atores das instituições políticas e judiciárias

A definição de violência contra a mulher foi criada em meio a uma experiência política inovadora na década de 80 em que, ao lado de práticas de sensibilização e de conscientização, militantes feministas organizadas em grupos atendiam mulheres que sofriam violências nos chamados SOS-Mulher. Violência contra a mulher foi uma expressão elaborada a partir de uma compreensão particular acerca da opressão sofrida pelas mulheres no Patriarcalismo, sintonizada com as discussões feministas em cenário internacional. Gênero não era a categoria empregada nessa definição e o significado atribuído à condição feminina foi construído a partir de pressupostos universalizantes que, uma década mais tarde, foram revistos. De qualquer modo, mesmo com conotação universal e um tanto essencializante, esse movimento tornou pública uma interpretação sobre conflitos e violência na relação entre homens e mulheres como resultante de uma estrutura de dominação. Tal modelo não estava presente na retórica, tampouco nas práticas jurídicas e judiciárias no enfrentamento de crimes. Ainda hoje não é exagerado afirmar que essa abordagem, ainda que esteja sugerida ou pressuposta na Constituição e no delineamento de algumas leis, encontra imensas resistências nas práticas e saberes que compõem o campo da aplicação e efetividade das leis.

Mesmo se considerarmos a importância da criação de delegacias de defesa da mulher no combate à violência, temos que ter em mente que a legislação sobre as DDMs não faz menção à violência contra a mulher. A cultura jurídica que informa e orienta o trabalho nas delegacias define que a função da polícia

judiciária é a de investigar crimes com base no "princípio de legalidade", segundo o qual: não há crime sem lei anterior que o defina como tal, não há pena sem prévia determinação legal (Santos, 1999). As delegacias atuam segundo tipificações penais e, como sabemos, violência contra mulher (familiar, doméstica ou de gênero) não constitui figura jurídica, definida pela lei criminal. O que é descrito como tipo penal, implicando uma classificação (lesão corporal, ameaça, atentado violento ao pudor, calúnia e difamação etc.), depende, sobretudo, da interpretação que a agente (e, no caso concreto, a delegada ou a escrivã) tem da queixa enunciada pela vítima. Sem uma abordagem consistente sobre os significados da dinâmica em que ocorrem os conflitos interpessoais, nos quais as vítimas são mulheres, o poder e saber de classificação torna-se aleatório ou por demais imiscuído nos repertórios ou representações pessoais. Como destaca Santos (1999), as policiais tendem a restringir a noção feminista de violência contra a mulher, ou na sua acepção mais moderna – violência de gênero – aos crimes e infrações cometidos no âmbito da sociedade conjugal em cenário doméstico, excetuando-se, evidentemente, o estupro ou a violência sexual quando cometidos por desconhecidos. Atende-se prioritariamente as mulheres, afinal essa foi a interpretação sobre o sentido dessa delegacia especializada. Resultado: os conflitos que envolvem violências praticadas por mulheres contra crianças ou ainda contra homens não estão naquilo que se considera como a alçada de intervenção dessas delegacias especializadas.

Outra consideração importante: como não há uma definição jurídica, apenas as tipificações penais correntes, e não existe uma reflexão mais aprimorada sobre as implicações em termos de gênero desses tipos de violência, o saber que se tem sobre eles – e que orientam as classificações, o atendimento e o encaminhamento dos casos – acaba ficando subordinado às demandas das queixosas. Santos (1999) e Brandão (1998) alertaram sobre esse aspecto: a violência conjugal em que a vítima é a mulher parece ter se constituído como o caso pa-

radigmático a descrever a violência contra a mulher em geral e, mais tarde, também o que é entendido quando se menciona a violência de gênero. De fato, esse paradigma não é resultante da prática policial. O atendimento nos SOS-Mulher, tal como os dados a partir dos quais os estudiosos elaboraram suas análises, foram sendo balizados pelas demandas majoritárias da clientela. A maioria dos casos se referia a mulheres de um certo extrato social e queixas relativas ao relacionamento com maridos, companheiros ou parceiros em contexto doméstico. Paradoxal e limitante: o objeto foi sendo definido a partir de informações fornecidas pela demanda imediata, com todo o caldo cultural e estigmatizante que estava em jogo. Além disso, casos como violência sexual em relações conjugais, assédio sexual, discriminação sexual, violência psicológica etc. passam a não encontrar guarida no tratamento institucional.

Outra conseqüência decorrente da ausência de uma reflexão mais fina sobre o fenômeno é a dificuldade de se garantir que o atendimento altere o escopo das representações das vítimas no sentido de uma maior sensibilização sobre os seus direitos. Brandão (1998) salienta que a percepção das mulheres atendidas pela DDM que investigou descreviam os conflitos sem mencionar a categoria violência.[2] No mais das vezes, referiam-se "às graças", "às ignorâncias" dos maridos como excessivas e inaceitáveis, mas, nem por isso, manifestando qualquer reconhecimento sobre as implicações de tais atitudes no que se refere a esperar que seus relacionamentos transcorressem em bases mais igualitárias. Como sugeri em estudo anterior, sem uma atuação que consiga obliterar a "lógica da queixa", corre-se o risco de alimentar a vitimização, dificultando que os atores sociais envolvidos nos conflitos problematizem de modo mais contundente os motivos mais profundos que envolvem as contendas, tal como suas posições como sujeitos detentores de direito.

2. Esse aspecto também estava presente nas narrativas das mulheres que procuravam o SOS-Mulher, analisadas em estudo anterior (Gregori, 1993).

Em 1996, uma nova lei (Dec. 40.693/1996) no Estado de São Paulo ampliou a competência destas delegacias para também investigarem crimes contra crianças e adolescentes. Com apoio da assessoria que coordena as DDMs e assinatura do governador Mario Covas, o objetivo é o de expandir o universo atendido de modo a dar conta dos crimes cometidos em meio à família, muito embora o decreto não explicite esse sentido com clareza. O argumento subjacente a essa decisão é a tentativa de delimitar o conjunto de atendimentos policiais, deixando a cargo das DDMs a violência familiar (e aí não apenas a que é cometida contra a mulher) e, a cargo dos distritos comuns, outros crimes que são associados à violência urbana. Do ponto de vista da corporação policial, tal solução corrige uma possível distorção do sentido dessa delegacia especializada.

Contudo, ela deixa descobertos os efeitos indesejados, quando pensamos no registro da erradicação da violência de gênero. As demandas feministas, incorporadas pelo Poder Público na forma das DDMs, partiam do pressuposto de que existe um tipo particular de violência, baseado nas assimetrias de poder imbricadas em determinadas relações sociais, aquelas que são marcadas pelo gênero. Não se trata de desconsiderar o fato de que parte dessa violência se apresenta no universo das relações familiares, mas é preciso salientar que ela não se esgota nelas.

Por outro lado, e isso está presente nas falas de vários agentes e atores ligados às delegacias especiais, tal mudança corresponderia a uma tentativa de ampliar a proteção da família, cuja abordagem, no entanto, está distante da visão feminista sobre o papel das assimetrias de gênero nas configurações familiares. Não faz sentido exigir que as instituições judiciárias partilhem o ideário feminista. Porém, considero relevante que tenhamos em mente esse deslocamento do objeto de intervenção e pensar sobre seus desdobramentos. Organizar ações que visam eliminar a violência de gênero implica esboçar outros modos de conceber a família. Mais do que corrigir os excessos, abusos ou anomias cometidos pelos chefes de família – o que parece estar sendo indicado no modelo do decreto –, erradicar esse tipo de violência supõe colocar em cheque a desigualdade de poder no seio

familiar e tornar inadmissível qualquer atitude que fira os direitos fundamentais dos envolvidos.

O que se observa no atendimento concreto fornecido pelas DDMs – como mostram estudos etnográficos e foi confirmado por nossas observações –, é que há uma tendência a tratar a violência familiar como disfunção originada no âmbito de famílias desestruturadas ou carentes de educação ou ainda provenientes de formações culturais tradicionais. Brandão (1998) sugere, inclusive, que agentes policiais invocam, além dos argumentos técnicos, os prejuízos que o inquérito pode desencadear para o acusado e sua família, o que também ficou evidente na investigação de campo que realizamos. As DDMs passaram a fornecer, inegavelmente, o que Brandão chama de recursos simbólicos para as mulheres que procuram, através da queixa, chances para negociar suas relações na família.

Longe de constituir matéria de julgamento, até porque essa parece ser a demanda majoritária das vitimas, considero importante ampliar o escopo da reflexão sobre o que se quer ou o que se entende sobre erradicação da violência familiar, violência contra a mulher, violência doméstica ou ainda violência de gênero. Pois, se é verdade que negociar desse modo implica lutar pelo que consideram ser os seus direitos, as mulheres atendidas podem ainda estar atuando ou operando com noções de direito distantes do modelo de cidadania. O Poder Judiciário, em contrapartida, por não contar com definições ou diagnósticos mais claros sobre as diferentes dinâmicas que encobrem tais violências, acaba refém da demanda imediata da clientela não conseguindo instituir novos parâmetros, novos procedimentos ou práticas que efetivamente constituam entraves para que esses crimes não mais ocorram.

3. A importância da perspectiva relacional no tratamento da violência

A partir da experiência militante no movimento feminista e no SOS-Mulher de São Paulo, eu realizei um estudo sobre a atuação dessa entidade no

atendimento de mulheres vítimas de violência e sobre entrevistas feitas com algumas delas que enfrentavam o problema em suas vidas conjugais e familiares. Menos do que perseguir uma explicação unívoca para o fenômeno, procurei entender como as mulheres se viam nessas relações e como enxergavam seus parceiros. Ao debruçar-me sobre suas narrativas e descrições, tentei esboçar uma abordagem, analisando aspectos que me pareciam estar sendo desconsiderados pela literatura especializada mas também pelas concepções militantes dos feminismos locais do período. A literatura especializada na década de 80 qualificava as relações de violência tratadas como violência contra a mulher e tomava a violência como a expressão radical da relação hierárquica entre os sexos no núcleo familiar (aliás, a família era o lócus primordial do qual eram extraídos os dados). Havia um conjunto de modos de explicar a relação assimétrica e uma série de convenções estilísticas e narrativas, tais como: ressaltavam-se situações em que as mulheres são as vítimas diretas e outras manifestações de violências (contra crianças, entre mulheres, ou contra os parceiros) eram vistas como atos de resistência, reação, reprodução de padrões de comportamento instituídos de fora, vendo esses atos como resultados de uma atitude internalizada pelas mulheres de regras reiteradas pelos costumes e pela tradição. Nesse sentido, nesse tipo de argumentação a mulher aparece como um ser passivo, vitimado por uma situação já determinada por uma estrutura de dominação dada.

Havia também um modo de descrição das relações violentas como uma relação típica, tomando como base os dados majoritários do perfil dos agentes e suas relações. Faltava, pois, uma análise das diversidades de natureza socioeconômica, étnica, etária, tampouco variações de ciclo vital da família, número de filhos etc.

A construção narrativa da relação típica de violência contra a mulher compunha-se pelos seguintes aspectos: todos os gestos descritos vão do desrespeito à humilhação e são necessariamente seguidos pelo espancamento até conduzir ao assassinato. Esses gestos são apresentados numa ordem crescente, numa espécie de evolução dos acontecimentos e eventos que levam até a morte. Os homens são

os que agem; as mulheres sentem, reafirmando uma passividade emocional... medo, vergonha, sentimento de culpa.

A violência ocorre como manifestação dos homens contra as mulheres, não havendo uma interpretação de que as hierarquias acionadas vão de encontro ao jogo entre um conjunto de atributos relativos à masculinidade e à feminilidade e os diferentes conteúdos que podem estar associados a cada um desses termos. De fato, colava-se o sexo ao gênero, construindo pares de oposição rígidos. Entre os pólos – a mulher e o homem –, existem contraste e conflito. O que explica a partilha e o convívio entre eles é uma idéia de um sistema ideológico, machismo, e, nesse caso, uma noção de ideologia como falseamento.

A primeira impressão surgida no tratamento do material de observação, atendimento e de entrevista foi o da imensa limitação de incorrer em uma visão que enfatizasse a problemática apenas a partir dessas convenções explicativas que re-afirmam, em vez de questionar, o dualismo entre vítima e algoz ou ainda reduzir as representações das mulheres na dicotomia entre o tradicional/moderno. Tais dicotomias não servem como instrumento de estudo porque supõem uma coerência a cada termo da oposição, inexistente na dinâmica que constitui as representações e as relações sociais.

Para pensar os paradoxos que revestem as relações violentas, preferi adotar a perspectiva que acredita na coexistência de vários núcleos de significado que se sobrepõem, se misturam, conflitam entre si. Na situação das relações familiares, por exemplo, cruzam-se concepções sobre sexualidade, educação, convivência e a dignidade de cada um. São mescladas também as posições definidas por outros marcadores ou categorias de diferenciação associados a variadas posições de poder: posições geracionais ou etárias, marcadores raciais e também os relativos à classe e ascensão social. Exercer um papel é agir em função de várias dessas concepções, posições e marcadores, combinando-os mesmo quando são conflitivos. Desse modo, quis salientar que é preciso considerar, ao tratar os papéis ou posições de gênero, os padrões legitimados socialmente e a sua importância na

definição de identidades e condutas. Contudo, é relevante ter em mente que eles devem ser vistos como construções, imagens, referências compostas e adotadas de modo bastante complexo e pouco linear. Tais padrões e suas combinações singulares estão presentes nas explicações das entrevistadas sobre a crise doméstica e, em particular, sobre como se referiam, em seus depoimentos, ao lugar que ocupavam e ao de seus companheiros nessas relações.

Um dos aspectos que chamo atenção em minha análise é o fato destes depoimentos estarem sendo enunciados na forma da queixa. O fato das entrevistadas terem sido contatadas no SOS-Mulher ou na Delegacia de Defesa da Mulher deve ser levado em consideração. Certamente, são depoimentos com um viés claro, seguindo o discurso da vitimização e da culpabilização de seus companheiros. Quis salientar os paradoxos e efeitos não esperados desse tipo de construção discursiva: menos do que a busca de uma investigação seguida pela devida punição dos responsáveis pela violência sofrida, essas queixas enredavam as enunciantes em uma posição não muito propícia à emancipação.

Ainda que este meu primeiro estudo não tenha trabalhado com os depoimentos dos companheiros das mulheres, o que inegavelmente constitui sua fragilidade em termos metodológicos, indiquei ser fundamental trabalhar isso que se chama hoje de violência de gênero na perspectiva relacional; até o momento, os estudos e artigos no Brasil estavam restritos apenas às representações das mulheres quanto a essa problemática.

Mas pensar em termos relacionais implica também em tentar não reificar ou estabelecer como determinação as assimetrias baseadas nos marcadores de gênero. De fato, atualmente acho cada vez mais relevante tentar problematizar isso que tem sido qualificado como violência de gênero. Não que os marcadores de gênero, como categorias de diferenciação que vão compondo mapas hierárquicos não sejam fundamentais para pensar e atuar sobre dissimetrias e relações de poder e de força. Mas me pergunto se esses marcadores não deveriam estar sendo articulados a outros marcadores também fundamentais, como os de classe,

os de raça e os de escolha e orientação sexual. E isso porque quando observamos de perto os *scripts* que compõem as relações violentas, esses marcadores vão sendo compostos de modo bem complexo. Dessa complexidade deriva uma constatação que inegavelmente traz dificuldades para ação política sempre tão sequiosa de explicações e a busca de determinações e inimigos estratégicos. Essa constatação é a de que mulheres, negros, índios, homossexuais, transexuais, transgêneros vivem em meio a relações e as identidades de que portam vão sendo criadas num processo de espelhamentos e contrastes e que não se esgota. Não existe uma categoria genérica que imponha o traçado ou perfil fixo dessa identidade. A identidade se perfaz na trajetória, nas relações sociais e particulares consideradas. E essa afirmação não é apenas relevante em termos teóricos. Cabe a nós indagarmos se do ponto de vista político não é relevante suspeitarmos das categorias prévias e tomadas como dadas, apontando para uma aliança entre movimentos que buscam ruir as bases da intolerância e preconceito lá nas relações mais concretas, cotidianas em que as desigualdades e assimetrias de poder não são apenas negociadas mas mantidas.

Bibliografia

BRANDÃO, E. "Violência conjugal e o recurso feminino à polícia". In: BRUSCHINI, C. e HOLLANDA, H. B. de (Org.). *Horizontes plurais.* São Paulo: Fundação Carlos Chagas e Editora 34, 1999.

CALDEIRA, Teresa R. P. *City of Walls:* crime, segregation, and citizenship in São Paulo. Bekerley: University of California, 2000 (Phd dissertation on Anthropology).

GREGORI, M. F. *Cenas e queixas:* um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. São Paulo: ANPOCS/Paz e Terra, 1993.

O'DONNEL, G. "Estado, democratização e alguns problemas conceituais". *Novos Estudos Cebrap* (36), jul. 1993.

SANTOS, C. "Cidadania de gênero contraditória: queixas, crimes e direitos na delegacia da mulher de São Paulo". In: AMARAL JÚNIOR, A. do e PERRONE-MOISÉS, C. (Org.). *O cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

SOARES, B. M. "Delegacia 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: Relume Dumar/Iser, 1999.

A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*

Vera Regina Pereira de Andrade

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutoranda em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires, Argentina. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do CNPq.

Sumário: 1. O lugar da fala: uma palavra sobre a dor, o saber e o(s) sujeito(s). O *continuum* criminológico e o argumento – 2. O que sabemos sobre a identidade do sistema de justiça criminal: quem é o sistema e o que promete?: 2.1 Dimensão normativa e institucional-instrumental: o sistema é o outro; 2.2 Dimensão integrativa do controle social informal: o outro não está só; 2.3 Dimensão ideológico-simbólica: o sistema somos todos nós – 3. O que sabemos sobre a funcionalidade do sistema de justiça criminal: 3.1 Das funções declaradas às funções reais e à eficácia invertida; 3.2 A seletividade estigmatizante: a seleção de criminosos e vítimas entre todos nós – 4. O patriarcado e o capitalismo como matrizes históricas do sistema de justiça criminal: o sentido das seleções – 5. O que sabemos sobre a funcionalidade de gênero: o androcentrismo do sistema de justiça criminal: 5.1 A construção social do gênero no patriarcado: espaços, papéis e estereótipos; 5.2 O masculino ativo e o feminino passivo: o cara e a coisa, o criminoso e a vítima; 5.3 O sistema de justiça criminal co-constituindo a construção social de gênero na construção social da criminalidade e da vitimação: integrando o controle social informal – 6. O que sabemos sobre o sis-

* Texto apresentado no painel "O sistema de justiça criminal no tratamento da violência contra a mulher", no 9.º Seminário Internacional do IBCCrim.

tema de justiça criminal no tratamento da violência (sexual) contra a mulher: como a mulher aparece no sistema?: 6.1 A mulher como vítima da violência sexual e o estupro: da lógica da seletividade à sublógica da honestidade e a seleção das vítimas; 6.2 Impunidade, imunidade e seleção de estupradores: da violência sexual à violência doméstica; 6.3 A proteção da família patriarcal/capitalista: O *continuum* entre controle penal e familiar, entre pena pública e privada – 7. Retornando à dor e concedendo a voz aos sujeitos.

Resumo: O texto aborda, sob o marco teórico da criminologia desenvolvida com base no paradigma do controle social, particularmente a criminologia crítica e feminista, o funcionamento do sistema de justiça criminal relativamente à violência sexual contra a mulher, apontando para a soberania do patriarcado e a duplicação da violência que ele arrasta consigo, e para a necessidade de inclusão e co-responsabilização de todos nós, como co-partícipes institucionais ou simbólicos do controle social e penal, na ultrapassagem da mecânica da violência, concebida em sua dimensão estrutural, institucional e intersubjetiva.

Palavras-chave: sistema de justiça criminal; controle social e penal; criminologia; violência contra a mulher; gênero; vítima.

"Temos direito a reivindicar a igualdade quando a desigualdade nos inferioriza; temos direito a reivindicar a diferença quando a igualdade nos descaracteriza." – BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.

1. O lugar da fala: uma palavra sobre a dor, o saber e o(s) sujeito(s). O *continuum* criminológico e o argumento

Despindo-me das pseudo-assepsias do cientificismo secular, devo iniciar dizendo que o universo da violência é, antes de mais nada, um universo de dor, e que se enfrentá-lo como objeto teórico e de reflexão implica necessariamente um esforço de suspensão da dor, colocá-la em suspenso não implica, em momento algum, perdê-la de vista ou divorciar-se dela, porque é a solidariedade para com

a dor e o propósito de contribuir para superá-la que motiva a tentativa de resgatar, para o problema, a voz dos saberes emancipatórios.[1]

E um campo do saber (teórico e empírico) no qual identifico esta potencialidade emancipatória e embaso minha argumentação é o proveniente da criminologia desenvolvida com base no paradigma do controle ou reação social (desde a década de 60 do século XX) e, mais especificamente, a criminologia crítica e a criminologia feminista, pois, através deste *continuum* o sistema de justiça criminal,[2] este sujeito monumental, não apenas veio a constituir-se no objeto criminológico central do nosso tempo, mas veio a sê-lo inclusive, sob o influxo do feminismo, no tratamento que imprime à mulher.

Podemos demarcar, pois, neste *continuum*, três grandes momentos históricos e epistemológicos:

1. na década de 60, consolida-se a passagem de uma criminologia do crime e do criminoso, ou seja, da violência individual (de corte positivista e clínico) para uma criminologia do sistema de justiça criminal e da violência institucional (de corte construtivista-interacionista), amadurecida por meio de dois saltos qualitativos, a saber:

2. a partir da década de 70, o desenvolvimento materialista desta criminologia marca a passagem para as chamadas criminologia radical, nova criminologia e criminologia crítica, no âmbito das quais o sistema de justiça criminal receberá uma interpretação macrossociológica no marco das categorias capitalismo e classes sociais (criminologia da violência estrutural);

3. e a partir da década de 80, o desenvolvimento feminista da criminologia crítica marca a passagem para a criminologia de correspondente nomenclatura, no âmbito da qual o sistema de justiça criminal receberá também uma inter-

1. Eis que assumo esta como uma discussão paradigmática, cujo enfoque depende dos paradigmas eleitos, ou seja, do lugar de onde (e do que) se fala.

2. Doravante também designado por SJC.

pretação macrossociológica no marco das categorias patriarcado e gênero,[3] e a indagação sobre como o sistema de justiça criminal trata a mulher (a mulher como vítima e uma vitimologia crítica) assume aqui um lugar central.

Fundamental, portanto, invocar a importância do feminismo como outro sujeito coletivo monumental que, fazendo a mediação entre a história de um saber masculino onipresente e a história de um sujeito ausente – o feminino e sua dor – e ressignificando a relação entre ambas, aparece como fonte de um novo poder e de um novo saber de gênero, cujo impacto (científico e político) foi profundo no campo da criminologia, com seu universo até então completamente prisioneiro do androcentrismo: seja pelo objeto do saber (o crime e os criminosos), seja pelos sujeitos produtores do saber (os criminólogos) ou pelo próprio saber. *O homem criminoso* (1871-1876), título da histórica obra do médico italiano César Lombroso, é emblemático a respeito, muito embora o próprio Lombroso, na continuidade, já abordasse a criminalidade das fêmeas.

A criminologia, portanto, nascida oficialmente no século XIX como a ciência da criminalidade, do crime e do criminoso, transformou-se e está a se transformar, cada vez mais, numa teoria crítica e sociológica do sistema de justiça criminal (ciência social) se ocupando, fundamentalmente, da análise de sua complexa fenomenologia e funcionalidade nas sociedades capitalistas e patriarcais.

Não estamos, todavia, perante edifícios acabados, mas construções abertas, processuais. Penso, inclusive, que uma das mais fortes interpelações criminológicas do presente é precisamente o desenvolvimento unificado das perspectivas "crítica" e "feminista", na era da globalização, eis que uma tal bipartição epistemológica não pode ser senão provisória.

Da solidez dos seus alicerces já emergiram, contudo, resultados criminológicos irreversíveis, de que vou me ocupar, exercitando precisamente o aludido esforço unificador.

3. Para além do dado biológico que define o sexo (cada nascimento requer um registro sexual, homem-mulher), o gênero será concebido como o sexo socialmente construído (a dicotomia feminino-masculino).

Foi com base neste saber que desenvolvi, sob o patrocínio do CNPq, uma pesquisa intitulada "Sistema da justiça penal e violência sexual contra as mulheres: análise de julgamento de crimes sexuais em Florianópolis, na década de oitenta".[4]

Esta pesquisa parte da análise teórica e empírica do funcionamento do SJC relativamente à violência sexual contra a mulher para sustentar e concluir o seguinte:

1. Num sentido fraco, o SJC é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero.

O sistema não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – , é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora) que se lhe atribui. Nesta crítica se sintetizam o que denomino de incapacidades protetora, preventiva e resolutória do SJC.

2. Num sentido forte, o SJC (salvo situações contingentes e excepcionais) não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência (particularmente da violência sexual, que é o tema da pesquisa), como também duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade (já complexa) do movimento feminista.

Isto porque se trata de um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas.

4. A pesquisa foi desenvolvida no período de agosto de 1996 a agosto de 1997. A respeito ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 81-124.

E, ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social, que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família, o SJC duplica, em vez de proteger, a vitimação feminina, pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, atentado violento ao pudor etc.), a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero) recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da violência sexual.

2. O que sabemos sobre a identidade do sistema de justiça criminal: quem é o sistema e o que promete?

Para desenvolver o argumento, inicio por indagar: quem é o sistema de justiça criminal? E indago *quem*, precisamente porque se trata de um sujeito, e de um sujeito monumental (em abrangência e poder).

2.1 Dimensão normativa e institucional-instrumental: o sistema é o outro

A primeira dimensão e imagem do SJC é a da lei[5] e das instituições formais de controle, ou seja, a sua dimensão *stricto sensu*, sem dúvida a mais visível: polícia, ministério público, justiça, sistema penitenciário, com sua constelação prisional e manicomial: decisões policiais, ministeriais, judiciais, penitenciárias.[6] Aqui o Estado se faz onipresente em nível Legislativo, Executivo e Judiciário, e o sistema é monumentalmente percebido como sendo o *outro*.

5. Lei(s), penais, processuais penais, penitenciárias, Constituição, declarações internacionais.

6. E ainda, ministérios e/ou secretarias da justiça, da segurança pública, do interior, e outros: decisões governamentais.

2.2 *Dimensão integrativa do controle social informal: o outro não está só*

Como mecanismo de controle,[7] o SJC, entretanto, não está só, mas inserido na mecânica global de controle social, de tal modo que não se reduz ao complexo estático da normatividade nem da institucionalidade, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de *criminalização* ao qual concorrem não apenas as instituições do controle formal, mas o conjunto dos mecanismos do controle social informal, a saber, família, escola (desde a pré-escola até a pós-graduação, especialmente as escolas formadoras dos operadores do SJC), mídia falada, escrita (jornais, literatura, romances, histórias em quadrinho) e informática, moral, religião, mercado de trabalho etc.

Existe, portanto, um macrossistema penal formal, composto pelas instituições oficiais de controle, circundado pelas instituições informais de controle, e nós integramos e participamos da mecânica de controle, seja como operadores formais ou equivalentes, seja como senso comum ou opinião pública.

Chega-se, por esta via, à dimensão ideológica do SJC.

2.3 *Dimensão ideológico-simbólica: o sistema somos todos nós*

Com efeito, uma dimensão muito mais invisível e difusa (*lato sensu*) do sistema é a dimensão ideológica ou simbólica, representada tanto pelo saber oficial (as ciências criminais) quanto pelos operadores do sistema e pelo público, como

7. Por controle social designa-se, em sentido lato, as formas como a sociedade responde, informal ou formalmente, difusa ou institucionalmente, a comportamentos e a pessoas que contempla como desviantes, problemáticos, ameaçantes ou indesejáveis, de uma forma ou de outra e, nesta reação, demarca (seleciona, classifica, estigmatiza) o próprio desvio e a criminalidade como uma forma específica dele. Daí a distinção entre controle social informal ou difuso e controle social formal ou institucionalizado.

A unidade funcional do controle é dada por um princípio binário e maniqueísta de seleção: a função do controle social, informal e formal, é selecionar entre os bons e os maus os incluídos e os excluídos; quem fica dentro, quem fica fora do universo em questão e sobre os quais recai o peso da estigmatização.

senso comum punitivo (ideologia penal dominante). Esta capilaridade não deve obscurecer, entretanto, a sua onipresença, tanto ou mais expressiva que a do Estado, e que obriga à percepção de que o sistema somos, informalmente, todos *nós*: em cada sujeito se desenha e opera, desde a infância, um microssistema de controle e um microssistema criminal (simbólico) que o reproduz, cotidianamente.

Referir a dimensão simbólica do sistema implica referir os discursos (as representações e as imagens) das ciências criminais que, conjuntamente com o discurso da lei, tecem o fio de sua (auto) legitimação oficial, pois é do processo de reprodução ideológica do sistema do que aqui se trata.

Com efeito, é precisamente a lei e o saber (ciências criminais), dotados da ideologia capitalista e patriarcal, que dotam o sistema de uma discursividade que justifica e legitima sua existência (ideologias legitimadoras), co-constituindo o senso comum punitivo reproduzido, por sua vez, pelo conjunto dos mecanismos de controle social, com ênfase, contemporaneamente, para a mídia.

É notável o esforço histórico das ciências criminais na tentativa de fazer a assepsia entre o sistema de justiça criminal e o sistema social e o convencimento jurídico-penal e público de um *como se*; como se o SJC funcionasse como se declara.

São, assim, funções oficialmente declaradas ou promessas legitimadoras do SJC: proteção de bens jurídicos que interessam igualmente a todos os cidadãos (o *bem*) por meio do combate eficaz à criminalidade (o *mal*), a ser instrumentalizado pelas funções da pena: uma combinatória de retribuição ou castigo com prevenção geral (intimidação *erga omnes* pela ameaça da pena cominada em abstrato na lei penal) e especial (reabilitação *in persona* pela execução penal) a ser aplicada dentro dos mais rigorosos princípios penais e processuais penais liberais (legalidade, igualdade jurídica, devido processo etc.).

Estamos perante uma ideologia extremamente sedutora, *também* para as mulheres, e com um fortíssimo apelo legitimador (da proteção, da evitação, da solução) *como se* à edição de cada lei penal, sentença, ou cumprimento de pena, fosse mecanicamente sendo cumprido o pacto mudo que opera o traslado da bar-

bárie ao paraíso. Por isto mesmo esta ideologia legitimadora se mantém constante até nossos dias e consubstancia o que Alessandro Baratta denomina o "mito do direito penal igualitário".[8]

3. O que sabemos sobre a funcionalidade do sistema de justiça criminal

3.1 Das funções declaradas às funções reais e à eficácia invertida

Passando à análise da funcionalidade do SJC, o ponto de inflexão fundamental a demarcar é a contradição entre funções declaradas e funções latentes, pois sabemos, criminologicamente, que há não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta sua grave crise de legitimidade) como o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas. Razão pela qual afirmei em outro lugar que o SJC caracteriza-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade.

Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas fun-

8. BARATTA, Alessandro. "Criminologia crítica e política penal alternativa". Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal* 23/7-21, Rio de Janeiro, jul.-dez. 1978, especialmente p. 9-10.

ções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida.

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário , construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).

Nesse sentido não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independentemente da sua intervenção, mas é a própria intervenção do sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio) que, ao reagir, constrói, co-constitui o universo da criminalidade (daí processo de criminalização) mediante: a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativamente (criminalização primária); b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num *continuum* pela polícia-Ministério Público e justiça (criminalização secundária); e c) estigmatizadas, especialmente na prisão, como criminosos, entre todos aqueles que praticam tais condutas (criminalização terciária).[9]

Mas, precisamente porque o sistema não está só, para compreender sua funcionalidade é necessário apreendê-lo como um subsistema dentro de um sistema de controle e seleção de maior amplitude, pois o SJC penal não realiza o processo de criminalização/vitimização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que têm lugar no seio do controle social informal, como a família e a escola (por exemplo, a filha estigmatizada como "ovelha negra" ou "menina fácil", o aluno como "difícil" pelo professor etc.) e o mercado de trabalho, entre outros.

9. Desenvolvidamente, cf.: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; e *Sistema penal máximo x cidadania mínima*, cit.

Toda a mecânica de controle (enraizada nas estruturas sociais) é constitutivo-reprodutora das assimetrias de que, afinal, se engendram e alimentam os estereótipos,[10] os preconceitos e as discriminações, sacralizando hierarquias. E nós interagimos cotidianamente na mecânica (inseridos que estamos em relações de poder nem sempre percebidas, sendo sujeitos constituídos e constituintes, controlados e controladores), particularmente na dimensão simbólica da construção social da criminalidade/vitimação, representada por nosso microssistema ideológico que procede a microsseleções cotidianas, ao associar, estereotipadamente, criminosos com homens pobres, desempregados de rua com perigosos, estupradores com homens de lascívia desenfreada, vítimas com mulheres frágeis etc., e reproduz o SJC.

3.2 A seletividade estigmatizante: a seleção de criminosos e vítimas entre todos nós

A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do SJC, comum às sociedades capitalista-patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão ao nos revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina.[11]

10. Os estereótipos, designados por Karl-Dieter Opp e A. Peukert por *Handlungsleitenden Theorien* (teorias diretivas da ação) e por W. Lippman (considerado o primeiro a refletir de forma sistemática sobre eles) por *pictures in our minds* (imagens em nossa mente) são construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade quotidiana, influenciando também a conduta dos juízes. A respeito ver: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Ed. Coimbra, 1984. p. 347-348 (e nota 181), p. 388-389 e 553; SCHUR, Edwin M. *Labeling deviant behavior.* Its sociological implications. New York: Harper & Row, 1971. p. 40.

11. Tomando-se por referente os Censos Penitenciários Brasileiros realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério de Justiça a partir de 1995, podemos constatar que no Brasil há uma aproximação entre os dados da criminalização da pobreza (em torno de 95%) e os dados da criminalização masculina (em torno de 96%, contra aproximadamente 4% de criminalização feminina).

A soberania patriarcal

A seletividade pode então ser formulada nos seguintes termos: todas as pessoas, de todos os estratos sociais, faixas etárias, etnias e gênero, ou seja, *todos nós* (e não uma minoria perigosa da sociedade) *praticamos*, freqüentemente, fatos definidos como crimes, contravenções ou infrações administrativas e *somos*, por outro lado, vítimas destas práticas (o que muda é a especificidade das condutas). Assim, tanto a criminalidade quanto a vitimação são majoritárias e ubíquas (*todos nós somos criminosos e vítimas*), percepção heurística para um senso comum acostumado a olhar o problema criminal como um problema do(s) *outro*(s) e a manter com ele uma relação de exterioridade, e, portanto de imunização.[12] Ora, se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, *regularmente*, em todos os lugares do mundo, por homens adultos jovens pertencentes aos mais baixos estratos sociais e, em grande medida, não brancos, isto significa que impunidade e criminalização (e também a vitimação) são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com uma fortíssima estereotipia presente no senso comum e dos operadores do controle penal, e não pela incriminação igualitária de condutas, como programa o discurso jurídico-penal.

Para além, contudo, da ênfase criminológica crítica na construção seletiva da criminalidade, na criminalização seletiva, ou seja, na distribuição desigual do *status* negativo de criminoso, é necessário enfatizar, na esteira da criminologia feminista, a construção seletiva da vitimação (que não aparece nas estatísticas), eis que o sistema também distribui desigualmente a vitimação e o *status* de vítima; até porque autor-vítima é um par que mantém, na lógica adversarial do sistema de justiça, uma relação visceral: reconhecer autoria implica, tácita ou expressamente, reconhecer vitimação. A impunidade é a contraface do processo.

12. Precisamente uma das conseqüências fundamentais dos paradigmas criminológicos aqui utilizados é a de nos conduzir a uma percepção diferenciada da criminalidade, da vitimação e do sistema de justiça criminal que, permitindo suplantar a relação de exterioridade com que nos colocamos perante ambos, reenvia a uma relação de inclusão e, conseqüentemente, de responsabilização. Todos nós somos criminosos, vítimas, sistemas criminais e, portanto, o problema também é nosso.

A vitimação, assim como a criminalidade, também é uma possibilidade majoritária, mas desigualmente distribuída de acordo com estereótipos de vítimas que operam no senso comum e jurídico. Pois, com efeito, "a intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre a 'vítima', como sobre o 'delinqüente'. Todos são tratados da mesma maneira".[13]

Nesta esteira, deve-se apreender tanto a vulnerabilidade à criminalização quanto à vulnerabilidade à vitimação, como veremos a seguir.

Considerando, enfim, que o SJC está estruturalmente dedicado "a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%",[14] conclui-se não apenas que "os processos de imunização constituem a interface negativa dos processos de criminalização",[15] mas que imunidade[16] e impunidade constituem a regra de funcionamento do sistema de justiça criminal e não sua disfunção.[17]

4. O patriarcado e o capitalismo como matrizes históricas do sistema de justiça criminal: o sentido das seleções

Evidentemente que um tal funcionamento interno do SJC e do controle social somente adquire sua significação plena quando reconduzido ao sistema social (à dimensão macrossociológica) e inserido nas estruturas profundas em ação que o condicionam, a saber, o capitalismo e o patriarcado, que ele expressa e contribui a

13. HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 83.

14. BARATTA, Alessandro. "Direitos humanos: entre a violência e a violência penal". *Fascículos de Ciências Penais* 2/49, Porto Alegre, abr.-jun. 1993.

15. BARATTA, Alessandro. "O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana". In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Ciminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 48.

16. Imune diz-se da conduta criminal que fica completamente na cifra oculta, ou seja, ignorada de qualquer agência do sistema. Impune é a conduta criminal que chega ao conhecimento do sistema, mas, em alguma das agências, é interrompido o processo de criminalização, não sendo objeto de punição.

17. HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Op. cit., p. 65.

reproduzir e relegitimar, aparecendo, desde sua gênese, como um controle seletivo classista e sexista[18] (ademais de racista), no qual a estrutura e o simbolismo de gênero operam desde as entranhas de sua estrutura conceitual, de seu saber legitimador, de suas instituições, a começar pela linguagem:[19] eis o sentido da seletividade.

Ora, nisto o SJC replica a lógica e a função real de todo mecanismo de controle social, a saber, em nível micro, ser um exercício de poder e de produção de subjetividades (a seleção binária entre o bem e o mal, o masculino e o feminino) e, em nível macro, ser um exercício de poder (de homens e mulheres) reprodutor de estruturas, instituições e simbolismos. E o SJC ocupa um importantíssimo lugar na manutenção do *status quo* social.

Nesta esteira a constatação fundamental de Alessandro Baratta,[20] segundo a qual "para compreender o mecanismo geral de reprodução *do status quo* da nossa sociedade, contemporaneamente patriarcal e capitalista, faz-se necessário ter presente não apenas a importância estrutural da separação entre esfera pública e privada, mas também, da complementariedade dos mecanismos de controle próprios dos dois círculos. Em um corpo social como o nosso, a divisão entre público e privado, formal informal, constitui um instrumento material e ideológico fundamental para o funcionamento de uma economia geral do poder, na qual todas as várias relações de domínio encontram o seu alimento específico e, ao mesmo tempo, se entrelaçam e sustentam".

18. Ou, em outras palavras, sendo as nossas sociedades, contemporaneamente, capitalistas e patriarcais, a funcionalidade do sistema penal guarda com estas matrizes históricas uma conexão funcional, ao tempo que as desvela, operando "como um caleidoscópio no âmbito do qual o funcionamento de certos mecanismos é esclarecido". BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico". *Anuário de Filosofia del derecho IX*. Madrid: Ministério da Justiça, 1992. p. 54.

19. O universalismo (abstrato e generalizante) e a objetividade, sendo atributos fundantes do modelo androcêntrico de sociedade, serão também do modelo androcêntrico de ciência e de sistema de justiça criminal, cuja contradição básica pode ser flagrada desde a linguagem, estruturalmente masculina e estigmatizante, com que afirma seus ideais protetores igualitários.

20. BARATTA, Alessandro. "O paradigma do gênero...", cit., p. 48.

5. O que sabemos sobre a funcionalidade de gênero: o androcentrismo do sistema de justiça criminal

5.1 A construção social do gênero no patriarcado: espaços, papéis e estereótipos

A esfera pública, configurada como a esfera da produção material, centralizando as relações de propriedade e trabalhistas (o trabalho produtivo e a moral do trabalho), tem seu protagonismo reservado ao homem como sujeito produtivo, mas não qualquer homem. A estereotipia correspondente para o desempenho deste papel (trabalhador de rua) é simbolizada no homem racional/ativo/forte/potente/guerreiro/viril/publico/possuidor.

A esfera privada, configurada, a sua vez, como a esfera da reprodução natural, e aparecendo como o lugar das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico) tem seu protagonismo reservado à mulher, por meio do aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos. É precisamente este o eixo da dominação patriarcal.

Os atributos necessários ao desempenho deste papel subordinado ou inferiorizado de esposa, mãe e trabalhadora do lar (doméstico),[21] são exatamente bipolares em relação ao seu *outro*. A mulher é então construída *femininamente* como uma criatura emocional/subjetiva/passiva/frágil/impotente/pacífica/recatada/doméstica/possuída.

21. Merece observação e reparos a desqualificação (ainda que contextualmente justificada), que o feminismo de primeira geração procedeu aos papéis femininos na esfera privada, sejam de esposa, mãe ou trabalhadora do lar. Sem dúvida que todos estes papéis, fora da condição de subalternidade do domínio patriarcal e no seu exercício com autonomia, são majestosos e importantes para o crescimento existencial da mulher, particularmente o de mãe, experiência fecunda para a ressignificação da vida. Esta visão positiva tem vindo a ser, inclusive, a assumida pelos feminismos subseqüentes.

Em síntese, espaço público – papéis patrimoniais – estereótipos do pólo da atividade: ao patrimônio, o cuidado dos bens.

Espaço privado – papéis matrimoniais – estereótipos do pólo da passividade: ao matrimônio o cuidado do lar.

Estamos perante o simbolismo de gênero com sua poderosa estereotipia e carga estigmatizante. Este simbolismo (enraizado nas estruturas) que homens e mulheres, no entanto, reproduzem, apresenta a polaridade de valores culturais e históricos como se fossem diferenças naturais (biologicamente determinadas) e as pessoas do sexo feminino como membros de um gênero subordinado, na medida em que determinadas qualidades, bem como o acesso a certos papéis e esferas (da política, da economia e da justiça, por exemplo) são percebidos como naturalmente ligados a um sexo biológico e não ao outro.[22]

De tal maneira que a mulher é construída como (não) sujeito do gênero feminino.

5.2 *O masculino ativo e o feminino passivo: o cara e a coisa, o criminoso e a vítima*

Existe uma expressão na nossa cultura que é cotidianamente reproduzida e que emblematiza, magistralmente, a hiperatividade do sujeito masculino ou, como se queira, o machismo: esta expressão é *o cara*.

O cara é aquele sujeito onipresente e onisciente do nosso imaginário, plantonista de 24 horas, a quem recorremos para todas as demandas. Se eu vou contar uma história ativa, ela começa com um cara. O que estraga em casa, da telha ao vaso sanitário, tem que chamar um cara para consertar; o que estraga ou se necessita na rua, do pneu furado às compras para carregar, tem que chamar um cara, e esse é um pedido masculino feito não apenas por mulheres, mas por mulheres e

22. ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGUI, Suzana. "Dominação masculina e discurso sexista". *Informe Andes* 97/11, ano XI, fev. 2000.

homens. Agora, o cara é também o vilão temido no mesmo plantão: se alguém tiver que entrar em nossa casa para roubar, se alguém tiver que colocar uma escada para subir na janela ou no telhado, será um cara. Se alguém tiver que nos assaltar na rua, será um cara. O cara é, a um só tempo, exaltado e temido, ação e reação.

Qual é o contraponto do cara?

O contraponto do cara é precisamente a *coisa*: aquilo que não age ou aquilo do que não nos lembramos: Me diz uma coisa? Como é mesmo o nome daquela coisa? Será que a dona coisa não vem? Ah, que coisa!

O SJC existe, sobretudo, para controlar a hiperatividade do cara e manter a coisa no seu lugar (passivo).

Na bipolaridade de gênero, não é difícil visualizar, no estereótipo do homem ativo e público acima referenciado, as potencialidades do seu próprio *outro*, a saber, o anti-herói socialmente construído como o criminoso, tanto mais perverso quanto temida a biografia de seu desvio; como não será difícil visualizar na mulher encerrada em seu espaço privado, o recato e os requisitos correspondentes à estereotipia da vítima.

Aos homens poderosos e (im)produtivos o ônus da periculosidade e da criminalização; às mulheres fragilizadas (como as crianças, os velhos, os homossexuais e outros excluídos do pacto da virilidade) o bônus? da vitimação.

O estereótipo de homem ativo no espaço público é o correspondente exato do estereótipo de criminoso perigoso no SJC. Mas não qualquer homem, o homem ativo-improdutivo. O poder colossal de que o patriarcado dota o homem e o gênero masculino, o capitalismo culmina, classistamente, por solapar.

O estereótipo da mulher passiva (objeto-coisificada) na construção social do gênero, divisão que a mantém no espaço privado (doméstico) é o correspondente exato do estereótipo da vítima no SJC. Mas não, como veremos, qualquer mulher. As mulheres não correspondem, em absoluto, ao estereótipo de criminoso(as), mas ao de vítima(s).

5.3 *O sistema de justiça criminal co-constituindo a construção social de gênero na construção social da criminalidade e da vitimação: integrando o controle social informal*

O SJC vai expressar e reproduzir a estrutura e o simbolismo de gênero, expressando e contribuindo a reproduzir o patriarcado – assim como o capitalismo. Dizer que é um sistema integrativo do controle social informal significa então que ele atua residualmente, no âmbito deste, mas neste funcionamento residual reforça o controle informal masculino e feminino, e os respectivos espaços, papéis e estereótipos a que devem se manter confinados.

Em realidade, o SJC é duplamente subsidiário ou residual[23] relativamente ao controle social informal. Em primeiro lugar, funciona como um mecanismo público de controle dirigido primordialmente aos homens como operadores de papéis masculinos na esfera pública da produção material e a pena publica é o instrumento deste controle.

Nesse sentido, é integrativo do controle informal de mercado, reforçando o controle capitalista de classe. Com efeito, intervém de modo subsidiário para controlar o *normal* desenvolvimento das relações de produção e consumo – seleciona entre os possuidores que não tiveram suficiente disciplina para o trabalho ou que tenham ficado à margem da economia formal e do mercado oficial de trabalho, como o demonstra a população carcerária (déficit de instrução, posição precária no mercado de trabalho, toxicodependentes) ou, na era da globalização, excluídos de qualquer integração no mercado e, portanto, do reino do consumo.

Empiricamente, como vimos, são os homens que lotam as prisões, ao lado da incômoda presença de algumas mulheres, que nos Códigos sempre têm a seu favor a exculpante de um estado especial (puerperal, menstrual, hormonal, emocional) e a sua espera os manicômios (controle terapêutico) antes que as prisões. A loucura, os estados especiais são os álibis de sua fragilidade: mulher só é peri-

23. BARATTA, Alessandro. "O paradigma do gênero...", cit., p. 18-80.

gosa e só corresponde ao estereótipo de perigo no trânsito! Do lado do sistema de justiça, nesse poderoso espaço publico, é novamente os homens que historicamente vamos encontrar, como na masculina comunidade de criminólogos.

Em segundo lugar, o mecanismo de controle dirigido às mulheres, como operadoras de papéis femininos na esfera privada, têm sido nuclearmente o controle informal materializado na família (pais, padrastos, maridos), dele também co-participando a escola, a religião e a moral) e, paradoxalmente, a violência contra a mulher (crianças, jovens e adultas), dos maus-tratos à violação e o homicídio, se reveste muitas vezes aqui de *pena privada* equivalente à pena pública.

É por esta dupla razão acima enunciada que, indo em busca do sujeito feminino no catálogo masculino, só residualmente vamos encontrá-lo. Tanto lendo o Código Penal (criminalização primária) quanto olhando para as prisões (criminalização terciária) constatamos que o sistema só criminaliza a mulher residualmente e que, de fato, a trata como vítima.

O SJC funciona então como um mecanismo público integrativo do controle informal feminino, reforçando o controle patriarcal (a estrutura e o simbolismo de gênero), ao criminalizar a mulher em algumas situações específicas[24] e,

24. a) Criminalizando (primariamente) condutas femininas: a mulher como autora de crimes contra a pessoa (aborto, infanticídio, abandono de recém-nascido), crimes contra a família-casamento (bigamia, adultério), crimes contra a família-filiação (parto suposto, abandono de incapazes);

b) criminalizando (secundariamente) as mulheres quando exercitam papéis socialmente masculinos; ou seja, quando se comportam como homens, são violentas, usam armas;

c) criminalizando (secundariamente) as mulheres quando praticam infrações em contextos de vida diferentes dos impostos aos papéis femininos (não vivem em família ou as abandonam). Aqui não apenas violam os tipos penais, mas a construção dos papéis de gênero como tais e o próprio "desvio socialmente esperado".

Seja como for, crimes próprios de mulheres ainda encontram acolhimento privilegiado no SJC: quando criminaliza, exculpa-as, de modo que a criminalização é simbólica, para reforçar os papéis de gênero, porque lugar de esposa e mãe é em casa (BARATTA, p. 50-51).

Por outro lado, na medida em que as mulheres passam a exercer papéis masculinos na esfera pública elas tornam-se mais vulneráveis ao controle penal e é precisamente isto que está a acontecer no mundo inteiro, elevando-se as taxas de criminalização feminina, pelas mesmas condutas que os homens são criminalizados, a saber, crimes patrimoniais e, nuclearmente, tráfico de drogas.

soberanamente, ao reconduzi-la ao lugar da vítima, ou seja, mantendo a *coisa* em seu lugar passivo.

6. O que sabemos sobre o sistema de justiça criminal no tratamento da violência (sexual) contra a mulher: como a mulher aparece no sistema?

6.1 A mulher como vítima da violência sexual e o estupro: da lógica da seletividade à sublógica da honestidade e a seleção das vítimas

E precisamente porque o núcleo do controle feminino no patriarcado é o controle da sexualidade[25] (implica preservação da virgindade e zelo pela reputação sexual), violência contra a mulher será recortada pelo SJC como violência sexual, e a mulher aparece explicitamente como vítima da violência sexual (no capítulo dos crimes contra os costumes), nuclearmente do estupro[26] (cuja análise

25. Ora, "o controle da sexualidade feminina, através de seu aprisionamento na função reprodutora, historicamente constitui, ao lado da centralidade do trabalho doméstico, um dos dois grandes eixos pelos quais se concretizam as relações específicas de dominação, estabelecidas no plano individual pela estruturação do patriarcado. Tal controle encontra na lei penal vigente largo campo de atuação, fazendo-se presente de forma visível na criminalização de condutas como as definidas nos tipos de sedução, do rapto consensual, do adultério ou do aborto consentido (...).

Mas a presença da ideologia patriarcal vai mais além, estendendo-se por todo o tratamento dado às questões ligadas à sexualidade e às relações familiares, do que talvez seja exemplo mais eloqüente a diferenciação de pena entre o estupro e o AVP (3 a 8 e 2 a 7) vigente até o advento da Lei 8.072/90" (KARAM, Maria Lúcia. "Sistema penal e direitos da mulher". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 9/147-163, São Paulo: IBCCrim, jan.-mar. 1995, especialmente p. 147).

No mesmo sentido: MURARO, Rose Marie. *Textos da fogueira*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 74: "A mulher jovem hoje liberta-se porque o controle da sexualidade e a reclusão do domínio privado formam os dois pilares da opressão feminina".

26. O estupro é definido no art. 213 do CP brasileiro: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos".

O art. 1.º da Lei 8.072, de 25.07.1990, incluiu o estupro no rol de crimes hediondos aumentando as penas, anteriormente cominadas, de 3 a 8 anos, para 6 a 10 anos de reclusão (art. 6.º). O art. 9.º

priorizarei aqui) e sua constelação (atentados violento e fraudulento ao pudor, sedução, rapto etc.).

Na criminalização sexual o sistema criminal segue, talvez com mais contundência do que em qualquer outra, a lógica da seletividade, acendendo seus holofotes sobre as *pessoas* (autor e vítima) envolvidas, antes que sobre o fato-crime cometido, de acordo com estereótipos de violentadores e vítimas.[27]

O diferencial é que há uma outra lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais – a que denomino "lógica da honestidade" – que pode ser vista como uma sublógica da seletividade,[28] na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas *honestas* (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres *desonestas* (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher; lógica que pode ser empiricamente comprovada ao longo do processo de criminalização desde a criminalização primária (definições legais dos tipos penais ou discurso da lei) até os diferentes níveis da criminalização secundária (inquérito policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso jurídico-penal entre ambas.

determinou, por sua vez, que para as hipóteses de estupro na forma simples (art. 213) e qualificada (art. 213 c/c o art. 223 *caput*) "as penas serão acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal".

27. Também aqui o sistema faz suas seleções binárias, existindo vítimas honestas e prostitutas (expressão na clientela prisional), as quais, junto com o estuprador, simbolizam aquele ponto nevrálgico de junção entre o capitalismo e o patriarcado que a família patriarcal não pode suportar. Prostitutas e estupradores, ao profanarem a monogamia sobre o interdito dos vários leitos, violam a um só tempo a regularidade do espaço privado e público – a unidade familiar e sucessória.

28. Esta lógica pode ser claramente apreendida, entre outros, no filme de ficção *Acusados*, do diretor Jonathan Kaplan, que trata de um caso de estupro múltiplo, no qual uma jovem é vítima de três estupros numa só noite. A respeito ver também: FELIPE, Sônia; PHILIPI, Jeanine Nicolazi. *O corpo violentado:* estupro e atentado violento ao pudor. Florianópolis: Gráfica/UFSC, 1996.

Assim, no título "Dos crimes contra os costumes" do Código Penal brasileiro (cujo bem jurídico declarado penalmente protegido é a liberdade sexual), inteiramente atravessado pela ideologia patriarcal, diversos tipos penais requerem que a vítima seja "mulher honesta", como posse sexual mediante fraude (art. 214), atentado ao pudor mediante fraude (art. 215), sedução (art. 216), rapto consensual (art. 220), pré-selecionando a vitimação, já que estão excluídas, *a priori*, as mulheres desonestas e, em especial, as prostitutas.

E muito embora a definição legal do estupro (art. 213) prescinda desta exigência, a lógica da honestidade é tão sedimentada que "os julgamentos de estupro, na prática, operam, sub-repticiamente, uma separação entre mulheres 'honestas' e mulheres 'não honestas'. Somente as primeiras podem ser consideradas vítimas de estupro, apesar do texto legal".[29]

Desta forma, o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira "reputação sexual" que é – ao lado do *status* familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável *status* social o é para a criminalização masculina.

Regra geral, o conjunto probatório nos processos de estupro é extremamente frágil, limitando-se à prova pericial e testemunhal ou esgotando-se, muitas vezes, no depoimento da vítima. Isto é facilmente compreensível pelas circunstâncias em que ocorrem. São crimes geralmente praticados em lugares ermos ou na intimidade dos lares, distante do público e de testemunhas, sendo as

29. ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher.* Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/Ministério da Justiça, 1987. p. 35.

partes envolvidas, muitas vezes, as únicas presentes. Esta é a razão, justifica-se, pela qual, nos crimes sexuais, a palavra da vítima e o laudo de exame de conjunção carnal assumem especial relevância, o que, aliás, parece unanimidade em matéria judicial, doutrinária e jurisprudencial.

Mas se exige, contudo, que sua palavra seja corroborada pelos demais elementos probatórios constantes dos autos, conforme o ilustram fragmentos do discurso decisório pesquisado.[30]

O que se pode perceber, pelos discursos analisados, é que estes "outros elementos probatórios" nada mais são do que a vida pregressa da própria vítima. Ora, se o conjunto probatório se reduz, muitas vezes, à própria palavra da vítima, então está a se exigir que sua palavra seja corroborada por sua vida pregressa, por sua moral sexual ilibada, por seu recato e pudor. Existindo ou não laudo pericial, ou ainda prova testemunhal, mesmo em situações de flagrante delito, a palavra da vítima perde credibilidade se não for ela considerada "mulher honesta", de acordo com a moral sexual patriarcal ainda vigente no SJC. O que vale, igualmente,

30. Decisões reiteradas dos tribunais brasileiros nesse sentido (como *RT* 327/100, 387/301, 419/88, 498/292 e 533/376) podem ser ilustradas pelas ementas que seguem:

"Nos crimes contra os costumes, via de regra, a prova não é coletânea dos fatos, quase sempre sendo mais circunstancial que direta. Assim, a palavra da vítima é do maior valor probante, especialmente quando se trata de mulher recatada, sem aparente interesse em prejudicar o indigitado autor do delito".

"Diante de um passado tão comprometedor, conclui-se que as declarações da vítima não merecem fé, pois não estão corroboradas por outros elementos de prova (...). Por isso é que se afirma que a veracidade da negativa do denunciado quanto à prática do crime de estupro, sustentada desde a lavratura do auto de prisão em flagrante, tem que prevalecer porque a palavra da vítima está despida do menor prestígio."

"Tratando-se de mulher leviana, cumpre apreciar com redobrados cuidados a prova da violência moral. Tratando-se de vítima honesta, e de bons costumes, suas declarações têm relevante valor." "Se a vítima é leviana, a prova deve ser apreciada com redobrado cuidado." "A palavra da moça seduzida constitui prova de autoria do crime quando ela é honesta e de bons costumes e procedimento." "Se a mulher alega, sem qualquer lesão, ter sido estuprada por um só homem, que se utilizou da força física, suas declarações devem ser recebidas com reservas ou desconfiança." A respeito ver: MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal:* parte especial. São Paulo: Atlas, 1986. vol. 3, p. 408 e 420; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 390.

para as vítimas mulheres que não são maiores de 14 anos, que têm a seu favor a presunção de violência (violência ficta) prevista no art. 224, *a*, do CP brasileiro, mas que é sempre relativizada, pois somente vale (lembre-se o célebre julgado do Ministro do STF, Marco Aurélio da Silveira) se a vítima for considerada *honesta*.

Ao tempo em que a vítima é julgada pela sua reputação sexual, é o resultado deste julgamento que determina a importância de suas afirmações.

Tais são as motivações latentes e reais da sentença que, integrando o *senso comum judicial*, decisivamente as condicionam, funcionando como mecanismos de seleção que, todavia, não se revelam como tais na sua fundamentação formal (em que aparece a técnica jurídica com seus conceitos dogmáticos).

E não é diferente em relação às vítimas crianças, cuja palavra goza da mesma falta de credibilidade, embora por outro motivo: não são escutadas, não têm voz, porque a tendência é não se acreditar no que dizem ou se desqualificar a sua versão dos fatos como fantasias infantis.

O que ocorre, pois, é que no campo da moral sexual o sistema penal promove, talvez mais do que em qualquer outro, uma inversão de papéis e do ônus da prova. A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime – a ação, regra geral é de iniciativa privada –, acaba por ver-se ela própria "julgada" (pela visão masculina da lei, da polícia e da justiça) incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada.

Tem sido reiteradamente posto de relevo como as demandas femininas são submetidas a uma intensa "hermenêutica da suspeita", do constrangimento e da humilhação ao longo do inquérito policial e do processo penal que vasculha a moralidade da vítima (para ver se é ou não uma vítima apropriada), sua resistência (para ver se é ou não uma vítima inocente), reticente a condenar somente pelo exclusivo testemunho da mulher (dúvidas acerca da sua credibilidade).

Em suma, as mulheres estereotipadas como *desonestas* do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio das teses

vitimológicas mais conservadoras, de vítima em acusadas ou rés num nível crescente de argumentação que inclui ela ter "consentido", "gostado" ou "tido prazer", "provocado", forjado o estupro ou "estuprado" o pretenso estuprador; especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador, pois, corresponder-lo, é condição fundamental para a condenação.

Por isso mesmo a referência à vitimologia e à pessoa da vítima relacionadamente à pessoa do autor, que não se dá com a mesma intensidade em todos os processos de criminalização, encontra nos crimes sexuais o lugar por excelência de sua utilização. É o que vimos, explicitamente declarado, na Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro de 1940, ao justificar a expressão "comportamento da vítima", introduzida no art. 59 do CP brasileiro pela reforma penal de 1984: "Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima erigida, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes".

Nesta perspectiva, o senso comum policial e judicial não difere, uma vez mais, do senso comum social. O SJC distribui a vitimação sexual feminina com o mesmo critério que a sociedade distribui a honra e a reputação feminina: a conduta sexual.[31]

6.2 *Impunidade, imunidade e seleção de estupradores: da violência sexual à violência doméstica*

Isto nos conduz ao problema, tão caro ao feminismo, da impunidade: é que ser considerada vítima, nos labirintos da honestidade, não implica diretamente em punibilidade do autor. O SJC, que promete proteger as vítimas de crimes sexuais, absolve, ao que tudo indica, com muito maior freqüência do que condena.

31. LARRAURI, Elena (Comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología.* Control formal y el derecho penal de las mujeres. Contexto. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994b. p. 102.

A regra, na conduta de estupro – seguindo a lógica do sistema – é a impunidade, e a condenação em casos-limite, permanecendo, contudo, aquém da imunidade, pois, seguindo também a lógica de funcionamento do sistema, subsiste uma enorme cifra oculta da violência sexual, especialmente a doméstica, mesmo após toda a publicização e politização do problema pelo feminismo, e a criação das Casas e Delegacias de Mulheres.

Mas, quem pratica estupro e permanece no campo da imunidade/impunidade? E quem é efetivamente selecionado, rotulado ou etiquetado com o *status* negativo de estuprador? A indagação remete, por sua vez, à questão da autoria e etiologia do estupro, espaços e relações em que ocorre. Quanto à autoria, sabe-se hoje que os crimes sexuais são condutas majoritárias e ubíquas e não de uma minoria anormal, conforme preconiza o discurso jurídico-penal e criminológico oficial e o senso comum. Paulatinamente foi se descobrindo que o estupro ocorre com muito mais freqüência do que se imaginava, que cada homem pode ser o autor, que cada mulher pode ser a vítima e que a vítima e o autor muito freqüentemente se conhecem. Trata-se de violências praticadas por estranhos, na rua, sim. Mas, sobretudo, e majoritariamente, nas relações de parentesco (por pais, padrastos, maridos, primos), profissionais (pelos chefes) e de conhecimento em geral (amigos). Ocorrem, portanto, na rua, no lar e no trabalho, contra crianças, adolescentes, adultas e velhas, tendo sido denunciado contra vítimas desde poucos meses de idade até sexagenária ou octogenária e praticadas por homens que nada têm de tarados, desviados sexuais ou *anormais*, mas um vínculo forte com a vítima. Violência sexual é, em grande medida, violência doméstica: paradoxalmente a família, que deveria ser um espaço de proteção, é também – como o SJC –, um espaço de violência e violação.

Quanto à etiologia do estupro, argumenta-se, na esteira da primeira argumentação, que não se trata de conduta voltada, prioritariamente, para a satisfação do prazer sexual (lascívia desenfreada), como também preconiza o discurso criminológico e jurídico-penal oficial e o senso comum. A pesquisa de Kolodny,

Masters e Johnson[32] conclui, nesse sentido, que "a maioria dos estupros ocorrem dentro de um contexto de violência física em vez de paixão sexual ou como meio para a satisfação sexual. Pois, prosseguem, "constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o *status*, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviço de necessidades não sexuais".

As mulheres começaram a dar-se conta de que o estupro (assim como os maus-tratos, o incesto, a prostituição, o assédio sexual no trabalho etc.) são também produtos de uma estrutura de poder, a existente entre homens e mulheres e o argumento da violência individual foi cedendo espaço ao argumento da violência estrutural.[33]

O conjunto das conclusões criminológicas críticas e feministas é por demais significativa: se o espaço privado-familiar é um *locus* de incidência majoritária da violência sexual (e seus integrantes os sujeitos centrais envolvidos), pode-se interpretar que isto sucede – para além dos elementos intersubjetivos implicados nas relações de violência – porque, historicamente, na sociedade patriarcal, a família tem sido um dos lugares nobres, embora não exclusivo (porque acompanhada da escola, da igreja, da vizinhança etc.), precisamente do controle social informal sobre a mulher. E a violência contra a fêmea no lar, do pai ao padrasto, chegando aos maridos ou companheiros, pode ser vista, portanto, (contrariamente à ideologia do agressor como expressão de uma aberração sexual e da busca do

32. KOLODNY, Robert. C.; MASTERS, William H.; JOHNSON, Virginia E. *Manual de medicina sexual.* Trad. Nelson Gomes de Oliveira. São Paulo: Manole, 1982. p. 430-431.

33. BEIJERSE, Jolande Uit; KOOL, Renée. "¿La tentación del sistema penal: apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal". In: LARRAURI, Elena (Comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología.* Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 143.

gozo) como uma expressão de poder e domínio; como uma violência *controladora*. E, num sentido último, como pena privada.

A *violência* aparece como o elemento masculino comum, presente no poder punitivo do Estado sob a forma de pena pública e no poder punitivo da família (pais, padrastos, maridos, companheiros) sob a forma de pena privada, e age nas duas esferas como a última garantia de controle, embora o estilo dos dois sistemas seja diferente.

Embora, contudo, já cientificamente desfeita a mitologia que circunda o estupro, tanto na autoria, relações e espaços, quanto na etiologia, continua-se reproduzindo o estereótipo do estuprador como um ser anormal, de lascívia desenfreada, estranho à vítima e, numa preconceituação masculina, continua-se acentuando o encontro sexual e o coito vaginal antes que a violência. E este estereótipo continua agindo no SJC, condicionando tanto a seleção quanto a impunidade, pois embora domine a violência familiar e entre conhecidos, a seleção se dá fora dela: os etiquetados como estupradores, ao que tudo indica, são estranhos à vítima e, regularmente, pertencentes aos baixos estratos sociais.

O estupro é, pois, uma conduta majoritária e ubíqua, mas desigualmente distribuída, de acordo, sobretudo, com estereótipos de estupradores que operam em nível do controle social formal e informal.

É mais fácil etiquetar como estupro a conduta cometida por um estranho na rua, que a realizada pelo chefe ou pelo marido, cuja possibilidade está, em algumas legislações ou jurisprudências, explicitamente excluída.[34] Ora, os familiares (maridos, padrastos, primos), colegas e amigos, não correspondem, em absoluto, ao estereótipo de estupradores. Por outro lado, nada é tão forte dentro do estereótipo de criminoso quanto o subestereótipo de estuprador.

34. O referido art. 213 do CP brasileiro não proíbe, com efeito, que o marido possa ser sujeito ativo de estupro contra a esposa. Mas na doutrina e jurisprudência goza de forte tradição e hegemonia a tese que sustenta a impossibilidade, sob o argumento de que um dos deveres do casamento civil é a prestação carnal, e a mulher não pode, portanto, recusá-la.

6.3 *A proteção da família patriarcal/capitalista:* O continuum *entre controle penal e familiar, entre pena pública e privada*

Num plano mais profundo, pois, chega-se a uma importante conclusão sobre o objeto jurídico latentemente protegido pela sublógica da honestidade (a qual, como a seletividade, revela-se como marca estrutural do exercício de poder do sistema penal).

O SJC não protege, em absoluto, a liberdade sexual feminina, que, por isso mesmo, é pervertida (a mulher que diz *não* quer dizer *talvez*; a que diz *talvez* quer dizer *sim*, e a que diz *não*, não é, em absoluto, uma mulher). O SJC é ineficaz para proteger o livre exercício da sexualidade feminina e o domínio do próprio corpo. Se assim o fosse, todas as vítimas seriam consideradas iguais perante a lei e o assento seria antes no fato crime e na violência do que na conjunção carnal. E teriam do sistema o reconhecimento e a solidariedade para com a sua dor. Não é casual que ocorra o inverso.

A sexualidade feminina referida ao coito vaginal diz respeito à reprodução. E a função reprodutora (dentro do casamento) se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta, que é precisamente a sexualidade monogâmica (da mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima), de modo que protegendo-a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta, se protege, latente e diretamente, a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões) que, em última instância, mantém a unidade da própria classe burguesa no capitalismo.

A proteção é, em nível micro, da moral sexual dominante e da família (unidade familiar e sucessória segundo o modelo da família patriarcal/capitalista monogâmica, heterossexual, destinada à procriação legítima etc.); ainda que este modelo esteja passando hoje por profundas transformações culturais e jurídicas.

Em nível macro, a função real do sistema é manter estruturas, instituições e simbolismos, razão pela qual, repita-se, não pode ser um aliado no fortalecimento da autonomia feminina. Nesta esteira, "também fica claro o papel da família como mediadora entre o sistema patriarcal e a sociedade de classes; e to-

mando em consideração que o sistema patriarcal é mais antigo do que o sistema de classes, pode-se afirmar que está por baixo do sistema capitalista. Assim, a família tem importante função dupla: ser a mediadora entre o indivíduo e a classe social, e entre o sistema capitalista e a cultura patriarcal (que lhe dá um valor muito mais alto do que se pensava numa ciência social centrada no homem)".[35]

Mas, em definitivo, não há esta punição. A pena, que deveria não só simbolizar, mas materializar a proteção, não incide e na forma de impunidade-imunidade reafirma-se o *continuum* profundo entre o controle familiar e o penal e a solidariedade masculina destes controles. A impunidade é a cumplicidade ou solidariedade masculina do SJC para com a família patriarcal.[36] Não existe uma instância que faça a assepsia, todas se contaminam. A tentativa histórica – todavia frustrada – foi, como vimos, da ciência penal.

7. Retornando à dor e concedendo a voz aos sujeitos

Se ao longo de minha fala enfatizei que o que sustenta o sistema de justiça criminal é, a um só tempo, a força das estruturas e das ideologias, e que nesta dimensão (simbólica) o SJC (assim como os criminosos e as vítimas) somos todos nós, e o tratamento que confere à mulher é o mesmo que o público-senso comum lhe confere (incluindo as famílias, os maridos, os chefes, os homens e, também, as mulheres), somente posso concluir que *o limite do sistema é, em nível macro, o limite da própria sociedade e, em nível micro, o limite das instituições e dos sujeitos: é o nosso próprio limite.* Não existem modelos, oficiais ou outros, que não arrastem consigo as marcas destes limites.

35. MURARO, Rose Marie. Op. cit., p. 142.

36. A respeito, ver também: FELIPE, Sônia; PHILIPI, Jeanine Nicolazi. *O corpo violentado:* estupro e atentado violento ao pudor. Florianópolis: Gráfica/UFSC, 1996. p. 18: "No estudo da violência sexual, cuidamos de tornar explícitas a responsabilidade e a cumplicidade da sociedade com relação ao modo como normalmente a vitima da violência é tratada (...). Nosso trabalho critica explicitamente uma espécie de solidariedade para com o violentador e de culpabilização da vítima de atentados sexuais, típica de nossa cultura".

Assim sendo, parece haver um duplo caminho a indicar e duas palavras-chaves: inclusão e co-responsabilização; ou melhor, uma dupla inclusão do que parece ser o *outro* (*alter*, *outsiders*): a) a nossa inclusão e co-responsabilização, estrutural, na mecânica da violência (e na sua superação) e b) a inclusão de homens e mulheres, como sujeitos, nas relações de violência, e sua percepção, para além de estrutural e institucional, como relacional (intersubjetiva), o que implica conceder voz a todos os sujeitos envolvidos e à sua dor, iniciando por problematizar a grande rubrica unilateral do feminismo: *violência contra a mulher*. A ultrapassagem das lógicas da seletividade e da honestidade (violência institucional que expressa violência estrutural), bem como da violência sexual é, portanto, um desafio individual e coletivo, micro e macro, profundo, num tempo de expressivas transformações nas relações sexuais e de gênero, e no qual não mais se legitimam nem "desigualdades inferiorizadoras", nem "igualdades descaracterizadoras".

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

A irrelevância da mera opinião do juiz

Adauto Suannes

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; da Associação Juízes para a Democracia; e do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família.

Ementa: Habeas corpus. *2. Regime inicial de cumprimento da pena, em se tratando de crime de roubo qualificado (CP, art. 157, § 2.º, I e II). 3. Hipótese em que o réu, ora paciente, foi condenado a pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, por infringir o art. 157, § 2.º, I e II, do CP. A sentença considerou o réu como primário e de bons antecedentes. 4. De acordo com o § 2.º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo Diploma Legal, ou seja, com verificação das circunstâncias judiciais. 5. Embora o roubo qualificado, por sua natureza, constitua efetivamente delito grave, essa circunstância, por si só, não é suficiente para, em todos os casos, estabelecer-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, se esta é fixada em menos de oito anos de reclusão e as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) não são desfavoráveis ao réu. 6.* Habeas corpus *deferido para que, na espécie em exame, o regime inicial de cumprimento da pena seja o semi-aberto.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por v.u., deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, para assegurar, desde logo, ao paciente, o regime penal semi-aberto.

Brasília, 22 de outubro de 1998 – Min. CELSO DE MELLO, pres. – Min. NÉRI DA SILVEIRA, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Néri da Silveira* (relator): Em favor de Laércio Loureiro Ramos, condenado, em co-autoria, no juízo de primeira instância, à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 39 dias-multa, por infringir o art. 157, § 2.º, I e II, c/c o art. 70 do CP, o Dr. Ivan Rys impetra ordem de *habeas corpus* (f.).

Sustenta o impetrante, em síntese, baseado em votos vencidos prolatados em autos de revisão criminal indeferida pela Corte indicada coatora, que a falta de reconhecimento do regime semi-aberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente, sem a indispensável fundamentação, constitui o constrangimento ilegal que vem sofrendo seu constituinte, em que pese se tratar de réu primário e de bons antecedentes. Diz o impetrante que "a ilegalidade da coação está em que a decisão afronta os artigos do Código Penal que regulam a individualização da pena no que toca à fixação do regime (art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59)" (f.).

Requisitadas as informações, vieram ao feito com o ofício de f., do ilustre presidente do TACrimSP, nestes termos:

"Tenho a honra de acusar o recebimento do Ofício 1.309/R, através do qual são solicitadas informações para a instrução do HC 77.682, em que é impetrante o Bel. Ivan Rys, e paciente Laércio Loureiro Ramos.

Alega o impetrante, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, eis que não fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena que lhe fora imposta (APn 560/90, da E. 18.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo).

Cabe-me, a propósito e em atenção ao ofício de V. Exa., transmitir os esclarecimentos que seguem.

Por fatos ocorridos em 12.05.1998, foram o paciente e outros co-réus denunciados, perante o MM. Juízo da E. 18.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incursos no art. 157, § 2.º, I e II, c/c os arts. 29, *caput*, e 70, todos do CP (doc. 1).

Recebida a denúncia (doc. 2), tentou-se, sem sucesso, a citação pessoal do paciente (doc. 3).

Determinado o seu chamamento por edital e expedidos os ofícios de praxe (doc. 4), não compareceu o acusado ao interrogatório designado, decretando-se-lhe, então, a revelia (doc. 5).

Realizada a instrução (doc. 6), vieram aos autos a folha de antecedentes e as certidões criminais do paciente (doc. 7) e, após o oferecimento das alegações finais (doc. 8), sobreveio sentença condenatória, que apenou o réu, por infringência ao art. 157, § 2.º, I e

II, c/c o art. 70, ambos do CP, a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 39 dias-multa, facultado o recurso em liberdade (doc. 9).

Irresignada, apelou a defesa (doc. 10), tendo a E. 12.ª Câm. desta Corte, à unanimidade, negado provimento ao reclamo, expedindo-se mandado de prisão. O r. *decisum* restou irrecorrido (doc. 11).

Informo, por derradeiro, que o paciente formulou, neste Tribunal, a RvCr 303.368/5, que o E. 3.º Grupo de Câmaras, por maioria de votos, indeferiu (doc. 12).

Permanecendo à disposição para outras informações julgadas necessárias, renovo a V. Exa. os protestos da minha elevada estima e distinta consideração".

Oficiando nos autos, opinou a Procuradoria-Geral da República, no parecer de f., pela concessão da ordem.

É o relatório.

PARECER – *O Exmo. Sr. Dr. Geraldo Brindeiro* (Procurador-Geral da República): Sr. presidente, peço a palavra para esclarecer que no parecer emitido no HC 77.613, relator o Sr. Min. Marco Aurélio, o Dr. Edson Oliveira de Almeida opina pelo indeferimento do pedido, enquanto que, no caso análogo, HC 77.682, relator o Sr. Min. Néri da Silveira, o Dr. Edinaldo de Holanda Borges, na mesma questão, opina pelo deferimento do pedido.

Devo, então, manifestar-me, nesta Sessão Plenária, para entender, tal qual o Dr. Edinaldo de Holanda Borges, que o STF tem admitido a possibilidade do estabelecimento, pelo juiz, de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da pena, porém mediante a indeclinável exigência de fundamentação, não sendo suficiente a simples indicação de elementos do próprio crime e da circunstância em sua gravidade.

O Dr. Edinaldo de Holanda Borges cita o *habeas corpus* de que foi relator o Sr. Min. Octavio Gallotti e conclui pelo indeferimento. Também é nesse sentido o meu entendimento.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Néri da Silveira* (relator): O parecer da Procuradoria-Geral da República, às f., opina no sentido do deferimento do pedido, nestes termos:

"O paciente foi condenado a 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por infringência ao art. 157, § 2.º, I e II, do CP. Na condenação o fato foi classificado como roubo duplamente qualificado, em razão do concurso de agentes e de emprego de armas, em concurso formal, tendo em vista a quantidade de vítimas (três).

Na sentença, o ínclito juiz, ao fundamentar a natureza mais grave do regime penitenciário, fez nos seguintes termos:

'O crime de roubo, praticado em concurso de agentes e com emprego de arma, é crime grave, vem inquietando a população pela elevada incidência, indica periculosidade do agente, que recomenda seu afastamento do convívio social para cumprimento da pena em regime fechado' (f.).

Esse C. STF tem admitido a possibilidade do estabelecimento pelo juiz de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da pena, porém mediante a indeclinável exigência de fundamentação, não sendo suficiente a simples indicação dos elementos do próprio crime e da circunstância de sua gravidade (HC 75.647, rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU* 19.12.1997).

Não há como contornar a ausência, na sentença, de base racional para a severidade da reprimenda. Não indica a douta decisão qualquer fato que não esteja contido na definição legal do delito e, por isto mesmo, já reprimido pela simples imposição da pena, restando excessivo o seu agravamento".

A sentença, às f., assentou-se na dosimetria da pena e regime inicial de seu cumprimento:

"Laércio e Gilberto são primários. Atento a essas circunstâncias, fixo a pena-base no mínimo legal, quatro anos de reclusão e multa de dez dias-multa, que acresço de um terço (1/3), pelas qualificadoras reconhecidas, e o produto, cinco anos e quatro meses de reclusão e multa de treze dias-multa, elevo de um sexto (1/6), pelo concurso formal, remanescendo a pena definitiva de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e multa de trinta e nove dias-multa.

Na fixação da pena pecuniária, atendi ao que dispõe o art. 72 do CP.

O crime de roubo, praticado em concurso de agentes e com emprego de arma, é crime grave, vem inquietando a população pela elevada incidência, indica periculosidade do agente, que recomenda seu afastamento do convívio social para cumprimento da pena em regime fechado.

3. Julgo procedente a ação penal e *condeno*: Laércio Laureiro Ramos e Gilberto Silva Oliveira, qualificados, respectivamente, a f., a cumprir, cada um, a pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e multa de trinta e nove dias-multa, cada um calculado no valor unitário mínimo, por incurso no art. 157, § 2.º, I e II, c/c o art. 70, ambos do CP.

Regime fechado. Recurso em liberdade".

O acórdão teve como devidamente fundamentado o regime prisional, nos termos em que estabelecido.

Cuida-se, no caso, de matéria já discutida na Turma. De fato, a orientação do TJSP é no sentido do regime inicial fechado, em se tratando de roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de agentes, considerada a gravidade do delito.

Esta Turma, por maioria, já adotou entendimento idêntico, na linha do que tem, também, acolhido a 1.ª T. Fiquei vencido, juntamente com o ilustre Min. Marco Aurélio, no julgamento dos *Habeas Corpus* 75.881, 77.206 e 77.100, todos de São Paulo, em que, nesse sentido, se decidiu.

No caso concreto, a sentença teve o paciente como primário e de bons antecedentes. O regime fechado foi estabelecido, como início do cumprimento da pena, porque se cuida de crime grave, de tanta repercussão social. A pena imposta foi de seis anos, dois meses e vinte e oito dias de reclusão. Em princípio, poderia ser estipulado o regime semi-aberto. De acordo com o § 2.º do art. 33 do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código, ou seja, com verificação das circunstâncias judiciais.

Não parece, na espécie, que as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao acusado, que é primário e de bons antecedentes. Certo é que o roubo qualificado constitui delito grave.

Mantenho, entretanto, no caso, a orientação que tenho seguido, para considerar o art. 59 do CP.

Defiro o *habeas corpus* para que o regime inicial de cumprimento da pena seja o semi-aberto, em face da pena imposta: seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, bem assim das condições pessoais do paciente, registradas na sentença. Não considero que se possa, desde logo, tão-só em face de tratar-se de roubo qualificado, determinar que o regime inicial do cumprimento da pena seja o fechado. O regime inicial de cumprimento da pena há de definir-se, conforme prevê o § 3.º do art. 33 do CP, ou seja, com observância dos critérios consignados no art. 59 do mesmo Diploma.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Mauricio Corrêa:* Sr. presidente, no caso do HC 77.682, ora em julgamento, a sentença diz o seguinte:

"O crime de roubo, praticado em concurso de agentes e com emprego de arma, é crime grave que vem inquietando a população pela elevada incidência, indica periculosidade

do agente, que recomenda seu afastamento do convívio social para cumprimento da pena em regime fechado".

Ora, essa decisão diz exatamente o que a própria definição do crime encerra.

Tenho julgado, na 2.ª T., exatamente nessa linha, entendendo que a gravidade do delito por si só não basta para justificar a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim me pronunciei nos *Habeas Corpus* 76.571, de 29.06.1998; 76.360, de 14.08.1998; 77.206, de 11.09.1998 e 77.100, de 11.09.1998.

Com essas rápidas considerações, o meu voto é no sentido de acompanhar o eminente relator, para também deferir o *habeas corpus*.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio:* Sr. presidente, reporto-me ao voto proferido no HC 77.613-7, que ora transcrevo, para deixar registradas as razões do meu entendimento:

"Reitero o que consignei na decisão monocrática de f.:

'2. Inicialmente, ressalvo o entendimento pessoal quanto à competência para julgar este *habeas*. Define-a a qualificação dos envolvidos. Os pacientes não gozam de prerrogativa de foro. Cumpre, então, perquirir a situação dos integrantes do Tribunal de Alçada Criminal que participaram do julgamento atacado. Como juízes estaduais, estão submetidos, nos crimes comuns e de responsabilidade, não à jurisdição do STF, tampouco à do STJ, mas do órgão de cúpula do Poder Judiciário local, ou seja, do Tribunal de Justiça (inc. III do art. 96 da CF), a quem compete o julgamento de *habeas* em que figurem como autoridades coatoras. Entrementes, até aqui esta não é a óptica da ilustrada maioria, fato a agravar mais ainda a sobrecarga de processos, já que centralizados os *habeas*, impetrados contra tribunais mesmo não qualificados como superiores, na Suprema Corte. Urgindo a apreciação do pedido de concessão de medida acauteladora, ressalvo a convicção própria, remetendo ao que publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 9/140-146.

O pedido de informações desaguou na notícia de requisição dos autos principais ao Juízo. Impõe-se examinar, com base nas peças dos autos, o pedido de concessão de medida acauteladora. A reincidência foi afastada tanto pelo juízo como pelo órgão revisor. Por outro lado, a pena-base restou estabelecida no mínimo previsto para o tipo, ou seja, em quatro anos de reclusão (f.). Todavia, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis, partiu-se para a fixação do regime de cumprimento da pena fechado. Ora, conforme tem proclamado reiteradamente a 2.ª T., tal procedimento não se coaduna com

a ordem jurídica em vigor. Vale, a respeito, ressaltar que a apelação da defesa foi desprovida em função da circunstância de ser 'curial e oportuna a destinação dos acusados ao regime prisional fechado, para início do cumprimento das reprimendas em virtude da espécie de crime praticado'. Ora, o crime de roubo não está enquadrado entre os hediondos de que cogita a Lei 8.072/90, sendo impróprio, assim, cogitar-se do regime fechado para o cumprimento da pena, isso considerado o preceito nela inserto que tenho, aliás, como conflitante com a garantia constitucional da individualização da pena. A espécie de crime não norteia, em si, a fixação do regime. Se se trata de condenado não reincidente, presentes as balizas temporais contidas nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 2.º do art. 33 do CP, cumpre indagar das circunstâncias judiciais, por força do preceito do § 3.º nele inserido:

'§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 deste Código'.

A Corte de origem acabou por adotar postura incongruente. Muito embora fixada a pena-base, em razão das circunstâncias favoráveis, no mínimo previsto para o tipo, manteve exacerbado o regime de cumprimento da pena.

3. Defiro a liminar na forma pleiteada, ou seja, assegurando aos pacientes a permanência em estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto.

4. Dê-se conhecimento desta liminar ao TACrimSP, bem como à Procuradoria do Estado de São Paulo – Serviço de Defesa aos Necessitados –, aos cuidados do Procurador Dr. Ronilson Dias Simões. Uma vez recebidas as informações, colha-se o parecer da Procuradoria-Geral da República.'

Acrescento, para maior tranqüilidade dos demais integrantes desta Turma, que o regime de cumprimento da pena foi fixado pelo juízo em penada única, nos seguintes termos:

'Iniciarão o cumprimento da pena no regime fechado dada a gravidade dos fatos, principalmente por se tratar de delito praticado a mão armada (f.)'.

A confirmação dessa óptica fez-se, também, sem apego aos parâmetros normativos de regência, fulminando-se:

'Curial e oportuna a destinação dos acusados ao regime prisional fechado, para início do cumprimento das reprimendas em virtude da espécie de crime praticado' (f.).

Ora, é primário que elementar do crime – e a gravidade o é sob o ângulo subjetivo (culpa ou dolo) – não norteia, em si, o regime de cumprimento. Antes, surge como a razão de ser do balizamento relativo à pena. A opção político-legislativa faz-se a partir

da gravidade do crime: quanto mais grave, mais exacerbada é a pena. Portanto, o fenômeno, em si, já está compreendido na pena prevista para o tipo, sendo avesso o ofício judicante penal ao *bis in idem*. Aliás, o *Diário da Justiça* de 25 de setembro do corrente ano publicou ementa de acórdão resultante de julgamento procedido pela 1.ª T. que bem revela a pacificação da matéria:

'Individualização da pena: imposição de regime fechado fundada unicamente na avaliação subjetiva da gravidade do tipo infringido: inadmissibilidade. A gravidade do tipo incidente, para todos os efeitos jurídicos, traduz-se na escala penal a ele cominada e, em concreto, na pena aplicada: por isso é inadmissível a imposição de regime mais severo que o correspondente, em princípio, a pena aplicada, quando fundada apenas na valorização judicial subjetiva da gravidade em abstrato do crime praticado, critério que alguns tribunais vêm adotando sistematicamente sempre que se trate de roubo com causas especiais de aumento da pena: jurisprudência consolidada do Tribunal (HC 74.891, Gallotti, 27.05.1997, *Informativo STF* 73; HC 75.642, Marco Aurélio, 24.03.1998, *Inf. STF* 104; HC 75.647, Gallotti, 07.10.1997, *Inf. STF* 97; HC 75.875, Jobim, *Inf. STF* 95; HC 75.241, Galvão, 09.09.1997; HC 75.726, Galvão, 11.11.1997; HC 75.695, Pertence, 17.02.1998, *Inf.* 103 e *DJ* 20.03.1998; HC 76.424, Pertence, 03.03.1998; HC 76.475, 1.ª T., Moreira, *DJ* 07.08.1998; HC 77.187, Sanches, 30.06.1998; HC 77.307.3-SP, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão unânime, *DJ* 25.09.1998).'

Cito, ainda, dos Ministros não referidos no precedente da 1.ª T. e que compõem esta Turma, os seguintes julgados: *Habeas Corpus* 75.881-SP, 77.206-SP e 77.100-SP, todos relatados pelo Min. Maurício Corrêa perante a 2.ª T., com arestos veiculados nos *Diários da Justiça* de 13.02.1998, o primeiro, e 11.09.1998, os dois últimos.

Por tais razões, ressaltando a necessidade de preservar-se a crença na ciência do direito, no caráter funcional e educativo da própria apenação, justificando o meio o fim, e não este aquele, concedo a ordem para tornar definitiva a liminar, ou seja, assegurar aos pacientes, como regime de cumprimento da pena, o semi-aberto. Dê-se ciência desta decisão, via ofício, tal como o fiz quando prolatei a liminar, à Procuradoria do Estado de São Paulo – Serviço de Defesa aos Necessitados –, aos cuidados do Procurador Dr. Ronilson Dias Simões".

É o meu voto.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence:* Sr. presidente, o caso é exemplar da jurisprudência firmada na 1.ª T. e creio que – salvo uma ou outra discrepância – também na 2.ª T., o que procurei resenhar no HC 77.307, julgado em 14.08.1998, na 1.ª T.

Na ementa consignei:

"Ementa: Individualização da pena. Imposição de regime fechado fundada unicamente na avaliação subjetiva da gravidade do tipo infringido. Inadmissibilidade.

A gravidade do tipo incidente, para todos os efeitos jurídicos, traduz-se na escala penal a ele cominada e, em concreto, na pena aplicada: por isso, é inadmissível a imposição de regime mais severo que o correspondente, em princípio, à pena aplicada, quando fundada apenas na valoração judicial subjetiva da gravidade em abstrato do crime praticado, critério que alguns tribunais vêm adotando sistematicamente sempre que se trate de roubo com causas especiais de aumento da pena: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal".

Arrolei, então, uma dezena de acórdãos a que outros tantos se podem somar hoje.

Nestes termos, com o eminente Ministro-relator, defiro a ordem.

EXTRATO DE ATA – Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do *habeas corpus*. 2.ª T., 06.10.1998.

Decisão: O Tribunal, por v.u., deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, para assegurar, desde logo, ao paciente, o regime penal semi-aberto. Plenário, 22.10.1998.

Presidência do Sr. Min. Celso de Mello. Presentes à sessão os Srs. Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Comentários

Gilberto Amado, em seu *Presença na política*, elogia a forma contida como Epitácio Pessoa, "bacharel escorreito", lançava seus pareceres: "nada de citações bobas, de floreios e superfluidades nos seus trabalhos jurídicos". E, ao ensejo, distribui farpas contra os profissionais do direito, ele que, formado na festejada Faculdade do Recife, tornara-se sucessor de ninguém menos do que Clóvis Beviláqua, como consultor jurídico no Ministério das Relações Exteriores, onde fez carreira, chegando a representar o Brasil, como embaixador, não só na ONU como em

diversos países: "Essa praga do Brasil, a citação, que tanto me agasta e entristece, jamais encontrou em Epitácio Pessoa o favor que sempre lhe deu a maioria dos advogados brasileiros. Vejo na França e na Suíça pareceres dos *maîtres*, duas páginas, três no máximo. Conclusões nítidas, úteis aos juízes. O direito dito, deduzido, apresentado com a dignidade do direito. Desonrar-se-ia um jurista que transcrevesse páginas de livros para o Tribunal. O juiz profere a sentença como deve fazer, sem apoiar a sua opinião em autores que pode ter compulsado para se esclarecer e não para mostrar. A opinião do juiz, por isso que vai tornar-se lei, deve possuir o laconismo da lei".[1]

Est modus in rebus.

Dizer que a decisão judicial deve ter o laconismo da lei é, quando menos, uma impropriedade, ainda que se veja, entre nós, um preocupante aumento de decisões em que, a pretexto de que não está o juiz obrigado a apreciar todas as questões trazidas pelas partes, dá-se como implicitamente decidido o que deveria ser expresso. Esquecem-se seus signatários de que, "se a sentença é omissa quanto a um dos pedidos, não forma coisa julgada com relação a ele, porque não há sentenças implícitas".[2]

Mário Guimarães, um magistrado exemplar, deixou-nos dito que "a sentença não é[3] ato de puro arbítrio. O juiz está adstrito a cânones jurídicos e a provas. Daí a necessidade de explicar as razões que o levaram a concluir desta ou daquela maneira".[4] Ou seja, deve ele fundamentar por quais razões decide desta e

1. Cf. p. 75.

2. Cf. *Julgados do Tribunal de Alçada*, vol. 104, p. 304. Leia-se, por todos, o que está no REsp 77.129-SP, Registro 95.0053872-5, onde, forte em precedente daquela Corte, se afirmou: "Se a sentença prolatada numa ação se omite e a omissão, no caso, foi reconhecida pelo acórdão que julgou a apelação e que declarou a preclusão desse ponto por falta de embargos declaratórios para supri-la – sobre um dos capítulos do pedido constante da inicial – não transita em julgado sobre ele, podendo, portanto, o autor, propor outra ação para obter a prestação jurisdicional pertinente (*RTJ* 99/289)".

3. *Rectius:* não deveria ser.

4. *O juiz e a função jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. n. 207.

não daquela maneira. Outro não é o pensamento de um festejado processualista, Eduardo Coutoure, por ele citado.[5]

Essa vontade autoritária, a que se refere o processualista uruguaio, aparentemente aplaudida pelo embaixador Gilberto Amado, é que deu origem a um cacoete que muitos magistrados desavisados continuam a repetir irrefletidamente: "indefiro por falta de amparo legal". Isso sim é laconismo! Ocorre, no entanto, que a falta de amparo legal nunca poderá ser motivo de rejeição de uma pretensão, consoante norma legal expressa.[6] Se assim é e se o juiz jamais poderá recusar-se a aplicar o direito, não faz o menor sentido aquele tipo de manifestação judicial, por mais freqüente que seja. Trata-se, em termos práticos, de decidir sem fundamentar.

Se em termos ideais se poderia repetir um grande penalista brasileiro afirmando que é preferível ter más leis com bons juízes do que maus juízes para aplicarem leis boas,[7] o certo é que "il ne suffit pas que les juges soient justes, il faut encore qu'ils en donnent la preuve".[8] Não apenas isso, como disse Warlomont:[9] "a possibilidade de fundamentar é um privilégio dado ao juiz exatamente em respeito à elevada função que exerce, em cujo exercício não se pode admitir o arbítrio".

Não tanto porque se desconfie dos critérios levados em conta pelo julgador, mas para que ele tenha a oportunidade de justificar-se perante os ju-

5. "La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria" (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 189).

6. CPC, art. 126, *verbis*: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".

7. Heleno Cláudio Fragoso. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. p. 210.

8. Glasson. *Le magistrat, son statut et sa fonction*, p. 282. Apud Mário Guimarães. Op. et loc. cits.

9. "On a dit que la motivacion ne doit pas être, uniquement, considéré comme une marque de méfiance, imposée au magistrat par le législateur, mais comme un privilège, accordé au premier, de justifier sa sentence devant les justiciables" (apud Mário Guimarães. Op. et loc. cits.).

risdicionados é que se prevê a necessidade da fundamentação. E essa fundamentação não deverá ser lacônica, mas tão exaustiva quanto possível, como expressão de respeito ao trabalho do profissional que peticiona e, mais do que isso, aos interesses de quem os supõe ter.

Sabe-se que longe está isso de ser uma tarefa mecânica. "A formação da decisão, em si, é ato aninhado nas profundezas do sistema psíquico do juiz, cujas trilhas, nos casos realmente complexos, nem o próprio juiz possui meios de reconstituir". É esse amálgama de elementos tão díspares que constituirá o fundamento da decisão. "O silogismo jurídico objetivo em verdade toma corpo para o juiz especialmente no momento da concretização da decisão no escrito, na motivação, com a qual obedece ao disposto na Constituição Federal e nos Códigos de Processo, textos que, em verdade, apenas explicitam a necessidade de fundamentação inerente à etiologia de qualquer julgamento".[10] Deontologicamente falando, pois, não se há de admitir decisão lacônica.

É que, se "até os ditadores, nos regimes discricionários, sentem o imperativo de expor ao público as razões dos seus decretos, o que fazem, geralmente, antepondo-lhes *consideranda* justificativos",[11] com maior razão isso há de ocorrer em um regime democrático, em que os atos judiciais, tanto quanto os administrativos, emanam de um agente do Estado que recebe seus proventos não só para decidir desta ou daquela maneira, mas, principalmente, para dizer os motivos pelos quais decide desta e não daquela maneira.[12] E se ao prejudicado se assegura o direito de impugnar os fundamentos da decisão,[13] como fazê-lo sem os conhecer?

Donde dizer Gaston Jèze: "Cuando un agente público está obligado, según las leyes y reglamentos, a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad del

10. Sidnei Agostinho Benetti. "Deontologia da linguagem do juiz". *Curso de deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 117.

11. Mário Guimarães. Op. et loc. cits.

12. CF, art. 93, IX e X.

13. CF, art. 5.º, LV.

acto. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical. Esta lacuna hace suponer que el motivo determinante no es un motivo de interesse público".[14]

Além dessa suposição, há outra, igualmente relevante: "a fundamentação é que dá a prova de haver o juiz tomado conhecimento do processo. Ora, se não houve o estudo, ludibriou-se o princípio das duas instâncias, que assenta na vantagem de ser a causa examinada por juízes de hierarquias diferentes".[15]

Se assim é, a opinião do juiz é apenas e tão-somente isso: uma opinião.[16] Ele não está no processo para expressar suas convicções pessoais, mas para ser a expressão da cultura jurídica de seu tempo. Suas decisões não se podem pautar por suas convicções íntimas, mas pelo convencimento que lhe trouxeram as provas trazidas aos autos pelas partes em litígio, por mais que isso contrarie aquelas íntimas convicções.

Ou isso ou teremos, como não o desejava o ilustre Min. Mário Guimarães, mais um tirano a impor sua vontade pessoal sem ao menos ter o cuidado de disfarçar tal arbítrio.

E será puro arbítrio do juiz, sem qualquer fundamento legal, levar em conta a gravidade do delito atribuído ao réu para, a partir daí, tirar conclusões que extravasam dos ditames legais.[17] Como posto no v. aresto pelo insigne Min. Marco

14. *Principios generales del derecho administrativo*. vol. III, p. 232. Apud Mário Guimarães. Op. et loc. cits.

15. Mário Guimarães. Op. et loc. cits.

16. Curioso notar que, na língua inglesa, *opinion* tanto se refere a "a belief not based on absolute certainty or positive knowledge but on a what seems true, valid or probable to one's own mind" (uma crença baseada não na certeza absoluta ou em conhecimento positivo, mas naquilo que parece verdadeiro, válido ou provável à mente de alguém), como a "the formal statement by a judge, court, referee etc. of the law bearing on a case" (a declaração formal feita por um juiz ou tribunal sobre a lei incidente no caso em julgamento), não havendo em português esse segundo sentido ("forma de assentimento objetiva e subjetivamente insuficiente já que é dado a conhecimentos reconhecidos como duvidosos" é o que se lê no dicionário de Aurélio Buarque de Holanda).

17. Eis o despacho do presidente do TACrimSP, indeferindo liminar em *habeas corpus*: "o paciente foi denunciado por infração ao disposto no art. 180, §§ 1.º e 2.º, do CP, ou seja, receptação duplamente qualificada e não por receptação simples. O desmanche de veículos sustenta a cadeia da criminalidade e merece pronta e imediata reação do equipamento estatal encarregado de administrar a justiça" (Processo 458790/0, *DOE* 20.11.2003).

Aurélio, "é primário que elementar do crime – e a gravidade o é sob o ângulo subjetivo (culpa ou dolo) – não norteia, em si, o regime de cumprimento. Antes, surge como a razão de ser do balizamento relativo à pena". E se a gravidade diz com a imposição da pena e se a pena somente será aplicada ao fim da instrução, segue-se que levar em consideração essa gravidade em momento anterior a esse será agir com arbítrio, atuando *ultra legem*.

Releva notar que o acórdão aqui transcrito foi invocado como um dos precedentes para a edição das recentíssimas Súmulas 718[18] e 719[19] do E. STF.

Logo, não se pode aceitar que, como se lê diuturnamente, a opinião pessoal do juiz a respeito da gravidade deste ou daquele crime seja o fundamento único para que a liberdade provisória seja, como o tem sido, denegada a quem se mostra, até então, mero suspeito.

Aliás, tudo aconselharia que a Suprema Corte fosse ainda mais abrangente na proibição constante das mencionadas súmulas, nas quais se exige "motivação idônea" (não sendo tal a mera opinião do juiz), pois *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

Sendo isso assim e sendo aquela Casa a intérprete suprema da Constituição, a aludidas súmulas poderia seguir-se uma terceira, sob os mesmos pressupostos, cujo teor se sugere seja: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de qualquer restrição à liberdade do acusado, ante a presunção legal de não culpabilidade".

18. "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

19. "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4.2 Parecer

Títulos mobiliários da dívida pública: temas de direito e processo penal

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal e Professor de Direito Processual Penal do curso de pós-graduação na Universidade Federal do Paraná. Co-autor do anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Presidente do grupo brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Advogado.

Sumário: 1. Resumo das imputações – 2. Narração dos fatos – 3. Classificação jurídica – 4. A concessão de *habeas corpus* – 5. A inexistência de prova nova – 6. O precedente do STJ – 7. Introdução – 8. O suposto crime de falsidade ideológica: 8.1 Inexistência de objeto material; 8.2 O fato de terceiro; 8.3 A individualização da responsabilidade penal; 8.4 O dogma da personalidade da pena; 8.5 Ausência do tipo subjetivo – 9. Os supostos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: 9.1 Conceito de *Sistema Financeiro Nacional*; 9.2 Constituição do *Sistema Financeiro Nacional*; 9.3 Conceito de *instituição financeira*; 9.4 *Instituição financeira* por equiparação; 9.5 Crimes próprios (arts. 5.º e 6.º); 9.6 O tipo do art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986; 9.7 a aplicação da lei nova (i); 9.8 Aplicação da lei nova (II); 9.9 O concurso aparente de leis; 9.10 o critério da especialidade; 9.11 Elementos especializantes; 9.12 Ausência de tipicidade; 9.13 Extinção da punibilidade – 10. O suposto crime de dispensa irregular de licitação: 10.1 A imputação; 10.2 Fato de terceiro – 11. Ausência de culpabilidade: 11.1 Conceito; 11.2 Pressupostos da culpabilidade; 11.3 Culpabilidade e pena; 11.4 O caso concreto; 11.5 Inexigibilidade de outra conduta.

O ex-Governador Miguel Arraes e o Deputado Federal Eduardo Henrique Accioly Campos, por meio de seus Advogados Doutores Francisco de Assis Toledo e Bóris Trindade, formulam Consulta e solicitam eventual Parecer a respeito dos temas inerentes à denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal perante o STF, nos autos do Inquérito 1690-0/140-PE, contra os consulentes e outras pessoas.

A solicitação de Consulta veio instruída com cópias de diversos documentos, os quais serão referidos no curso da presente exposição.

A denúncia

1. Resumo das imputações

A denúncia atribui aos consulentes o cometimento dos crimes previstos no art. 299, par. ún., do CP; nos arts. 5.º, 6.º e 7.º da Lei 7.492, de 26.06.1986, e no art. 89 da Lei 8.666, de 21.06.1993.

2. Narração dos fatos

A denúncia afirma que o Estado de Pernambuco, agindo como instituição financeira por equiparação legal (Lei 7.492/1986, art. 1.º), emitiu títulos mobiliários de modo fraudulento no ano de 1996 (Letras Financeiras do Estado de Pernambuco) na quantidade de 480.000.000 (quatrocentos e oitenta milhões), destinada ao pagamento do principal das sétima e oitava parcelas dos precatórios que se achavam pendentes na data da promulgação da Constituição Federal, consoante facultado pelo art. 33 do ADCT, bem como dos complementos da primeira à sexta parcela, cujo montante principal supostamente já teria sido pago. Tais títulos foram emitidos com rendimento igual ao das Letras Financeiras do Tesouro (LFT), com prazo de até 5 (cinco) anos, valor nominal de R$ 1,00 (um real) na respectiva data base, forma de colocação através de

ofertas públicas nos termos de Resolução 565, de 20.09.1979, do Banco Central do Brasil, com previsão de colocação e vencimento dos títulos emitidos. Conforme a seguir especificado. Após longa narrativa, com detalhes das operações e da suposta fraude, a denúncia atribui as seguintes condutas típicas: "Falsidade ideológica (art. 299, par. ún., do CP) 22. No dizer do relatório final da 'CPI dos precatórios', a lista de precatórios ditos pendentes na data da promulgação da Constituição de 1988 'contém erros e distorções que demonstram uma deliberada intenção de inflar o valor devido' (f.). 23. Na hipótese vertente, em vez de observar a relação analítica dos precatórios, enviada anualmente por ofício do presidente do Tribunal de Justiça ao Poder Executivo Estadual, para inclusão no projeto de Lei Orçamentária do ano seguinte, o Governo do Estado (Governador e Secretário de Fazenda), desconsiderando esse documento, optou por fazer o levantamento cabível a partir dos registros constantes no livro Credores do Estado de Pernambuco, reconhecidamente precários. 24. Nesse proceder é que se encontram os erros determinantes da exacerbação dos valores finais da dívida ensejadora da emissão dos títulos. São eles: a) erros na conversão de moeda (cortes de zeros ocorridos na implantação de planos econômicos), b) erro de transcrição de dados contidos no livro, c) duplicidade de lançamento de um mesmo precatório, na lista enviada ao Banco Central e ao Senado Federal. 25. Como bem destacou o relatório final da aludida CPI, o erro que causou maior contribuição à inflação de valores foi a conversão de moedas. O precatório ApCív 87.833, em nome de Anésio Batista da Mota e outros, por exemplo, foi responsável por R$ 350.234.738,35 (trezentos e cinqüenta milhões, trezentos e trinta e quatro mil (*sic*), setecentos e trinta e oito reais e trinta e cinco centavos), do total de R$ 480.000.332,00 (quatrocentos e oitenta milhões, trezentos e trinta e dois reais) apresentados pelo Governo pernambucano como valor dos títulos a serem emitidos. Ou seja, 73% do valor total da emissão dos títulos resultou do erro antes referido. Ressalte-se que o valor correto do mencionado precatório seria aproximadamente R$ 350.000,00 (trezentos e cinqüenta mil reais). 26. A

intencionalidade de semelhante conduta revelam tanto o depoimento do então Secretário de Fazenda do Estado de Pernambuco, Eduardo Henrique Accioly Campos, como a própria relação de precatórios apresentada pelo Governo de Pernambuco ao Banco Central e ao Senado Federal, onde o precatório referente à ApCív 87.833, em vez de estar simplesmente perdido em meio a outros tantos – como seria de esperar, diante da circunstância de haver escapado à precaução geral seu elevado montante –, é objeto único de sintomático 'esclarecimento', em nota de rodapé, dando conta do expressivo número de favorecidos – superior a trezentos. 27. Por sua vez, não há dúvida da participação do Banco Vetor, através do Sr. Wagner Ramos, na preparação da lista de precatórios do Estado de Pernambuco. Como demonstrou a aludida 'CPI dos precatórios' o ora denunciado participou de maneira ativa na confecção da lista de credores do Estado: 'Não há dúvidas, contudo, de que a lista de precatórios de Pernambuco foi elaborado utilizando-se a 'tecnologia' de Wagner Ramos. A tabela que consolida os valores totais dos precatórios (apresentada à f. do Ofício 'S' 36/96, através do qual tramitou, no Senado, o pedido de autorização para emissão das LFTPE), guarda extrema semelhança física com as tabelas apresentadas em processos de interesse do Município de Goiânia, bem como com aquela contida no processo do Estado de Santa Catarina (*Documentos complementares* – vol. X, Anexo I). É evidente que as tabelas partiram de uma matriz comum que, como apurou a CPI, foram as planilhas elaboradas pela do Sr. Wagner Ramos. Além disso, no rodapé das tabelas que relacionam os precatórios do Estado de Pernambuco constam as letras 'nfa', que vêm a ser as iniciais de Nivaldo Furtado Almeida, ex-funcionário da Prefeitura de São Paulo que participava da equipe de Wagner Ramos, com a função de elaborar as tabelas com valores de precatórios superestimados' (f.). 28. A falsidade dos dados constantes naquela lista é evidente. A listagem foi produzida a partir de precatórios existentes, contudo superavaliados. Portanto, é de se concluir que os acusados agiram com dolo específico, que consistiu na vontade livre e consciente de inserir, em documen-

to público (lista enviada ao Senado Federal e ao Banco Central), declaração diversa da que deveria ser escrita (como se apurou o valor 'real' dos precatórios totalizavam R$ 26 milhões, bem abaixo dos R$ 480 milhões solicitados), com o fim específico de criar obrigação (no caso, autorizar a emissão de títulos públicos). 29. Restam evidenciados, pois, os desígnios ilícitos de seus mentores, a saber: Miguel Arraes de Alencar, Governador do Estado à época, que expressamente admitiu a irregularidade ora apontada; Eduardo Campos, então ocupando o cargo de secretário da Fazenda, que assinou a declaração de f., que contém a lista de precatórios e também admitiu que a lista foi superestimada; Wagner Ramos, autor intelectual da fraude perpetrada, quem prestou toda a assessoria necessária para exacerbar os valores constantes nos precatórios; Nivaldo Furtado de Almeida, assessor de Wagner Ramos, responsável direto pela manipulação de dados e valores referentes aos precatórios. Estão incursos, portanto, no tipo descrito no art. 299, par. ún., do CP.

Indução a erro do Banco Central e do Senado Federal, relativamente a operação ou situação financeira (art. 6.º da Lei 7.492/1986): 30. O Estado de Pernambuco, através do então secretário de Fazenda, atualmente Deputado Federal Eduardo Campos, firmou declaração, 'sob as penas da Lei' destinada ao Banco Central do Brasil, atestando, falsamente, que 'a emissão de Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Pernambuco solicitada pelo Governo do Estado de Pernambuco refere-se a precatórios judiciais pendentes na data da promulgação da Constituição de 1988, e aos Complementos dos Oitavos' (f.) 31. Com efeito, ao descrever um quadro dissociado da realidade, apto a atrair a incidência do art. 33 do ADCT, iludindo assim o Banco Central do Brasil, como o Senado Federal, a ponto de fazê-los chancelar o pedido de autorização para emissão dos títulos públicos estaduais, o então Governador Miguel Arraes, juntamente com o seu Secretário de Fazenda Eduardo Campos, adotou conduta em tudo adequada ao tipo inscrito no art. 6.º da Lei 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), que expressamente preceitua: 'Induzir ou manter em erro, sócio, investi-

dor, ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente'. Mais uma vez, os denunciados Wagner Ramos e Nivaldo Furtado de Almeida participaram decisivamente para a consumação do delito, pois prestaram auxílio direto na indução a erro do Banco Central e do Senado Federal. 32. Observe-se, por oportuno, que se trata de crime de mera conduta, onde o resultado, ocorrente ou não, é de somenos importância. Vale dizer, basta que o agente induza o sujeito passivo, no caso, o Banco Central e o Senado Federal, a erro, prestando informação falsamente. 33. Miguel Arraes de Alencar, Eduardo Campos, Wagner Ramos e Nivaldo Furtado de Almeida, estão incursos, pois, no tipo descrito no art. 6.º da Lei 7.492/1986.

Registro irregular dos títulos no órgão competente do Banco Central (art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986): 34. Estando parte da operação fraudulenta consumada, após Resolução do Senado Federal 39/1996, publicada no *DOU* 31.05.1996, que autorizou a emissão das LFTPE, a próxima etapa indispensável à negociação dos papéis foi o registro irregular dos títulos no Banco Central, mais precisamente na Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos – Cetip. 35. O Senado Federal havia estabelecido no par. ún. do art. 2.º da Resolução 39/1996 que as 'emissões autorizadas por esta resolução somente serão registradas e colocadas no mercado de títulos no exato montante das despesas com o pagamento dos débitos judiciais apurados em sentenças transitadas em julgado, previamente apresentadas ao Banco Central do Brasil, observando-se ainda o disposto no par. ún. do art. 33 do ADCT e no § 4.º do art. 16 da Resolução 69, de 1995, do Senado Federal'. 36. A mencionada Resolução, contudo, foi dolosamente burlada pelo acusado Jairo da Cruz Ferreira, o qual, na qualidade de chefe do Departamento de Dívida Pública do Banco Central do Brasil, que para autorizar o registro da emissão total das letras, se contentou com uma declaração do Governo do Estado que se limitava a afirmar que os débitos de precatórios se referiam a sentenças já transitadas em julgado. 37. O acusado Jairo procedeu uma avaliação apenas parcial da matéria. Como salientou a CPI 'o Parecer Dedip/Diare segue um pa-

drão extremamente semelhante aos pareceres feitos para outros Estados e Municípios. Praticamente não contém avaliações sobre aspectos específicos do pleito pernambucano'. (f.). Este parecer está acostado a f. 38. Conforme apurado pelo Ministério Público Federal no Estado de Santa Catarina, por ocasião do Inquérito 2000.72.00.001926-0, que investigou a emissão irregular de títulos públicos naquele Estado, havia forte ligação entre o denunciado Jairo da Cruz Ferreira e Wagner Baptista Ramos. 39. A denúncia oferecida perante o Juízo Criminal Federal de Florianópolis, asseverou que: 'A conduta dolosa do acusado Jairo é evidenciada pelo intenso cruzamento de ligações telefônicas entre ele e o arquiteto-mor de todas as fraudes de precatórios, Wagner Baptista Ramos (f. do inquérito), inclusive de *e* para telefone celular, bem como pelo fato de a sua solicitação ao Governo do Estado ter sido posterior à resposta encaminhada pelo então vice-Governador (f. do inquérito). Com a declaração do Governo (de 16.10.1996), em resposta à solicitação do acusado Jairo (de 17.10.1996) determinou este agente, em 18.10.1996, que a Cetip – Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos – procedesse ao registro da totalidade das letras emitidas (f. do apenso de documentos do Banco Central). Ciente os prepostos do Governo de que qualquer resposta, mesmo evasiva, seria suficiente, foi válido o ofício para mais um passo do crime, o registro dos títulos. A conclusão a que se chega é que Jairo da Cruz Ferreira era o agente de Wagner Ramos no Banco Central, que aplainaria o caminho para os processos dos diversos Estados, mediante pareceres evasivos, e por fim, determinando o registro dos títulos na Cetip, que era sua atribuição privativa'. 40. Ora, a evidente ligação entre estes dois acusados, caracteriza a participação destes tanto nos ilícitos perpetrados no Estado de Santa Catarina como no Estado de Pernambuco, objeto da presente denúncia. 41. O Banco Central, através do seu funcionário Jairo, não observou as cautelas exigidas na Resolução 39/96, e autorizou o imediato registro e comercialização de mais de 480.000 títulos públicos, todos de uma só vez, sem qualquer apresentação de sentenças transitadas em julgado. 42. Os demais denunciados Miguel Arraes de Alencar, Eduardo

Campos, Wanderley Benjamin de Souza, Fábio Barreto Nahoum, Mauro Enrico Barreto Nahoum, Ronaldo Ganon e Nivaldo Furtado de Almeida interessados diretos nas emissões dos títulos, e cientes das condutas de Jairo da Cruz Ferreira e Wagner Baptista Ramos, concorreram na execução do tipo de registrar irregularmente título público, descrito no art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986.

Apropriação indébita dos valores obtidos com a venda dos títulos (art. 5.º da Lei 7.492/1986). 43. A concessão de vultosos deságios pelo Estado de Pernambuco na colocação de papéis, bem como o pagamento, ademais, de 'taxa de sucesso' ao Banco Vetor S.A. pela mesma comercialização de títulos públicos, caracteriza a prática de delito tipificado nesse dispositivo. Todo o esquema de distribuição dos lucros da operação é descrito tanto no relatório do Banco Central, f. – apenso 1, como no relatório final da intitulada 'CPI dos Precatórios', instaurada no âmbito do Senado Federal, f. 44. Em 10.06.1996, o Governo do Estado de Pernambuco, através do Banco do Estado de Pernambuco – Bandepe, na qualidade de gestor do Fundo de Liquidez dos Títulos do Estado de Pernambuco, firmou contrato com o Banco Vetor S.A. (f.). 45. A 'taxa de sucesso' contratada pelo Governo do Estado de Pernambuco, através do Bandepe, com o Banco Vetor correspondeu, na realidade, ao pagamento pela execução do delito. 46. O contrato foi estabelecido sem licitação, alegando-se tratar de serviço prestado por instituição de notória especialização (arts. 25 e 13 da Lei 8.666/1993). Essa prática foi intencional, pois do contrário poderiam concorrer na licitação, instituições financeiras outras que não detinham a 'tecnologia' de Wagner Ramos, a única que se prestava aos fins ilícitos almejados. 47. Firmado o contrato, o processo de venda dos títulos foi iniciado em 12.06.1996, quando a Secretaria de Fazenda de Pernambuco publicou no *Diário Oficial*, e em jornais do Estado, o Edital 1/96, relativo a oferta pública de 480.000 LFTPE, onde consta que as propostas de aquisição de títulos teriam de ser entregues, impreterivelmente, no dia 13 do mesmo mês, ou seja, apenas um dia após à publicação do edital (f. – apenso 4). Este procedimento evidencia que o Estado utilizou artifícios primários na tenta-

tiva de demonstrar a realização do leilão público, a fim de legitimar o processo de colocação de papéis. 48. Dada a exigüidade do prazo concedido e o preço fixado para a negociação, não houve ofertas para aquisição dos títulos no leilão. Em conseqüência disso, os títulos acabaram sendo transferidos para o Fundo de Liquidez. A partir daí, o Banco Vetor passou a exercer o contido da Cláusula 4.ª do contrato com o Bandepe (f.), obtendo a *exclusividade* na colocação dos títulos no mercado. Assim, ocorreu de fato a colocação dos papéis através do Banco Vetor, mediante a concessão de elevados deságios. Cabe ressaltar que todos os preços de venda dos papéis foram previamente submetidos ao então secretário de Fazenda, ora denunciado, Eduardo Henrique Accioly Campos, que manifestou sua concordância ao fechamento das operações, nas condições propostas. 49. Seguindo no propósito criminoso, o Banco Vetor comprou a maior parte dos títulos e imediatamente os repassou a outras instituições do mercado, obtendo um lucro total, segundo o Banco Central, de aproximadamente *R$ 12,6 milhões* (f. – apenso 5). Além disso, ao colocar os títulos no mercado, passou a fazer jus, pela Cláusula 6.ª do malsinado contrato assinado com o Bandepe, a uma taxa de sucesso equivalente a 5,5% do total arrecadado com a venda dos títulos (f.), o que lhe rendeu mais *R$ 22.133.440,91*. Somando taxa de sucesso e lucro de comercialização, a receita do Banco Vetor atingiu *R$ 34,7 milhões*. 50. Como concluiu o minucioso relatório desenvolvido pelo Banco Central considerando 'todos esses encargos absorvidos pelo Estado de Pernambuco, com exceção da comissão paga a seu banco estatal, constata-se que os participantes desse esquema, montado com a finalidade precípua de desviar verbas públicas, apropriaram-se de recursos da ordem de R$ 88 milhões, em valores históricos, equivalentes a US$ 88 milhões' (f. – apenso 1). 51. Mediante todo tipo de ardis, já descritos acima, o Estado de Pernambuco, em verdade, contratou, por intermédio de seu banco estatal, com o Banco Vetor S.A., o objeto do crime principal, a emissão fraudulenta das letras pernambucanas, à razão de 5,5%, a título de taxa de sucesso, sobre o total da emissão dos títulos. 52. O contrato (f.) – que foi firmado em 10.06.1996, e assinado pelo então

secretário de Fazenda, na qualidade de interveniente, Eduardo Campos, pelo Diretor presidente do Bandepe, Wanderley Benjamim de Sousa, pelo Diretor de finanças do Bandepe, Jorge Luiz Carneiro de Carvalho (por conta e ordem do Governador Miguel Arraes) e pelos dois diretores do Banco Vetor, Fábio Barreto Nahoum e Ronaldo Ganon, ora denunciados – deve ser visto com a causa suficiente, e instrumento que asseguraria a consumação do delito de peculato-desvio. 53. Pelo princípio da especialidade, esse crime vem sendo denominado peculato-desvio, amolda-se ao tipo penal do art. 5.º da Lei 7.492/1986. 54. Agindo o Estado na qualidade de instituição financeira, por equiparação legal, nos termos do art. 1.º da Lei 7.492/1986, seus administradores, os acusados Miguel Arraes de Alencar (Governador) e Eduardo Campos (Secretário de Fazenda e presidente do Conselho de Administração do Bandepe), em comunhão de desígnios com os administradores da instituição financeira gestora do Fundo de Liquidez, os denunciados Wanderley Benjamin de Souza e Jorge Luiz Carneiro de Carvalho (Diretores do Bandepe), desviaram, em favor dos contratados e beneficiários, os acusados, Fábio Barreto Nahoum, Mauro Enrico Barreto Nahoum, Ronaldo Ganon e Wagner Baptista Ramos, valor equivalente ao pagamento da taxa ilícita. Incorreram, assim, nas sanções do art. 5.º, *caput*, da Lei 7.492/1986.

Dispensa irregular de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993): 55. O Banco Vetor foi contratado sem licitação, sob o argumento de que se tratava de empresa de notória especialização, conforme demonstra a Cláusula 2.ª do Contrato (f.). 56. Ocorre que esta mencionada instituição financeira, contratada sem competição para a tarefa de colocar os títulos públicos no mercado, não dispunha da notória especialização prevista em lei para a hipótese de inexigibilidade de licitação. Tanto assim é que contratou os serviços de Wagner Ramos e equipe, não só para a efetiva comercialização dos títulos como para conceder desde o início, toda a operação de listagem de precatórios, cálculo das atualizações monetárias e apresentação da proposta a ser submetida ao Banco Central e ao Senado Federal. 57. Para ser considerada uma empresa com notória especialização, o Banco Vetor

precisaria possuir experiência significativa na estruturação de operações relacionadas a emissão de títulos, com base no art. 33 do ADCT. Contudo, como restou provado nos autos, o Banco Vetor contratou uma terceira pessoa, o Sr. Wagner Ramos, quer era quem realmente sabia 'criar' e 'inflar' precatórios. 58. Em depoimento prestado à 'CPI dos precatórios', o ora denunciado Fábio Nahoum declarou que nada conhecia a respeito de precatórios: 'A exigência dele (Wagner Ramos) era a seguinte: sem a minha atuação, vocês não fazem operação. E era verdade; *não sabíamos calcular precatórios*. O início da questão toda é essa. O Banco Vetor precisou adquirir tecnologia (f. – apenso 2) (grifamos. Observação entre parênteses por nós introduzida). 59. Ou seja, o Banco Vetor não cumpria os requisitos legais para ser contratado sem licitação. 60. Frise-se, que era necessário que tal contratação se fizesse mediante fraude, pois, do contrário, poderiam concorrer em processo licitatório, instituições financeiras que não detinham a 'tecnologia' de Wagner Ramos, a única que interessava ao Governo pernambucano. 61. Ou seja, o Banco Vetor não cumpria os requisitos legais para ser contratado sem licitação, razão pela qual os acusados Miguel Arraes de Alencar, Eduardo Campos, Wanderley Benjamin de Souza, Jorge Luiz Carneiro de Carvalho, Fábio Barreto Nahoum, Mauro Enrico Barreto Nahoum, Ronaldo Ganon e Wagner Baptista Ramos incorreram no crime descrito no art. 89 da Lei 8.666/1993".

3. Classificação jurídica

O Ministério Público Federal assim classificou juridicamente os fatos, quanto aos consulentes: "IV – Capitulação Legal dos Fatos. 62. Agindo assim, incorreram os acusados nas sanções dos seguintes tipos penais: 1. Eduardo Henrique Accioly Campos, como incurso nas sanções previstas no art. 299, par. ún., do CP, arts. 5.º, 6.º, 7.º da Lei 7.492/1986, e art. 89 da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 29 e 69 do CP; 2. Miguel Arraes de Alencar, como incurso nas sanções previstas no art. 299, par. ún., do CP, arts. 5.º, 6.º, 7.º da Lei 7.492/1986, e art. 89

da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 29 e 69 do CP. (...)" A denúncia, datada de 13.02.2001, contém as assinaturas de Geraldo Brindeiro, Procurador-Geral da República; Haroldo Ferraz da Nóbrega, vice-Procurador Geral da República; Edinaldo de Holanda Borges, Subprocurador-Geral da República; e Edson Oliveira de Almeida, Subprocurador-Geral da República.

A coisa julgada

4. A concessão de *habeas corpus*

Com a revogação da Súm. 394 do STF, os autos de *Inquérito* instaurado junto ao STJ baixaram ao Juízo de Direito Criminal de primeiro grau em Recife, uma vez que já estava extinto o mandato do Governador Miguel Arraes. Por determinação judicial, as investigações deveriam prosseguir.

No entanto, o TJPE concedeu *habeas corpus* declarando a *falta de justa causa* para o prosseguimento das investigações contra o ex-Governador.

A ementa do julgado tem as seguintes e eloqüentes passagens: "A impetração demonstrou, com os próprios elementos do inquérito, que o ex-Governador Miguel Arraes de Alencar não teve qualquer responsabilidade com os atos de execução das letras financeiras do tesouro do Estado de Pernambuco, bem como quanto aos atos preparatórios do levantamento dos valores de precatórios, que justificaram aquelas emissões e também com as negociações que se seguiram na venda daqueles títulos mediante pagamento de comissões e deságios.

Ao paciente Miguel Arraes de Alencar somente pode ser atribuída a edição do decreto regulamentar de lei aprovada pela Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco que autorizou a constituição daquelas obrigações mobiliárias do Estado, o que não constitui implicação nos fatos posteriores, por ventura irregulares, praticados na execução daqueles mandamentos legais. Esta circunstância justifica a sua exclusão da *persecutio criminis* para a apuração de responsabilidades, sem prejuízo,

porém que, em tese, possam ter praticado irregularidades penalmente puníveis, mantido, nessa parte o despacho do Juízo Monocrático.

(...)

Acordam, por maioria de votos, os desembargadores componentes da 3.ª Câm. Crim. do Tribunal de Justiça do Estado, em conceder a ordem, ratificando a liminar, para excluir do inquérito o ex-Governador Miguel Arraes de Alencar, contra o voto do desembargador-relator, tudo de acordo com as notas taquigráficas em anexo. Recife, 15 de março de 2000 – Des. Arthur Pio dos Santos, presidente – Des. Rafael Neto, designado p/ lavrar o acórdão".[1]

A decisão do *habeas corpus* transitou em julgado.

5. A inexistência de prova nova

Após o *writ* para excluir o ex-Governador do procedimento investigatório, nenhuma diligência foi realizada; nenhuma prova nova foi produzida. A simples leitura da denúncia, com a cronologia dos atos processuais, revela que inexistiu qualquer novo elemento de convicção após a baixa dos autos para a 7.ª Vara Criminal de Recife.

Muito embora o arquivamento das investigações contra o ex-Governador tivesse sido determinado pelo Poder Judiciário sem o "requerimento do promotor de justiça", é aplicável em toda a sua extensão a Súm. 524 do STF, *verbis:* "Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas".

O verbete tem sido reafirmado em inúmeras oportunidades, caracterizando uma das garantias fundamentais do processo penal, que não admite a repetição de julgamento sem provas novas. "A nova prova há de ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova."[2]

1. HC 59186-6 (destaques meus).
2. STF, 2.ª T., RHC 57.191-RJ, rel. Min. Decio Miranda, *RTJ* 91/831.

6. O precedente do STJ

Em 03.12.1993, o STJ determinou o arquivamento da APn 15, na qual eram denunciados o ex-Governador do Mato Grosso do Sul e outros, no pressuposto de que teria cometido o crime de prevaricação (CP, art. 319). A ementa desse julgado está assim redigida: "Processual penal – Arquivamento do inquérito policial – Reabertura – Novas provas – Súm. 524 do STF – Exceção de coisa julgada. Arquivado o inquérito ou as peças de informações a requerimento do órgão do Ministério Público, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas. Novas provas são aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento, e não aquelas, apenas, formalmente novas. Inteligência da Súm. 524 do SFT. Preliminar de exceção de coisa julgada acolhida".[3]

No caso ora em exame, a denúncia admite expressamente que as conclusões adotadas pela CPI do Senado Federal constituem o *corpus delicti* para embasar a ação penal.[4] E foi justamente esse conjunto de testemunhos, declarações, documentos e informações que levou o TJPE, dentro dos limites de sua competência jurisdicional, a declarar que: "Ao paciente Miguel Arraes de Alencar somente pode ser atribuída a edição do decreto regulamentar de lei aprovada pela Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco que autorizou a constituição daquelas obrigações mobiliárias do Estado, o que não constitui implicação nos fatos posteriores, por ventura irregulares, praticados na execução daqueles mandamentos legais. Esta circunstância justifica a sua exclusão da *persecutio criminis* para a apuração de responsabilidades, sem prejuízo, porém que, em tese, possam ter praticado irregularidades penalmente puníveis, mantido, nessa parte o despacho do Juízo Monocrático".[5]

3. Ap 15-MS (1989/0007068-1), rel. original Min. Bueno de Souza; relator para o acórdão, Min. Cid Flaquer Scartezzini, *DJU* 05.09.1994, p. 23.002; *RSTJ* 67/17 (Plenário, maioria de votos).

4. Item 3.

5. Acórdão, ementa do HC 59186-6.

A apresentação de denúncia pelos mesmos fatos – embora com uma *nova roupagem típica* – não tem a possibilidade jurídica de *rescindir* uma decisão já coberta pelo manto protetor da coisa julgada.

Inépcia da denúncia

A denúncia é parcialmente inepta porque, ao imputar, generalizadamente, aos consulentes a participação no suposto crime previsto pelo art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986, não indicou a natureza e a forma do suposto concurso.

Realmente, a inicial descreve somente a atuação do réu Jairo da Cruz Ferreira, "o qual, na qualidade de chefe do Departamento da Dívida Pública do Banco Central do Brasil, que para autorizar o registro da emissão total das letras, se contentou com uma declaração do Governo do Estado que se limitava a afirmar que os débitos de precatórios se referiam a sentenças já transitadas em julgado".[6]

E prossegue: "O acusado Jairo procedeu uma avaliação apenas parcial da matéria".[7]

Além desse denunciado a inicial se refere somente a Wagner Baptista Ramos, afirmando que ambos tinham "forte ligação" e que o mesmo procedimento delituoso está sendo apurado na ação penal perante o Juízo Federal de Florianópolis.

Quanto ao ex-Governador e ao secretário da Fazenda de Pernambuco, a denúncia somente os menciona na conclusão desse tópico da acusação. Vale repetir: "Os demais denunciados Miguel Arraes de Alencar, Eduardo Campos, (...) interessados diretos nas emissões dos títulos, e cientes das condutas de Jairo da Cruz Ferreira e Wagner Baptista Ramos, *concorreram na execução do tipo* de registrar irregularmente título público, descrito no art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986".[8]

6. Item 36.
7. Denúncia, item 37.
8. Denúncia, item 42 (destaques meus).

Como é curial, a denúncia é inepta quanto a esta imputação simplesmente porque não esclarece *como* e *quando* houve a suposta concorrência.

A denúncia ou a queixa deve conter a descrição da infração penal "com todas as suas circunstâncias", assim como impõe o art. 41 do CPP, sob pena de rejeição pela falta de "condição exigida pela lei para o exercício da ação penal" (art. 43, III, segunda parte).

A propósito, vale invocar a clássica lição de João Mendes no sentido de que a queixa ou denúncia é "uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o facto com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a acção transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o logar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delicto, dar as razões de convicção ou presumpção e nomear as testemunhas e informantes".[9]

Em antológico texto abordando, especialmente, os processos abusivos contra perseguidos por motivos ideológicos ou políticos, Heleno Fragoso proclamou que a denúncia "não pode ser um ato de prepotência (...) Não pode o Ministério Público *inventar* que alguém praticou um crime e iniciar ação penal, ainda que a denúncia esteja revestida de todas as formalidades a que alude o art. 41 do CPP (...) O Ministério Público não é uma espécie de inquisidor-mor que possa a seu bel-prazer, denunciar quem bem entenda (...) Não se cogita aqui de *ilegalidade*: a denúncia pode ser formalmente incensurável. Cogita-se, isso sim, de *abuso de poder*, ou seja, de desvio dos deveres do próprio ofício, na prática arbitrária de um ato legal. Há abuso de poder quando o funcionário se serve ilegitimamente de faculdades ou de meios de que legalmente pode dispor. O abuso de

9. João Mendes de Almeida Junior. *O processo criminal brazileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typografia Baptista de Souza, 1920. vol. II, p. 195.

poder é, em suma, o mau uso de poder na denunciação, quando o Ministério Público, inteiramente fora da realidade e sem qualquer elemento de convicção, inicia o procedimento criminal. Não há dúvida, de que o *habeas corpus* constitui o remédio adequado para corrigir a ação abusiva do Ministério Público".[10] "(...) Ora, formular uma acusação, de que resulte um processo penal, sem que haja os pressupostos de direito, como também os pressupostos de fato para a ação penal, é caso, sem dúvida, de uso irregular do poder de denúncia, embora nem sempre fácil de demonstrar, porque o poder de denunciar não existe para atormentar as pessoas, para criar dificuldade aos seus negócios, para cercear a sua liberdade de locomoção; a denúncia é um instrumento confiado ao Ministério Público para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos".[11]

Por tudo isso é oportuna a menção do seguinte precedente: "A tese de que o Ministério Público é absoluto senhor da ação penal já pertence ao passado, não se concebendo que se possa sustentar seja o juiz súdito da denúncia. Muito ao contrário, é dever do magistrado, antes de proferir despacho, quando uma denúncia lhe é apresentada, examinar se a acusação nela formulada tem algum suporte nos fatos narrados".[12]

A melhor jurisprudência não tem feito tábula rasa das garantias constitucionais e legais atinentes ao princípio da individualização. Ao contrário: vem proclamando a inépcia da denúncia quando o seu redator podia e devia promover uma investigação – ainda que mínima – para apurar a natureza e o grau da participação. Analisando o problema da inclusão na denúncia de pessoa que não participou dos fatos apontados pela acusação, o STJ decidiu: "A responsabilidade penal

10. "Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva". *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* 13/72-73, Guanabara: Universidade do Estado da Guanabara, 1966.

11. Op. cit., p. 74.

12. Heleno Cláudio Fragoso. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 228; *RT* 307/126.

é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. Indispensável o sócio participar do fato delituoso. Caso contrário, ter-se-á, odiosa responsabilidade por fato de terceiro. Ser sócio não é crime. A denúncia, por isso, deve imputar conduta de cada sócio, de modo a que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa".[13]

Não bastasse esse paradigma, há um outro, mais recente e do STF. É oportuna a transcrição de trechos do voto do relator, o eminente Min. Celso de Mello: "Verifico, no entanto – considerada a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático (José Frederico Marques. 'O processo penal na atualidade'. *Processo penal e Constituição Federal.* Apamagis/Ed. Acadêmica, 1993. p. 13-20) –, que não se pode desconsiderar, na análise do conteúdo da peça acusatória – conteúdo esse que delimita e que condiciona o próprio âmbito temático da decisão judicial –, que *o sistema jurídico vigente no Brasil impõe ao Ministério Público, quando este deduzir determinada imputação penal contra alguém, a obrigação de expor, de maneira individualizada, a participação das pessoas acusadas na suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do* due process of law, *ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos no preceito primário de incriminação.*

13. STJ, 6.ª T., RHC 2.882-3-MS, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 17.08.1993, *DJU* 13.09.1993, p. 18.580 – precedente citado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 4/174 (out.-dez. 1993).

O Poder Público, tendo presente a norma inscrita no art. 41 do CPP, não pode deixar de observar as exigências que emanam desse preceito legal, sob pena de incidir em grave desvio jurídico-constitucional no momento em que exerce o seu dever-poder de fazer instaurar a *persecutio criminis* contra aqueles que, alegadamente, transgrediram o ordenamento penal do Estado.

Não foi por outra razão que o STF, em decisão de que foi relator o saudoso Min. Barros Monteiro, deixou consignada expressiva advertência sobre o tema ora em exame (*RTJ* 49/388): '*Habeas corpus*. Tratando-se de denúncia referente ao crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente. Extensão deferida, sem prejuízo do oferecimento de outra denúncia, em forma regular'.

Esse entendimento – que tem sido prestigiado por diversos e eminentes autores (Damásio E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 40; Luiz Vicente Cernicchiaro; Paulo José da Costa Jr. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1990. p. 84, item 8; Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 212-214, item 17; Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Ed. RT, 1975. p. 114) – repudia as acusações genéricas, repele as sentenças indeterminadas e adverte, especialmente no contexto dos delitos societários, que 'mera presunção de culpa, decorrente unicamente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, não pode alicerçar uma denúncia criminal', pois 'a submissão de um cidadão aos rigores de um processo penal exige um mínimo de prova de que tenha praticado o ato ilícito, ou concorrido para a sua prática. Se isto não existir, haverá o que se denomina o abuso do poder de denúncia' (Manoel Pedro Pimentel. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 174)".[14]

14. STF, 1.ª T., rel. Min. Celso de Mello, *RT* 738/545-546 (destaques meus).

Inexistência de crime

7. Introdução

Para a correta e melhor apreciação dos fatos que deram origem ao procedimento criminal é oportuna a transcrição da parte introdutória do *parecer* emitido pelo ilustre mestre Cretella Junior, baseado em elementos documentais e na notoriedade de certos acontecimentos administrativos: "Os fatos. Antecedentes. 1. No ano de 1995, os Governadores da maioria dos Estados membros da República Federativa do Brasil, ao assumirem os respectivos cargos para os quais foram democraticamente eleitos, ficaram surpresos com a situação calamitosa dos correspondentes erários estaduais, desequilibrados pelos excessivos gastos ocorridos em gestões anteriores desastrosas, situações encontradas em Estados do nível econômico do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul, mais grave ainda em Estados economicamente menos significativos como os do Espírito Santo e de Alagoas, à beira, ambos, do estágio pré-falimentar. 2. Assumindo o Governo do Estado de Pernambuco, em janeiro de 1995, o Governador Miguel Arraes deparou-se com situação de crescente dificuldade financeira e de desequilíbrio no fluxo de caixa do Tesouro, que acumulava défices mensais da ordem de 15 a 20 milhões de reais. Somente a folha de pagamento do funcionalismo público da Administração direta e indireta consumiu, no exercício de 1995, um total de 81% das receitas correntes líquidas. Em duas oportunidades, nos meses de janeiro e agosto de 1995, o Governo Estadual foi obrigado a promover autêntica moratória no pagamento de contratos e dos débitos de fornecedores, diante da necessidade de manter em dia a folha de pagamento dos servidores públicos estaduais. A receita interna mensal, decorrente da arrecadação do ICMS, é, como se sabe, principal fonte tributária do Estado (R$ 105.000.000,00) destinando-se ao custeio da folha de pessoal e encargos, de todos os Poderes. Não obstante os atrasos compulsoriamente ocorridos nos pagamentos dos compromissos contratuais do

Estado, ainda assim, a partir de setembro de 1995, o pagamento do funcionalismo passou a ser pago com 10 dias de atraso, em média, e, no mês de dezembro, o Poder Executivo não pôde efetuar o pagamento do 13.º salário dos servidores, em virtude de não ter podido realizar as devidas provisões mensais, por conta da absoluta insuficiência de recursos disponíveis. 3. A realidade financeira do Estado de Pernambuco, no decorrer do exercício de 1995, foi igual ou semelhante à situação de alguns Estados acima mencionados. Fato, que agravou sensivelmente a situação financeira dos Estados membros, foi conseqüência da Emenda Constitucional de Revisão 1, de 1.º.03.1994, que criou o Fundo Social de Emergência, o qual retirou parcelas consideráveis de recursos que deveriam caber aos Estados, em virtude da participação destes no processo de repartição de receitas de tributos federais arrecadados em seus respectivos territórios (CF, art. 159). Projeções e estimativas de perda de receitas estaduais decorrentes dos recursos retidos pela União no Fundo Social de Emergência, elaboradas pela Secretaria da Fazenda deste Estado, vieram demonstrar, efetivamente, que a crise financeira de Pernambuco teria sido evitada com a manutenção dos níveis mínimos de equilíbrio nas suas contas públicas, caso não tivesse ocorrido a transferência e concentração de recursos constitucionalmente pertencentes ao Estado nos cofres do Tesouro Nacional. 4. Ainda no exercício de 1995, o Estado de Pernambuco tomou uma série de medidas destinadas ao restabelecimento do abalado equilíbrio financeiro do Tesouro, em especial visando ao controle e à redução do crescimento da folha de pagamento do funcionalismo. Diversas vantagens e concessões anômalas de remuneração no Poder Executivo, admissões ilegais foram anuladas, iniciou-se processo de auditoria de folha e programa de demissões incentivadas, com profundas alterações efetuadas na legislação, medidas efetivas foram tomadas visando a reduzir o potencial de sonegação tributária, através de ações de fiscalização em setores especiais, ampliação do quadro de auditores tributários, aumento e informatização dos postos de fronteira. Essas medidas, relacionadas com a arrecadação, permitiram que o Estado obtivesse, no ano de 1996, real crescimento

em sua receita média de ICMS da ordem de 11,5%, em comparação com a apurada no exercício de 1995. 5. Somente em fevereiro de 1996, o Estado de Pernambuco efetuou o pagamento do 13.º salário do funcionalismo público, mesmo assim, de forma parcelada, em 4 vezes, e com recursos provenientes de empréstimo de R$ 80.000.000,00 contraído junto à Caixa Econômica Federal e sujeito a uma série de condições de ajustamentos administrativos estabelecidos pela Secretaria do Tesouro Nacional, nos termos das Resoluções 162 e 175/95 do Conselho Monetário Nacional (Programa de ajuste financeiro dos Estados). No Tribunal de Justiça do Estado, tramitava pedido de intervenção federal, tendo em vista a situação de inadimplência do Tesouro Estadual para com o pagamento de precatórios. 6. Apesar dos esforços empreendidos pelo Estado, tanto no campo do aumento da arrecadação, como no controle e redução da despesa pública, o déficе corrente mensal foi amenizado, mas não eliminado, como deveria ocorrer se considerado o princípio do equilíbrio orçamentário. No presente momento, as despesas com o crescimento da folha do funcionalismo estão sendo contidas no mesmo nível dos gastos realizados em 1995, contudo, as despesas com o compromisso da dívida pública, fundada e flutuante, vêm crescendo, em especial os financiamentos contraídos junto à Caixa Econômica Federal, para fins de pagamento do 13.º salário dos servidores e em virtude de nova linha de crédito aberta no exercício de 1996, no valor de R$ 50.000.000,00 para custeio de programa de demissão incentivada. 7. Necessitando de fontes alternativas de receitas públicas, o Estado decidiu valer-se da possibilidade de captar recursos através da emissão de Letras Financeiras do Tesouro do Estado, emissão essa que, nos termos, aliás discutidos e postos em dúvida, do disposto no art. 33 do ADCT da Constituição de 1988, deveria ficar vinculada ao pagamento de precatórios judiciais pendentes. 8. O Estado de Pernambuco não possuía, até o exercício de 1996, nenhuma dívida de natureza mobiliária, ou seja, o Tesouro Estadual jamais emitiu títulos da dívida pública em toda a sua história. Em face da inexistência do passivo mobiliário e diante da grave situação de desequilíbrio financeiro das contas públicas,

o Estado iniciou processo de captação de recursos no mercado, através da emissão e venda de Letras Financeiras do Tesouro Estadual, valendo-se, para tanto, da prerrogativa inserta no art. 33 do ADCT, que assim dispõe, *in verbis*: 'Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1.º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até 180 dias da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento'".[15]

Algumas das conclusões do aludido *parecer* interessam mais diretamente à causa penal e por isso estão sendo transcritas: "Conclusões. Por todos esses motivos, de fato e de direito, expostos anteriormente e considerando que; (a) os recursos auferidos com a emissão de Letras Financeiras do Tesouro do Estado membro, utilizados preferencialmente, pelo Poder Público, para o pagamento dos precatórios judiciais vencidos e exigíveis, não impedem que as eventuais sobras e as reservas disponíveis, enquanto não exigíveis podem e devem ser utilizadas pelo mesmo Estado para atender a outros compromissos assumidos, legais ou contratuais, sendo irrelevante, na espécie o decurso do tempo. (...) (d) a Lei 11.334/1996, declaração solene da norma jurídica correspondente, feita pelo Poder Legislativo do Estado de Pernambuco, jamais foi declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário e suspensa por ordem do Poder Legislativo competente, como antinômica ou inconstitucional, pois na qualidade de norma ou lei especial não contrariou

15. Para reduzir o texto ao espaço disponível para edição do presente parecer, foram suprimidos os itens 9 a 22 da consulta respondida pelo Prof. Cretella Junior.

flagrantemente regra restritiva federal, contida no art. 33 do ADCT de 1988, interpretado este sistematicamente, em consonância com outros artigos da parte permanente do texto constitucional, que proclamam, em cláusulas pétreas, os princípios federativos e a autonomia dos Estados membros. (...) (f) ainda em 1996, o Governo do Estado de Pernambuco, liquidou todos os precatórios pendentes de pagamento, referentes ao corrente exercício financeiro, bem como em relação a exercícios anteriores, conforme declarou por ofício o digno diretor do TJPE. (g) em 24.07.1996, o eminente juiz vice-presidente do E. TRT da 6.ª Reg. enviou ao Procurador-Geral do Estado de Pernambuco 'a relação dos precatórios vencidos com os respectivos valores atualizados até aquela data' e aproveitou 'a oportunidade para parabenizar o Procurador-Geral e o Governador do Estado pelas providências tomadas no sentido de cumprirem os precatórios vencidos'. (h) em 26.09.1996, visto o Estado ter honrado ponto por ponto e nos prazos fixados compromissos de precatórios, com recursos próprios e tendo sido o resultado das vendas dos títulos públicos superior ao montante necessário para o pagamento desses débitos, nada impede que o saldo remanescente desses valores seja utilizado para solver outros compromissos do Estado, tais como o pagamento de funcionários, de empreiteiros, de fornecedores, de desapropriações e de encargos sociais atrasados. (i) a emissão de títulos da dívida pública estadual é um os modos legais ou instrumento de captação ou geração de receitas públicas, emissão autorizada pela Resolução 69/95 e pela Resolução 39/96 do Senado Federal, fundadas no art. 52, IX, e no art. 163, IV, da CF/1988, bem como no art. 33 do ADCT da mesma Carta Magna. (j) é legal e constitucional a utilização dos recursos captados pela emissão, no mercado de capitais, de títulos da dívida mobiliária do Estado, observados os princípios constitucionais que informam a Federação e a autonomia do Estado, para aplicação de rendas e recursos que ele próprio gerou. (...) (q) é legal e constitucional a aplicação, pelo Estado membro, de uma parcela dos recursos captados mediante emissão e negociação de Letras Financeiras do Tesouro, em despesas orçamentárias, que não sejam as referentes ao

pagamento de precatórios vencidos em 05.10.1988, já que o Poder Público estadual agiu em obediência a lei do Estado de Pernambuco, iniciativa referendada pelo Tribunal de Contas, ambos agindo legalmente, amparados pela interpretação sistemática ou global dada ao art. 33 do ADCT, tanto mais que o próprio Senado Federal, na Resolução 69/95, art. 16, §§ 4.º e 5.º, credenciou os Tribunais de Contas dos Estados a fiscalizar as entidades emissoras, no tocante à utilização dos recursos obtidos por meio da colocação dos títulos em outra finalidade que não a de liquidação de prestações judiciais pendentes de pagamento, tendo esse Tribunal de Contas, como dissemos, referendado as iniciativas governamentais.

Somos de parecer que o fato de terem sido utilizados recursos gerados com o lançamento de títulos públicos para o pagamento de outras despesas de capital ou corrente, depois de quitados todos os precatórios exigidos pela regra específica e aplicável, é absolutamente legal e constitucional, como se demonstrou, com a interpretação sistemática do dispositivo transitório, posto em confronto com dispositivos permanentes do texto, tanto mais quando se sabe que a sobra dos recursos é superior ao montante necessário ao cumprimento integral das obrigações judiciais pendentes de pagamento".

8. O suposto crime de falsidade ideológica

8.1 Inexistência de objeto material

O tema da existência ou não do *corpus delicti* relativamente à imputação de falso não passou despercebida pelos juízes do TJPE. No voto concessivo do *writ* em favor do Consulente Miguel Arraes de Alencar, o Des. Arthur Pio dos Santos Neto foi incisivo: "É possível se falar no crime do art. 299 – e confesso que não tive tempo de ler ou de manusear todos os elementos que foram entregues pelos impetrantes – quando é evidente que o documento em que se

baseou o pedido é um documento autêntico? O equívoco foi na transposição das moedas".[16]

É curial que tendo passado em julgado a decisão do *habeas corpus* e intangíveis os votos vencedores, operou-se a coisa julgada agora sob o aspecto da inexistência da materialidade do *crimen falsi*.

A repercussão da *res judicata* quanto a esse aspecto material beneficia também o Consulente Eduardo Henrique Accioly Campos e os demais denunciados, uma vez que a inexistência do objeto material da infração é um fato processual que a todos se estende. Aplica-se, *in casu*, a regra do art. 580 do CPP: "No caso de concurso de agentes (CP, art. 25),[17] a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros".

Embora o *habeas corpus* deva ser considerado, em sua natureza jurídica, como *ação* e não como *recurso*, o instituto está relacionado no Capítulo X, do Título II (dos recursos em geral), subordinado ao Livro III (das nulidades e dos recursos em geral).

A inexistência de objeto material do crime de falsidade ideológica *crimen falsi*, isto é, um documento que tenha recebido a inserção de (suposta) declaração mendaz, é demonstrada também por outros elementos de convicção, a saber:

a) As Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Pernambuco (LFEPE) foram reconhecidas como autênticas através de procedimento judicial nos autos da Ação Ordinária 99.0024153-3, proposta por Guilherme Emanoel dos Santos Rocha e outros contra a União, o Banco Central e o Estado de Pernambuco perante a 8.ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro. Nessa ação ordinária requereram ingresso como litisconsortes ativos – comprovando serem proprietários de 275.298 LFTEP – o Banco Bradesco S.A., Bradesco Seguros S.A.,

16. Voto vencedor no HC 59186-6.

17. Corresponde ao atual art. 29.

Bradesco Previdência e Seguros S.A., Bradesco Capitalização S.A. e União do Comércio e Participações Ltda. Analisando a inicial e os documentos juntados, o Juízo Federal mencionado entendeu por bem *antecipar o mérito da tutela pretendida* para, entre outros efeitos, declarar a *existência*, a *validade* e a *eficácia* das aludidas letras financeiras. O feito se encerrou com transação terminativa na qual os autores e o Estado de Pernambuco reconheceram os mencionados atributos de existência, validade e eficácia das LFTEP;

b) O Senado Federal editou em 25.06.1999 a Resolução 22, que, entre outras deliberações, deu nova redação ao § 3.º do art. 12 da Resolução 78, de 1998, da mesma Casa. Em conseqüência, o Estado de Pernambuco editou o Dec. 21.562, de 15.07.1999, em substituição ao anterior n. 21.461, de 31.05.1999, e determinou a adoção de providências para a adequação do Estado às condições estabelecidas para o refinanciamento, junto à União Federal, das LFTEP, autorizando a Secretaria da Fazenda a implementar as providências para o aludido refinanciamento;

c) Dando continuidade àqueles procedimentos necessários ao refinanciamento dos títulos por ele emitidos, o Estado de Pernambuco adotou as medidas adequadas que lhe competia e solicitou ao Secretário do Tesouro Federal o refinanciamento, nos termos da Lei 9.496, de 11.09.1997, dos referidos títulos;

d) A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, opinando nos autos do Processo 17944.001063/99-58, emitiu parecer favorável à assunção, pela União Federal, de dívida mobiliária de responsabilidade do Estado de Pernambuco e constituída após 13.12.1995. Destaca o parecer que sob o ângulo da União existe autorização legislativa, consubstanciada nos arts. 1.º e 3.º da Lei 9.496/1997, com a redação dada pela MedProv 1.983-45, de 1999; que no âmbito estadual houve a autorização dada pela Lei 11.726, de 23.12.1999 e que, ao nível do Senado Federal, o refinanciamento foi expressamente autorizado, nos termos do art. 12 da Resolução 78, de 1998, com as modificações introduzidas pela Resolução 22, de 1999. O parecer foi aprovado pelo Ministro da Fazenda, dando ensejo à edição da Portaria 561, de 30.12.1999, baixada pelo Secretário do Tesouro Nacional,

autorizando a emissão de Letras Financeiras do Tesouro de Pernambuco, Série B – LFT-B, no valor de R$ 658.309.145,59 (seiscentos e cinqüenta e oito milhões, trezentos e nove mil, cento e quarenta e cinco reais e cinqüenta e nove centavos);

e) Em determinada passagem o parecer salienta que o Poder Judiciário (Federal) homologou a transação nos autos da ação ordinária na qual se requeria, primordialmente, que fosse declarada a "existência, validade e eficácia das Letras Financeiras do Estado de Pernambuco". E arremata: "Dessa forma, faz coisa julgada contra o Estado a decisão judicial, *restando agora incontroversa a validade da dívida mobiliária* objeto do litígio".[18]

f) A conclusão acima, aliada a outro fato,[19] justificou a seguinte proposição do parecer do Coordenador-Geral de Assuntos Financeiros, do Ministério da Fazenda: "10. Em conseqüência desses dois fatos, atendidos os requisitos do Senado Federal e presentes as necessárias autorizações legislativas e as competentes certidões negativas, *está o Estado de Pernambuco apto a refinanciar junto à União*, em até 120 meses, *sua dívida mobiliária emitida após 13.12.1995*".[20]

8.2 O fato de terceiro

A documentação recebida para análise e emissão do presente parecer convence no sentido de que o levantamento dos precatórios pendentes de pagamento e a apresentação dos valores finais da dívida ensejadora da emissão dos títulos não foi tarefa da qual se incumbiram *pessoalmente* o ex-Governador e o ex-secretário da Fazenda. Ao contrário, os dados que continham erros – inclusive na conversão da moeda – foram produzidos por equipes técnicas do Tribunal de Justiça

18. Parecer PGFN/CAF 1.834/99, emitido em 27.12.1999 (destaques meus).

19. A ação proposta pelo Estado de Pernambuco, perante a Justiça Estadual, contra Vetor Negócios e Participações S.A., sucessora do Banco Vetor S.A. e outros, requerendo a condenação do réu principal a pagar ao Estado os valores correspondentes ao "indevido deságio e abusiva comissão".

20. Parecer PGFN/CAF 1.834/99, cit.

do Estado, do TRT da 6.ª Reg., da Procuradoria-Geral do Estado e do Governo de Pernambuco.

8.3 A individualização da responsabilidade penal

A Constituição Federal consagra o *princípio da individualização da pena* (art. 5.º, XLVI), que é regulado pela legislação ordinária (CP, art. 59 et seq., e CPP, art. 387, I e II).

A palavra *individualização* refere-se apenas ao *indivíduo*, no sentido natural de *solitário*, vale dizer, cada ser humano em relação à sua espécie. Não se aplica às coisas, mas somente ao homem que ocupa um lugar na natureza. Ao declarar a existência de *direitos e garantias fundamentais*, a CF os especifica em direitos e deveres *individuais* e coletivos (Título II, Capítulo I).

Entre as várias acepções que os dicionários registram para traduzir o vocábulo *indivíduo*, a mais adequada aos objetivos do presente parecer é a que o identifica como "a pessoa humana, considerada quanto às suas características particulares, físicas e psíquicas" (*Novo Dicionário Aurélio*, p. 938). Em outras palavras: é o oposto da *massa*. Para os efeitos penais, o termo *individualização* refere-se exclusivamente à pessoa física e que atua como sujeito ativo das infrações.

8.4 O dogma da personalidade da pena

O ilícito penal é fruto da conduta humana, individualmente considerada, mesmo quando o evento típico é produzido em concurso, eventual ou necessário, de duas ou mais pessoas. A sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível. Este dogma, de longa maturação histórica e jurídica, tem a sua declaração formal no art. 5.º, XLV, da Constituição.

A pena ou a medida de segurança não podem ser impostas nem cumpridas pelo terceiro que não concorreu para a infração.

O princípio constitucional da personalidade da pena é um *gênero* de garantia do qual a individualização da pena é uma *espécie*.

É adequada a lição de Bettiol: "A responsabilidade penal é apenas responsabilidade pela acção, pelo facto próprio, nunca pelo facto alheio. Já não existe uma responsabilidade penal da família, do grupo, por um facto delituoso cometido pelo indivíduo que a ele pertence".[21]

No mesmo sentido, Assis Toledo: "Para ser-se agente de um crime não basta, pois, figurar fisicamente na cadeia causal como *natureza morta*. É preciso contribuir para o resultado como pessoa humana, dotada de vontade, mal utilizada (nos crimes de ação) ou não utilizada (nos crimes de omissão)".[22]

E a jurisprudência tem sido fiel a essa orientação como se poderá verificar pelo paradigma oriundo do STJ, que, embora versando sobre normas relativas à Lei 7.492/1986, tem inteira aplicação ao assunto ora tratado: "Tal interpretação, que vê no art. 25 da Lei 7.492/1986 uma norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, readmite a proscrita responsabilidade penal objetiva e é manifestamente infringente do direito penal em vigor, informado pelo princípio do *nullum crimen sine culpa*, que requisita, como pressuposto, já ao nível da conduta e, pois, da tipicidade, a efetiva prática ou a participação da e na ação criminosa, em última análise afirmadas desnecessárias".[23]

8.5 Ausência do tipo subjetivo

Como é curial, a *falsidade ideológica* (bem como a material) somente se caracteriza, sob o plano subjetivo, se a *omissão de declaração* que dele devia constar,

21. Giuseppe Bettiol. *Direito penal* – Parte geral. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Ed. Coimbra, 1970. t. I, p. 103.

22. Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 138 (destaques meus).

23. 6.ª T., HC 9.031-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 02.09.1999, *RT* 776/541, decisão unânime.

ou a *inserção de declaração falsa* ou *diversa da que devia ser escrita*, resultarem de dolo (CP, art. 18, I). Não se admite a existência da falsidade, como fenômeno delituoso, se a mesma resultar de *erro* determinado por negligência, imprudência ou imperícia. Não há falsidade sob a modalidade culposa (CP, art. 18, II).

A própria denúncia se encarrega de afirmar que a lista de precatórios pendentes na data da promulgação da Carta Política de 1988 contém "*erros* determinantes da exacerbação dos valores finais da dívida ensejadora[24] da emissão dos títulos". É importante repetir os trechos mais significativos da inicial acusatória para concluir que o próprio Ministério Público afasta a hipótese do dolo quando, por mais de uma vez, afirma que teriam ocorrido *erros*: "23. Na hipótese vertente, em vez de observar a relação analítica dos precatórios, enviada anualmente por ofício pelo Presidente do Tribunal de Justiça ao Poder Executivo estadual, para inclusão no projeto de lei orçamentária do ano seguinte, o Governo do Estado (Governador e secretário da Fazenda), desconsiderando esse documento, *optou por fazer o levantamento cabível a partir dos registros constantes no livro Credores do Estado de Pernambuco*, reconhecidamente precários. 24. Nesse proceder é que se encontram os *erros* determinantes da exacerbação dos valores finais da dívida ensejadora da emissão dos títulos. São eles: a) *erros* na conversão da moeda (cortes de zeros ocorridos na implantação de planos econômicos), b) *erro* de transcrição de dados contidos no livro; c) duplicidade de lançamento de um mesmo precatório, na lista enviada ao Banco Central e ao Senado Federal. 25. Como bem destacou o relatório final da aludida CPI, o *erro* que causou maior contribuição à inflação de valores foi a conversão de moedas. O precatório em nome de (...). Ou seja, 73% do valor total da emissão dos títulos resultou do *erro* antes referido. Ressalte-se (...)".[25]

É certo que, imediatamente após, numa espécie de *ato falho* para recuperar a imputação de falso doloso, o Ministério Público alega: "26. A *intencionalidade*

24. Item 24 da denúncia.

25. Itens 23, 24 e 25 da denúncia (destaques meus).

de semelhante conduta revelam tanto o depoimento do então Secretário da Fazenda do Estado de Pernambuco, Eduardo Henrique Accioly Campos, como a própria relação de precatórios apresentada (...)".[26]

Segundo o magistério de Nélson Hungria, "o elemento subjetivo da falsidade ideológica é a vontade livremente dirigida à ação ou omissão descrita na lei (*dolo genérico*), com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (*dolo específico*)".[27] Para Heleno Fragoso, o tipo subjetivo dessa infração penal é o "*dolo específico*, que consiste na vontade conscientemente dirigida à ação ou omissão que constitui a materialidade do fato, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. *Diversamente ao que ocorre nos crimes de falsidade material, deve aqui o agente visar o 'praejudicium alterius'. Tanto faz que seja o prejuízo efetivo ou potencial*".[28]

A conduta dolosa, isto é, de uma vontade *conscientemente dirigida* à produção de um prejuízo, não se caracterizou na causa em exame uma vez que não somente a denúncia como também o julgado do TJPE aludem ao *erro*, vale dizer, ao "equívoco na transposição das moedas".

9. Os supostos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

9.1 Conceito de Sistema Financeiro Nacional

O *Sistema Financeiro Nacional*, segundo a estrutura determinada pela Lei 4.595/1964, é integrado por uma série de instituições financeiras públicas e pri-

26. Item 26 da denúncia (destaque meu).

27. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX, p. 281 (grifos do original).

28. *Lições de direito penal* – Parte especial: arts. 213 a 359. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 358-359 (primeiros grifos do original, segundos nossos).

vadas, tendo como órgão máximo de regulação e fixação das políticas monetária e creditícia o Conselho Monetário Nacional.

No pedido de abertura de inquérito perante o STJ o Ministério Público não admitiu a hipótese da existência de crime contra o *Sistema Financeiro Nacional*. Como se poderá verificar pela petição, somente foram apontados os (supostos) crimes de *falsidade ideológica* qualificada, *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* (CP, art. 299 e par. ún. e art. 315) e o ilícito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, que trata das licitações públicas.

9.2 *Constituição do* Sistema Financeiro Nacional

Segundo se verifica pelo art. 1.º da Lei 4.595, de 31.12.1964, o *Sistema Financeiro Nacional* é constituído: I – do Conselho Monetário Nacional; II – do Banco Central do Brasil S.A.; III – do Banco do Brasil S.A.; IV – do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico;[29] V – das demais instituições financeiras públicas e privadas.

9.3 *Conceito de* instituição financeira

O art. 17 da Lei 4.595, de 31.12.1964 – conhecida como *Lei de Reforma Bancária* –declara que se consideram *instituições financeiras*, "para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e custódia de valor de propriedade de terceiros".

E o art. 1.º da Lei 7.492, de 16.06.1986, assim define a *instituição financeira*: "Considera-se instituição financeira, para os efeitos desta Lei, a pessoa ju-

29. O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico teve a sua denominação alterada para Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

rídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (*vetado*) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários".

A *instituição financeira* pode ser definida como "o ente jurídico *dedicado* e *destinado* por seu substrato estrutural[30] a atuar no mercado jurídico *precipuamente com o objetivo de realizar operações financeiras*, isto é, contratos em que ambas as prestações se cumprem em moeda ou direitos de crédito".[31]

A Lei de Reforma Bancária (Lei 4.595/1964) somente considera como *financeiras* as instituições que realizam operações tipicamente financeiras. E assim também ocorre com a Lei 7.492/1986, salvo as exceções expressas e exaustivas constantes do par. ún. do art. 1.º.

9.4 Instituição financeira *por equiparação*

Com o objetivo de firmar a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da causa penal,[32] o Ministério Público sustenta a "equiparação" de uma unidade federativa a uma instituição financeira, como se observa pela seguinte passagem da denúncia: "8. O Estado de Pernambuco, pessoa jurídica de direito público, *agindo como instituição financeira por equiparação legal, nos termos do art. 1.º da Lei 7.492/1986*, no curso do ano de 1996, emitiu títulos mobiliários de modo fraudulento, chamados (...)".[33]

30. Entende-se por *substrato estrutural*, a essência, o suporte factual sobre o qual a instituição se apóia, isto é, o conjunto de pessoas (corporação) ou o patrimônio destinado a um fim (fundação), cf. Cretella Junior.

31. José Tadeu de Chiara. "Instituições financeiras". *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 45, p. 47 (destaques meus).

32. A essa pretensão não chegaram os ilustres subprocuradores que requereram, *em razão dos mesmos fatos*, a instauração de inquérito perante o STJ (vide o item 5 deste parecer).

33. Destaques meus.

Mas tal conclusão é aberrante, como se verifica pelas considerações que seguem.

O par. ún. do art. 17 da Lei 4.595/1964 já fornecia o conceito de *instituição financeira* por equiparação, assim elaborado: "Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual".

E a Lei 7.492/1986 ampliou os limites dessa equiparação nos termos seguintes:

"Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma habitual".

É curial que em se tratando de uma norma penal declaratória com o objetivo de adequar condutas aos modelos típicos indicados como *crimes contra o Sistema Financeiro Nacional* (arts. 2.º a 23), a sua interpretação deve ser *restritiva* e não *extensiva*. Assim, quando a lei penal restringe o alcance da equiparação, considerando somente como *instituição financeira equiparada* a pessoa jurídica que "capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros", não está considerando – nem poderia! – a unidade federativa como ente equiparável à empresa que realiza operações no mercado nas modalidades indicadas.

Ao *emitir* títulos da dívida pública, chamados Letras Financeiras do Estado de Pernambuco (LFEPE) e colocá-los no mercado visando a obter recursos para o caixa único do tesouro, a unidade federativa não agiu como instituição financeira, obviamente. A atividade de *emissão* não se confunde com nenhuma das hipóteses previstas no inc. I do par. ún. do art. 1.º da Lei 7.492/1986.

O Estado de Pernambuco, como pessoa jurídica de direito público interno (CC, art. 14, II), possui autonomia administrativa, competência e autoridade

nas áreas executiva, legislativa e judiciária, decidindo soberanamente sobre negócios locais, o que não ocorre, como é curial, com a *instituição financeira*, sujeita ao controle e à intervenção do Banco Central. A sua personalidade jurídica surge da Carta Política (art. 25 et seq.). A pretendida *equiparação* entre a instituição financeira e a unidade federativa afronta não somente a natureza e os objetivos dessas entidades, como também um dos princípios gerais da atividade econômica, assim estabelecido pelo art. 174 da CF, *verbis:* "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Sob outro aspecto, o art. 1.º da Lei 6.024, de 13.03.1974, estabelece que as instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos do aludido diploma, à intervenção ou liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos arts. 137 e 138 do Dec.-lei 2.627, de 26.09.1940, ou à falência, nos termos da legislação vigente.

A equivocada "equiparação" afronta de maneira flagrante o *princípio da legalidade* e o seu corolário lógico, o *princípio da taxatividade*, os quais são incompatíveis com a analogia e a interpretação extensiva, sempre que em função de uma ou outra se pretenda caracterizar um ilícito penal ou impor uma sanção correspondente. É oportuna a invocação do magistério de Aníbal Bruno ao enfatizar que "o direito punitivo é a lei escrita, circunscrita aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende. Não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimento da analogia".[34] Quanto à *interpretação*, convém lembrar a clássica lição de Nélson Hungria, o líder e o mais destacado redator do Código Penal de 1940, quando nos diz que "a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente em caso contrário".[35]

34. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 222.

35. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 1, t. 1, p. 86.

9.5 Crimes próprios (arts. 5.º e 6.º)

O chamado *crime próprio* (ou *especial*) é todo aquele que exige uma qualidade ou condição do agente para a sua realização típica.

Assim ocorre com as infrações previstas nos arts. 5.º e 6.º da Lei 7.492/1986. A propósito, convém recordar a boa doutrina do mestre Manoel Pedro Pimentel, quando trata do sujeito ativo dos ilícitos em questão. Vale reproduzi-la.

Quanto ao art. 5.º: "O sujeito ativo é *próprio*. Somente as pessoas indicadas no art. 25 da Lei Especial poderão praticar o crime em questão. Assim sendo, 'controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes', e a eles equiparados 'o interventor, o liquidante ou o síndico', são as pessoas que podem ser consideradas *sujeito ativo*".[36]

E quanto ao art. 6.º: "Embora não faça referência expressa ao art. 25, como no artigo anterior, também aqui o *sujeito ativo* é o diretor ou o gerente da instituição financeira".[37]

É relevante destacar, quanto a essas duas imputações, que entre as exigências expressas da Constituição para a autorização de funcionamento das instituições financeiras é que os diretores da pessoa jurídica tenham *capacidade técnica* e *capacidade econômica* compatível "com o empreendimento" (art. 192, § 1.º)

Trata-se de qualificações *pessoais* não exigíveis para o exercício dos cargos político-administrativos de Governador e de secretário de Estado.

9.6 O tipo do art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986

Sob a rubrica "Registro irregular dos títulos no órgão competente do Banco Central (art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986)", a denúncia sustenta que houve irregu-

36. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional* (Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86). São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 58 (destaques do original).

37. Idem, ibidem, p. 62 (destaques do original).

laridade no registro dos títulos no Banco Central, "mais precisamente na Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos – Cetip".[38]

O art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986, reza: "Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) II – sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados".

9.7 A aplicação da lei nova (I)

A Lei 10.028, de 19.10.2000, acrescentou um capítulo autônomo ao Título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública para arrolar os ilícitos contra as finanças públicas (arts. 359-A *usque* 359-G).

Ao justificar o relevo do Projeto de Lei 621, de 1999, a equipe econômica do Governo, juntamente com o Ministro da Justiça, apresentou a seguinte exposição de motivos: "Exposição de Motivos 110/99. Em 13.04.1999. Excelentíssimo Sr. Presidente da República. Temos a honra de submeter à elevada consideração de V. Exa. o incluso Projeto de Lei que altera e acresce dispositivos ao Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, à Lei 1.079, de 10.04.1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, e ao Dec.-lei 201, de 27.02.1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e vereadores. Inspirado nas normas que constam do Projeto de Lei Complementar que regula os arts. 163, I, II, III e IV, e o art. 169 da Constituição, o Projeto de Lei ora submetido à consideração de V. Exa. objetiva dotar o ordenamento de preceitos necessários à efetiva e permanente observância dos princípios fundamentais que norteiam o regime de gestão fiscal responsável prestes a ser instituído, mediante a previsão de condutas que tipificam novos crimes comuns e de responsabilidade contra as finanças públicas e a Lei Orçamentária. Como justificativa da institui-

38. Item 34 et seq.

ção desses novos tipos penais, basta assinalar que a gestão fiscal responsável, caracterizada pelo austero controle e ampla transparência na utilização dos recursos públicos, constitui instrumento indispensável para a manutenção da estabilidade da moeda e para o desenvolvimento nacional, merecendo, portanto, em virtude de sua magnitude e relevância, tutela e salvaguarda por meio de modernas normas de natureza penal, voltadas para a repressão de condutas que atentam contra as finanças públicas e a Lei Orçamentária. Assim, legitimado pelos fins a que se destina, pode-se afirmar ainda, em prol da aprovação do presente Projeto de Lei, que, além de aprimorar o ordenamento em vigor, suas normas ditam preceitos de relevante interesse público, na medida em que contribuem para o atendimento de um dos mais legítimos anseios da sociedade, consistente na manutenção da estabilidade da moeda. São estas, Sr. Presidente, as razões que recomendam a aprovação deste Projeto de Lei".[39]

O novo *disegno di legge*, portanto, teve a finalidade de proteger as finanças públicas como um bem jurídico autônomo no âmbito dos delitos contra a Administração Pública, por meio de um conjunto normativo *especial* em relação às normas incriminadoras de natureza *geral*. E a nova lei disciplinou com suas especificidades determinados fatos que antes eram somente regulados pelo Código Penal, pela Lei 1.079, de 10.04.1950,[40] pelo Dec.-lei 201, de 27.02.1967,[41] bem como por outros diplomas, podendo-se incluir entre eles a Lei 7.492, de 16.06.1986,[42] na parte em que contém o *material de proibição* referido pela denúncia, ou seja, o tipo do art. 7.º, II. Deixa de existir essa modalidade de ilícito quando se trate de

39. O texto é assinado por Pedro Sampaio Malan (Ministro de Estado da Fazenda), Pedro Pullen Parente (Ministro de Estado de Orçamento e Gestão), Renan Calheiros (Ministro de Estado da Justiça) e Waldeck Ornelas (Ministro da Previdência e Assistência Social). Em *Diário da Câmara dos Deputados*, 24.04.1999, p. 17.528.

40. Dispõe sobre crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

41. Dispõe sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores.

42. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional.

oferta pública ou colocação de títulos no mercado em detrimento do interesse da Administração Pública, no particular aspecto da proteção das finanças públicas. Com efeito, em se tratando de conduta praticada pelo administrador público, a hipótese típica passa a ser a do art. 359-H, do CP, *in verbis*: "Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos".

Em confronto com o tipo do art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986, verifica-se que a nova lei, criando a norma acima transcrita, é mais benéfica, pois prevê a pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos enquanto a lei velha comina a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos. Conseqüentemente, tem ela *efeito retroativo* como determinam a Constituição (art. 5.º, XL) e o Código Penal (par. ún. do art. 2.º).

9.8 Aplicação da lei nova (II)

Outro preceito da lei nova que se aplicaria ao caso concreto se delito houvesse seria o do art. 359-A, I, do CP, prevendo como crime a conduta de "ordenar, autorizar ou realizar *operação de crédito*, interno ou externo: I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal";

O art. 29, III, da LC 101, de 04.05.2000, assim define, para os efeitos do mencionado diploma, a *operação de crédito*: "Compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros";

Se algum ilícito penal houvesse na emissão e colocação à venda dos títulos, seria aplicável a norma incriminadora acima transcrita, uma vez que é mais

favorável que as hipóteses do art. 7.º da Lei 7.492/1986, diante da pena cominada, isto é, reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos.

9.9 O concurso aparente de leis

Há um *concurso aparente de normas penais*, que sugere a existência de um *concurso de infrações penais*, quando algumas normas estão umas para com as outras em relação de hierarquia, no sentido precisamente de que a aplicação de algumas delas exclui, sob certas circunstâncias, a possibilidade de eficácia cumulativa de outras. De onde resulta que a pluralidade de tipos que se podem considerar preenchidos quando se considera, isoladamente, cada uma das normas incriminadoras, vem no fim das contas em muitos casos, vistas tais relações de mútua exclusão e subordinação, a mostrar-se inexistente.[43] Existe, em tais casos, um *conflito aparente* de normas penais incriminadoras que se resolve com a aplicação de somente uma delas e exclusão das demais, atendendo-se a critérios lógicos e de valoração jurídica do fato.

Existem quatro critérios para resolver o conflito aparente de normas: a) especialidade; b) consunção; c) subsidiariedade; d) alternatividade.

Para o assunto do presente parecer, interessa o primeiro deles.

9.10 O critério da especialidade

Segundo a doutrina, consiste a *especialidade* na relação que se estabelece entre dois ou mais preceitos, sempre que na *lex specialis* se contém já todos os elementos de uma *lex generalis* ao qual se pode chamar de *tipo fundamental* e, ainda, certos elementos especializadores.[44] Essa relação determinará a exclusão da lei geral pela aplicação da lei especial, segundo o brocardo *lex specialis derogat legi generali.*

43. Cf. Eduardo Correia, *Direito criminal*, Coimbra: Almedina, 1971, vol. II, p. 204.

44. Por todos: Idem, ibidem, p. 205.

Em nosso sistema positivo, um dos exemplos mais evidentes da aplicação desse critério é o reconhecimento do crime de *infanticídio* (CP, art. 123) em confronto com o tipo de ilícito do *homicídio* (CP, art. 121). A mãe que, sob a influência do estado puerperal, mata o próprio filho, durante ou logo após o parto, realiza o tipo fundamental do homicídio e mais alguns elementos especializantes. Nessa hipótese, aplica-se somente a norma especial (CP, art. 123).

9.11 Elementos especializantes

O concurso entre as normas da Lei 7.496/1986 e da Lei 10.028/2000 (que introduziu o Capítulo dos Crimes Financeiros no CP) resolve-se pelo critério da especialidade porque tanto o *bem jurídico afetado* como a *condição pessoal do autor* depõem a favor da caracterização do ilícito previsto no Código Penal.

O bem jurídico primário tutelado pela Lei 7.492/1986 é o *Sistema Financeiro Nacional*, caracterizado pelo conjunto das instituições financeiras públicas e privadas e destinado a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. E o bem jurídico primário protegido pelo Código Penal é a *Administração Pública* que, em seu âmbito, tem uma categoria *especial* de ilícitos: *os crimes contra as finanças públicas*. Este é um dos elementos especializantes. O outro é a qualidade do administrador (Governador, secretário de Estado etc.).

9.12 Ausência de tipicidade

O art. 359-H do CP prevê como crime ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública "sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia".

A nova lei, portanto, não incrimina o *registro irregular* assim como teria ocorrido segundo a denúncia.

9.13 Extinção da punibilidade

A pena cominada para o crime do inc. I do art. 359-A do CP é reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Segundo o art. 109, V, do CP, a prescrição da ação penal pela pena *in abstrato* ocorre em 4 (quatro) anos, "se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano, ou, sendo superior não excede a 2 (dois)".

Considerando-se que os fatos narrados na denúncia ocorreram no ano de 1996 e que até a presente data não houve o recebimento da denúncia – que funcionaria como causa interruptiva da prescrição, conforme o art. 117, I, do CP – tem-se que se consumou a prescrição, restando, assim, extinta a punibilidade (CP, art. 107, IV, primeira parte).

10. O suposto crime de dispensa irregular de licitação

10.1 A imputação

Segundo a denúncia, esta infração também seria atribuível aos consulentes porque o Banco Vetor, contratado para a colocação no mercado dos títulos emitidos pelo Estado de Pernambuco, não detinha o requisito da notória especialização de modo a dispensar a licitação.[45]

10.2 Fato de terceiro

Mas é a própria inicial que admite a existência de um contrato como uma instituição financeira (o Banco Vetor). Logo, a presunção milita em favor da notória especialização e nunca do contrário. É elementar que ao ex-Governador do Estado e também ao ex-secretário da Fazenda não cabe responsabilidade penal

45. Cf. itens 55 a 61.

por fato de terceiro quando não existiu uma *escolha direta e pessoal*. É elementar que na descentralização de funções administrativas não é admissível responsabilizar criminalmente o gestor ou administrador por fatos cuja execução é atribuída legal ou funcionalmente a outra pessoa.[46]

O Decreto Estadual 191.140, de 07.06.1996, que regulamentou a Lei 11.334, de 03.04.1996, estabeleceu pelo seu art. 4.º: "Ao Banco do Estado de Pernambuco S.A. – Bandepe, órgão gestor do fundo de que trata o artigo anterior, nos termos do art. 3.º da Lei 11.334, de 1996, competirá a execução dos serviços de emissão, pagamento de juros, substituição e resgate das LFTPEs, cabendo-lhes uma comissão de 1% (um por cento) sobre o total dos títulos efetivamente colocados no mercado". "§ 1.º O *Bandepe, respeitada a legislação pertinente, fica autorizado a*: I – *celebrar contratos*, convênios ou ajustes *com instituições financeiras* públicas ou *privadas, tendo por objeto a prestação de serviços de assessoramento técnico e de intermediação das LFTEPEs no mercado*" (grifos nossos).

Não podem os consulentes ser responsabilizados por *fato de terceiro*, isto é, o Banco Vetor S.A., especificamente contratado pelo Banco do Estado de Pernambuco (Bandepe).

Seria o mesmo que responsabilizar criminalmente o dono da obra pela negligência do construtor que provocou o desabamento, quando o proprietário contratou uma empresa de engenharia para elaborar o projeto e se encarregar de sua execução.

A propósito, vem à colação à regra do art. 13 do CP: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

46. Exatamente a propósito desse assunto, vide o Verbete 8.2.

11. Ausência de culpabilidade

11.1 Conceito

A *culpabilidade* pode ser definida como a *reprovabilidade pela formação da vontade.*[47] Em outras palavras, pode-se também dizer que a *culpabilidade* é a *reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando o seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e às proibições do direito.*[48]

Essas definições, que encontram absoluta concordância na literatura nacional e estrangeira, revelam que o agente somente pode ser reprovado pela adoção de uma conduta contrária ao direito, quando *podia* e *devia agir de modo diverso.* Daí por que se entende que "*el principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decision del hombre*, pues sólo si existe basicamente la capacidad de actuar de outra forma podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales".[49]

A *personalização* da culpabilidade jurídico-penal é uma das exigências fundamentais do direito penal, como se poderá verificar em Zaffaroni, louvando-se em Baumann: "*La culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste*".[50]

47. H-H. Jescheck. *Tratado de derecho penal* – Parte general. Trad. S. Mir Puig e F. Mir Puig. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1981. vol. I, p. 559.

48. Enrique Cury Urzúa. *Derecho penal* – Parte general. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992. t. II, p. 7.

49. Jescheck. Op. cit., p. 562 (grifos do original).

50. Eugenio Raul Zaffaroni. *Derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 621 (grifos do original).

11.2 Pressupostos da culpabilidade

São pressupostos – e não *elementos* como referem alguns autores – da culpabilidade: a) a imputabilidade; b) a consciência da ilicitude; c) a exigibilidade de conduta diversa. Vejamos, embora sumariamente, em que consiste cada um deles.

Pode-se conceituar, sinteticamente, a *imputabilidade* como a capacidade de culpa. Na definição minuciosa de Fragoso, a imputabilidade é "a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento".[51]

Mas o tema não se prende, exclusivamente, aos aspectos referidos posto que há situações nas quais o agente, embora penalmente capaz (em razão da idade e da higidez mental) encontra-se em situação de inimputabilidade. Assim ocorre, por exemplo, no caso da embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, que retira do agente, por inteiro, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento.

A *consciência da ilicitude* é a compreensão que o sujeito tem quanto ao caráter ilícito do fato que está praticando ou que irá praticar. Essa ressalva, de uma conduta típica futura, é justificável diante da ocorrência de situação de inimputabilidade no momento da conduta, mas cuja capacidade de culpa é identificável em momento anterior (*actio libera in causa*). Essa consciência poderá ser *potencial* ou *real*.

A estrutura da culpabilidade se completa com o pressuposto da *exigibilidade de comportamento imposto pela ordem jurídica*, i. e., uma conduta positiva ou negativa no interesse de preservar bens e interesses fundamentais ao homem e à comunidade. O juízo de culpabilidade pelo fato típico e ilícito pressupõe que o agente podia e devia agir de maneira diversa. Essa reprovabilidade deriva, portanto, de uma concepção normativa. Segundo a lição de Aníbal Bruno, o sujeito pode ter

51. *Lições de direito penal* – A nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 203, § 179.

capacidade de entender e de querer relevante para o direito, pode ser imputável, pode ter transgredido o preceito contido na norma penal por imprudência, negligência ou imperícia, ou por vontade conscientemente dirigida no sentido desse resultado contrário à norma; ainda assim não estão reunidos os elementos suficientes para suportar o juízo de reprovação em que a culpabilidade consiste. "*É necessário ainda que, nas circunstâncias, seja exigível do agente uma conduta diversa; que a situação total em que o proceder punível se desenvolve não exclua a exigência do comportamento conforme ao direito que se pode reclamar de todo homem normal em condições normais*".[52]

Os imperativos de comando ou proibição constituem o conteúdo da norma penal cuja violação acarreta uma sanção. O comportamento adequado segundo tais imperativos não pode ser exigido de maneira absoluta, devendo condicionar-se às possibilidades físicas ou morais do sujeito, de acordo com as circunstâncias do momento.

Em página antológica, Bettiol assim se refere à *normalidade do ato volitivo*, como pressuposto para incidir o juízo de culpabilidade: "O que se pretende, na verdade, abranger com a expressão 'normalidade das circunstâncias'? Para que uma acção possa ser considerada culpável não basta que um sujeito capaz tenha previsto e querido um certo evento lesivo, mas é ainda preciso que a sua vontade tenha podido determinar-se normalmente à acção: essa determinação normal não pode exigir-se quando as condições de fato em que o indivíduo atua são de molde a tornar impossível ou muito menos difícil a formação de um querer imune de defeitos. Quando se admite, por exemplo, que em virtude de força maior é impossível a imputação de um fato a um sujeito capaz, que todavia tenha agido conscientemente, se vier a reconhecer-se que na base do juízo de culpabilidade se encontra o princípio de que esse juízo deve ser excluído quando a vontade não tenha podido determinar-se normalmente à acção, *o que tanto pode aconte-*

52. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2, p. 97 (destaques meus).

cer por um vício que incida quer sobre a representação das conseqüências da própria acção, quer sobre a livre determinação à mesma acção. A culpabilidade, numa concepção normativa, é afastada cada vez que – dadas as condições do atuar – não se possa 'exigir' do sujeito ativo um comportamento diferente daquele que ele efetivamente teve".[53]

11.3 Culpabilidade e pena

Um dos generosos princípios da ciência penal e direito penal consiste no reconhecimento de que não pode haver pena criminal sem culpabilidade: *nulla poena sine culpa*. O chamado *dogma* da culpabilidade é expressamente enunciado pelo art. 19 do CP e o primeiro dos elementos a serem examinados pelo juiz para a individualização da pena – "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" – é, justamente, a culpabilidade (CP, art. 59). Também no quadro do concurso de pessoas, a culpabilidade deve ser investigada para se determinar a natureza e o grau da participação (CP, art. 29). Essa averiguação também se efetiva quando o concurso se verifica em crime previsto em lei especial (Lei 8.137/1990, art. 11 e Lei 9.605/1998, art. 2.º).

11.4 O caso concreto

A introdução do parecer emitido pelo Prof. J. Cretella Junior bem retrata a situação financeira de Pernambuco quando o primeiro consulente assumiu o Governo desse Estado. As dificuldades para atender a todos os problemas decorrentes do desequilíbrio do caixa do tesouro, que acumulava notáveis *déficits*, foram expostos com clareza.[54]

53. Giuseppe Bettiol. *Direito penal* – Parte geral, cit., 1973. t. III, p. 72-73 (grifos nossos).

54. Itens 1 a 3 do documento mencionado e que se encontram transcritos no Verbete 7 do presente parecer.

11.5 Inexigibilidade de outra conduta

Dois aspectos referidos na introdução do parecer do Prof. Cretella Junior servem de referencial para a demonstração da inexigibilidade de outra conduta do administrador público. Eles estão retratados nos itens 1 e 2 da aludida *opinião legal* e se referem às dificuldades que tiveram os Governadores das unidades federativas ao assumirem os seus cargos em janeiro de 1995. Eles mencionam a "situação calamitosa dos correspondentes erários estaduais, desequilibrados pelos excessivos gastos de gestões anteriores desastrosas (...)".[55] Referindo-se ao Estado de Pernambuco, o documento nos diz que: "Em duas oportunidades, nos meses de janeiro e agosto de 1995, o Governo Estadual foi obrigado a promover autêntica moratória no pagamento de contratos e dos débitos de fornecedores, diante da necessidade de manter em dia a folha de pagamento dos servidores públicos estaduais. (...) A realidade financeira do Estado de Pernambuco, no decorrer do exercício de 1995, foi igual ou semelhante à situação de alguns Estados acima mencionados. Fato, que agravou sensivelmente a situação financeira dos Estados membros, foi conseqüência da Emenda Constitucional de Revisão 1, de 1.º.03.1994, que criou o Fundo Social de Emergência, o qual retirou parcelas consideráveis de recursos que deveriam caber aos Estados, em virtude da participação destes no processo de repartição de receitas de tributos federais arrecadados em seus respectivos territórios (CF, art. 159). Projeções e estimativas de perda de receitas estaduais decorrentes dos recursos retidos pela União no Fundo Social de Emergência, elaboradas pela Secretaria da Fazenda deste Estado, vieram demonstrar, efetivamente, que a crise financeira de Pernambuco teria sido evitada com a manutenção dos níveis mínimos de equilíbrio nas suas contas públicas, caso não tivesse ocorrido a transferência e concentração de recursos constitucionalmente pertencentes ao Estado nos cofres do Tesouro Nacional".[56]

55. Idem, ibidem.

56. Itens 2 e 3 do parecer (Verbete 7).

Como leciona Assis Toledo: "A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito".[57]

Alertando que a admissão do fenômeno da *inexigibilidade de outra conduta* não constitui um "amolecimento ósseo do direito penal" Bettiol pondera: "Não se trata, aliás, de referência a um juízo puramente *subjectivo* e *pessoal* do sujeito activo, a respeito de ser ou não exigível o comportamento, nem de ter em conta a figura do 'homem médio'. Isso corresponderia, em contrato, a um individualismo anárquico, pelo qual qualquer acção poderia ser desculpada, ou a uma oca abstracção inconcludente. Cabe ao juiz, que exprime o juízo de censura, analisar a gravidade e a seriedade da situação histórica em que o sujeito actua, no espírito do sistema penalístico globalmente entendido: sistema que nunca procura pôr de lado uma relação com a realidade histórica em que o indivíduo age, e de cuja influência sobre a exigibilidade da acção conforme ao direito, o magistrado deve ser o *único* juiz".[58]

Quesitos e respostas

Primeiro: A denúncia contém o vício da inépcia?

Resposta: Sim, relativamente à imputação do crime previsto no art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986, porque ela não descreve a natureza e a forma da apontada participação em fato que teria sido praticado por terceiro.

Segundo: Os fatos articulados na denúncia oferecida nos autos do Inq 1690-0/140-PE, perante o STF, já haviam sido arrolados pelo Ministério Público Federal em anterior pedido de instauração de inquérito perante o STJ?

57. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 328.

58. *Direito penal*, cit., p. 79-80 (grifos do original).

Resposta: Sim. A própria denúncia se encarrega de afirmar isso como se verifica pelo item 2.

Terceiro: Esses mesmos fatos foram submetidos à consideração do TJPE, em autos de *habeas corpus* impetrado em favor de Miguel Arraes de Alencar?

Resposta: Sim, como se pode verificar pela petição de abertura de inquérito por parte do Ministério Público Federal, bem como pelo relatório e votos proferidos no *writ*.

Quarto: A decisão concessiva do *habeas corpus* constitui *coisa julgada* relativamente à imputação deduzida na denúncia perante o STF?

Resposta: Sim, pela abrangência dos mesmos fatos e pelo trânsito em julgado da decisão.

Quinto: Existe objeto material para o crime de falsidade ideológica?

Resposta: Não, em face do reconhecimento da existência, validade e eficácia das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Pernambuco.

Sexto: Existe o tipo subjetivo para caracterizar o crime de falsidade ideológica?

Resposta: Não, porque o ilícito em referência exige o *dolo específico*, não admitindo a forma culposa (negligência, imprudência ou imperícia).

Sétimo: A regra de equiparação das instituições financeiras, prevista nos incisos I e II do art. 1.º da Lei 7.492, de 16.06.1986, admite interpretação extensiva?

Resposta: Não, visto tratar-se de norma jurídica que tem o objetivo de caracterizar hipóteses de tipificação de condutas puníveis criminalmente.

Oitavo: O Estado de Pernambuco, ao emitir os títulos mobiliários de sua dívida pública e colocá-los no mercado agiu como ente equiparado a instituição financeira?

Resposta: Não, porque assim o fez em atenção à natureza, às peculiaridades e aos objetivos de uma unidade federativa que não se confunde com as instituições financeiras.

Nono: Os ilícitos previstos nos arts. 5.º e 6.º da Lei 7.492, de 16.06.1986, exigem uma especial qualidade ou condição do agente para a sua caracterização?

Resposta: Sim, conforme expressa previsão legal. Conseqüentemente, tais normas não são aplicáveis aos consulentes.

Décimo: A Lei 10.028, de 19.10.2000, que introduziu no Código Penal o Capítulo dos Crimes Contra as Finanças Públicas (arts. 359-A a 359-H), pode ser aplicável, *in these*, a algum dos fatos narrados pela denúncia?

Resposta: Sim, porque:

a) prevê as hipóteses de ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal (CP, art. 359-A, par. ún., I);

b) prevê a oferta pública ou colocação de títulos no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação ou custódia (CP, art. 359-H);

c) comina penas (mínima e máxima), menos rigorosas em comparação com as penas previstas para os ilícitos do art. 7.º, II, da Lei 7.492/1986.

Décimo primeiro: As normas incriminadoras previstas pelos arts. 359-A e 359-H podem ser concretamente aplicadas aos consulentes?

Resposta: Não, porque:

a) relativamente ao primeiro ilícito consumou-se a prescrição pela pena *in abstrato*;

b) relativamente ao segundo a denúncia não indica qual a forma de participação em fato de terceiro, como foi dito na resposta ao primeiro quesito.

Décimo segundo: Os tipos dos incisos I a IV do art. 7.º da Lei 7.492/1986, em confronto com os tipos dos arts. 359-A e 359-H do CP, caracterizam um concurso aparente de normas penais?

Resposta: Sim, e que se resolve pelo critério da especialidade. Entre os elementos especializantes estão o bem jurídico tutelado (Administração Pública) e a condição funcional dos sujeitos ativos (administradores públicos).

Décimo terceiro: Podem os consulentes ser responsabilizados pelo apontado crime de dispensa irregular de licitação?

Resposta: Não, porque a contratação do Banco Vetor ocorreu no âmbito do Banco do Estado de Pernambuco (Bandepe), não havendo indícios de que o ex-Governador e o ex-secretário da Fazenda deveriam *suspeitar* da qualificação técnica e logística da aludida instituição financeira que operava legalmente e com capacitação presumida para colocar as letras no mercado mobiliário.

Décimo quarto: O Governo do Estado de Pernambuco adotou providências regulares para a contratação do Banco Vetor a fim de obter, por meio dessa instituição financeira, a colocação dos títulos no mercado de valores mobiliários?

Resposta: Sim, como ficou demonstrado pelas cautelas, entre outras:

a) consulta ao Banco Central;

b) pareceres do Bandepe;

c) decisão do Tribunal de Contas sobre a contratação com inexigibilidade.

Décimo quinto: O ex-Governador e o secretário de Estado da Fazenda podem ser responsabilizados por fato de terceiros, ou seja, por terem encaminhado ao Senado Federal e ao Banco Central pedido de emissão de títulos contendo relação e valores de precatórios pendentes elaborada com dados que lhes foram transmitidos, oficialmente, por meio de documento assinado pelo secretário-geral do TJPE, dados esses considerados mais tarde como parcialmente incorretos por erro na conversão de cruzeiros para reais, segundo a listagem do Tribunal?

Resposta: Não, porque essa hipótese atenta contra princípios fundamentais do direito penal como a responsabilidade em função da culpabilidade.

Décimo sexto: A denúncia pretende atribuir aos consulentes a prática de infração criminal com a adoção da responsabilidade objetiva?

Resposta: Sim, como se verifica em várias passagens quando se vale da presunção de que o ex-Governador e o ex-secretário da Fazenda estavam cientes de apontadas irregularidades praticadas por terceiros quanto às atividades de registro dos títulos e de sua colocação no mercado.

Décimo sétimo: Caracterizou-se a culpabilidade em relação aos consulentes quanto à prática de atos de ofício para a emissão e colocação das letras financeiras?

Resposta: Não, porque:

a) inexistiu a *consciência de ilicitude* acerca de fatos por eles praticados com base em autorização legislativa (Lei Estadual 11.334/1996) e consulta junto ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, sobre a aplicação do saldo de recursos após o pagamento dos precatórios;

b) caracterizou-se a *inexigibilidade de conduta diversa* nas práticas de atos de ofício relativos à aplicação do saldo acima mencionado.

É o meu parecer. S.m.j.

Curitiba, 27 de abril de 2001.

Notícia do julgamento

Inq 1690, relator, o Sr. Min. Carlos Velloso.

Em relação ao denunciado Miguel Arraes, foi declarada, no curso do processo, a prescrição da ação penal pela pena *in abstrato.* Quanto ao denunciado Eduardo Henrique Accioly Campos, o STF, na sessão plenária de 12.11.2003, decidiu: a) por unanimidade, rejeitar a denúncia, por inépcia, quanto ao inc. II do art. 7.º da Lei 4.492/1986; b) por unanimidade, rejeitar a denúncia, pelo mérito, quanto ao art. 299, par. ún., do CP, e aos arts. 5.º e 6.º da Lei 7.492/1986; c) por maioria – vencido o Sr. Min. Carlos de Britto – rejeitar a denúncia em relação ao art. 89 da Lei 8.666, de 21.06.1993.